

BI Norwegian Business School - campus Oslo

GRA 19502

Master Thesis

Component of continuous assessment: Thesis Master of Science

Final master thesis – Counts 80% of total grade

Virkingen av at konsern flytter ut immaterielle eiendeler fra Norge, for deretter å betale royalty til utlandet for å bruke rettighetene tilknyttet disse eiendelene.

- En analyse av de skattemessige konsekvensene av en slik praksis.

Navn: Henrik Løberg, Bjørn Olav Roland

Start: 02.03.2018 09.00

Finish: 03.09.2018 12.00

Innholdsfortegnelse

INNHOLDSFORTEGNELSE	I
SAMMENDRAG	III
1. INNLEDNING	1
1.1 BAKGRUNN	1
1.2 MOTIVASJON OG PROBLEMSTILLING	2
1.3 PRESISERING AV PROBLEMSTILLING	5
1.4 STRUKTUR	6
1.5 METODE	7
1.5.1 DATAINNSAMLING:	7
1.5.2 PRESENTASJON AV INTERVJUOBJEKTER:	8
2. SKATTEPLANLEGGING	9
3. ROYALTY	11
4. INTERNPRISING	12
5. REALISASJONSSKATT	14
6. ARMLENGDEPRINSIPPET	15
7. PATENTER	16
8. GJENNOMSKJÆRINGSPRINSIPPET I NORSK SKATTELOVGIVNING	18
9. TRANSFER PRICING GUIDELINES 2017 (TPG)	19
9.1 BEPS TILTAKSPUNKT 8	20
9.1.1 PATENTER OG HARD-TO-VALUE-INTANGIBLES	20
9.1.2 DEMPE FUNKSJONENE	22
9.2 BEPS 9 – RISIKO OG KAPITAL	24
9.3 BEPS 10 – TRANSAKSJONER MED HØY RISIKO	26
10. CASESTUDIER	26
10.1 GOOGLE OG MICROSOFT	27
10.2 INTRUM JUSTITIA	27
ANALYSE-DEL	29
1. CASESTUDIER	30

1.1 CASESTUDIE GOOGLE	30
1.2 CASESTUDIE MICROSOFT	31
1.3 FUNN I CASESTUDIENE AV GOOGLE OG MICROSOFT	33
1.4 CASESTUDIE INTRUM JUSTITIA	35
1.4.1 RETTSAKEN	35
1.4.2 ROYALTY	37
1.4.3 FUNN	38
2. ANALYSE DEL 1 - HAR NORGE ET GODT NOK SYSTEM NÅR DET KOMMER TIL KONTROLL AV INTERNPRISING?	39
3. ANALYSE DEL 2 - HVA SKJER I ETTERKANT AV TRANSAKSJONEN?	45
3.1 - VAR VERDIEN RIKTIG DA PATENTET BLE FLYTTET UT AV NORGE?	46
3.2 - KAN DET OPPSTÅ EN PRISKORRIGERING, SELV NÅR VERDIVURDERINGEN PÅ TRANSAKSJONSTIDSPUNKTET VAR RIKTIG I FORHOLD TIL DEN TILGJENGELIGE INFORMASJONEN?	51
3.3. SAMSVARER ROYALTY-SATSEN SOM SELSKAPET I NORGE MÅ BETALE MED VERDIEN PÅ PATENTET? / KAN ROYALTY-BETALINGEN KORRIGERES?	55
3.4 - HVEM HAR RETT PÅ SUPERPROFITEN?	57
3.5 - HVILKEN EFFEKT HAR UTGIVELSEN AV TPG 2017 PÅ SKATTEPLANLEGGINGSMETODEN.	63
4. KONKLUSJON	65
5. VEIEN VIDERE	68
6. REFERANSELISTE	70
6.1 BØKER	73
6.2 RETTSPRAKSIS OG UTVALGSPRAKSIS:	73
7. VEDLEGG	74
7.1 INTERVJU MED THOR LEEGAARD	74
7.2 INTERVJU MED GREGAR BERG-ROLNESS	86
7.3 INTERVJU MED STEN-FRODE OLSEN OG PER WESTVANG	101
7.4 SVAR PÅ SPØRSMÅL FRA AUDUN FRØLAND	114

Sammendrag

I denne avhandlingen tar vi for oss en spesifikk skatteplanleggingsmetode som har utviklet seg til å bli en kjent praksis blant store multinasjonale selskaper i dagens marked. Metoden går ut på at selskapene flytter inntekt fra land med høy skattesats til land hvor skattesatsen på royalty-inntekter er lav, for å redusere skattekostnaden i konsernet. Slike skatteplanleggingsmetoder førte til at OECD i 2015 fremla 15 tiltakspunkter, det såkalte BEPS-rammeverket. I 2017 kom også Transfer Pricing Guidelines. Disse dokumentene ble utviklet av OECD for å tette smutthullene i regelverkene som tillot selskaper å utnytte slike praksiser.

Vår oppfatning er at dokumentene ikke vil forhindre praksisen vi tar for oss i denne oppgaven. Gjennom analysen i denne avhandlingen undersøker vi i hvilken grad skatteplanleggingsmetoden fungerer, selv etter utgivelsen av dokumentene. Videre drøfter vi innvirkningen av TPG 2017 og kommer til slutt med konkrete tiltak vi tror kan forhindre at inntekt blir flyttet til land hvor det ikke har vært verdiskapning.

Gjennom analysen har vi sett problematikken ved at multinasjonale selskaper har kunne flytte inntekt til lavskattland på en så enkel måte. Selv om TPG 2017 ikke nødvendigvis hindrer metoden, er det allikevel et stort steg i riktig retning fordi det kompliserer metoden i stor grad, i tillegg til å gi myndigheter flere verktøy til kontrollprosessene.

1. Innledning

I denne masteroppgaven skal vi analysere hva som vil skje skattemessig i Norge, i de tilfeller hvor multinasjonale bedrifter flytter ut immaterielle eiendeler fra Norge til land innenfor EØS, når den immaterielle eiendelen øker i verdi i kort tid etter transaksjonen. Dette er et dagsaktuelt tema fordi store multinasjonale selskaper har utnyttet slike strukturer til å flytte inntekt til lavskattland. Videre er det stor usikkerhet blant kontrollmyndigheter og bedriftsrådgivere rundt den nevnte praksisen.

I dette kapittelet presenteres oppgavens problemstilling, avgrensninger, struktur og sentrale emner.

1.1 Bakgrunn

Immaterielle eiendeler er ofte en sentral verdidriver hos selskaper i dagens marked. I flere multinasjonale konsern er de kjernen til verdiskapningen. Immaterielle eiendeler har blitt viktigere de 30-40 siste årene, mye på grunn av den teknologiske utviklingen. Multinasjonale selskaper som for eksempel Google, Apple og Uber, sitter på en stor mengde immaterielle eiendeler i form av blant annet patenter, teknologisk ”know-how” og merkevare (Orbis, 2017). Dette er mobile eiendeler som det er vanskelig å verdsette på grunn av at de ofte er unike, og fordi det normalt er knyttet stor risiko til dem. Dette har ført til at disse eiendelene har blitt utnyttet i skatteplanleggingsstrukturer. Det er viktig å presisere at det går et skille mellom skatteplanlegging og uønsket skatteplanlegging. Dette utdyper vi i kapittel 2, Skatteplanlegging.

En typisk struktur er at multinasjonale selskaper plasserer de immaterielle eiendelene i et land med en lav skattesats, og deretter lisensieres rettighetene ut til bedrifter i samme konsern som er lokalisert i land med høy skattesats, med betaling av royalty. På denne måten får konsernet ”flyttet” store deler av skattegrunnlaget i land med høy skattesats, til land hvor skattesatsen er lav. Slike metoder blir kalt for Base Erosion and Profit Shifting. Videre i oppgaven omtaler vi dette som BEPS (OECD, 2015).

Det finnes flere eksempler på selskaper som har benyttet slike metoder til skatteplanlegging. Dette gjør at problemstillingen er dagsaktuell. Google er et eksempel på et multinasjonalt selskap som har fått mye kritikk for å ha flyttet inntekt ved hjelp av immaterielle eiendeler (Forbes, 2016). Et annet eksempel er Microsoft. Skatteplanleggingen har ført til at disse selskapene har hatt en kunstig lav skattesats. Vi vil forklare metodene de har utnyttet nærmere i casestudiene.

Tidligere statsminister Jens Stoltenberg sa i 2013 at internasjonale selskaper i snitt hadde 30 % lavere overskudd enn nasjonale selskaper og påpekte at dette var et problem som måtte granskes nærmere (PublishWhatYouPay, 2013).

OECD skriver på sine hjemmesider at det årlige tapet av skatteinntekter som følge av BEPS-strategier estimeres til mellom 100, og 240 milliarder dollar (OECD, 2015). Dette blir sett på som problematisk, fordi det i mange tilfeller argumenteres med at selve verdiskapningen ikke har funnet sted i de landene som sitter igjen med den store profitten. Som følge av dette satt OECD og G20 landene i 2013, i gang et prosjekt med det formål å gi en bedre oversikt over selskapsstrukturer, slik at verdiene ble beskattet der de faktisk skapes (Leivestad, 2015). Det ble identifisert 15 ulike områder som skulle undersøkes, dette startet utformingen av BEPS-tiltaks punktene.

Av disse 15 tiltakene, gir tiltak 8 til 10 en veiledning om internprising av immaterielle eiendeler som resulterte i en rapport kalt ”Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017”. Det er ventet at rapporten kan få store konsekvenser for multinasjonale selskaper som har, eller vil få store verdier i immaterielle eiendeler, og har operert med selskapsstrukturer som utnytter BEPS-strategier.

1.2 Motivasjon og Problemstilling

Utflytting av immaterielle eiendeler til land innenfor EU, og påfølgende royalty-betalinger til selskapet som eier eiendelen for å få bruke rettighetene, er en velkjent BEPS-metode for å minimere skattekostnaden innad i konsernet. Temaet er dagsaktuelt, spesielt fordi BEPS-tiltaks punktene ble til, blant annet for å forhindre slike tilfeller. Før BEPS-tiltaks punktene og de utvidede reglene om land-til-land rapportering kom, er vår oppfatning at det var enkelt for selskaper å

prise de immaterielle eiendelene lavt når disse skulle flyttes ut av landet. Etter at rammeverkene kom, har det nå blitt vanskeligere for bedrifter å sette en kunstig lav pris ved utflyttingen. Dette er en oppfatning skattemyndighetene og bedriftsrådgivere i Norge også deler. I henhold til sktl § 9-14 skal selskaper betale en realisasjonsskatt dersom de flytter eiendeler ut av Norge. Dette reduserer bedrifters insentiver til å flytte ut eiendelene fordi det blir kostbart i de tilfeller eiendelene er mye verdt.

Men hvilke virkemidler har Norge, i de tilfeller bedrifter flytter ut immaterielle eiendeler før eiendelene har generert store inntekter, og dermed vil ha en lav verdi? Og hva vil skje skattemessig i Norge dersom disse eiendelene skulle øke signifikant i verdi etter utflyttingen?

Det fremkom av intervjuet med Gregar Berg-Rolness at Uber flyttet ut patenter fra USA på et veldig tidlig stadium, og på denne måten unngikk å betale store summer i realisasjonsskatt. Da de ble spurt om hvorfor de gjorde dette, var svaret at de egentlig ikke visste, men de fulgte bare praksisen til de andre store teknologibedriftene i USA. Som følger av denne praksisen blant store teknologiselskaper har Donald Trump nå innført kildeskatt på amerikanske bedrifter for å redusere bedrifters insentiv til å gjøre dette (Financial Times, 2017). I Norge derimot, har vi ikke kildeskatt, og ikke en klar rettspraksis på hvordan slike tilfeller skal behandles skattemessig.

Ved å flytte ut de immaterielle eiendelene på et tidlig stadium vil selskapene unngå en stor realisasjonsskatt når de selger eiendelen til datterselskapet i utlandet. Etter utgivelsen av BEPS-tiltaks punktene har det vært forskjellige meninger vedrørende praksisen vi beskriver blant private og offentlige aktører. De private bedriftsrådgiverne råder nå sine kunder til ikke å bruke metoden i samme grad som før, fordi de frykter at den nå blir fanget opp av sktl §13-1, som viser til OECD TPG som består av BEPS-tiltaks punkt 8-10 + 13. Skatteetaten på sin side hevder i årsmelding for 2015, at BEPS-tiltaks punktene kun er en presisering av det eksisterende regelverket og ikke nye regler.

Vi ønsker derfor i denne oppgaven å undersøke i hvilken grad multinasjonale selskaper i Norge kan profitere på å utføre praksisen, samtidig som de holder seg innenfor regelverket.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen vil følgelig være å undersøke konsekvensene av skattemotivert prising av immaterielle eiendeler, med særlig fokus på de tilfeller hvor verdien på et patent stiger betydelig kort tid etter at patentet er tatt ut av Norge og følgelig gir økte royalty-utbetalinger.

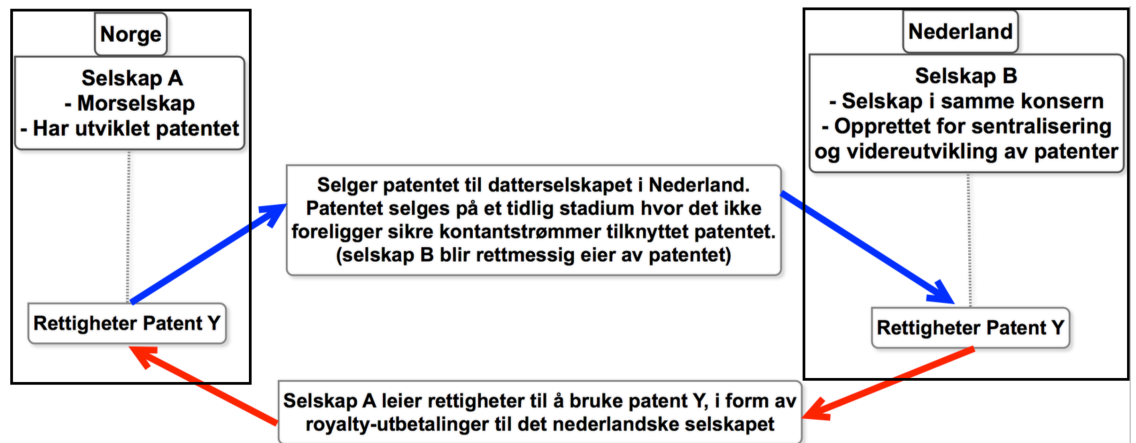


Figure 1 - Illustrasjon av skatteplanleggingsmetoden

Det å benytte skatteplanlegging er fullt lovlig, og multinasjonale selskaper gjør dette i utstrakt grad. BEPS har kommet med utvidede forklaringer og ”oppskrifter” som må følges når det kommer til verdsetting av immaterielle eiendeler og konserninterne transaksjoner, men vi mener fortsatt at det er muligheter for selskaper til å utnytte praksisen som problemstillingen vår tar for seg. Praksisen som beskrives i problemstillingen er utflytting av immaterielle eiendeler på et tidlig stadium i utviklingsfasen, og senere overføring av inntekt for å redusere konsernets skattekostnad ved bruk av royalty betalinger tilknyttet eiendelene som tidligere ble flyttet ut fra landet. En slik praksis trenger i utgangspunktet ikke å være problematisk, men i løpet av de siste årene har det kommet flere rapporter og anklager mot multinasjonale selskaper som viser at de tilnærmet betaler null kroner i skatt i land hvor de har store inntekter.

Vi mener at årsaken til at selskaper har hatt mulighet til å utnytte praksisen, er fordi det foreligger en informasjonsasymmetri mellom skattemyndigheter og bedrifter når det kommer til å kunne forutse fremtiden til en immateriell eiendel. Med informasjonsasymmetri mener vi at det utviklende selskapet vil ha en bedre forståelse av hva potensialet til en unik immateriell eiendel er, enn hva kontrollmyndighetene har. Det å forstå potensialet til patenter går i hovedsak på å forstå produktet og markedet. I forhold til verdsettelsen er risiko helt avgjørende

og risiko innebærer blant annet konkurranse. Vi mener derfor at selskaper sitter på mer kunnskap om markedet de opererer i, konkurrenter og andre faktorer som vil påvirke verdien til en immateriell eiendel. Vår oppfatning er at selskaper har utnyttet denne informasjonsasymmetrien til å flytte immaterielle eiendeler ut av land til en verdi som er lavere enn reell verdi. Mistanken om at det foreligger en slik informasjonsasymmetri mellom selskaper og kontrollmyndigheter ble også bekreftet gjennom intervjuene. Det kan være fort å tenke at disse argumentene bare vil påvirke verdivurderingen, og dermed kun transaksjonen ut av Norge, men disse faktorene vil også påvirke hva som vil skje skattemessig i Norge i etterkant av en slik transaksjon. Dette kommer vi tilbake til i analysedelen.

1.3 Presisering av problemstilling

Problemstillingen består i hovedsak av to spørsmål:

1. Var den immaterielle eiendelen riktig priset på transaksjonstidspunktet?
2. Hva vil skje skattemessig i Norge dersom den immaterielle eiendelen øker signifikant i verdi i etterkant av transaksjonen, med følgende store royalty-utbetalinger ut av Norge?

Det første spørsmålet går i stor grad ut på å finne riktig verdi på den immaterielle eiendelen som skal selges, og derfor også riktig internprising, fordi det er en konsernintern transaksjon. Internprising og verdivurdering av en immateriell eiendel er i seg selv så omfattende at en kunne ha skrevet flere masteroppgaver om temaene. Dette er områder hvor det allerede finnes mye forskning. Vi vil derfor ikke gå i dybden på disse temaene, men vi vil kort ta for oss internprising og verdivurderingsprosessen av en immateriell eiendel, fordi temaene er essensielle i en analyse av hva som vil skje skattemessig i Norge i etterkant av en slik konsernintern transaksjon. Kontrollmyndighetene vil foreta en verdivurdering selv i tilfeller hvor det er et stort sprik mellom reell verdi i etterkant av utflyttingen av en eiendel, og verdiestimatet selskapet kom frem til på transaksjonstidspunktet. Dette gjør de for å etterprøve verdivurderingen som ble utført ved utflyttingen av den immaterielle eiendelen. Det vil derfor være viktig å forstå denne prosessen for å være i stand til å analysere de skattemessige konsekvensene i et slikt tilfelle. Videre vil det være viktig å forstå hva internprising innebærer, fordi praksisen vi beskriver i problemstillingen består av konserninterne transaksjoner. Dette er transaksjoner som står overfor et mer

omfattende regelverk enn transaksjoner mellom uavhengige, og det vil derfor være helt essensielt å forstå hva regelverket innebærer.

På bakgrunn av vår oppfatning av at kontrollsystemene for prising av IP ikke er gode nok, vil vi i første del av analysen undersøke i hvilken grad Norge har et kontrollsystem som fungerer bra. Dette gjør vi fordi utfallet vil ha påvirkning på analysen av hva som vil skje i etterkant av en slik transaksjon vi beskriver. Ved å utføre en slik analyse vil det i tillegg bli enklere å kunne forutsi hvilken innvirkning TPG 2017 vil ha på metoden. Vi har valgt å fokusere særlig på analysen av hva som vil skje skattemessig i Norge i etterkant av en slik konsernintern transaksjon.

Videre har vi valgt å avgrense oppgaven til kun å fokusere på transaksjoner fra Norge til Nederland. I tillegg vil vi ikke fokusere på immaterielle eiendeler generelt, men vi vil se på transaksjoner hvor patenter, som ofte blir ansett som unike immaterielle eiendeler blir flyttet ut. Begrunnelsen for å avgrense oppgaven til utflytting av patenter til Nederland, er fordi Nederland har bygget opp et populært patentbokssystem, hvor det kun er 5% skatt på royalty-inntekter (World.Tax, 2013).

Verdivurderingsprosessen, regelen om realisasjonsskatt og fastsettelse av en royalty betaling vil i stor grad ha samme fremgangsmåte blant alle unike immaterielle eiendeler. I tillegg er både Norge og Nederland medlem av EØS. På bakgrunn av dette vil resultatene i stor grad kunne generaliseres til å gjelde alle transaksjoner av unike immaterielle eiendeler fra Norge til EØS-stater.

1.4 Struktur

I den første delen av oppgaven vil vi starte med å presentere de ulike intervjuobjektene. Deretter presenterer vi flere fagbegreper og hvilken påvirkning disse har på problemstillingen vår. Avslutningsvis i innledningsdelen forklarer vi hva i OECD Transfer Pricing Guidelines 2017 som er relevant for vår problemstilling, og hvorfor vi mener det er relevant i tillegg til å presentere de ulike casene og årsaken til at vi har valgt dem.

I analysedelen vil vi starte med casestudier av Google, Microsoft og Intrum Justitia dommen. Deretter analyserer vi hvordan en konsernintern transaksjon ut av Norge skal skattlegges, og i hvilken grad Norges kontrollsystem rundt slike konserninterne transaksjoner fungerer. Videre ser vi på hva som vil skje skattemessig i Norge dersom den immaterielle eiendelen, i vårt tilfelle patentet, øker i verdi i etterkant av transaksjonen, som igjen fører til store royalty-betalinger ut av Norge. Dette spørsmålet er det mest omfattende, og store deler av analysen vil være rettet mot denne problemstillingen. Vi har brukt data fra dybdeintervjuene, resultater fra casestudiene, og vår forståelse av regelverket til å drøfte problemstillingene som fremkom av analysen.

Vårt ønske er nødvendigvis ikke å komme med en konklusjon, men å kunne avdekke områder innen TPG 2017 og det norske skatteregelverket generelt, som muliggjør skatteplanleggingsmetoden vi beskrev i problemstillingen. Vi vil også komme med forslag til tiltak vi mener kan være effektive for å fjerne insentivene selskaper har til å utføre denne praksisen.

1.5 Metode

Vi har valgt å skrive en kvalitativ oppgave, som er en metode som brukes for å få en bedre forståelse av et fenomen, hvor det finnes lite informasjon om fenomenet fra før (Jacobsen, 2005, s.35).

I en kvalitativ oppgave er det vanlig å anvende ren juridisk metode, dette har ikke vi valgt å gjøre i denne avhandlingen. Vårt formål er ikke bare å drøfte hvordan de aktuelle lovene skal tolkes utfra lovteksten, vi ønsker å se på hvordan de aktuelle lovene faktisk har blitt anvendt i rettspraksis, i tillegg til at vi ønsker å fremlegge forslag til tiltak som kan redusere bedrifters insentiver til å utføre metoden av skatteplanlegging. Denne oppgaven vil derfor være en blanding av en juridisk, økonomisk og –rettspolitisk oppgave.

1.5.1 Datainnsamling:

Vi har i denne oppgaven anvendt kvalitativ metode, med et beskrivende forskningsspørsmål. Dette er fordi det finnes lite data i tilknytning til problemstillingen vi ønsker å undersøke. I denne oppgaven bruker vi data både fra primærkilder og sekundærkilder. Primærkilder er data som du lager selv (Haeck

& Løwe, 2017). Sekundærkilder er data som vi innhenter og tolker fra ulike informasjonskilder (Haeck & Løwe, 2017).

Primærdataen i denne oppgaven består av data innhentet i form av dybdeintervjuer av eksperter innenfor internasjonal skatterett, både fra offentlig og privat sektor. Dybdeintervjuene og bearbeidelsen av dataene var en omfattende og tidkrevende prosess. Gjennom denne prosessen lærte vi mye, og opparbeidet en grundig forståelse av hvorfor de ulike institusjonene har de meningene de har, og har med det lagt grunnlaget for analysen.

1.5.2 Presentasjon av intervjuobjekter:

Sten-Frode Olsen

Sten-Frode Olsen er utdannet jurist ved Universitetet i Tromsø. I dag jobber han som seniorskattejurist ved sentralskattekontoret for storbedrifter, hvor han har vært siden 1998. Olsen har erfaring fra internprising og internasjonal skatterett, og er derfor en interessant intervjukandidat til vår oppgave.

Per Westvang

Per Westvang er utdannet jurist ved Universitetet i Oslo. Han har tidligere jobbet som advokatfullmektig i Ernst & Young Advokatfirma AS, men jobber i dag ved Sentralskattekontoret for stor-bedrifter. I tillegg har han skrevet masteroppgave om anvendelsesområdet for strukturelle justeringer i internprising, som gjør han til en aktuell intervjukandidat for vår oppgave.

Gregar Berg-Rolness

Gregar Berg-Rolness er utdannet jurist ved Universitet I Oslo. Han har tidligere jobbet flere år i skatteetaten, men jobber i dag som faglig rådgiver ved Tax Justice Network sin avdeling i Norge. Dette er en avdeling som er del av et større nettverk som jobber for global skatterettferd. Han har skrevet flere bøker innen internasjonal skatterett, i tillegg til artikler som berører BEPS-tiltakspunktene. Berg-Rolness er derfor en anerkjent skatteekspert og har kommet med flere uttalelser i media om skattesaker. Erfaringen og kompetansen han innehar gjør ham derfor til en interessant intervjukandidat til vår oppgave.

Thor Leegaard

Thor Leegaard er utdannet jurist fra universitetet i Bergen og har LLM i skatt fra London School of Economics. Han jobber i dag som partner/advokat i KPMG Norge og er i tillegg senior partner i faggruppen for nasjonal og internasjonal selskapskatt i Oslo. Han har tidligere jobbet ved oslo ligningskontor og hos International Bureau of Fiscal Documentation som research assistant med ansvar for Britisk og Irsk skatterett. Han har lang erfaring innenfor nasjonal og internasjonal selskapsbeskatning, spesielt spørsmål vedrørende eierskap og skatt.

Audun Frøland

Audun Frøland er utdannet jurist. Han har tidligere jobbet som rådgiver ved Oslo likningskontor, men jobber i dag som skatteadvokat i Deloitte. Frøland er i dag partner og leder for skatt i Deloitte Advokatfirma. Han er spesialisert i norsk og internasjonal skatt, og arbeider blant annet med skattemessige forhold i tilknytning til transaksjoner, omorganiseringer og lignende strukturendringer som gjør ham til en interessant intervjukandidat til oppgaven vår.

2. Skatteplanlegging

Praksisen vi beskrev i problemstillingen har blitt en velkjent form for skatteplanlegging som myndigheter har funnet problematisk fordi de mener at inntekter blir flyttet til land hvor verdien nødvendigvis ikke skapes. Under denne delen vil vi drøfte om en slik metode er å anse som skatteplanlegging, eller uønsket skatteplanlegging.

Skatteplanlegging, er når bedrifter utnytter ulike virkemidler som er innenfor lovens rammer, og som ikke strider mot lovgivers intensjoner med loven, med det formål å minimere sin skattekostnad. Dette er en form for skatteplanlegging som er akseptert av myndighetene. For å skissere et eksempel kan man tenke seg at selskaper som bruker slik skatteplanlegging er personer som er bevisst på hvilke fradrag de har rett på, og tar i bruk disse fradragene på skattemeldingen for å spare skatt.

På den andre siden har man uønsket skatteplanlegging. Uønsket skatteplanlegging kan være vanskelig og omfattende å definere. I utgangspunktet vil det være når et selskap har foretatt seg noe som er i strid med lovgivers intensjoner med loven,

men som ikke er direkte ulovlig i henhold til ordlyden. Det er en slags gråsoner fordi det ikke er akseptert hos myndighetene, men samtidig vil det være vanskelig å få selskapene dømt fordi det ikke strider direkte om loven.

For å gi leseren en klarere oppfatning av hva dette innebærer skisserer vi med et eksempel hva vi mener med uønsket planlegging:

Når et multinasjonalt selskap gjennom sentralisering av immaterielle eiendeler og royalty-utbetalinger flytter alt av inntekt til lavskattland, slik at alle selskapene i de andre landene har et overskudd som går i null, når store deler av verdiskapningen egentlig skjer i disse landene.

I 2011 estimerte skatteetaten at multinasjonale selskaper hadde unndratt 16,7 milliarder skatte kroner fra myndighetene i Norge (Sættem, 2013). I rapporten kom det frem at det var flere bedrifter som omsatte for milliarder i Norge, men kun betalte tilnærmet lik null kroner i skatt. Når man leser slike rapporter er det kjapt å tenke at dette er helt feil, og at selskapene burde ha betalt betydelig større summer i skatt, men er det nødvendigvis slik i henhold til regelverket?

OECDs grunnpremiss er at verdier skal beskattes der de skapes (OECD, 2015). Skillet mellom skatteplanlegging og uønsket skatteplanlegging i henhold til vår problemstilling vil være en diskusjon om hvor verdiskapningen faktisk finner sted. Dersom det kan bevises at inntekt har blitt flyttet og at selskapet som mottar inntekten faktisk har skapt verdier tilsvarende inntekten de mottar, vil ikke skatteplanleggingen stride mot OECDs grunnprinsipp, og dermed ikke bli ansett som uønsket skatteplanlegging. Det er derimot verdt å nevne at slike metoder allikevel kan bli oppfattet som uønsket skatteplanlegging av skattemyndighetene. Dette er fordi ingen land ønsker at inntekt som kunne vært beskattet i deres land, blir flyttet til andre land. Vår oppfatning er derimot at det ikke er å anse som uønsket skatteplanlegging så lenge metoden ikke strider mot OECDs grunnpremiss, eller lovgivers intensjoner med loven.

I selskaper som har store verdier i immaterielle eiendeler, er det velkjent at det ofte er de immaterielle eiendelene som er verdidriverne. Burde det ikke da være slik at inntekter skal beskattes i landene hvor disse eiendelene er lokalisert og videreutvikles? Det finnes flere rasjonelle argumenter for at selskaper skal

sentralisere alle immaterielle eiendeler på et sted. Eksempler på dette kan være tilgang på billig arbeidskraft, tilgang på spesiell kompetanse, lokalisere seg nærmere primærmarkedene og enklere administrasjon av lisensieringen. Dette er argumenter som tilsier at metoden ikke nødvendigvis er å anse som uønsket skatteplanlegging.

På en annen side kan en argumentere for at de immaterielle eiendelene ikke ville ha hatt en verdi dersom de ikke ble omgjort til produkter, og deretter omgjort fra produkter til kroner og øre. Dermed vil også disse prosessene bidra til verdiskapning. En slik type argumentasjon tilsier at ikke alle verdier blir beskattet i områdene de blir skapt, og derfor at metoden er å anse som uønsket skatteplanlegging fordi den da vil stride mot OECDs grunnprinsipp. Vi vil drøfte dette nærmere i analysen.

3. Royalty

Royalty defineres som: "betalinger av noe slag mottatt som vederlag for bruk av, eller retten til å bruke, noe opphavsrett for informasjon om industriell, kommersiell eller vitenskapelig erfaring" (OECD, 2002). Royalty er en sentral del av problemstillingen i denne avhandlingen fordi det er denne betalingen som muliggjør "overføring" av inntekt til landene som eier de immaterielle eiendelene. I tilfeller hvor royalty betalingen er i samsvar med verdien på rettighetene et selskap betaler for å bruke, vil selskapet i Norge få fradrag for betalingen.

På grunn av at royalty er tilknyttet patenter, som ofte er svært vanskelig å verdsette, kan det være en kompleks vurdering å finne en riktig royalty-sats. I utgangspunktet skal en royalty-sats være fastsatt til armlengdepris. I intervjuet med Rolness fremkom det at det i enkelte tilfeller i Norge har det vist seg at royalty-satsen selskaper har anvendt, ikke har vært på armlengdepris, men at det også finnes flere tilfeller hvor overskudd tilnærmet blir nullt ut i høyskattland selv om royalty-satsen er fastsatt til armlengdepris. Dette er ikke nødvendigvis problematisk, men i tilfeller hvor multinasjonale konsern klarer å nulle ut overskudd i alle høyskattland de opererer i, også ved bruk av armlengdepris, kan det diskuteres om armlengdeprinsippet er riktig fremgangsmåte til å fastsette royalty betalinger innad i et konsern.

Videre sa Rolness at norsk rett har aldri justert en royalty-sats på bakgrunn av at de mener deler av verdiskapningen i konsernet har skjedd i Norge. De har kun foretatt justeringer i de tilfeller satsen har vært betydelig høyere enn hva en uavhengig ville betalt. Dette underbygger påstanden om at multinasjonale selskaper har hatt mulighet til nærmest å nulle ut overskudd i eksempelvis produksjonsbedrifter i Norge ved å benytte seg av royalty betalinger. Spørsmålet er om kontrollsystemet av royalty betalinger i Norge er for dårlig, eller om problemet oppstår fordi armlengdeprinsippet ikke egner seg i tilfeller mellom selskaper i et interessefellesskap. Dette vil vi undersøke nærmere i analysen.

På grunn av den utbredte praksisen med sentralisering av immaterielle eiendeler, og deretter bruk av royalty betalinger til å flytte inntekter, har kontroll av royalty betalinger nå blitt et satsningsområde blant skattemyndigheter (Mantri, 2015). Måten denne satsen beregnes, er at det utenlandske selskapet som kontrollerer patentet, fastsetter en proSENTSATS av inntektene i henhold til armlengdepris som det beslektede selskapet må betale. Et eksempel på dette kan være at et nederlandsk selskap lisensierer ut rettigheter til et selskap i Norge, hvor det norske selskapet betaler 6 % av inntektene til det nederlandske selskapet. Nederland er et land som er mye brukt i EU, på grunn av sine velutviklede rettsregler for patentbokser.

4. Internprising

”Internprising omfatter kort sagt prising av varer, tjenester, immaterielle rettigheter samt finansielle instrumenter ved transaksjoner mellom beslektede selskaper” (KPMG, 2018). I denne avhandlingen er det spesielt to transaksjoner som må vurderes i henhold til sktl. §13-1. Bestemmelsen gir skattemyndighetene mulighet til å justere en skattyters inntekt på visse vilkår. Myndighetene må med stor sannsynlighet kunne fastslå: (1) at det foreligger interessefellesskap mellom partene, (2) at skattyters formue eller inntekt er redusert og (3) at interessefellesskapet har vært årsaken til at formuen eller inntekten har blitt redusert.

Den første transaksjonen er salget av patentet når det blir flyttet ut av Norge, og da spesielt verdivurderingen. Den andre transaksjonen er royalty-utbetalingen og hvordan vurderingen av hvordan denne fastsettes. I et slikt scenario vil

multinasjonale selskaper ha insentiver til å selge patentet ut av Norge til en så lav verdi som mulig, og å kjøpe tilbake rettigheter til en så høy verdi som mulig, men samtidig holde seg innenfor sktl §13-1. Ved å gjøre dette unngår selskapet en høy realisasjonsskatt, og vil redusere skattegrunnlaget i Norge på grunn av høye royalty-utbetalinger.

Patentene vi tar for oss i denne avhandlingen blir flyttet ut av Norge på et tidlig stadium. Internprising i disse tilfellene er ekstremt krevende fordi det finnes lite informasjon å basere verddivurdering på, i tillegg til at det normalt sett ikke finnes direkte sammenlignbare patenter. Paragraf 6.33 i TPG 2017 lister opp en rekke utfordringer i forbindelse med prising immaterielle eiendeler, deriblant patenter hvor det ikke finnes sammenlignbare transaksjoner (OECD, 2017).

Basert på dataen fra dybdeintervjuene og ”Riksrevisjonens undersøkelse av Skatteetatens kontroll med prising av transaksjoner i interessefellesskap over landegrensene” (Riksrevisjonen, 2018) har vi en oppfatning av at det i dag blir solgt ut patenter til en verdi som er lavere enn virkelig verdi, og at det norske kontrollsystemet av internprising ikke er godt nok. I analysen vil vi derfor undersøke hvordan internprising av slike transaksjoner har blitt vurdert, og hvordan kontrollsystemet har fungert.

Vi vil anvende vilkårene som presenteres i sktl §13-1 for å undersøke i hvilken grad selskaper har hatt, og har mulighet til å ”underprise” immaterielle eiendeler ved utflytting, og ”overprising” av royalty betalinger uten at skattemyndighetene har hatt anledning til å justere inntekten deres. Videre henviser sktl §13-1 (4) til OECD TPG, som består av de reviderte versjonene av BEPS-tiltaks punkt 8-10 + tiltaks punkt 13. OECD TPG 2017 presenterer ulike nye retningslinjer og regler om hvordan selskaper skal foreta blant annet verddivurdering av unike immaterielle eiendeler. Vi forklarer nærmere hva OECD TPG 2017 innebærer i punkt 9.1 – 9.3.

5. Realisasjonsskatt

Realisasjonsskatt og exit-skatt er to begreper som ofte brukes om hverandre. I problemstillingen i denne oppgaven er tilfellet at et selskap selger ut patentet og det vil derfor være snakk om realisasjonsskatt fordi det er en eiendel som flyttes ut. I de tilfeller det er en virksomhet, eller del av virksomhet som flyttes ut, vil det være snakk om exit-skatt. Realisasjonsskatt er et tiltak for å sikre at gevinsten som er opparbeidet i Norge blir skattlagt i Norge. Man kan derfor si at formålet i bunn og grunn er å sikre skatteinntekt på salg av eiendeler. På grunn av at realisasjonsskatten øker i takt med verdien på en eiendel, er det naturlig å anta at skatten også gir selskap incentiver til å flytte eiendelen ut av Norge på et tidlig stadium i utviklingsprosessen hvor verdien på eiendelen fortsatt er lav.

Norske selskaper som ønsker å flytte immaterielle eiendeler ut av norsk beskatningsområde, står ovenfor et klart definert regelverk. Forholdet reguleres av sktl. § 9-14. Det følger av lovteksten at: ”gevinst på eiendel som tas ut av norsk beskatningsområde, er skattepliktig som om eiendelen eller forpliktelsen var realisert siste dag før dette tidspunktet.” I sktl §9 -14 (3) bokstav e., er immaterielle eiendeler nevnt, og patenter omfattes derfor av bestemmelsen. Det er ikke nødvendig at den immaterielle eiendelen flyttes ut av Norge for at kravet om realisasjonsskatt skal oppstå. Dersom inntekter og kostnader tilknyttet eiendelen eller gjelden ikke lenger er skattepliktige i Norge, vil kravet om realisasjonsskatt oppstå selv om eiendelen fysisk er i Norge (KPMG, 2017).

Hensikten med realisasjonsskatt er å bevare norsk skattefundament (D. Jacobsen, 2013). Vi mener at den også kan virke mot sin hensikt, fordi den fører til at selskaper flytter ut immaterielle eiendeler så tidlig som mulig i utviklingsprosessen for å unngå en høy realisasjonsskatt. Dermed vil Norge få en lav skatteinntekt på realisasjonen, fordi det er knyttet stor usikkerhet til et patent som er tidlig i utviklingsfasen og ikke har generert kontantstrømmer man kan basere en verdivurdering på. I tillegg vil ikke Norge ha krav på eventuelle inntekter og arbeidsplasser tilknyttet eiendelen i fremtiden. Dette har blitt et reelt problem i dagens marked, fordi det finnes mange store teknologiselskaper med enorme verdier i immaterielle eiendeler, som har utviklet en praksis hvor de flytter alle eiendeler ut tidlig i utviklingsfasen til lavskattland. En kan derfor spørre seg om realisasjonsskatten har virket mot sin hensikt. Ved å sette ned skatten, kan en bidra til å holde utviklingen i Norge, og på denne måten sikre

arbeidsplasser og at inntektskilden blir i Norge. Vi vil undersøke dette nærmere i analysen.

6. Armlengdeprinsippet

Det følger det av sktl. § 13-1 og artikkel 9 i OECDs mønsteravtale, at transaksjoner mellom selskap som er i et interessefellesskap skal verdsettes på armlengdes avstand. Videre presiserer OECD at transaksjonene skal verdsettes som om de ble utført av to uavhengige parter, der begge handlet med den hensikt å maksimere nytten (OECD, 2007). Dette vil i praksis si at prisene i konserninterne transaksjoner skal samsvare med prisene to uavhengige selskaper ville ha avtalt i en sammenlignbar situasjon jf. paragraf 1.5 i TPG 2017 (OECD, 2017). For å undersøke problemstillingen i denne oppgaven, er det spesielt to konserninterne transaksjoner som må analyseres, nemlig utflyttingen av patenter og royalty betalingen. Armlengdeprinsippet vil derfor bli anvendt i analysen, og vi vil nå fremme noen synspunkt rundt bruk av armlengdeprinsippet i forbindelse med immaterielle eiendeler som vi senere vil undersøke nærmere i analysen.

Det vil være vanskelig å fastslå hva en uavhengig part ville ha betalt for en immateriell eiendel. Dette skyldes at det ofte er knyttet stor usikkerhet til immaterielle eiendeler. I tillegg finnes det normalt få sammenlignbare eiendeler, fordi immaterielle eiendeler ofte er unike og sjeldent selges til uavhengige selskaper. Vanlig praksis er derfor at det oppstår et intervall som de ulike partene i en forhandling vil kunne benytte (Skaar & Kildal, 2012). På grunn av at selskapet som har utviklet patentet sitter på mest informasjon og har det beste utgangspunktet til å kunne si noe om potensialet til patentet på et tidlig stadium, tror vi at de har mulighet til å utnytte dette.

Samtidig er det slik at produkter er verdt det markedet er villige til å betale, så dersom en konkurrent faktisk var villig til å betale den verdien et selskap kom frem til, så ville dette være den reelle verdien. Dermed vil armlengdeprinsippet være et godt utgangspunkt i en verdivurdering. Vår oppfatning er derimot at armlengdeprinsippet kan være for omfattende å bruke i verdivurdering av unike immaterielle eiendeler i konserninterne transaksjoner. Paragraf 1.13 i TPG 2017 påpeker at det kan være vanskelig å tilfredsstille ALP, både for skatteyter og skattemyndigheter på grunn av ulike årsaker (OECD, 2017). Eksempler på slike

årsaker er at informasjonen kan være vanskelig å oppdrive (taushetsplikt) eller at den ikke eksisterer. Det utviklende selskap sitter på mesteparten av informasjonen, og har dermed en bedre forståelse av potensialet. I skatteplanleggingsmetoden vi undersøker er det snakk om unike patenter, og det vil derfor i utgangspunktet være lite tilgjengelig informasjon skattemyndigheter kan legge til grunn i en etterprøvelse av verdivurderingen. Det som står i TPG 2017 under paragraf 1.13 underbygger derfor vår påstand om at armlengdeprinsippet ikke nødvendigvis er riktig å anvende i transaksjoner som inkluderer immaterielle eiendeler mellom selskap i et interessefelleskap. Dette vil vi undersøke nærmere i analysen.

7. Patenter

Et patent gir innblikk i hvordan et spesifikt problem skal løses. ”Et patent er en rett gitt av en regjering til en oppfinner i bytte for offentliggjøring av oppfinnelsen; Det gir oppfinneren rett til å forhindre en tredjepart fra å bruke oppfinnelsen på noen måte, for en avtalt periode” (OECD, 2002).

I dag har det utviklet seg en praksis, spesielt i teknologibransjen hvor multinasjonale selskaper flytter ut patenter for å sentralisere alle patentene i konsernet på en plass, ofte i land med lav skattesats på royalty-inntekter. Patenter har ulik grad av særpreg, som igjen vil påvirke verdsettelsen av den immaterielle eiendelen. I vår analyse av selve utflyttingen av patentet fra Norge, vil verdsettelsen spille en viktig rolle. Vi vil derfor presentere ulike metoder for å komme frem til riktig internpris, og deretter velge metoden vi mener er best egnet til å bruke i analysen av problemstillingen vår.

I forbindelse med å komme frem til en armlengdepris på immaterielle eiendeler, presenterer OECD TPG 2017 de metodene som de mener egner seg best. Paragraf 6.145 og 6.153 fremhever kost pluss metoden og ”transactional profit split method” i tillegg til andre verdsettelsesmetoder, spesielt verdsettelse basert på diskontert verdi av estimerte fremtidige kontantstrømmer (OECD, 2017). Videre fremkommer det av paragraf 6.146 at kost pluss-metoden kan benyttes i sammenhenger hvor det ikke finnes pålitelig informasjon om sammenlignbare, ukontrollerte transaksjoner (OECD, 2017). Dette er tilfellet i praksisen vi undersøker. Som vi spesifiserte tidligere, undersøker vi utflytting av unike

patenter. I slike tilfeller hvor det ikke finnes pålitelig informasjon om sammenlignbare, ukontrollerte transaksjoner foreslår OECD i paragraf 6.148 (OECD, 2017) at ”transactional profit split method” kan benyttes i noen tilfeller. Paragraf 6.156 fremhever at intensjonen med retningslinjene som er beskrevet angående de ulike fremgangsmåtene for å finne en verdi, ikke er å fastsette at en metode nødvendigvis passer bedre enn en annen (OECD, 2017).

Vi undersøker en praksis hvor selskaper flytter inntekt fra høyskatteland til land med lavere skattesats. Det er derfor naturlig å anta at selskapene velger å anvende en verdsettelsesmetode som bidrar til at så mye som mulig av potensiell fremtidig inntekt blir flyttet. Ved å anvende ”transactional profit split method” eller kostpluss metoden, vil en mindre andel av den fremtidige inntekten bli flyttet fordi inntekten i ulik grad blir fordelt på de to involverte selskapene i årene etter transaksjonen.

Ved å anvende verdsettelse basert på diskontert verdi av estimerte fremtidige kontantstrømmer beskrevet i paragraf 6.153, vil selskapet som kjøper patentet i utgangspunktet ha rett på all inntekten tilknyttet patentet i etterkant av transaksjonen. Det er derfor naturlig å anta at selskaper som har utført eller utfører praksisen vi beskrev i problemstillingen, anvender diskontert estimert kontantstrøm metoden. Vi vil derfor se nærmere på denne verdsettelsesmetoden i analysen.

Videre har vi forutsatt at det ikke finnes sammenlignbare patenter, og at det er stor usikkerhet tilknyttet patentet. På bakgrunn av lite tilgjengelig informasjon, stor usikkerhet og dermed risiko tilknyttet patentet, vil en verdivurdering være kompleks. Dette har ført til et eget kapittel i TPG 2017, nærmere bestemt paragraf 6.186 til 6.195 (OECD, 2017). Her beskrives såkalte ”Hard-To-Value-Intangibles”. I kapitlet er det en veiledning til skattemyndigheter, om hvordan de skal gå frem når de etterprøver verdsettelsen av en HTVI. Denne veiledningen vil være sentral i analysedelen av vår oppgave, og vi vil derfor beskrive den under punkt 9.1.

8. Gjennomskjæringsprinsippet i norsk skattelovgivning

I de tilfeller skattemyndigheter klarer å bevise at en disposisjon er foretatt for å unngå ulike lover, eller disposisjonene strider mot formålet med loven, kan skattemyndigheter anvende den ulovfestede omgåelsesnormen. Videre er det to vilkår som må være oppfylt for at omgåelsesnormen kan anvendes. Disse vilkårene har blitt til gjennom rettspraksis, nærmere bestemt Hex-dommen (Rt. 2007 s. 209). Grunnvilkåret, slik det er formulert i RT.2007 s. 209 ”går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt”. Dersom grunnvilkåret er oppfylt ser man på det andre vilkåret, som sier at det ut fra ”en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder den forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglens formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen” (Zimmer, 2009, s. 64).

I denne avhandlingen vil spørsmålet dreie seg om i hvilken grad skattemyndigheter anser, og kan bevise at disposisjonen vi har beskrevet strider mot loven. Dersom dette er tilfellet, vil skattemyndighetene kunne anvende den ulovfestede gjennomskjæringen. I slike tilfeller vil skattemyndighetene kunne justere inntekten til det norske selskapet, noe som fører til at de får en ekstraordinær skatt, og i enkelte tilfeller vil også skattemyndighetene ilegge selskapet en tilleggs skatt. Vi vil dog kun fokusere på når skattemyndighetene får anledning til å anvende prinsippet, og dermed vil ha mulighet til å justere inntekten til det norske selskapet. Vi tar ikke for oss spørsmålet om en eventuell tilleggs skatt. Dersom skattemyndighetene i Norge skal ha anledning til å tildele deler av inntekten fra det Nederlandske selskapet til det norske, forutsetter det at skattemyndighetene i Nederland er enige i at deler av verdiskapningen faktisk har skjedd i Norge, og dermed godkjenner det. Norske kontrollmyndigheter vil derimot ikke forsøke å justere inntekten til et selskap uten sterke bevis, og det er derfor sjeldent at myndighetene ikke kommer til enighet, selv om det ofte blir en forhandling om hvor mye som skal justeres.

Et eksempel på et tilfelle hvor prinsippet blir anvendelig er når et konsern har solgt en immateriell eiendel til et selskap i Nederland, hvor det ikke er substans, og deretter betaler royalty betalinger for å bruke rettighetene tilknyttet patentet. I et tilfelle hvor verdien øker drastisk, og realiteten er at verdiøkningen kom på

bakgrunn av forskning og utvikling utført av det norske selskapet, vil skattemyndighetene i Norge kunne anvende prinsippet. I realiteten blir det ofte en forhandling mellom myndighetene i de to landene, fordi begge har incentiver til å argumentere for at verdiskapningen har skjedd i deres land.

I analysedelen av oppgaven undersøker vi hvorvidt hovedformålet ved å samle alle patentene i Nederland er å omgå norske skatteregler ved å flytte inntekt ved hjelp av royalty betalinger, eller om selskapene har andre rasjonelle årsaker til å gjøre det.

Til slutt er det verdt å nevne at det foreligger et forslag om lovfesting av denne normen (NOU 2016: 5, 2016). En slik lovfesting kan føre til at resultatene vi kommer frem til i denne avhandlingen vil være annerledes i fremtiden. Dette er fordi en eventuell lovfesting av regelen kan føre til at rettspraksisen som er opparbeidet rundt den ulovfestede regelen, ikke vil være relevant etter en lovfesting.

9. Transfer Pricing Guidelines 2017 (TPG)

Det er forsket mye på ulike internprisingsmetoder som multinasjonale selskaper har anvendt for å unngå skatt, og det har derfor kommet tiltak for å stoppe feilaktig bruk av internpriser. Et eksempel er OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, videre omtalt som OECD TPG 2017. OECD TPG 2017 består av de reviderte versjonene av BEPS tiltakspunkt 8-10, i tillegg til tiltakspunkt 13. I denne oppgaven vil vi fokusere på tiltakspunkt 8-10. PWC har kommet med følgende uttalelse om tiltakspunkt 8-10: ”Formålet med tiltakspunkt 8-10 er å sikre at resultatet av internprising er i overensstemmelse med verdiskapningen” (PWC, 2015). Videre er TPG 2017 å anse som norsk rett fordi den er lovfestet gjennom sktl § 13-1 (4).

Problemstillingen i denne avhandlingen er å undersøke konsekvenser av skattemotivert prising av immaterielle eiendeler, med særlig fokus på tilfeller hvor verdien på et patent endres betydelig kort tid etter at patentet er tatt ut av Norge og dermed økte royalty-utbetalinger. Denne problemstillingen går i hovedsak ut på en diskusjon om hvor verdien skapes. I forordene til TPG kommer det frem at TPG ble til for å sikre en mer rettferdig fordeling av inntekter og kostnader i

MNSer hvor selskaper har en høy grad av vertikal integrasjon (OECD, 2017, s. 3). Det vil si at retningslinjene vil påvirke hvordan en royalty betaling og prisen på eiendeler solgt innad i et konsern skal fastsettes. Vi vil presentere de sentrale elementene fra tiltakspunkt 8-10, som vi mener vil ha innvirkning på problemstillingen i denne avhandlingen.

9.1 BEPS tiltakspunkt 8

Tiltakspunktet tar for seg problemer tilknyttet kontrollerte transaksjoner rundt immaterielle eiendeler. Rapporten presenterer en omfattende definisjon av hva som er å anse som en unik immateriell eiendel, en såkalt ”Hard-To-Value-Intangible”. Tiltakspunktet beskriver også en detaljert veiledning for hvordan en skal gå frem i verdivurderingen av slike eiendeler. Videre presenterer tiltakspunktet spesifikke funksjoner som skal anses som verdidriverne til immaterielle eiendeler. Multinasjonale selskaper kan i dag sentralisere alle immaterielle eiendeler i et selskap i utlandet, og på den måten overføre store deler av inntekten konsernet har til dette landet. Dette har tidligere blitt gjort uten at disse selskapene har utført, eller kontrollert særlige funksjoner. BEPS tiltakspunktene er derfor blant annet ment å fjerne de helt klare tilfellene hvor det ikke er substans i selskapene som kjøper den immaterielle eiendelen (OECD, 2015).

På grunnlag av at patentene vi tar for oss i denne oppgaven er å anse som HTVI, tror vi at disse veiledningene som presenteres i TPG 2017 kan få en stor betydning i årene som kommer. Vi tror det vil ha en innvirkning både på verdivurdering av en HTVI, og også på fordeling av inntekt mellom selskap i samme konsern, fordi kontrollmyndigheter nå enklere kan se hvem som kontrollerer de ulike funksjonene, og tildele inntekt deretter. Vi vil derfor presentere det viktigste fra veiledningene.

9.1.1 Patenter og Hard-To-Value-Intangibles

Patenter i seg selv er vanskelig å verdsette, og patenter som ikke har generert kontantstrømmer og hvor det i tillegg ikke finnes lignende patenter, er enda vanskeligere å verdsette. Dette har ført til at OECD har utviklet en veiledning skattemyndigheter kan følge når de kontrollerer verdivurderingen av en ”HTVI” (OECD, 2017).

Denne veiledningen følger av TPG 2017:

Det følger av Paragraf 6.189 at dersom et patent skal kunne ansees som en "HTVI", må patentet tilfredsstille to krav. Det ene er at det ikke må være sammenlignbare patenter på transaksjonstidspunktet. Det andre kriteriet er at forventet kontantstrøm eller økonomisk gevinst på transaksjonstidspunktet er så usikker at det er vanskelig å kunne anta potensialet. Paragraf 6.193 sier at dersom "ex ante" prisen og "ex post" prisen avviker mer enn 20 %, bør skattemyndighetene etterprøve verdivurderingen som bedrifter selv gjorde på transaksjonstidspunktet (OECD, 2017).

Videre gir veiledningen skattemyndighetene rett til å bruke "ex post", altså etterfølgende informasjon om hvordan prisen på patentet faktisk endret seg, som presumptivt bevis i en vurdering av om prisen på transaksjonstidspunktet var korrekt. Imidlertid bør vurderingen av om "ex post" (den etterfølgende prisen) er grunnlag nok i seg selv til å foreta en priskorrigering, være basert på en sammenligning med informasjonen som "ex ante" prisen var basert på, for å kontrollere om denne informasjonen var reell. I de tilfeller skattemyndighetene kan bekrefte påliteligheten til informasjonen som "ex ante" prisen var basert på, skal det ikke foretas en priskorrigering selv når det er en signifikant forskjell på "ex ante" og "ex post" prisen.

Videre følger det av paragraf 6.193 at metoden som er beskrevet i avsnittet over ikke vil gjelde for transaksjoner som involverer flytting eller bruk av HTVI, når følgende unntak gjelder:

1. Skattyter fremlegger:
 - Detaljer om hvordan "ex ante" prisanslaget på transaksjonstidspunktet ble foretatt, inkludert hvordan risiko ble inkludert i beregningene for å bestemme prisen (for eksempel sannsynlighetsvektingen av risikoene), og hensiktsmessigheten av dets hensyn til rimelig forutsigbare hendelser og annen risiko, og sannsynligheten for at disse hendelsene inntreffer. Og;
 - Pålitelige bevis på at den signifikante forskjellen mellom "ex ante" og "ex post" prisen er på grunn av:

- Uforutsette utviklinger eller hendelser som oppstår i etterkant av at ”ex-ante” ble fastsatt, som det ikke kunne forventes at selskapet burde ha forutsett på transaksjonstidspunktet, eller;
- Utfallet av forutsette hendelser som er inkludert i verdsettelsen fører til verdiøkningen, når sannsynligheten for at disse hendelsene inntreffer ikke er signifikant over- eller underestimert på transaksjonstidspunktet.

Det er beskrevet flere unntak i BEPS tiltakspunkt 8, men vi valgte å ta med dette unntaket, fordi det er det mest relevante til vår oppgave. Det er viktig å presisere at disse retningslinjene i BEPS-tiltakspunkt 8 er forholdsvis nye retningslinjer, og det er nødvendigvis ikke akkurat slik rettspraksisen i Norge er i dag. Dette vil vi ta i betraktning i analysedelen av oppgaven.

HTVI-kapittelet i TPG gjør at skattyter lettere kan gjennomføre en verdivurdering av sitt eget patent enn tidligere. Vi tror HTVI kapittelet vil gjøre det lettere for myndigheter å kontrollere verdivurderingen av unike patenter. Dette tror vi på sikt kan være med på å hindre at patenter blir flyttet ut til en for lav verdi.

Videre presenterer paragraf 6.32 i TPG en rekke funksjoner som er viktige for å avgjøre hvordan fordelingen av inntekt tilknyttet en immateriell eiendel innad i et konsern skal være (OECD, 2017). Disse funksjonene refereres til som DEMPE-funksjonene, og vi vil forklare dem under neste punkt. Paragrafen fremhever at medlemmer av et multinasjonalt konsern som utfører slike funksjoner har rett på en kompensasjon som tilsvarer armlengdepris for arbeidet de har utført, eller risikoen de har påtatt seg, ved for eksempel å ha bidratt finansielt i utviklingen av eiendelen.

9.1.2 DEMPE funksjonene

DEMPE-funksjonene er knyttet til utnyttelsen av immaterielle eiendeler i form av funksjoner som utvikling, videreutvikling, vedlikehold, beskyttelse og utnyttelse (Royaltyrange, 2017). Formålet med DEMPE-funksjonene er å gi skatteyter og skattemyndigheter et verktøy som skal gjøre det enklere å si hvilke selskap i et konsern som har rett på inntektene et patent genererer. I en fastsettelse av hvor

mye kompensasjon de ulike selskapene i konsernet har rett på for utførelsen av forskjellige funksjoner, skal armlengdeprinsippet legges til grunn.

Development

Utviklingen av immaterielle eiendeler refererer til alt som omhandler ideer, utvikling av planer og fastsettelse av strategier for å kunne videreutvikle denne ideen. Mange ulike ideer oppstår i et teknologiselskap, men veien fra ide til skapelse er lang. Utvikling av produktet er en essensiell del, men det å utvikle prosesser for utnyttelse, utvikling av merkevare, utvikling av særegenhet er alle viktige komponenter som hører inn under utviklingsdelen i en funksjonsanalyse.

Enhancement

Forbedring" i DEMPE-sammenheng, betyr å fortsette å jobbe med deler av immaterielle eiendeler med det formål å forbedre helheten. Et selskap har ulike avdelinger som jobber med ulike deler av produktet. Morselskapet i Norge gjør forbedringer på kundeområdet alt fra å skaffe nye kunder til å forbedre produksjonsprosessen til kundeopplevelsen når de kjøpte produktet. Selskapet i Nederland har for eksempel ansvaret for å forbedre teknologi, verdikjeden eller verdidrivere som konsernet bruker. Et annet selskap markedsfører patentet slik at de forbedrer bevisstheten hos målgruppen sin.

Maintenance

Vedlikehold av patenter innebærer at bedriften gjør det de kan for å sikre at patentet fortsetter å fungere som det skal og fortsetter å generere inntekter for bedriften. For bedrifter kan dette være å pleie kundeforhold, sørge for at merkevaren er sunn eller sørge for at selskapet vedlikeholder de lovlige funksjonene som de er pålagt.

Protection

Beskyttelse handler om å holde verdien på merkevaren sterk. Det innebærer å sikre patentets juridiske rettigheter, slik at ingen kan kopiere ideene dine eller bruke det uten tillatelse. Beskyttelse omhandler også overvåkning av konkurrenter da en innovasjon fra en konkurrent kan svekke verdien til patentet signifikant. Her kan det være snakk om enkle ting som å registrere IPen hos myndighetene, sørge

for at avtalene med ulike interessenter fortsatt er gunstige for bedriften, eller å sørge for personvern hos kunder.

Exploitation

Utnyttelse innebærer hvilke måter en bedrift bruker et patent på for å kunne generere inntekter. Dette innebærer alt fra markedsaktiviteter til FOU. Ulike ting kan være introduksjon av produktet på rett tidspunkt, implementering av teknologi, salg og sørge for at kunden oppdager fordelene ved produktet. Dette gjøres da gjerne av morselskapet, mens datterselskapene kan sørge for at selskapene skiller seg ut ved god markedsføring eller videreutvikling av eksisterende elementer i produktkjeden.

Vår oppfatning er at DEMPE-funksjonene vil forhindre at selskaper uten ansatte, som tidligere fikk store inntekter fordi de kun eide patentene, ikke vil bli tildelt mer enn eventuelt risikofri avkastning i fremtiden. Myndigheter vil nå enklere kunne avgjøre hvor verdiskapningen har skjedd, slik at inntektene kan tildeles der verdiskapningen finner sted. Vi vil anvende veiledningene og undersøke påstandene våre nærmere i analysen.

9.2 BEPS 9 – Risiko og Kapital

Formålet med tiltakspunkt 9 er å hindre at risikoflytting og kapital benyttes for å redusere skattekostnaden. Det viktige i BEPS tiltakspunkt 9 i forhold til problemstillingen i denne avhandlingen er risiko tilknyttet DEMPE-funksjonene. Slik vi forklarte under BEPS 8, mener vi at DEMPE-funksjonene vil kunne ha en stor påvirkning på hvilke selskaper i et multinasjonalt selskap som får tildelt inntekt tilknyttet bruken og utnyttelsen av immaterielle eiendeler. Dette vil igjen påvirke hva som skjer skattemessig i Norge etter at en eiendel har blitt flyttet ut fra landet, og deretter får en stor verdiøkning.

De forskjellige DEMPE-funksjonene har ulik risiko tilknyttet seg. Eksempelvis vil investeringer i FOU ofte inkludere stor risiko, fordi selskaper ikke vet om forskningen vil resultere i produkter som er i stand til å genere inntekter. For at en analyse av DEMPE-funksjonene skal være hensiktsmessig, må det i tillegg utføres en risikovurdering av de ulike funksjonene. Det vil si at selv om selskapet i Nederland eier de immaterielle eiendelene og utfører DEMPE-funksjonene, er det

allikevel ikke sikkert at de har rett på all inntekt tilknyttet de immaterielle eiendelene dersom for eksempel et annet selskap i konsernet finansierer funksjonene, og dermed kontrollerer risikoen.

Risiko-analysen i tiltakspunkt 9 følger av paragraf 1.60 i TPG og består av 6 ulike trinn (OECD, 2017). Det første steget er å identifisere den økonomiske risikoen med spesifisitet. Her brukes spesifisitet som sannsynligheten for at risikoen ikke inntreffer. Det vil si å utføre en sannsynlighets- og sensitivetsanalyse i henhold til de potensielle risikoene tilknyttet patentet.

Det andre trinnet går ut på å identifisere hvordan risikoen er antatt i kontrakter mellom de ulike selskapene i konsernet. Dette trinnet går ut på å kartlegge hvilket av selskapene som bærer risikoen. Er den delt, eller bærer for eksempel selskapet i Nederland hele risikoen?

I det tredje trinnet skal det utføres en funksjonsanalyse for å undersøke hvilket av selskapene som antar risikoen, og hvem som styrer risikoen i henhold til DEMPE-funksjonene. Dette trinnet går ut på å kartlegge hvem som utfører kontrollen, sørger for at risikoen har gode eller dårlige konsekvenser, og hvem som har finansiell kapasitet til å påta seg risikoen. Trinn to og tre identifiserer informasjonen som er tilstedeværende når en skal avgjøre hvem som antar og kontrollerer risikoen når selskapet gjennomfører transaksjonen.

Det fjerde trinnet er å tolke informasjonen, og deretter avgjøre om de antakelsene som ble gjort i kontrakten gjenspeiler den faktiske gjennomføringen mellom de ulike selskapene i konsernet. Dersom selskapet som antar risikoen under trinn en til fire ikke er i stand til å kontrollere, eller har kapasitet til finansielt å anta risikoen, skal risikoen tildeles det selskap som reelt sett står for risikoen etter det femte trinnet, som presenteres under paragraf 1.98 i TPG (OECD, 2017).

Det sjette trinnet fremkommer av paragraf 1.100 i TPG 2017. Trinnet beskriver konsekvensene basert på de økonomiske realitetene. Det vil si at man i det sjette trinnet ser hvilke selskaper som kontrollerer og utfører kontroll i tilknytning til finansiell risiko, og risiko i forbindelse med utførelse av funksjoner. Det sjette trinnet fremhever at selskaper skal kompenseres med en passende forventet

avkastning for risikoen de kontrollerer eller utfører, i tillegg til at risikoreduksjon bør være riktig avlønnet.

9.3 BEPS 10 – Transaksjoner med høy risiko

Formålet med tiltakspunkt 10 er å utvikle regler som skal forhindre utnyttende transaksjoner som aldri, eller svært sjeldent ville ha forekommet mellom uavhengige parter (PWC, 2015).

Med utnyttende transaksjoner, mener vi transaksjoner som kun er konstruert for å utnytte ulike smutthull i regler, eller utnytte forskjellen i skatteregler i ulike land, og som ikke kan begrunnes av rasjonelle årsaker. Herunder hører blant annet profittallokeringer i tilfeller hvor det har vært foretatt kontrollerte transaksjoner som ville blitt sett på som irrasjonelle mellom to uavhengige parter (OECD, 2017). Videre skal tiltakspunktet sikre at transaksjoner/avtaler mellom partene er gjennomført slik at de gjenspeiler den faktiske verdien i avtaler/transaksjoner.

Et salg av patentrettigheter innad i et konsern kan være eksempel på en slik transaksjon, men dette er noe som vil variere fra selskap til selskap. For enkelte selskap er det vanlig med utvikling og salg av patenter, mens det for andre kan bli sett på som en uvanlig transaksjon. I denne avhandlingen mener vi at praksisen ved å sentralisere patenter, for deretter å leie rettigheter til å bruke disse ikke vil falle direkte inn under tiltakspunkt 10, fordi det finnes mange rasjonelle grunner til at multinasjonale selskaper velger å gjøre det. Vi mener derimot at det kan oppstå tilfeller hvor det kan være aktuelt å anvende retningslinjene, og vil derfor ta hensyn til tiltakspunktet i analysen.

10. Casestudier

I vår oppgave vil vi gjennomføre tre casestudier. Formålet ved casestudiene vil være å innhente relevant data som vi vil benytte i analysedelen. Analysedelen i oppgaven bygger i hovedsak på vår tolkning av de relevante rettskildefaktorene vi har presentert, i tillegg til data fra dybdeintervjuer. Vi ønsker å benytte resultatene fra casestudiene som supplerende data for å styrke resultatene fra analysedelen. På grunnlag av at resultatet fra studiene vil bli brukt på en supplerende måte, vil ikke undersøkelsene i seg selv være omfattende og dyptgående. Vi har valgt å utføre casestudier av selskapene Google, Microsoft og Intrum Justitia dommen.

Vi ønsker å bruke Microsoft og Google som eksempler da dette å se på tilfeller hvor verdiene av patentene endres etter transaksjonen ut av området deres. Begge er multinasjonale teknologiselskap som har benyttet seg av forskjeller i skattesystemer i ulike land, og dette har resultert i skattefordeler. Dette har de gjort ved sentralisering av IP'er i land som har en gunstig beskatning av royalty-inntekter. Denne strategien har mange likhetstrekk ved metoden vi beskriver i vår oppgave.

Vi ønsker å gjennomføre et casestudie av Intrum Justitia dommen, da denne er et eksempel på hvordan norske myndigheter har håndtert et tilfelle av skatteplanlegging som har mange likhetstrekk med metoden vi bruker i oppgaven. Ved å analysere dommen, vil vi være i bedre stand til å vurdere de skattemessige konsekvensene etter gjeldene norsk rettspraksis, ved økte royalty utbetalinger.

10.1 Google og Microsoft

Formålet ved casestudier av Google og Microsoft vil være å undersøke hvordan royalty har spilt en rolle i deres skatteplanleggingsstrategier. Videre ønsker vi å finne ut av hvilket økonomisk omfang det er snakk om.

10.2 Intrum Justitia

Intrum Justitia AS er en del av et internasjonalt konsern som bedriver inkassovirksomhet. De ble dømt i Oslo tingrett for å ha betalt en lisensavgift som ikke tilsvarte verdien de faktisk fikk. Ved et casestudie av Intrum Justitia ønsker vi å belyse hvordan norske myndigheter har håndtert saker som er lik den metoden vi skisserer i vår oppgave. Dommen er relevant fordi det er en rettskraftig dom i motsetning til våre to caser som omhandler Google og Microsoft.

Dommen er omfattende og man kunne ha utredet mye interessant, men vi ønsker kun å fokusere på det som er mest relevant i henhold til vår problemstilling. Vi vil derfor kun ta for oss spørsmålet om skattemyndighetene får anledning til å anvende sktl §13-1, og dermed vil kunne justere inntekt. Vi går ikke inn på spørsmålet om en eventuell tilleggsskatt i denne caseanalysen.

Formålet vårt ved studie av dommen vil være å finne ut hva norsk rettspraksis er når det kommer til inntektsjustering og fastsettelse av en royalty-sats/lisensavgift mellom selskap som er i et interessefellesskap.

Analyse-del

1. Casestudier

1.1 Casestudie Google

Rapporter fra Nederlandske myndigheter avslørte i 2016 at Alphabet Inc, Googles morselskap hadde spart 3,6 milliarder amerikanske dollar i 2015 på å flytte 15,5 milliarder dollar utenlands (Forbes, 2016).

Metoden som ble brukt er en såkalt dobbel Irish og Dutch sandwich (Rolness, 2016, s.248). Dette går ut på at konsernet oppretter to selskaper i Irland. Et datterselskap er skattemessig hjemmehørende i Irland og har ansvar for salg og markedsføring i Europa. Det andre selskapet er irsk-registrert og sees derfor på som et irsk selskap av amerikanske myndigheter. På grunn av at hovedkontoret er lokalisert på Bermuda, anser irske myndigheter selskapet som skattemessig hjemmehørende på Bermuda, som ikke har selskapsskatt. Selskapet er derfor skattesubjekt i Bermuda i henhold til Irsk skattelov. IP'en selges så fra USA til det irske selskapet som er skattemessig hjemmehørende på Bermuda. Videre opprettes det et nederlandsk holdingselskap som skal ha ansvaret for å lisensiere ut rettigheter til selskaper som utfører salg og markedsføring. Datterselskapet som er skattemessig hjemmehørende i Irland er et eksempel på et slikt selskap. Det nederlandske selskapet lisensierer rettigheter til å bruke IP'en til det andre irske selskaper som har ansvaret for salg og markedsføring i Europa.

Denne strukturen fører til pengestrømmen fra salgene knyttet til IP'en vil gå fra selskapene som selger produktene til det nederlandske holdingselskapet som har ansvaret for lisensiering av rettighetene. Deretter flyttes pengene fra det nederlandske holdingselskapet til det irsk-registrerte selskapet som er skattemessig hjemmehørende på Bermuda. Pengestrømmen blir i alle tilfellene flyttet i form av royalty-betalinger for å kunne benytte rettighetene til IP'en. På denne måten vil konsernet oppnå å betale minimalt i skatt fordi Bermuda ikke har selskapsskatt.

Det å outsource deler av virksomheten i et konsern til et annet selskap, og deretter leie tilbake rettigheter eller tjenester ved å betale royalty er ikke ulovlig i seg selv. Det kan videre diskuteres om Googles metode er i strid med OECDs grunnprinsipp. Prinsippet sier at verdier skal beskattes i de områdene de blir skapt

(OECD, 2015). Til nå har det vært slik at salg ikke skaper verdi, men det er selve teknologien som skaper verdien for selskapet. Videre har BEPS tiltakspunkt 8-10 fastsatt nye krav til substans i selskaper som vil ramme Google's selskapsstruktur. Det fremkom blant annet av undersøkelser gjort av avisen Het Financieele Dagblad at selskapet i Nederland som google brukte til gjennomstrømming av kapital, ikke har noen ansatte (Forbes, 2016). På grunnlag av at det ikke er noen ansatte i det nederlandske selskapet, virker det unaturlig at dette selskapet skaper reelle verdier tilsvarende 15,5 milliarder dollar, og derfor har rett på dem. TPG 2017 lister opp hva som er verdidrivere til slike eiendeler, nærmere bestemt DEMPE-funksjonene. Dette er funksjoner som ikke kan utføres uten ansatte etter TPG paragraf 6.63 (OECD, 2017). Det selskapet gjør, er at de lisensierer ut IP, og skal i dette tilfellet kun ha rett på risikofri avkastning etter TPG 2017. Tilsvarende gjelder for selskapet som er skattemessig hjemmehørende i Bermuda, da det ikke er ansatte der. De kan derimot ha rett på risikjustert avkastning fordi de er eier av patentet, og derfor har tatt en risiko ved å kjøpe det. Vårt inntrykk er dog at dette selskapet ikke tar noen beslutninger selv. Etter TPG paragraf 6.63 og 6,64 skal selskapet ta beslutninger vedrørende risikoen de bærer. Videre viser paragraf 6.63 viser til 1.66 som klart sier at dette er beslutninger som skal tas av mennesker (OECD, 2017). Siden det ikke er noen ansatte i selskapet på Bermuda har det følgelig ikke mulighet til å ta slike beslutninger. Det skal derfor kun ha risikofri avkastning etter retningslinjene i TPG 2017.

1.2 Casestudie Microsoft

I 2011 ble Microsoft avslørt av senatet i å ha flyttet store pengebeløp til utlandet, med den hensikt å redusere skattekostnaden. Senatet anslo at Microsoft bare i 2011 hadde spart 2,43 milliarder amerikanske dollar (BusinessInsider, 2013). Måten dette ble gjort på var gjennom lignende metode av Dutch sandwich som vi beskrev i Google-caset. Dette er inntekter som senatet rettslig sett mener burde vært skattlagt i USA. Det kan dog diskuteres om det er riktig at hele beløpet burde vært skattlagt i USA, fordi de immaterielle eiendelene er lokalisert et annet sted. Vi mener allikevel at det er stor sannsynlighet for at store deler av inntekten burde vært skattlagt i USA. Begrunnelsen for dette er at selskapsstrukturen i Microsoft inneholder datterselskaper uten ansatte. Som i argumentasjonen med Google (TPG 6.63 og 6.64), kan ikke funksjonene som skaper verdier i den immaterielle eiendelen utføres uten ansatte. På den annen side kan en argumentere for at

funksjonene som skaper verdi ved immaterielle eiendeler, ikke var godt nok spesifisert i forhold til TPG 2017 og DEMPE-funksjonene, slik regelverket var tidligere. Vi mener at selskapet som mottok inntekten i Microsoft sin struktur ikke har utført noen av DEMPE-funksjonene. Basert på vår tolkning av paragraf 6.63 i TPG 2017, har dette selskapet derfor ikke rett på mer enn en eventuell risikojustert avkastning. På bakgrunn av dette ville ikke denne metoden fungert i dag.

Metoden ble utført i flere steg. I det første steget flyttet Microsoft IP'er fra moderselskapet som er stasjonert i staten Washington til datterselskaper stasjonert i Nevada som jobber med å videreutvikle patentene. Det er ingenting som tyder på at det ikke ble foretatt realisasjonsbeskatning. Motivasjonen for utflyttingen var at staten Nevada helt siden slutten av 1998 har hatt en lav skattesats på royalty inntekter. Videre "selger" selskapene i Nevada ansvaret ved å lisensiere ut rettighetene tilknyttet IP'ene til et selskap i Puerto Rico, imot at det Puerto Ricanske selskapet finansierer deler av utviklingskostnaden til selskapene i Nevada (Reuters, 2014). Dette selskapet hadde således ansvar for å leie ut rettighetene til produsenter. På denne måten vil et salg i en butikk i USA føre til at en stor del av summen går til selskapet i Puerto Rico. Videre må selskapet i Puerto Rico betale en viss prosentandel av utviklingskostnaden til selskapene i Nevada som eier IP'en. På denne måten vil deler av salgsinntektene komme tilbake til selskapet i Nevada, men store deler av inntekten vil bli i det Puerto Ricanske selskapet. Det Puerto Ricanske selskapet er videre eid av "MACS Holdings Ltd.", lokalisert på Bermuda, som igjen er eid av Microsoft Round Island One (The Seattle Times, 2015). Dette selskapet er irsk registrert, men er skattemessig hjemmehørende på Bermuda. Videre har Microsoft også utnyttet samme struktur som vi beskrev i google-caset for å minimere skattekostnaden i forbindelse med inntekt fra Europa. Dette går vi ikke inn på en gang til, da vi beskrev metoden under Google-caset. Metoden vi skisserte over, er altså strukturen Microsoft benyttet for å minimere skattekostnaden på salg i USA. På samme måte som i argumentasjonen i Google – caset, så er TPG 2017 ment å ramme de selskapene som ikke tilfredsstillter substanskravene, og de selskapene som ikke utfører faktiske funksjoner. Og på denne måten sikre at inntekter blir beskattet i de områdene verdien skapes.

På samme måte som argumentasjonen i Google – caset, er OECD TPG 2017 ment å ramme de selskapene som ikke tilfredsstiller substanskravene, og de selskapene som ikke utfører faktiske funksjoner. TPG paragraf 6.56 lister opp en rekke funksjoner som er aktiviteter som ville tilfredsstilt DEMPE-funksjonene (OECD, 2017). Vi tok for oss beslutningskriteriet når vi undersøkte Microsoft. MRIO har en rekke direktører, men ingen av dem er stasjonert på Bermuda, slik paragraf 1.66 i TPG sier de skal være. De er stasjonert i staten Washington. Således tyder alt på at beslutningene i MRIO blir tatt av konsernledelsen (Duedil, 2018). Ellers har de ingen ansatte. Følgelig skal MRIO ikke ha noe mer enn risikofri avkastning for sin rolle i Microsoft-konsernet.

1.3 Funn i casestudiene av Google og Microsoft

Felles for begge selskaper er at de har brukt royalty i den hensikt å redusere skattekostnaden. Tomme holdingselskaper og gjennomstrømningselskaper er brukt til å flytte overskudd. Disse selskapene er lokalisert i Irland, Nederland og Puerto Rico. Det som er felles for disse landene er at de har særdeles gunstige beskatningsregler. Bermuda er også et land som går igjen i begge casene, fordi kapitalen til slutt ender opp her. Årsaken til at kapitalen ender opp i Bermuda, er fordi de ikke er selskapsskatt her.

Microsoft skiller seg fra Google sitt case ved at selskapet i Puerto Rico bare betaler en viss andel av utviklingskostnaden til selskapene i Nevada for å få rettighetene til å lisensiere ut rettigheter til patenter som eies av selskapet i Nevada. Dette gjør at Microsoft har mulighet til å flytte ytterligere deler av overskuddet fra Nevada til Puerto Rico. Dette kan de gjøre fordi det Puertoricanske selskapet påtar seg finansiell risiko ved driften av selskapene i Nevada, og derfor har krav på en risikojustert avkastning.

Slike strukturer har gjort at EU har lagt press på Irland til å tette smutthullet i loven. Som følge av dette har Irland gjennomført tiltak, og kunngjort at det fra 2020 ikke vil være mulig for selskaper å utnytte slike selskapsstrukturer som Microsoft og Google har brukt.

Praksisen som fremkom av casestudiene ville ikke fungert i Norge, på grunn av den ulovfestede gjennomskjæringen. Microsoft og Google sine disposisjoner strider helt klart mot hensikten i skatteloven og svekker skattebetalernes tillit til systemet om det fortsetter. Vi vurderer det slik at den reelle beslutningsmyndighet fortsatt ligger hos konsernledelsen, og at det ikke har skjedd en reell overføring av eierskapet til patentet. Grunnen til dette er at direktørene til MRIO har bosted i staten Washington i nærheten til hovedkontoret til Microsoft. En avstand på cirka 5000 kilometer fra hovedkontoret til Bermuda indikerer at kravet om substans ikke er oppfylt, da det virker som om MRIO reelt sett blir styrt fra hovedkvarteret til Microsoft. Det virker hevet over enhver tvil at disposisjonene er gjort for å unngå skatteregler og rettspraksis. Det faktum at det i flere av selskapene som er beskrevet ikke jobber folk, og dermed ikke tilfredsstiller substanskravene, tilsier at slike disposisjoner strider mot norsk lov.

Casestudiet viser at tilsvarende metoder som den vi har valgt å studere, brukes og har blitt brukt i et stort omfang av multinasjonale selskaper. Det fremkom at det å outsource administreringen av lisenser til et datterselskap lokalisert i et annet land mot å motta royalties fra datterselskapet, ikke er ulovlig i seg selv. Videre fremkom det av casestudiet at Google og Microsoft til sammen oppnådde besparelser på ca 6 milliarder dollar på et år, ved å utnytte denne formen for skatteplanlegging kontra dersom alt hadde blitt beskattet etter amerikanske skatteregler (Microsoft sparte 2,43 milliarder dollar i 2011, og Google sparte 3,6 milliarder dollar i 2015). Dette viser at royalty har vært et middel i skatteplanlegging, som har ført til at inntekt blir flyttet til land med lav skattesats, selv om verdier ikke er skapt her. Det er viktig å presisere at skatteplanlegging er lovlig, så lenge transaksjonene er gjennomført i henhold til armlengdeprinsippet. Det kan stilles spørsmål ved om eierskapet reelt sett har flyttet på seg, men dette tar vi ikke en videre diskusjon på.

1.4 Casestudie Intrum Justitia

Dette er en eldre dom, men den er av særdeles relevant i vår oppgave, fordi den i norsk rettspraksis er retningsgivende når det kommer til fastsettelse av en riktig lisensavgift/royalty-sats. Videre tar dommen for seg drøftelsen angående interessefellesskap og selskapers opplysningsplikt (Utv. 2008 s.1090).

1.4.1 Rettsaken

Saken er mellom Intrum Justitia AS og skatt øst og ble tatt opp i tingretten i 2008. Overligningsnemnda i Oslo hadde den 1. April 2007 vedtatt at ligningen i inntektsårene 1998-2002 var ugyldig etter et bokettersyn. Intrum Justitia mente på sin side at økningen i royalty utbetalinger kunne forsvares og tok derfor saken inn for domstolene.

Intrum Justitia AS er en del av et internasjonalt konsern som bedriver inkassovirksomhet. Intrum Justitia AS er et datterselskap av Intrum Justitia BV som er skattemessig hjemmehørende i Nederland. IJ BV er igjen eid av Intrum Justitia NV som var skattemessig hjemmehørende på de nederlandske Antiller. Intrum Justitia NV er eier av alle de immaterielle eiendelene i konsernet. I 1991 gikk Intrum Justitia AS over til et nytt datasystem, heretter omtalt som Bull-systemet. IJ NV inngikk en avtale med IJ BV, om at IJ BV skulle ha ansvaret for å lisensiere ut rettigheter til alle ulike datterselskapene i konsernet. I 2002 ble det gjort bokettersyn hos Intrum Justitia AS. Her kom det fram at de benyttet et annet datasystem enn hva de hadde oppgitt etter avtale i 1985.

”Hovedspørsmålet i saken er i hvilken utstrekning det skal gis fradrag for lisensavgift for bruk av dataprogrammer, fakturert fra et utenlandsk selskap i samme konsern” (Utv. 2008 s.1090). Myndighetene mente at de beløpene som er fakturert internt ikke svarer til hva som faktisk er levert, og at det i denne saken ikke er benyttet korrekt bruk av armlengdes pris. Konklusjonen er at Intrum Justitia har betalt 37,7 millioner kroner over markedspris for bruk av deres datasystem. Vedtaket medførte at Intrum Justitias inntekt i årene 1998-2002 ble økt med 37,7 millioner, som igjen førte til 11 millioner kroner i ekstraordinær skatt. Ligningsnemnda ila også tilleggs skatt på 30 %. Som følge av dette måtte Intrum Justitia betale 3,2 millioner i renter og tilleggs skatt, som betydde et samlet tilleggs krav på 14,2 millioner kroner.

Intrum Justitia på sin side var uenige i dette vedtaket. De saksøkte staten og krevde at vedtaket skulle oppheves og hevdet at det var gjennomført investeringer i etterkant som forsvarte den økte royalty utbetalingen. Sktl. 13-1 (4) kom etter deres oppfatning ikke til anvendelse, da retten ikke kan bevise at et uavhengig selskap ville betalt et mindre vederlag for datasystemet. Intrum viste her til avtalen mellom IJ BV og Dun & Bradstreet. Her ble prisen akseptert av skattemyndighetene i alle andre land med unntak av Sverige. Her tapte imidlertid skattemyndighetene i Länsretten i Stockholm. Et annet moment var fratrekk for royalty. Intrum Justitia mente at retten hadde anvendt sktl. § 6-1 feil. Etter deres syn er grunnvilkårene oppfylt. Lisensavgiften er en kostnad som selskapet har betalt, og som har klar tilknytning til den skattepliktige inntekten i Norge.

Et viktig moment i dommen var diskusjonen om inntektsreduksjon. Når en transaksjon er gjennomført mellom bedrifter hvor det foreligger et interessefellesskap, vil skattemyndighetene kunne utøve skjønn etter sktl §13-1. Ordlyden av 13-1 lyder som følgende: ”**Det kan foretas fastsettelse ved skjønn hvis skattyters formue eller inntekt er redusert på grunn av direkte eller indirekte interessefellesskap med annen person, selskap eller innretning**”. Det fremkommer av dommen at følgende momenter må være oppfylt for at skattemyndighetene har anledning til å anvende skjønn:

- Det må foreligge en reduksjon av skattyters inntekt eller formue
- Det foreligger et interessefellesskap mellom skattyteren og et annet selskap eller en person
- Reduksjonen i inntekten er en følge, enten direkte eller indirekte, av det foreliggende interessefellesskapet.

Staten mener at en uavhengig part ikke ville solgt en immateriell eiendel for 3,3 millioner, latt kjøperen oppgradere systemet for 2,5 millioner og deretter betale 10 millioner for å leie det tilbake, samtidig som det var selskapet som måtte stå for vedlikehold og oppgraderinger. Intrum Justitia har betalt for en vare de ikke har mottatt og det foreligger etter statens syn en inntektsreduksjon i henhold til loven. En annen begrunnelse er varigheten. Når en avtale av en slik lengde inngås, hevder staten at en uavhengig part ville ha krevd reforhandling i tillegg til at det ikke skulle foretas ytelser fra Intrum Justitia BV.

Partene strides omkring det tredje vilkåret. I dommen er konklusjonen at dersom

retten skal kunne utøve skjønn, må skatteyters inntekt være redusert i forhold til hva tilfellet hadde vært dersom transaksjonen hadde vært med en uavhengig part. Retten slo fast at Intrum Justitia AS, hadde brukt et system som ikke hadde tilknytning til resten av konsernet. Konklusjonen ble at selskapet hadde betalt mer i avgift, enn hva et uavhengig selskap ville vært villig til å gjøre. En kunne dermed fastslå at det her var snakk om en inntektsreduksjon som var forårsaket av interessefellesskapet mellom partene.

1.4.2 Royalty

Lisensavgiften var satt slik at det norske selskapet skulle betale et beløp per inkassosak. Satsene varierte med hensyn på type sak. Denne satsen var opprinnelig satt til 4 nederlandske gylden, mens den i 1998 hadde steget til 8,80 NLG per sak. Intrum Justitias NV sin begrunnelse for avgiftsøkningen var at de hadde brukt 250 millioner NOK på oppgradering av software i perioden fra man gikk over til et felles datasystem, frem til 1998. Denne avgiften er fastsatt basert på konsernets faktiske, og forventede investeringer i fremtiden. Det rettslige spørsmålet var følgelig om en uavhengig part hadde vært villig til å betale tilsvarende lisensavgift som Intrum Justitia gjorde i dette tilfellet.

Bevisbyrden til Ligningsmyndighetene dreier seg om at det norske systemet ikke var integrert i konsernet. Retten måtte ved sin vurdering legge til grunn de opplysningene som var tilgjengelig for overligningsnemnda. Så lenge et konsern kan bevise at kostnadene, i dette tilfelle utviklingskostnader i Intrum Justitia NV, er relevante for selskapet i Norge så vil dette bli akseptert hos myndighetene. I dommen kommer det tydelig frem at det ikke er fremlagt bevis vedrørende sammenhengen mellom det norske datasystemet og det systemet konsernet bruker. Dette er også tilfelle i spørsmålet angående investeringene som er gjort for å styrke det norske datasystemet. Retten konkluderte i denne saken med at det ikke var tilstrekkelig beviser som rettferdiggjorde lisensavgiften. Retten mente basert på sakens faktum at alt tydet på at det norske systemet hadde levd sitt eget liv, helt atskilt fra datasystemet som ble brukt ellers i konsernet.

Det kommer fram av bokettersynet at vedlikeholdet og oppgraderingen av systemet, er gjort av IT-sjef Marit Næss. Derfor er det kun kostnader i forbindelse med hennes lønn som kan sees på som vedlikehold/oppgradering fra Intrum Justitia AS. Intrum Justitia BV hevder at de har overført know-how innad i

konsernet. PwC derimot skriver derimot i ”management letter” gjengitt i dommen at fra 1999-2001 at selskapet er helt avhengig av en ansatt som er den som har utviklet systemet. Nederlandske myndigheter har samme oppfatning og slår dette fast i sin separate granskning. De stadfester at Intrum Justitia BV ikke har investert i noe som er relevant for det norske systemet og har heller ikke bidratt med support til Intrum Justitia AS i forbindelse med software-systemet.

1.4.3 Funn

Retten mente at selskapet hadde gitt uriktige opplysninger vedrørende avtalen angående leie av datasystem. De mener at avtalen Intrum Justitia refererer til, ikke samsvarer med det datasystemet selskapet faktisk benytter. Dermed ble vedtaket om inntektsjustering stående, fordi Intrum Justitia ikke klarte å bevise at programrettighetene det nederlandske selskapet eier, faktisk benyttes i den norske virksomheten.

Videre fremkom det at en økning i lisensavgift til det norske selskapet basert på utviklingskostnader hos det utenlandske, må begrunnes med at utviklingskostnadene faktisk er relevante og har utviklet produktet det norske selskapet bruker. Dommen viser at datasystemet som brukes i Norge er utviklet i Norge og er avhengig av en person som var ansatt i Norge. Dermed er ikke utviklingskostnadene hos selskapet i Nederland relevant for datasystemet som brukes av selskapet i Norge, og kan derfor ikke forsvare økning i lisensavgift. Det er ingenting i dommen som forsvare økningen i lisensavgiften for bruk av systemet det norske selskapet benytter. En økning av lisensavgiften kan derimot forsvares, men ikke for 250 millioner slik det nederlandske selskapet hevder. Retten mener at kun investeringer på 6 millioner kan spores til det norske selskapet. Forskjellen fra dommen vedrørende den svenske Intrum filialen, er at selskapet der fikk tilgang til konsernets grunnsystem for inkasso. Dette systemet var helt nødvendig for det svenske selskapet og Intrum Justitia BV hadde investert store beløper i dette systemet. Det norske selskapet fikk også tilgang, men retten kom frem til at dette systemet ikke var nødvendig for å kunne drive virksomhet. Dommen viser derfor at det ikke er noe som hindrer økte lisensavgifter, eller i vårt tilfelle royalty-satser/utbetalinger. Kriteriet er at utviklingskostnadene må være nødvendige for driften, i dette tilfellet hos det norske selskapet.

2. Analyse del 1 - Har Norge et godt nok system når det kommer til kontroll av internprising?

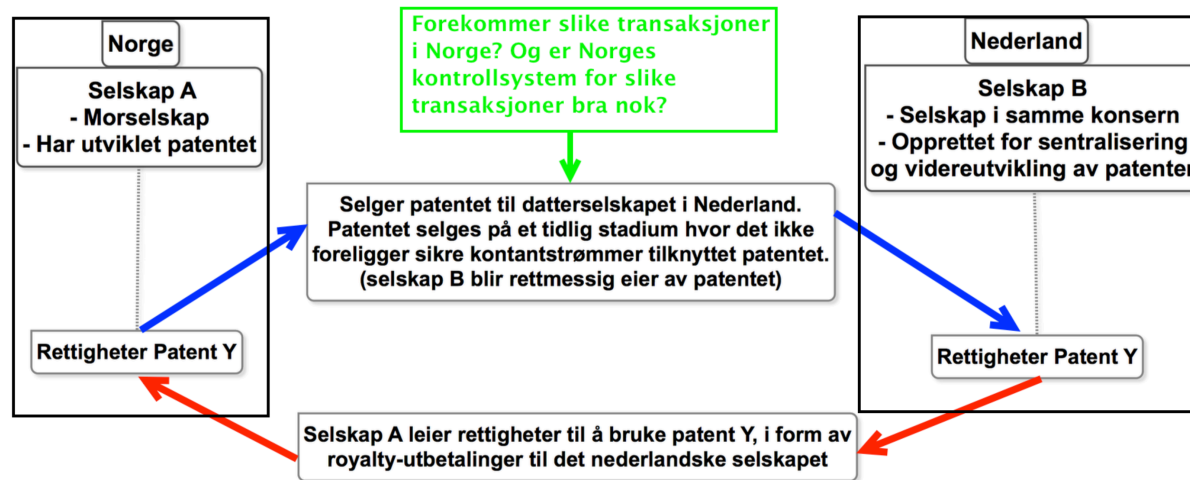


Figure 2 - Kontroll av internprising

For å analysere om en transaksjon som innebærer å selge en immateriell eiendel ut av landet til et selskap i samme konsern, er riktig priset, er det relevant å undersøke i hvilken grad systemet for kontroll av slike transaksjoner er tilstrekkelig. En slik analyse er relevant for vår problemstilling fordi et system som ikke er godt nok, vil gi selskaper mulighet til å prise immaterielle eiendeler under virkelig verdi. Feilprisede, utgående transaksjoner vil igjen ha påvirkning hva som vil skje skattemessig i etterkant av transaksjonen når det kommer en signifikant verdiøkning på eiendelen. Dette er fordi skattemyndigheter nå kan ta i bruk etterfølgende informasjon etter paragraf 6.188 til 6.192 i TPG som bevis når de utfører etterfølgende kontroller av internprising (OECD, 2017). Slike etterfølgende kontroller var tidligere aktuelt i tilfeller hvor den reelle verdien på den immaterielle eiendelen i etterkant av transaksjonen avviket mer enn 40% fra verdiesimatet på transaksjonstidspunktet (Rt. 1999 s. 1087).

Det fremkommer av paragraf 6.193 i TPG 2017 at denne terskelen nå er endret til 20% (OECD, 2017). Dersom den immaterielle eiendelen ble priset under virkelig verdi ved utflyttingen fra Norge, er det naturlig å anta det vil påvirke når skattemyndigheter vil foreta en etterfølgende kontroll, i tillegg til utfallet av denne kontrollen. Dette er fordi det i tilfeller hvor den immaterielle eiendelen klart var underpriset, vil være en større sannsynlighet for at skattemyndighetene kommer frem til at prisen på transaksjonstidspunktet var uriktig. Videre er TPG 2017 nytt, og dermed ikke fullstendig innarbeidet i rettspraksis. Ved å utføre en analyse av

hvordan Norges kontrollsystem av internprising har vært, vil vi tydeligere kunne påpeke hvilken innvirkning TPG 2017 vil ha på internprising og skattemyndighetenes etterfølgende kontroll under ”Analyse del 2”. Dette er fordi dataen fra casestudiene, i tillegg til intervjuobjektene erfaring fra rettspraksis bygger på et regelverk hvor TPG 2017 ikke er integrert.

Denne delen er strukturert som følger:

Først undersøker vi påstanden vår om at utflytting av patenter fra Norge til land med lav skattesats på royalty-inntekter forekommer. Deretter analyserer vi i hvilken grad Norges system for kontroll av internprising ved overføring av unike immaterielle eiendeler er effektiv, og god nok. Vi starter med å presentere spørsmålene dybdeintervjuene bestod av og svarene til de ulike intervjuobjektene før vi til slutt kommer med en konklusjon basert på vår tolkning av de aktuelle paragrafene i skatteloven og TPG 2017, i tillegg til dataene fra intervjuene og casestudiene.

- **Har du den oppfatningen at bedrifter i Norge bevisst selger ut patenter til andre land, og hva mener du er årsaken til at dette skjer?**

Sten-Frode Olsen påpekte at det ikke var noe i veien med slike transaksjoner, så lenge de følger alle retningslinjer. Han sa at det var helt vanlig at selskaper solgte ut IP ’er til et datterselskap for å sentralisere disse på et sted. Gregar Berg-Rolness delte samme oppfatning, og sa at det i teknologibransjen var blitt en tendens til at mange teknologiselskaper sentraliserte IP ’er i lavskattland, slik som Apple, Google og Uber har gjort. Dette blir gjort ved at IP ’en ble flyttet ut på et tidlig tidspunkt, til en lav verdi fordi IP ’en da ikke hadde generert store kontantstrømmer, og dermed ikke hadde en høy reell verdi.

Alle intervjuobjektene påpekte at multinasjonale selskaper hadde kommersielle grunner til å sentralisere IP ’ene i konsernet.

Leegaard nevnte flere årsaker til at bedrifter valgte å flytte patenter ut av Norge. To eksempler er billig arbeidskraft, og det å komme nærmere kjernemarkedet. En annen årsak er det å spare skatt. Denne vil vi drøfte nærmere i del 2 i analysen.

Alle intervjuobjektene var delvis enige i at selskaper kunne spare penger på å sentralisere IP'er i land hvor skatten på royalty er lavere enn i Norge.

Videre viser resultatene fra casestudiene at både Microsoft og Google har sentralisert sine IP'er i et land med lav skattesats på royalty, for deretter å lisensiere ut rettigheter til IP'ene tilbake igjen. Ved å gjøre dette har de henholdsvis spart 3,6 milliarder dollar i skatt (Google i 2015), og 2,43 milliarder dollar i skatt (Microsoft i 2011).

Disse casene er ikke direkte knyttet til Norge, men de viser klart at multinasjonale selskaper sparer enorme summer på denne formen for skatteplanlegging. Videre er begge disse selskapene tilstede i Norge, og på bakgrunn av informasjonen fra intervjuene er det derfor naturlig å anta at andre selskaper i Norge også utnytter en lignende form for skatteplanlegging.

- **Tror du at selskaper har mulighet til å selge ut et patent til en lavere verdi enn det det egentlig er verdt på grunn av informasjonsasymmetrien mellom selskapet selv og kontrollmyndighetene? Selskapet kan eksempelvis begrunne at det foreligger en stor risiko knyttet til patentet som vil redusere verdien?**

Olsen og Per Westvang forklarte at kontrollmyndighetene hadde egne spesialister innenfor forskjellige industrier som var en del av verdsettelsesgrupper som etterprøver verdivurdering foretatt av selskaper dersom det oppstår store sprik i verdien. Videre sa de at risikoen skulle vurderes på transaksjonstidspunktet, og at det ville bli en vurdering om det skulle foretas en priskorrigering hvis det viste seg at risikoen bikket i positiv favør. De påpekte at de gjennomførte flere analyser for å sette riktig pris. Skatt øst ville akseptere prisen så lenge den var innenfor et visst intervall. Det viktige var at prisen var i samsvar med armlengdeprinsippet. Derimot var de enige i at det uansett ville foreligge en viss informasjonsasymmetri mellom selskapene og kontrollmyndighetene. Slik vi tolket det, mente de at kontrollen av internprising i Norge i dag er god nok.

Rolness refererte også til armlengdeprisen. Han sa at det helt klart var et vanskelig tema for en bedrift å vurdere risiko, men samtidig har de også en god forståelse av

hva som skal til for at deres patent kunne bli utkonkurrert. Bedriftene sitter nærmere på informasjonen, og dersom de ser et stort potensial og dermed ønsker å flytte IP'en ut, så vil ikke bedriften gi mer informasjon enn det som er nødvendig. Han hadde den oppfatning av at enkelte bedrifter nok benyttet seg av såkalte lavprislommer som følge av generell usikkerhet i markedet. Han mente at dette spesielt kunne være tilfellet i teknologibransjen fordi dette er en bransje som stadig er i endring, og hvor det ikke er unaturlig med store endringer i verdier som følge av oppjustering eller nedjustering av risiko. Gjennom sin karriere hadde han sett eksempler på IP som åpenbart var priset under virkelig verdi. Hans oppfatning var derfor at det er for mye IP som forsvinner ut av Norge til en lavere verdi enn den virkelige verdien. Han presiserte videre at så lenge bedriftene klarer å begrunne risikoen som presset verdien på IP'en ned, så ville ofte ikke myndighetene komme noen vei. Dette er definisjonen på armlengde pris, men som vi forklarer mer nøyaktig fire avsnitt lengre ned, foreligger det en informasjonsasymmetri i verdsettelse av unike immaterielle eiendeler som gjør det vanskelig for skattemyndigheter å kontrollere risikoen som er involvert, og dermed også om risikoen selskapet har begrunnet faktisk er korrekt.

Leegaard og Audun Frøland hadde likt synspunkt når det kom til å selge ut et patent til en lavere verdi enn virkelig verdi. De sa at bedrifter ikke vil tilbakeholde informasjon ved en verdivurdering av et patent, fordi dette vil stride mot loven. Hvis skattemyndighetene ville ha informasjonen, så kan ikke selskapet motstride seg å gi denne, selv om informasjonen lå i et annet land. Leegaard påpekte at så lenge revisor bekreftet at verdiene selskapet gav fra seg, ikke var større eller mindre enn den virkelige verdien, så ville det ikke bli et problem. Videre påpekte Leegaard også at det allikevel ville foreligge en viss informasjonsskjevheter, fordi bedriftene selv hadde et bedre utgangspunkt til å forstå potensialet til et unikt patent.

Gjennom intervjuene fikk vi bekreftet mistanken vår om at det foreligger en informasjonsasymmetri mellom bedrifter og skattemyndighetene når det kommer til å vurdere risiko og potensialet til et patent. Det var derimot delte meninger når det kom til om bedrifter hadde mulighet til bevisst å prise et patent lavere enn virkelig verdi innenfor lovens rammer. Slik vi skisserte eksempelet i spørsmålet for intervjuobjektene, var det klart at selskapene gjorde noe som ikke var i tråd

med regelverket. Frøland og Leegaard er begge advokater som representerer store firmaer i Norge, og det er derfor naturlig å anta at de ville være skeptiske til å anta at en slik praksis vi skisserte var noe som foregikk i Norge.

Tirsdag 05.06.2018 publiserte E24 en artikkel om en rapport utført av riksrevisjonen. Revisjonen ønsket strengere skattekontroll av multinasjonale selskap. Undersøkelsen de hadde utført, viste at kontrollene av utenlandstransaksjoner som ble utført i perioden 2009-2016 førte til at det skattepliktige inntektsbeløpet hos norske selskaper ble korrigert med 79 milliarder kroner. Det fremkommer av undersøkelsen at påbegynte kontroller av internprising varierte mellom 30-110 saker årlig, men til tross for økte ressurser var antall kontroller i 2016 på samme nivå som i 2009. Videre fremkom det også at behandlingstiden på 13 av 32 saker som er undersøkt var på over tusen dager (Riksrevisjonen, 2018).

Funnene i rapporten, spesielt funnet vedrørende korreksjonen av skattepliktige inntektsbeløp hos norske selskaper på hele 79 milliarder kroner i perioden 2009-2016, antyder at kontrollsystemet for internprising av utenlandstransaksjoner ikke har vært godt nok. Dette begrunner vi ved at inntektsbeløp som ifølge riksrevisjonen burde vært hos norske selskaper tilsvarende 79 milliarder kroner, har ”forsvunnet” ut av Norge uten å bli fanget opp av kontrollsystemet for internprising.

Paragraf 6.191 fra ”HTVI-kapittelet” i TPG 2017 sier at det ofte foreligger en informasjonsasymmetri mellom skatteyter og skattemyndigheter ved verdsettelse av en unik immateriell eiendel (OECD, 2017). Det fremkommer av paragrafen at det på grunnlag av informasjonsasymmetrien vil være vanskelig for skattemyndighetene å utføre en risikovurdering av eiendelen på transaksjonstidspunktet, og derfor også å vurdere påliteligheten av informasjonen som ble brukt av selskapet i verddivurderingen på transaksjonstidspunktet. Paragrafen oppfordrer derfor til å ta i bruk etterfølgende informasjon om verdien på eiendelen, for å kontrollere om prisen på transaksjonstidspunktet var riktig. Paragraf 6.192 sier derimot at det ikke bør foretas en justering basert på etterfølgende informasjon, i tilfeller hvor selskapene kan fremlegge informasjonen de la til grunn i verddivurderingen, og skattemyndighetene kan bekrefte at dette var

rimelig forutsetninger å ta på tidspunktet av transaksjonen. Dette unntaket vil vi analysere nærmere i del 2 av analysen.

Vår oppfatning er at skattemyndigheter ikke vil klare å bevise at verdivurderingen av en immateriell eiendel var uriktig, så lenge selskaper kan fremlegge informasjonen de la til grunn i verdivurderingen, og det ikke er helt klart at noen av parameterne i verdsettelsesmodellen var under/overdrevet. Vi mener derfor at selskaper vil ha mulighet til å prise unike immaterielle eiendeler lavere enn reell verdi ved utflytting av Norge, selv etter utgivelsen av TPG 2017.

På bakgrunn av informasjonen vi har presentert i analyse del 1, konkluderer vi med at bedrifter i Norge til en viss grad har mulighet til å prise patenter lavere enn virkelig verdi, selv når de holder seg innenfor lovens rammer, og derfor at kontrollsystemet av internprising med fokus på unike immaterielle eiendeler ikke er godt nok slik det er i dag.

Det er viktig å presisere at det i skatteplanleggingsmetoden vi beskriver i vår problemstilling, ikke er nødvendig for bedrifter å prise patentet lavere enn virkelig verdi ved utflyttingen for å spare skatt på praksisen. Selskaper vil selv når de flytter ut patentet til en riktig pris kunne spare store summer i skatt. Spesielt i tilfeller hvor patenter blir flyttet ut på et tidlig stadium i utviklingsfasen. Dette ser vi blant annet i casestudiene, hvor det viste seg at det aldri var et spørsmål om verdien på utflyttingstidspunktet var uriktig. Vi mener derfor at regelverket for internprising i forhold til sentralisering av immaterielle eiendeler og bruk av royalty betalinger innad i et konsern ikke nødvendigvis fungerer slik det burde. Med ”burde” mener vi at regelverket skal sikre at inntekt blir skattlagt i landene hvor den faktiske verdiskapningen skjer. Dette vil vi analysere nærmere i del 2 av analysen.

3. Analyse del 2 – Hva skjer i etterkant av transaksjonen?

I denne delen av analysen vil vi analysere det mest omfattende området i henhold til vår problemstilling;

- hva vil skje skattemessig i Norge i de tilfeller et patent øker drastisk i verdi i kort tid etter at patentet har blitt solgt ut, og følgende store royalty-utbetalinger av Norge.

Dette er en omfattende analyse hvor vi gjennom prosessen måtte omformulere og legge til nye spørsmål i intervjuene for å kunne analysere problemstillingen på en best mulig måte.

Gjennom intervjuene avdekket vi at det i hovedsak er fire overordnede kriterier som må vurderes, men vi har i tillegg lagt til et siste punkt hvor vi vil fokusere på TPG 2017 sin påvirkning på metoden. Dette gjorde vi fordi denne formen for skatteplanlegging er en av årsakene til at TPG 2017 ble til, og vi ønsker derfor å analysere hvilken virkning tiltakspunktene har på problemstillingen.

1. Var verdien riktig da patentet ble flyttet ut av Norge?
2. Kan det allikevel oppstå en priskorrigerings, selv når verdivurderingen på transaksjonstidspunktet var riktig i forhold til den tilgjengelige informasjonen?
3. Samsvarer royalty-satsen som selskapet i Norge må betale med verdien på patentet?/ Kan royalty-satsen bli korrigeret?
4. Hvem har rett på superprofitten/Skal det foretas en inntektsjustering?
5. Vil TPG 2017 ha en effekt på metoden?

Vi vil analysere kriteriene detaljert i rekkefølge, ved å presentere spørsmålene som intervjuene bestod av og diskutere de ulike svarene og tolkningene til intervjuobjektene med vår egen tolkning av regelverket og resultatene fra casestudiene. Deretter vil vi kort oppsummere hovedfunnene i intervjuene før vi kommer med en konklusjon hvor vi presenterer vår samlede tolkning av del 1 og del 2 av analysedelen basert på dataen fra dybdeintervjuene, TPG 2017, gjeldene regelverk og dommer. Helt til slutt presenterer vi forslag til tiltak for å redusere selskapenes insentiver til å utføre denne praksisen, og områder vi mener bør forskes videre på.

3.1 - Var verdien riktig da patentet ble flyttet ut av Norge?

Denne delen innebærer i stor grad analyse av internprising, hvor en vil komme frem til et konkret svar. Dette er et tema som det allerede har blitt forsket mye på. Dersom vi skulle gå detaljert inn på dette temaet, ville oppgaven ha blitt for omfattende. Vi har derfor valgt å belyse internprisingen på en kort og overordnet måte, i tillegg til å få frem hva kontrollmyndighetene mener er en tilstrekkelig verdivurdering av en immateriell eiendel.

Det første man må gjøre for å finne ut hva som vil skje skattemessig i Norge i et tilfelle hvor IP'en øker i verdi i etterkant av transaksjonen ut av landet, og følgende økende royalty-utbetalinger, er å analysere transaksjonen ut av Norge med fokus på verdsettningen av IP'en. Kontrollmyndighetene vil i et slikt tilfelle kontrollere verdsettelsesmetoden som ble brukt for å verifisere at estimatet var et rettferdig verdiesimat på det gitte tidspunktet. Grunnen til at dette blir gjort, er for å vurdere om de skal foreta en priskorrigering på salgstidspunktet, basert på om verdivurderingen som ble gjort var uriktig. I et slikt tilfelle vil prisen på utsalgstidspunktet gå opp, og realisasjonsskatten selskapet må betale øker, og skattemyndighetene vil i noen tilfeller også kunne ilegge tilleggsskatt. I mange tilfeller er det vanskelig å angi et riktig verdiesimat på en immateriell eiendel, fordi det ikke finnes lignende eiendeler som man kan sammenligne med. I tillegg er det ofte risikoer knyttet til immaterielle eiendeler som er vanskelig å måle. Vi vil derfor analysere hvordan en verdsettelse av en unik immateriell eiendel, i vårt tilfelle et patent, bør utføres. Som vi forklarte under punkt 7. "Patenter" i innledningen, bør slike verdivurderinger utføres i henhold til paragraf 6.153 i TPG 2017 (OECD, 2017).

- **Hvordan kan selskaper sikre seg at de verdsetter en immateriell eiendel eller et patent på en riktig måte? Selv bedrifter kan ha vanskelig for å forstå potensiale og den eksakte verdien på en unik IP.**

Sten-Frode Olsen og Per Westvang påpekte her at det ikke finnes et fasit-svar på hvordan man skal foreta en slik verdsettelse i hvert enkelt tilfelle. Det finnes derimot klare retningslinjer og veiledninger for hvordan man skal gå frem i en

verdsettelse av en immateriell eiendel i blant annet OECD's Transfer Pricing Guidelines, hvor det blant annet er eget kapittel om hvordan man skal verdsette HTVI (Hard to Value Intangibles) under paragraf 6.186 (OECD, 2017).

Som vi nevnte under punkt 2. "Analyse del 1" vil skattemyndighetene i henhold til paragraf 6.193 punkt 3, ha anledning til å anvende etterfølgende informasjon i tilfeller hvor verdien avviker mer enn 20% fra verdiestimatet (OECD, 2017). Dette vil derimot ikke være tilfellet dersom det har vært en endring av regelverket i etterkant av transaksjonstidspunktet. Dette er fordi selskaper ikke kan forventes å tilrettelegge seg for regler før de oppstår. Transaksjoner som ble utført før utgivelsen av TPG 2017, vil derfor ikke nødvendigvis kunne straffes basert på nye regler som presenteres i TPG 2017, men dersom TPG 2017 bare er å anse som spesifisering av tidligere regler vil de allikevel kunne straffes. Det vil derfor ofte oppstå spørsmål om nye tilskudd til regelverk faktisk er endringer, eller kun spesifisering av tidligere regler. Dersom det kun er en spesifisering av tidligere regelverk, vil skattemyndighetene ha anledning til å bruke etterfølgende informasjon, selv i tilfeller med land som Norge har skatteavtale med (OECD, 2017).

I slike tilfeller vil det derfor oppstå en interessekonflikt mellom skattemyndigheter og bedrifter. Vi mener at skattemyndigheter vil påstå at det kun har vært en presisering av tidligere regler, mens bedrifter vil si at det har vært en endring. Grunnen til at vi tror skattemyndighetene vil påstå at det kun har vært en presisering, er fordi at de da vil ha mulighet til å anvende verktøyene og retningslinjene som TPG 2017 gir dem, blant annet bruken av etterfølgende informasjon i etterprøvelse av verddivurderinger, som kan gjøre prosessen enklere. Denne uenigheten er også kjernen til at det offentlige og det private har forskjellige meninger om skatteplanleggingsmetoden vi har skissert i problemstillingen, vil fungere.

Slik vi tolker det som står om immaterielle eiendeler og spesielt HTVI (Hard-To-Value-Intangibles) som denne oppgaven omhandler, mener vi at det er klart at det i stor grad er snakk om nye regler. Dette mener vi blant annet fordi paragraf 6.189 i TPG 2017 har en ny definisjon på hva slags eiendeler som faller inn under "Hard-To-Value-Intangibles", i tillegg til at det har kommet en mer detaljert

oppskrift på hvordan en verdivurdering av slike eiendeler skal utføres, ref. paragraf 6.153 (OECD, 2017). Vår mening er at det vil være urimelig å anta at bedrifter skulle være i stand til å utføre verdivurderinger på en slik måte som TPG 2017 anviser, før oppskriften kom ut. Dette begrunner vi med at oppskriften er særdeles detaljert og omfattende i forhold til tidligere regler. Videre sa Sten-Frode Olsen at det skulle veldig mye til før skattemyndighetene ville ha vurdert å ta i bruk reglene i HTVI-kapittelet i en etterkontroll av verdivurdering på en immateriell eiendel som ble utført før utgivelsen av TPG 2017. Gregar Berg-Rolness hadde også den oppfatningen av at TPG 2017 på ”Intellectual Property”-området i stor grad dreide seg om et nytt regelverk. Vi konkluderer derfor med at elementene vi har tatt i bruk fra TPG 2017 er å anse som endringer i regelverket.

Videre i analysen antar vi dog at skattemyndighetene vil ha anledning til å bruke etterfølgende informasjon i sine kontroller. Med etterfølgende informasjon mener vi informasjon om hvordan verdien på den unike immaterielle eiendelen faktisk utvikler seg i de fem etterfølgende årene etter transaksjonen. Dette gjør vi fordi vi mener at metoden vi skisserer vil fungere uavhengig av om etterfølgende informasjon blir tatt i bruk i kontrollene.

Dersom differansen på verdiestimatet som ble gjort på transaksjonstidspunktet og faktisk verdi i inntil 5 år i etterkant er $>20\%$, åpner det for en vurdering av om prisen på transaksjonstidspunktet var uriktig, ref. paragraf 6.193 punkt 4. Videre står det at dersom skattemyndighetene er i stand til å bekrefte påliteligheten til informasjonen som ex ante prisen ble basert på, til tross for tilnærmelsen beskrevet i denne seksjonen, bør ikke justeringen basert på tidligere overskuddsnivå foretas jf. TPG 2017 paragraf 6.192. Med informasjon som ex ante prisen ble basert på, mener vi informasjonen som ble lagt til grunn ved verdivurderingen på transaksjonstidspunktet. Som vi nevnte under punkt 7. Patenter og i analyse del 1 har vi valgt å undersøke en verdivurderingsmetode som er basert på diskontert verdi av forventede kontantstrømmer. Verdier basert på slike verdsettelsesmetoder kan være spesielt volatile fordi små endringer i ulike forutsetninger i den underliggende modellen, kan føre til store utslag i den endelige verdien. På bakgrunn av dette har OECD i TPG 2017 fastsatt i paragraf 6.160 at selskaper og skattemyndigheter som tar i bruk slike modeller for å komme frem til en armlengdepris på en immateriell eiendel, eksplisitt skal angi

alle de relevante antakelsene som er gjort i modellen. Videre skal de beskrive grunnlaget for valg av ulike verdsettelsesparametere, i tillegg til å kunne forsvare forutsetningene og parameterne de har brukt. De ulike parameterne er vekst rater, avkastningskrav, hvor langt frem i tid de forventede kontantstrømmene går og antatt levetid til patentet.

Slik vi tolker retningslinjene som fremstilles i TPG 2017, skal det ikke foretas en priskorrigerings kun på bakgrunn av prisstigningen på patentet, dersom verddivurderingen til selskapet på transaksjonstidspunktet var basert på all tilgjengelig informasjon og gjennomført på en fornuftig måte. Thor Leegaard delte også denne oppfatningen. Videre fremstiller også TPG 2017 mistanken vi presenterte i innledningen vedrørende informasjonsasymmetri mellom skatteyter og kontrollmyndighetene gjennom paragraf 6.186 og 6.191. Som vi nevnte i analyse del 1 går informasjonsasymmetrien ut på at selskapet selv vet mer om risikoen tilknyttet patentet. Et patent i en tidlig utviklingsfase er ofte forbundet med stor risiko, og risiko vil derfor ha stor påvirkning på verdien. På grunn av denne informasjonsasymmetrien er det vanskelig for skattemyndigheter å kontrollere om informasjonen selskapet la til grunn ved sin verdsettelse på transaksjonstidspunktet var korrekt.

Vår oppfatning er derfor at så lenge bedrifter har dokumentert hvilke parametere de har brukt i verdsettelsen av den unike immaterielle eiendelen, og disse ikke var klart over-/undervurdert på transaksjonstidspunktet, så vil ikke kontrollmyndighetene klare å bevise at verdsettelsen var uriktig.

Sten-Frode Olsen mente at dersom all tilgjengelig informasjon på transaksjonstidspunktet var lagt til grunn, ville avkastningskravet i verdsettelsen være fornuftig. Med fornuftig mente han at avkastningskravet ikke måtte ha store avvik fra det selskapet ellers brukte. Videre måtte den være slik at uavhengige bedrifter ville satt et lignende krav. Verdien lå i midten/ det øvrige sjiktet av gjennomsnittet på ulike verddivurderingsmetoder, og dette kunne dokumenteres fra bedriften, så skulle det mye til at det ble en priskorrigerings. Lagt til grunn at det ikke var klart at selskapet burde ha forutsett at det ville komme en signifikant verdiøkning.



Figure 3 - Var prisen beregnet på riktig måte?

I vår analyse antar vi videre at selskapet i verddivurderingsprosessen har fulgt alle retningslinjer, dokumentert alle parametere de har brukt i metoden og at disse ikke er klart over-/undervurdert, og at kontrollmyndighetene er enige i verdsettelsen som ble fullført på transaksjonstidspunktet.

For å skissere et eksempel kan vi tenke oss at store teknologibedrifter utvikler mange IP'er og flytter dem ut av landet i en tidlig prosess hvor IP'ene kun har generert en lav kontantstrøm. I dette tilfellet vil IP'en få en lav verdi, ved for eksempel en verdsettelse basert på kontantstrømmer, som er en vanlig praksis når det kommer til verdsettelse av IP'er. På denne måten vil IP'er som er utviklet i Norge kunne flyttes til land med lavere skattesats uten at selskapet må betale en høy realisasjonsskatt, eller at de risikerer en priskorrigerings basert på at eiendelen stiger i etterkant, så lenge de følger kravene nevnt over.

Det vil derimot være andre grunnlag som allikevel kan tilsi at prisen bør korrigeres, dette vil vi analysere i neste punkt, hvor vi analyserer om selskapet burde ha forutsett potensialet til patentet.

3.2 - Kan det oppstå en priskorrigerings, selv når verdivurderingen på transaksjonstidspunktet var riktig i forhold til den tilgjengelige informasjonen?

I et tilfelle hvor det norske selskapet har overført en unik immateriell eiendel til et datterselskap i Nederland hvor det ikke er substans, og videreutviklingen og vedlikeholdet av eiendelen foretas av det norske selskapet, kan skattemyndighetene forsøke å bevise at transaksjonen kun var foretatt for å spare skatt ved å unngå norske skatteregler. Dersom de klarer det, vil de kunne anvende skjønn på bakgrunn av den ulovfestede gjennomskjæringen, og dermed korrigere prisen på den immaterielle eiendelen da den ble flyttet ut av Norge.

Et eksempel på et slikt tilfelle er at utviklingsavdelingen hos selskapet i Norge har stått for videreutviklingen av patentet i Nederland, som igjen har ført til en verdiøkning. Et slikt eksempel kan også føre til en inntektsjustering, men her vil vi kun drøfte eventuell priskorrigerings. Vi kommer tilbake til diskusjonen om inntektsjustering senere i analysen. Videre antar vi i dette eksempelet at det ikke er ansatte hos selskapet i Nederland. I dette skisserte eksempelet, hvor patentboksen (datterselskapet i Nederland) ikke utfører videreutvikling eller vedlikehold selv, vil prisen på transaksjonstidspunktet da patentet ble flyttet ut av Norge, bli korrigert ved anvendelse av den ulovfestede gjennomskjæringen, fordi transaksjonen kun var foretatt for å spare skatt ved å unngå norske skatteregler. Konsekvensene vil være at skattemyndighetene justerer prisen på eiendelen ved transaksjonstidspunktet, og dermed vil det norske selskapet måtte betale en høyere realisasjonsskatt.

I denne oppgaven har vi antatt at datterselskapet i Nederland kontrollerer og utfører videreutviklingen selv, noe de også kan bevise i form av protokoller på hvilke prosesser som er blitt utført. Thor Leegaard påpekte at selv når prosesser hadde blitt protokollført, ville det nærmest være umulig å måle hvilken virkning de ulike utviklingsprosessene hadde på verdien til patentet, på grunn av at andre faktorer også har påvirkning på verdiøkningen. Dersom selskapet i Norge hadde spilt en sentral rolle i en av videreutviklingsprosessene, ville det derfor være veldig vanskelig å fastslå at det spesifikt var denne videreutviklingsprosessen som førte til verdiøkningen.

I et tilfelle hvor det Nederlandske selskapet har en reell videreutviklingsavdeling, vil Nederlandske skattemyndigheter argumentere for at videreutviklingen som førte til verdistigningen ble gjort i Nederland. Norske skattemyndigheter vil på sin side argumentere for at det norske selskapet var delaktig i verdiskapningen, og derfor kreve en priskorrigerings. Thor Leegaard mente at det i praksis ville være vanskelig for norske skattemyndigheter å vinne frem i en slik sak, dersom det ikke var helt klart at videreutviklingen som førte til verdiøkningen var utviklet av det norske selskapet. Et eksempel på dette kan være at det kun er foretatt en videreutviklingsprosess, og at det ene og alene var den norske utviklingsavdelingen som stod for denne.

I utvikling av patenter er det normalt mange mindre utviklingsprosesser som blir utført. På bakgrunn av at vi i denne oppgaven antar at selskapet i Nederland har en reell utviklingsavdeling, mener vi at det ikke vil bli foretatt en priskorrigerings basert på verdiøkningen på patentet. Det er derimot viktig å presisere at det allikevel kan bli foretatt en inntektsjustering basert på en lignende argumentasjon. Dette diskuterer vi under punkt 3.4.

Videre presiserte Sten-Frode Olsen at det kunne bli foretatt en priskorrigerings på bakgrunn av at bedriften burde ha forutsett at patentet ville få en stor økning. Et scenario er at selskapet har vektet sannsynligheten for at et patent vil få en stor verdiøkning med 50%, og 50% for at patentet blir utkonkurrert og dermed blir verdt 0 kroner. Her kan det i tilfeller vise seg at patentet får en stor verdiøkning, og at selskapet kanskje visste mer om potensialet til patentet enn de oppga i risikovurderingen. Følgelig mente han at de da har kommet frem til en pris som var lavere enn hva den burde ha vært. Vi mener at det vil være veldig vanskelig for skattemyndigheter å bevise at selskapet visste mer om potensialet til patentet enn de oppga i risikovurderingen på grunnlag av informasjonsasymetrien ref. tidligere drøftelse. Forutsatt at bedriften kan fremlegge og begrunne hvorfor de mener at det er 50/50 sjans for en verdiøkning, kontra verdiløst, og dette ikke helt klart er en urimelig antakelse på tidspunktet.

En vurdering av om selskapet burde ha forutsett en stor verdiøkning er komplisert. Dette er fordi det ofte er veldig vanskelig, hvis ikke umulig å kunne forutsi hvor stort potensiale til et unikt patent faktisk er. For teknologibedrifter som utvikler

mange patenter, er det åpenbart at de ikke kan ta forbehold om at alle patentene som flyttes ut av landet, skal oppnå en skyhøy pris.

Etter å ha tolket HTVI-veiledningen i TPG 2017 som fremstilles fra paragraf 6.186 til 6.212 om hvordan man skal verdsette en unik immateriell eiendel, er vår oppfatning at selskapene skal behandle de ulike risikoene på en realistisk måte ved verdsettelsen. Så lenge dette er gjennomført og kan begrunnes, er vår tolkning at det ikke skal foretas en priskorrigering, selv i de tilfeller prisen oppnår et høyere nivå enn hva selskapet predikerte på transaksjonstidspunktet. Derimot kan det forekomme en prisjustering dersom selskapet helt klart burde ha forutsett potensialet til patentet, men i slike tilfeller vil da selskapet ikke ha utført risikoanalysen på en god måte. Med helt klart, mener vi at det er en klar overdrivelse/underdrivelse som skattemyndighetene ikke vil ha vanskeligheter for å bevise, selv når informasjonsasymmetrien som nevnes i paragraf 6.186 og 6.191 foreligger (OECD, 2017). Effektene av en slik informasjonsasymmetri diskuterte vi tidligere i oppgaven, ref. punkt 2. ”Analyse Del 1”.

Med en realistisk måte, mener vi at selskapet har lagt til grunn reelle sannsynligheter for de ulike utfallene, og kan fremlegge realistiske beregninger på hvordan de kom frem til fordelingen. Et eksempel på en ikke realistisk måte er dersom selskapet har lagt til grunn 90% sannsynlighet for at patentet blir mislykket, og bare 10% sjans for at det lykkes i en verdivurdering, og samtidig ikke kan fremlegge bevis på at det er så stor risiko knyttet til patentet. Det kan selvsagt tenkes at 90%, og 10% sannsynlighet kan være realistisk, men poenget er at selskapene i slike tilfeller må kunne begrunne sannsynlighetene de har brukt.

Dette begrunner vi med at selskapene har behandlet risikoen i verdivurderingen, og dermed tatt høyde for at patentet kan øke, men også falle i verdi dersom teknologien for eksempel blir utkonkurrert av en nyere teknologi.

Ved å kjøpe et patent hvor det er knyttet mye usikkerhet, vil datterselskapet påta seg en stor risiko. Det er grunnleggende forståelse i økonomifaget at risiko er korrelert med avkastning. Det vil si at det ikke er noen som vil påta seg stor risiko uten mulighet til å oppnå en stor avkastning. Selskapet som påtar seg risikoen må derfor også ha mulighet til å kunne oppnå en stor avkastning. Dersom det norske

selskapet i stedet hadde solgt et slikt patent til en konkurrent, ville konkurrenten ikke ha kjøpt et slikt patent med stor usikkerhet, uten mulighet til å oppnå en stor avkastning. Vi mener derfor det ville være urimelig om skattemyndighetene skulle justere prisen, basert på at selskapet burde ha forutsett en slik verdiøkning, dersom selskapets vurderinger på transaksjonstidspunktet var realistiske i forhold til den informasjonen som var tilgjengelig.

Videre følger det av veiledningen i OECD TPG 2017, nærmere bestemt paragraf 6.193 i) 2. Punkt, at dersom økningen i verdi skyldes uforutsette hendelser, eller hendelser som det var lite sannsynlighet for at skulle inntreffe på transaksjonstidspunktet, så skal ikke prisen korrigeres allikevel.

Vi mener at dersom selskapene som nevnt i avsnittet over har lagt til grunn realistiske sannsynligheter for de ulike risikoene, og dermed kommet frem til et estimat på hvor mye patentet er verdt, basert på den tilgjengelige informasjonen på det gitte tidspunktet, så må øvrige verdier kunne sees på som ”hendelser som det var lite sannsynlighet for at skulle inntreffe på transaksjonstidspunktet”. Derfor vil et slikt tilfelle falle inn under unntaket fra priskorrigeringsregler. Dette mener vi fordi det i teknologibransjen er vanlig at store deler av teknologien som blir utviklet mislykkes. I tillegg vil de få teknologiene som lykkes ofte få en skyhøy verdi. Som nevnt over kan ikke et selskap som flytter ut alle patenter på et tidlig stadium til et datterselskap med en utviklingsavdeling, anta at alle disse patentene kan få en skyhøy verdi, de må basere verdiestimatet på den informasjonen som er tilgjengelig på tidspunktet utflyttingen skjer.

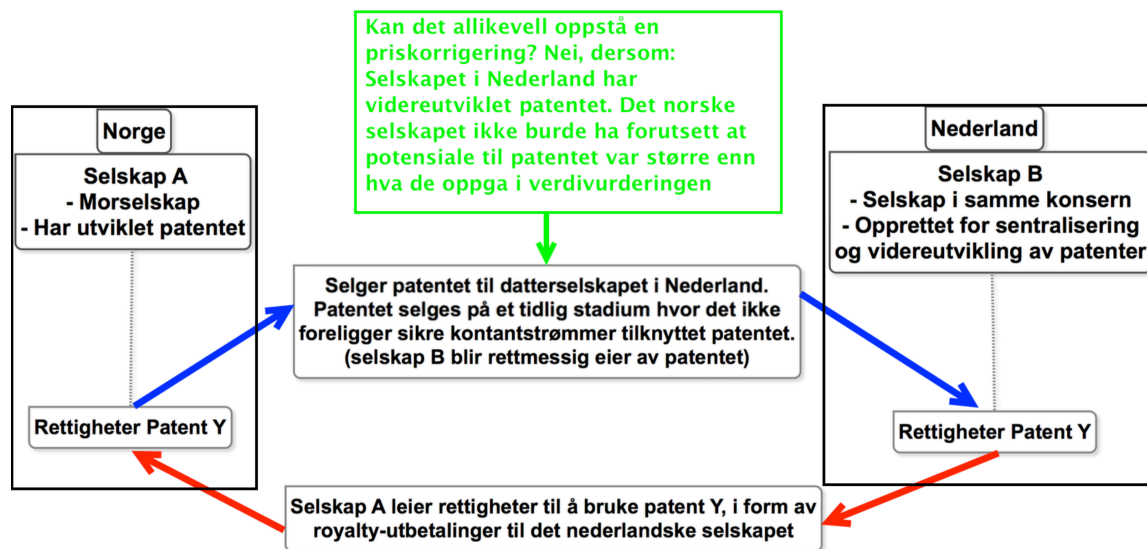


Figure 4 - Oppsummering priskorrigering

Videre i analysen antar vi at selskapets vurderinger på transaksjonstidspunktet var realistiske i forhold til den informasjonen som var tilgjengelig, og det vil derfor ikke bli foretatt en priskorrigering basert på at selskapet burde ha forutsett potensialet til patentet.

3.3. Samsvarer royalty-satsen som selskapet i Norge må betale med verdien på patentet? / Kan royalty-betalingen korrigeres?

En royalty-betaling som ikke samsvarer med typen eiendel og verdien på eiendelen vil automatisk gjøre at kontrollmyndighetene vil kunne korrigere utbetalingen på bakgrunn av sktl §13-1. I denne delen vil vi derfor drøfte kort hvordan et selskap bør gå frem for å fastsette en riktig royalty-betaling. I casestudiet om Intrum Justitia kom dem frem at det norske selskapet hadde benyttet en for høy royalty-sats. Dette førte til at Intrum Justitia AS måtte betale en ekstraordinær skatt, i tillegg til en tilleggsskatt.

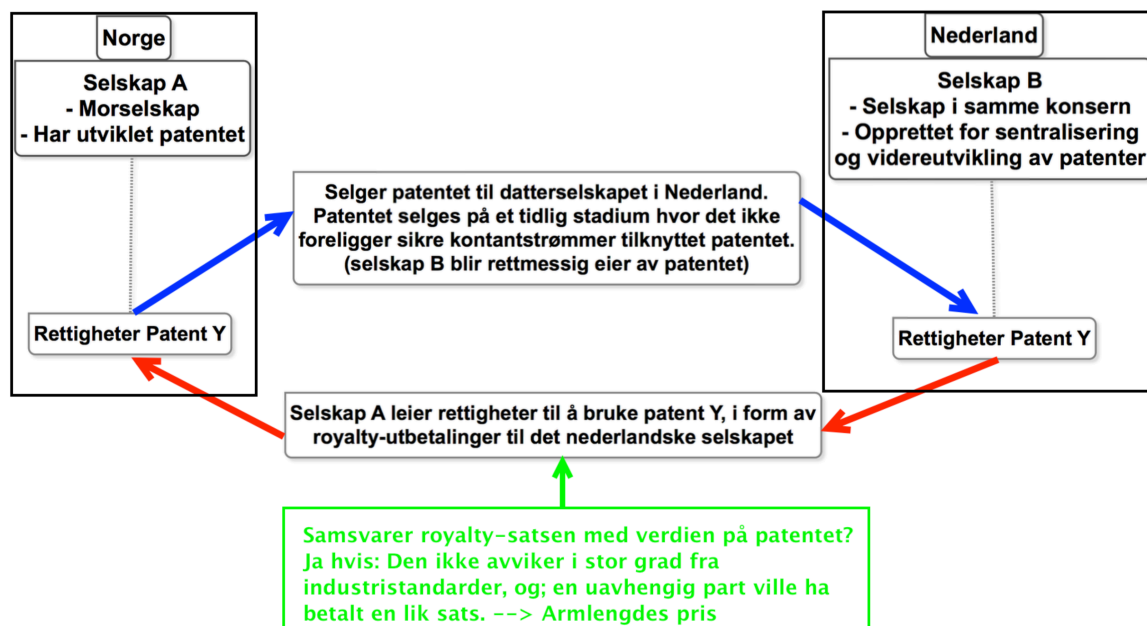
- **Hvordan vil kontrollmyndighetene vurdere om en royalty-sats er rettferdig?**

For å vurdere om en royalty-betaling er korrekt vil kontrollmyndigheter se på hvordan royalty-betalingen er fastsatt. Er royaltyen en prosent av omsetningen, eller er det en fast sum i form av en lisensavgift? Royalty er ofte en prosentsats. På bakgrunn av at royalty betalingen i skatteplanleggingsmetoden vi skisserer i problemstillingen er en konsernintern transaksjon, må selskaper følge retningslinjene som er beskrevet i TPG 2017 ved fastsettelse av satsen. Paragraf

6.88 og 6.89 fremhever viktigheten av at selskapene identifiserer og spesifiserer hvilke rettigheter royalty betalingen gjelder. Deretter følger det av paragraf 6.107 at det etter identifiseringen og spesifiseringen, skal fastsettes en verdi på rettighetene selskapet mottar i henhold til armlengdeprinsippet. Denne verdien skal beregnes etter samme fremgangsmåte som vi forklarte over, angående verdivurdering av den immaterielle eiendelen på utflytningstidspunktet. Derfor vil også informasjonsasymmetrien komme selskapene til gode ved fastsettelse av royaltysats i tilfeller med unike immaterielle eiendeler hvor det ikke finnes sammenlignbare tjenester. Det vil derimot være enklere for kontrollmyndighetene å avsløre en uriktig royaltysats enn en uriktig verdivurdering av en eiendel. Dette er fordi det finnes industristandarder for royaltysatser, slik at selv om det ikke finnes nøyaktig samme rettigheter i markedet, vil disse rettighetene kunne knyttes til en industri, og myndighetene vil derfor ha en ”benchmark” å vise til.

For å kontrollere om satsen som er satt er rettferdig, vil kontrollmyndighetene derfor se til industristandarder, i tillegg til å se hva lignende IP'er har som royaltysats i tilfeller dette er mulig. Gregar Berg-Rolness sier at et selskap i hovedsak vil komme frem til en rettferdig royalty-sats som kontrollmyndighetene vil være enige i, dersom de anvender armlengdeprinsippet når de fastsetter prosent-satsen. Dette betyr i praksis at dersom en konkurrent ville være villig til å betale den samme %-satsen for å bruke teknologien, så vil satsen være ok.

I et tilfelle hvor et selskap velger å sette en tilsynelatende høy prosent-sats i forhold til industristandarden, eller det de måtte ha betalt for å kjøpe lignende rettigheter av en konkurrent, vil kontrollmyndighetene anvende sktl §13-1 i norsk lov til å endre satsen.



Videre i analysen antar vi at royalty-satsen er satt i henhold til armlengdeprinsippet, og at kontrollmyndighetene har samme synspunkt.

I noen tilfeller vil man se at royalty-betalinger, selv når satsen er fastsatt i henhold til armlengdeprinsippet, i stor grad vil nulle ut overskudd hos bedrifter i land som opererer med en høy skattesats, mens det beslektede selskapet som sitter som eier av IP'en får et høyt overskudd i et land med en lav skattesats. Er det for eksempel rettferdig at en produksjonsbedrift i Norge skal sitte uten overskudd, når datterselskapet som eier IP'en sitter med et stort overskudd i Nederland hvor det kun er 5% skatt på royalty? Dette vil vi diskutere nærmere i neste punkt.

3.4 - Hvem har rett på superprofitten?

I dette punktet antar vi som nevnt over at prisen på patentet ved transaksjonen ut av Norge er akseptert av kontrollmyndighetene, i tillegg til at royalty-satsen er akseptert. Videre diskuterer vi hvorvidt datterselskapet i Nederland som eier patentene har rett på all inntekt knyttet til patentet, eller om morselskapet i Norge har rett på deler av inntekten/profitten.

Deler av argumentasjonen i denne delen kan virke lik som argumentasjonen under punkt 2. For å unngå at leseren skal forveksle diskusjonen om en inntektsjustering med diskusjonen om priskorrigerings, forklarer vi forskjellen kort før vi går løs på analysen om inntektsjustering.

Diskusjonen om en priskorrigerer under punkt 3.2, går ut på om salgsprisen på patentet ved utflyttingen skal justeres, slik at morselskapet dermed må betale en høyere realisasjonsskatt ved utflyttingen. I diskusjonen om inntektsjustering er ikke diskusjonen om prisen på patentet var riktig, men man fokuserer på om det er riktig at datterselskapet i Nederland har rett på all inntekten knyttet til patentet. Diskusjonen er hvorvidt norske skattemyndigheter kan tildele det norske morselskapet deler av inntekten til det nederlandske datterselskapet på bakgrunn av sktl §13-1 og TPG 2017. I henhold til paragraf 6.75 i TPG 2017, skal beslektede selskap som bidrar ved å utføre deler av DEMPE-funksjonene kompenseres tilsvarende armlengdepris av funksjonene de utfører eller risikoen relatert til DEMPE-funksjonene som de påtar seg (OECD, 2017).

Er det rettferdig at datterselskapet i Nederland som eier patentet, skal få en superprofitt, samtidig som et annet selskap i samme konsern, som for eksempel bruker rettighetene til å produsere ferdige produkter i Norge, akkurat går i null? I et slikt eksempel mener vi det er naturlig å tenke at deler av verdiskapningen skjer i produksjonsbedriften i Norge, fordi bedriften lager produktene som igjen kan omsettes til penger. Det er fordi selskapet uten produksjonsleddet ikke vil kunne gjøre om teknologien patentet beskytter til salgbare produkter. Derfor kan det tenkes at immaterielle eiendeler i slike scenarioer kan være verdiløse. Vår oppfatning er derfor at produksjon er å anse som verdiskapning. Videre vil vi analysere hva som skal til for at norske skattemyndigheter velger å justere inntekten til et utenlandsk selskap.

- Hvordan foregår en evaluering av hvem som har rett på superprofitten?

OECD har et grunnleggende premiss som sier at verdier skal beskattes i de områdene de blir skapt. Dette er det internasjonale konsensus om, noe alle intervjuobjektene også var enig i. Diskusjonen blir derfor om det er en årsakssammenheng mellom superprofitten til selskapet i Nederland og funksjonene selskapet i Norge utfører. Det er viktig å nevne at det er rom for at det er en årsakssammenheng, fordi det i dagens marked er naturlig at bedrifter outsourcer ulike tjenester og funksjoner. Vi analyserer derfor også i hvilken grad

outsourcing av tjenester og funksjoner til selskap i samme konsern vil føre til inntektsjusteringer.

Sten-Frode Olsen påpekte at det viktigste kriteriet i et spørsmål om inntektsjustering var om det var substans hos selskapet i utlandet. En analyse av om det er substans i et selskap går i første omgang ut på om selskapet er reelt etablert. I utgangspunktet er det gjennom EØS-avtalen åpnet for at selskaper som driver næringsvirksomhet fritt skal kunne etablere seg i en annen EØS-stat (Regjeringen, 2012). Etter utgivelsen av TPG 2017, vil fokuset i tillegg bli rettet på hvilke selskaper som utfører de ulike DEMPE-funksjonene, og risikoen tilknyttet disse funksjonene når det oppstår et spørsmål om inntektsjustering, ref. paragraf 6.50, 6.51 og 6.75 (OECD, 2017).

Kontrollmyndighetene starter med å undersøke om selskapet er etablert på bakgrunn av økonomisk rasjonelle årsaker, eller om det kun er etablert med det formål å utnytte smutthull i skatteregulverket. Det er viktig å presisere at det er økonomisk rasjonelt å etablere en virksomhet i et annet land for å spare skatt. Dette kom høyesterett frem til i Statoil-Angola saken (Rt. 2007, s.1025). Alle intervjuobjektene var enige i at det å spare skatt er et legitimt grunnlag til å flytte innenfor EU, så lenge de ytterligere substanskravene er oppfylt.

Videre vil skattemyndighetene derfor undersøke om det utenlandsk etablerte selskapet driver reell økonomisk virksomhet. Spørsmålet vil da være om det faktisk er funksjoner i selskapet, og om det jobber mennesker der. Thor Leegaard presiserte at det tidligere var vanlig praksis å se på om reell ledelse av selskapet var i utlandet, men at fokuset sannsynligvis kom til å bli endret mot daglig ledelse i fremtiden. Med andre ord ville et selskap ofte tilfredsstille substanskravet dersom styret som tok beslutninger vedrørende driften av selskapet, holdt til i dette landet.

I denne oppgaven er det antatt at datterselskapet er opprettet for å sentralisere alle patenter i konsernet og dermed gjøre administrasjonen av disse enklere, i tillegg til å drive med vedlikehold og videreutvikling. Det forutsettes derfor at det er en utviklingsavdeling hvor det jobber mennesker i selskapet, og at det er ansatt en leder som jobber der. Det er klart at vedlikehold og videreutvikling er funksjoner

som kvalifiserer til reell økonomisk virksomhet. Selskapet i Nederland vil derfor oppfylle kravene til substans.

Videre må en analysere hvilke funksjoner selskapet utfører selv, og om disse rettferdiggjør at selskapet i Nederland har rett på all inntekten selv.

- **Hvilke funksjoner må et selskap utføre og kontrollere for at de har krav på hele inntekten tilknyttet patentet selv?**

Det var i stor grad enighet blant intervjuobjektene om at dersom det nederlandske selskapet kontrollerte alle DEMPE-funksjonene selv, og bar risikoen til disse funksjonene, så ville de også ha den fulle retten på en eventuell superprofitt. I denne oppgaven antar vi at selskapet som har kjøpt patentet også påtar seg risikoen knyttet til patentet ved transaksjonen, og har finansielt grunnlag til å kunne gjøre det.

Det følger av paragraf 6.71 i TPG 2017 at dersom den rettmessige eieren av en immateriell eiendel;

- kontrollerer og utfører alle funksjoner relatert til DEMPE-funksjonene;
- ha ansvar for eiendeler, inkludert finansiering, nødvendig for å utføre DEMPE-funksjonene; og
- påtar seg all risiko tilknyttet DEMPE-funksjonene

så vil eieren, i dette tilfellet selskapet i Nederland, ha rett på hele overskuddet tilknyttet den immaterielle eiendelen som oppstår gjennom det multinasjonale konsernets utnyttelse av eiendelen. Paragraf 6.50 sier at selskaper i samme multinasjonale konsern skal få kompensasjon som tilsvarer armlengdepris for funksjonene de utfører i forbindelse med den immaterielle eiendelen (OECD, 2017).

Videre påpeker paragraf 6.56 at et selskap som utfører en av DEMPE-funksjonene tilknyttet en eiendel et annet selskap i samme konsern eier, vil ha rett på en rettferdig andel av profitten det multinasjonale konsernet genererer i sammenheng med utnyttelse av denne eiendelen, for utførelsen av funksjonen. Slik vi tolker regelverket vil "en rettferdig andel" være å anse som verdien av å få et uavhengig

selskap til å utføre denne funksjonen, altså armlengdepris på funksjonen de utfører. Slik vi oppfatter regelverket vil derfor selskapet i Nederland ha rett på all profitt tilknyttet patentet, selv i tilfeller hvor selskapet ikke utfører alle DEMPE-funksjonene selv, så lenge selskapet som for eksempel utfører en essensiell funksjon har blitt kompensert på armlengdebasis for funksjonen de utfører. Videre vil vi presentere hva de DEMPE-funksjonene faktisk innebærer.

Det følger av paragraf 6.34 iii) at det er viktig å identifisere hvem som utfører funksjoner, særlig de viktige funksjonene nevnt i paragraf 6.56 (OECD, 2017). Det er i tillegg viktig å identifisere hvem som håndterer risikoen som er relatert til videreutvikling, forbedring, vedlikehold, beskyttelse og utnyttelse av den immaterielle eiendelen.

Funksjonene i paragraf 6.56 er delt opp i to deler:

1. Funksjoner tilknyttet immaterielle eiendeler som fungerer som en plattform for videreutviklingsaktiviteter (selvutviklede eller ervervede).

Disse aktivitetene er:

- design og kontroll over forskning og markedsføringsaktiviteter,
- bestemme prioriteringer i kreative virksomheter, herunder bestemme retningen av ”blue-sky” forskning (forskning uten et klart mål),
- kontroll over strategiske beslutninger om utviklingsprogrammer for immaterielle eiendeler, og;
- styring og kontroll av budsjetter.

2. Funksjoner knyttet til alle typer immaterielle eiendeler (både selvutviklede eller ervervede). Disse aktivitetene er:

- Viktige beslutninger om beskyttelse av den immaterielle eiendelen og
- løpende kvalitetskontroll over funksjoner gjennomført av en uavhengig part, eller et tilknyttet selskap som kan ha en vesentlig påvirkning på verdien til den immaterielle eiendelen.

I vårt tilfelle kan det både være snakk om teknologi man kan bruke som en plattform til videreutvikling, eller teknologi som ikke egner seg til å bygge videre på. Alle funksjonene som er beskrevet over kan derfor være relevante.

Videre ville det ha vært interessant å analysere hvor stor innvirkning outsourcing av de ulike DEMPE-funksjonene til morselskapet ville ha hatt for datterselskapet. Dette vil forøvrig bli for omfattende, og vi har derfor avgrenset oppgaven til å finne terskelen for når datterselskapet i Nederland har rett på all profitten selv.

I forutsetningene vi har foretatt i oppgaven vil datterselskapet i Nederland ha en kompetent videreutviklingsavdeling i tillegg til et styre. Det er naturlig å anta at design og kontroll over forskning, beslutninger om beskyttelse av den immaterielle eiendelen og kontroll over strategiske beslutninger om utviklingsprogrammer tilknyttet immaterielle eiendeler, er funksjoner som vil bli utført i et selskap som er opprettet med det formål å vedlikeholde og videreutvikle patenter. Videre er det rimelig å anta at styret styrer og kontrollerer budsjettene, da dette er arbeidsoppgaver som faller inn under styret.

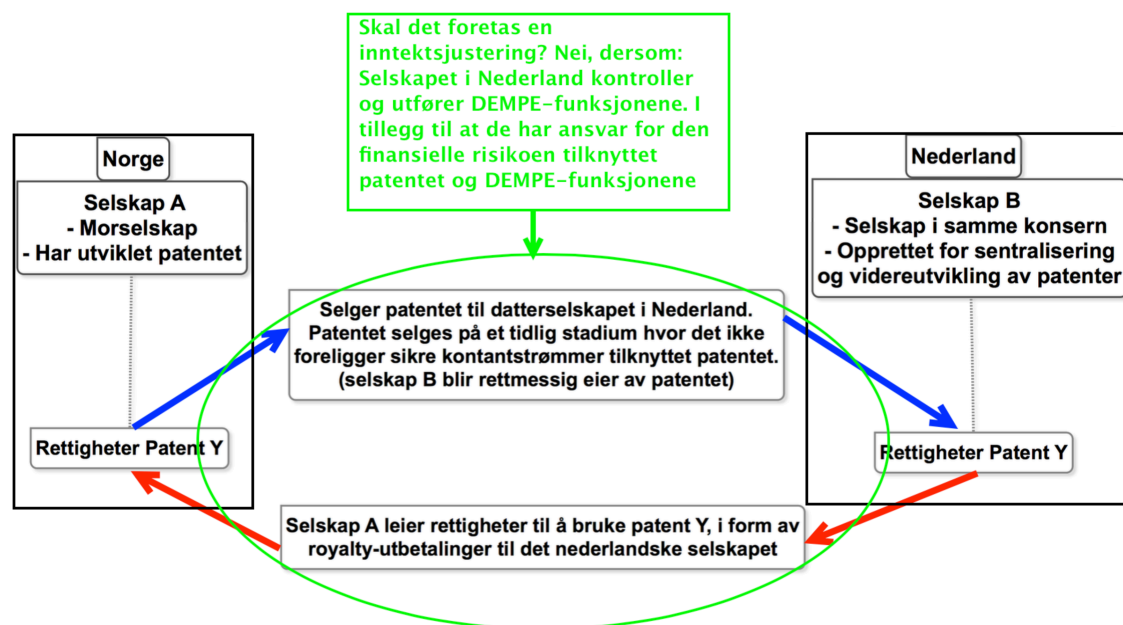


Figure 5 - Oppsummering inntektsjustering

Slik vi tolker retningslinjene i paragraf 6.56, vil derfor et datterselskap i Nederland som kontrollerer alle DEMPE-funksjonene og står for all risiko tilknyttet disse, ha den fulle rett på all inntekten knyttet til patentet. Dette er uavhengig av om for eksempel et produksjonsselskap lokalisert i Norge, i samme

konsern, ender opp med null i overskudd som følger av royalty-utbetalinger til datterselskapet i Nederland, forutsatt at royaltybetalingen er på armlengde pris.

For oss virker det naturlig at for eksempel produksjon av produkter er en særdeles viktig funksjon, fordi det er leddet som gjør det mulig å omsette teknologien til sluttprodukt og dermed penger. Vi mener det er klart at dette er en form for verdiskapning, men slik vi tolker regelverket per dags dato vil ikke dette medføre krav til inntektsjustering, selv om OECD's grunnpremiss er at verdier skal skattlegges og dermed også inntektsføres der de skapes. En kan derfor stille seg spørsmålet om dette prinsippet blir overholdt i stor nok grad. Videre kan en også stille seg spørsmålet om armlengdepris er en riktig måte til å verdsette immaterielle eiendeler og fastsette royalty-satser innad i konserner.

3.5 - Hvilken effekt har utgivelsen av TPG 2017 på skatteplanleggingsmetoden.

Her vil vi presentere hvilken effekt intervjuobjektene mente at TPG 2017 ville ha på skatteplanleggingsmetoden vi beskrev innledningsvis i problemstillingen før vi til slutt presenterer vår oppfatning.

- I hvilken grad tror dere at BEPS-tiltaks punkt 8-10 har en effekt på metoden vi beskriver?

Thor Leegaard mente at BEPS-tiltaks punktene ikke kom til å ha den store virkningen på metoden av skatteplanlegging som vi beskriver i denne oppgaven. Han sa derimot at der det nok ville ha en virkning, er at skattemyndighetene nå i større grad får adgang til å bruke etterfølgende informasjon i vurderingen av om det skal bli foretatt en priskorrigerings, enn det de hadde tidligere.

Sten-Frode Olsen og Per Westvang påpekte at BEPS-tiltaks punktene har fått inn nye krav til substans, dette mente han ville være med på å fjerne de helt enkle skatteplanleggingsstrukturene (overføring uten substans) som tidligere ikke ble fanget av regelverket. Videre mente de også at terskelen for når en etterfølgende kontroll ble gjort ville bli lavere enn tidligere, pga. 20% slingringsmonnkravet i BEPS HTVI, i tillegg til at BEPS-tiltaks punktene og land-til-land rapporteringen gjør at skattemyndighetene har flere verktøy, og i større grad mulighet til å innhente informasjon for å etterprøve verddivurderingen utført av selskapene.

Gregar Berg-Rolness hadde den oppfatningen at BEPS-tiltaks punktene ville ha en påvirkning på metoden vi beskriver. Han mente at tiltaks punktene ville gjøre at skattemyndighetene ville bli mer realitetsorientert. Med dette mente han at kontrollmyndighetene nå ville rette fokuset i større grad på hvor verdiene ble skapt. Tidligere var hans oppfatning at skattemyndighetene i slike type problemstillinger var altfor formalforankret. Videre mente han at BEPS-tiltaks punktene ville sette fokus på denne typen problemstilling, slik at skattemyndighetene i større grad vil prøve å hente betraktningmåter og elementer fra andre land, for å bruke i de enkelte sakene.

Vår oppfatning er at TPG 2017 i hovedsak vil ha liten effekt på skatteplanleggingsmetoden her i Norge, sett bort fra at det vil være et større fokus fra kontrollmyndighetene på slike tilfeller. I tillegg vil TPG 2017 fjerne de helt klare tilfellene av skatteplanleggingsstrukturer hvor det er brukt ”tomme” gjennomstrømmingsselskap på grunn av de nye kravene til substans, og fokus på DEMPE-funksjoner i spørsmål om inntektsfordeling.

Slik vi demonstrerte gjennom analysen i denne avhandlingen, vil skatteplanleggingsmetoden vi skisserte i problemstillingen vår fungere selv etter utgivelsen av TPG 2017. Det som endret seg i henhold skatteplanleggingsmetoden er det etter utgivelsen av TPG 2017 vil være krav til at det faktiske er ansatte som jobber i selskapet i Nederland for at selskapet skal være i stand til å utføre DEMPE-funksjonene og dermed ha krav på inntekt. Vi savner derimot en mer nøyaktig spesifisering på hva som skal til for at det er reelt at selskapene faktisk utfører DEMPE-funksjonene selv. Vil det for eksempel være nok at et multinasjonalt konsern flytter ned to ansatte som har ekspertise områdene rundt DEMPE-funksjonene tilknyttet patentet? Hvis det er tilfellet vil det ikke være vanskelig eller dyrt for et stort multinasjonalt konsern å tilfredsstille substanskravene.

Det er derimot viktig å presisere at TPG 2017 er et steg i riktig retning for å forhindre at bedrifter flytter inntekter bort fra landet. Men vi mener at det må komme ytterlige tiltak for å tilrettelegge for at inntekt skal bli inntektsført og dermed skattlagt i de landene verdiene faktisk blir skapt. Vi vil presentere våre forslag under punkt 5. ”Veien videre”.

4. Konklusjon

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen var å undersøke konsekvensene av skattemotivert prising av immaterielle eiendeler, med særlig fokus på de tilfeller hvor verdien på et patent endres betydelig kort tid etter at patentet er tatt ut av Norge og følgelig økte royalty-utbetalinger. Vi ønsket i hovedsak å undersøke om multinasjonale selskaper hadde mulighet til å flytte inntekter fra Norge til Nederland, men også å undersøke om bedrifter bevisst hadde anledning til å prise patenter under virkelig verdi. Vi ønsket å undersøke om TPG 2017 ville forhindre metoden for skatteplanlegging.

I del 1 av analysen undersøker vi i hvilken grad praksisen forekommer i Norge, og om systemet for kontroll av internprising er godt nok. Vi kom frem til at utflytting av patenter fra Norge til land med lav sats på royalty-inntekter forekommer. Videre kom vi også frem til at systemet for kontroll av internprising i Norge per dags dato, ikke er effektivt og godt nok, noe som også ble ytterligere bekreftet av riksrevisjonens rapport om kontroll av utenlands transaksjoner. Dette viser at mistanken vi presenterte i innledningen av oppgaven er et faktum. Vi mener derfor at det er behov for ytterligere forbedringer i systemet for kontroll av internprising.

I del 2 av analysen undersøker vi hvilke tilfeller skattemyndighetene i Norge får anledning til å foreta en priskorrigerings i de tilfeller et patent øker i verdi i etterkant av transaksjonen ut av Norge, men også i hvilke tilfeller de får anledning til å foreta en inntektsjustering hos datterselskapet i Nederland. Vi kom frem til at skattemyndighetene ikke vil ha mulighet til å anvende skjønn på bakgrunn av skattelovens § 13-1, dersom alle konserninterne transaksjoner er i henhold til prinsippet om armlengdepris på tidspunktet transaksjonen fant sted, og det er substans i selskapet som kjøper patentet. Dette vil være tilfellet selv når det skulle oppstå en stor verdiøkning på patentet i etterkant av utflyttingen fra Norge, forutsatt at det ikke var helt klart at det norske selskapet stod for utviklingen av patentet, og dermed var årsaken til verdiøkningen.

Selv når det ikke vil bli foretatt en priskorrigerings, vil skattemyndighetene i Norge fortsatt kunne ha muligheten til å justere inntekten til datterselskapet i Nederland, og på denne måten tildele det norske morselskapet deler av inntekten. Kriteriet for

at skattemyndighetene har rett til å gjøre dette, er at morselskapet i Norge bidrar til verdiskapningen tilknyttet patentet, enten ved at de kontrollerer og utfører diverse funksjoner tilknyttet patentet, eller står for den finansielle risikoen til patentet.

Når det kommer til verdiskapning i tilknytning til patenter, følger det av TPG 2017 at verdiskapningen ofte forekommer og måles i form av funksjoner. De viktigste funksjonene er DEMPE-funksjonene. Det fremkommer av analysen at det nederlandske datterselskapet vil ha rett på hele inntekten selv, dersom de utfører og kontrollerer alle DEMPE-funksjonene, og risikoen forbundet med disse. Det at for eksempel en produksjonsbedrift i Norge produserer varer med teknologien tilknyttet patentet, og dermed er leddet som gjør at teknologien kan omsettes til penger, blir i Norge i dag ikke sett på som tilstrekkelig verdiskapning til at skattemyndighetene ville tildele deler av inntekten til det norske produksjonsselskapet.

Mistanken vår om at metoden for skatteplanlegging fortsatt er fullt mulig, selv i etterkant av TPG 2017, ble derfor bekreftet. Det bør derimot nevnes at det har blitt mer krevende for bedrifter å tilfredsstille substanskravene i skatteplanleggingsstrukturen enn det var tidligere.

Vi anser det som problematisk at store teknologiselskaper har mulighet til å drive med slik form for skatteplanlegging i Norge, selv når de holder seg innenfor lovverket. Det er fordi en slik praksis bidrar til at skattbar inntekt som kunne, og som vi mener burde ha vært i Norge flyttes til andre land. Begrunnelsen for at vi mener deler av inntekten burde ha vært i Norge, er at vi anser det å omsette sluttprodukter til penger, eller det å produsere produkter burde bli regnet som en større del av verdiskapningen enn det blir i dag. Uten produksjon og salg, vil produkter og dermed også teknologien bak produktene være verdiløse. Videre mener vi også at prinsippet om armlengdespris ikke fanger den reelle verdien på unike patenter, og derfor at Norge går glipp av inntekter i form av realisasjonsskatt, fordi patenter blir flyttet ut av landet til en verdi som er lavere enn den reelle verdien.

For å styrke konklusjonen ytterligere er det igjen relevant å henvise til kontrollen riksrevisjonen nylig utførte av utenlands transaksjoner. Kontrollen viste at et lite antall kontroller førte til at den skattepliktige inntekten økte med i gjennomsnitt ca. 10 milliarder kroner per år i perioden 2009-2016 (Riksrevisjonen, 2018).

Denne beviser at multinasjonale selskaper som opererer i Norge har flyttet inntekt ut av Norge, og derfor at regelverket når det kommer til konserninterne transaksjoner i seg selv ikke er godt nok slik det er i dag.

5. Veien videre

Da vi begynte å skrive oppgaven hadde vi en oppfatning av at kildeskatt var et effektivt virkemiddel for å unngå inntektsoverføring ved hjelp av royalty. Vår oppfatning var at kildeskatt på royalty ville fjerne insentivene bedriftene hadde for å utføre praksisen. Gjennom intervjuene avdekket vi at samtlige intervjuobjekter mente at kildeskatt ikke var veien å gå, fordi de hadde oppfatningen av at nedsiden var større enn oppsiden. Dette var meninger, og ikke noe de fastsatte 100%. Vi har for lite kunnskap til å trekke en konklusjon angående om dette er et bra tiltak. Vi oppfordrer derfor andre til å undersøke hvor stor en oppside er i forhold til nedsiden ved å innføre kildeskatt. Trump innførte for kort tid siden kildeskatt på royalty for å forhindre at multinasjonale selskaper skulle utføre denne praksisen, og det kan derfor være interessant å undersøke hvilke virkninger det faktisk får.

I analysen fant vi som nevnt ut at skatteplanleggingsmetoden fungerer så lenge det er substans i datterselskapet, og alle transaksjoner er på armlengdespris på transaksjonstidspunktet. Med substans mener vi at selskapet i Nederland er reelt etablert, driver en reell økonomisk virksomhet. Det er viktig at selskapet kontrollerer og utfører funksjoner som skaper verdi til patentet, nemlig DEMPE-funksjonene. Disse funksjonene kan ikke utføres uten ansatte, og det er derfor også et krav om at det er ansatte tilstede for at det er substans i selskapet. Vi har den oppfatningen at armlengdepris nødvendigvis ikke er riktig måte å fastsette royalty-satser og priser ved transaksjoner innad i et konsern. Vi foreslår derfor at det undersøkes nærmere om det kan finnes bedre løsninger på fastsettelse av royalty-satser og prising av transaksjoner innad i et konsern.

Videre nevnte Gregar Berg-Rolness et forslag, som vi fant veldig interessant. Dette gikk ut på å innføre en regel om at royalty-betalinger må være i samsvar med verdsettelsen som ble lagt til grunn ved utflyttingen fra Norge, i for eksempel de fem etterfølgende årene, og at dette er en regel som må gjelde i alle situasjoner. Det vil si at selv når et patent blir flyttet ut av Norge ved en tidlig anledning og deretter enten stiger eller faller drastisk i verdi, vil ikke bedrifter konserninternt ha mulighet til å betale en royalty som ikke svarer med prisen på utflyttingstidspunktet. Ved å innføre en slik regel vil man fjerne bedrifters

insentiver til å flytte ut patenter på et tidlig stadium. Dette er fordi den vil fjerne muligheten til å overføre store deler av inntekten før det eventuelt har gått fem år.

Slik vi demonstrerte gjennom avhandlingen vil ikke regelverket i TPG 2017 forhindre skatteplanleggingsmetoden vi beskrev innledningsvis i problemstillingen. Årsaken til dette er i hovedsak informasjonsasymmetrien som selskaper har mulighet til å utnytte. Vår oppfatning er at det alltid vil foreligge en viss informasjonsasymmetri mellom selskaper og kontrollmyndigheter, fordi selskaper er spesialister i sitt marked, spesielt i tilfeller som inkluderer unike immaterielle eiendeler. På grunnlag av dette mener vi at tiltaket Rolness presenterte er et veldig aktuelt tiltak å forske videre på, fordi tiltaket ikke vil påvirkes av en eventuell informasjonsasymmetri mellom selskaper og kontrollmyndigheter i tidsrommet tiltaket gjelder.

Videre er det anslått at et patent ofte har en levetid på 5 år, og det kan derfor tenkes at det vil være urimelig å si at royalty-betalingene må følge verdien på transaksjonstidspunktet i fem år. Vi mener at en tidsperiode på to til tre år kan være et bedre forslag. Det er viktig å presisere at det må være symmetri ved en slik regel. Det vil si at dersom patentet blir verdiløst kort tid etter at det blir flyttet ut, så vil det norske selskapet få fradrag for tapet.

Det kan tenkes at en slik regel vil påvirke selskapers villighet til å påta seg risiko, og dermed kan ha påvirkning på innovasjonsutviklingen. Vi har dessverre ikke tilstrekkelig kunnskap til hvor store de negative konsekvensene av en slik regel vil være, og kan derfor ikke fastslå om dette er et bra tiltak. Vi oppfordrer derfor til videre undersøkelser av hvilken effekt en slik regel vil ha, og eventuelt hvor mange år en slik regel bør omfatte.

6. Referanseliste

- Businessinsider. (2013). IT'S NOT JUST APPLE: The Ultra-Complicated Tax Measures That Microsoft Uses To Avoid \$2.4 Billion In U.S. Taxes. Hentet 16.01.2018
<http://www.businessinsider.com/apple-microsoft-avoids-taxes-loopholes-irs-2013-1?r=US&IR=T&IR=T>
- D.Jacobsen, A. (2013). Forholdet mellom sktl. §9-14 og skatteavtalene. Hentet 28.08.2018
https://www.idunn.no/skatt/2013/03/forholdet_mellom_sktl_9-14_og_skatteavtalene
- Duedil. (2018). Microsoft Round Island One Directors. Hentet 21.08.18
<https://www.duedil.com/company/ie/348353/microsoft-round-island-one/directors>
- E24. (2018). Riksrevisjonen vil ha strengere skattekontroll av multinasjonale selskap. Hentet 07.06.18
<https://e24.no/makro-og-politikk/riksrevisjonen/riksrevisjonen-vil-ha-strengere-skattekontroll-av-multinasjonale-selskap/24351438>
- Fallan, Lars. (1989). Skatteplanlegging og skatteplanleggingsadferd I næringsvirksomhet. Hentet 10.01.2018
https://brage.bibsys.no/xmlui/bitstream/handle/11250/162560/Fallan_1989.pdf?sequence=1
- Financial Times. (2017). US tax bill imposes steep levy on overseas earnings. Hentet 16.01.2018
<https://www.ft.com/content/789e69f6-e1ea-11e7-a8a4-0a1e63a52f9c>
- Forbes. (2016). How Google Saved \$3.6 Billion Taxes From Paper 'Dutch Sandwich'. Hentet 10.12.2017
<https://www.forbes.com/sites/robertwood/2016/12/22/how-google-saved-3-6-billion-taxes-from-paper-dutch-sandwich/#1d0a760d1c19>
- Haeck, P., & Løwe, G. (2017). Hva er en historisk kilde. Hentet 11.01. 2018
<https://ndla.no/nb/node/132925?fag=52253>
- KPMG. (2017). Exit-beskatning av urealisert gevinst ved uttak fra norsk beskatningsområde mv. Hentet 10.01.2018
<https://verdtavite.kpmg.no/exit-beskatning-av-urealisert-gevinst-ved-uttak-fra-norsk-beskatningsomraade-mv/>
- KPMG. (2018) Internprising transfer pricing. Hentet 10.01.2018
<https://verdtavite.kpmg.no/internprising-transfer-pricing/>
- Leivestad, Marius. Nye krav- mer skatt. januar 2015. Hentet 13.12.2017
<https://www.magma.no/nye-krav-mer-skatt-om-du-da-ikke-er-forberedt>
- Mantri, D. (2015). Royalty Payments and Transfer Pricing Issues. Hentet 11.01.2018.
<https://taxguru.in/income-tax/royalty-payments-transfer-pricing-issues.html>

Nevada Secretary Of State. (2018). MICROSOFT MANAGEMENT, LLC. Hentet 22.05.2018.

<https://www.nvsos.gov/SOEntitySearch/CorpDetails.aspx?lx8nvq=wO4BbEc0z wjR909Qri8C4w%253d%253d&nt7=0>

OECD (2015), Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports. Hentet 08.01.2018

<http://www.oecd.org/ctp/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports-9789264241244-en.htm>

OECD. (2003). Articles of the model convention with respect to taxes on income and on capital. Hentet 10.01.2018

<http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>

OECD. (2015). Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD. Hentet 09.01.2018

www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf

OECD. (2017). OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017. Hentet 10.01.2018

<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

OECD. (2002). Royalties. Hentet 08.01.2018

<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=2365>

OECD. (2007). Arm's length principle. Hentet 09.01.2018

<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=7245>

Orbis. (2017). Apple INC patenter Hentet 10.03.2018

https://orbis-bvdinfo-com.ezproxy.library.bi.no/version-2018613/Report.serv?_CID=102&context=37G9FDCF1U03ITS&SeqNr=0

PublishWhatYouPay. (2013) Vil hindre at skattesystemet undergraves. Hentet 11.02.2018

<https://www.publishwhatyoupay.no/nb/vil-hindre-skattesystemet-undergraves>

PwC. (2015). Nyhetsbrev- BEPS. Hentet 10.01.2018

<https://www.pwc.no/no/nyheter/skatt/beps-anbefalingene-og-virkninger-i-norge.pdf>

PwC. (2015). BEPS Action Plan: Action 10 – Transfer pricing and other high-risk transactions. Hentet 19.08.2018

<https://www.pwc.com/gx/en/services/tax/tax-policy-administration/beps/transfer-pricing-and-other-high-risk-transactions.html>

Regjeringen. (2012). Fri bevegelse av tjenester og fri etablering. Hentet 14.05.2018.

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/handel/nfd---innsiktsartikler/handel-i-eos/fri-bevegelse-av-tjenester-og-fri-eta/id519401/>

Reuters. (2014). The Puerto Rico corporate tax question. Hentet 20.05.2018
<http://blogs.reuters.com/muniland/2014/04/01/the-puerto-rico-corporate-tax-question/>

Riksrevisjonen. (2018). Riksrevisjonens undersøkelse av Skatteetatens kontroll med prising av transaksjoner i interessefelleskap over landegrensene
<https://www.riksrevisjonen.no/rapporter/Documents/2017-2018/PrisingAvTransaksjoner.pdf>

Royaltyrange. (2017). DEMPE explained. Hentet 13.03.2018
<https://www.royaltyrange.com/home/blog/dempe-explained>

Skatteetaten (2017). Skatte-ABC. Hentet 12.01.2018
<http://www.skatteetaten.no/globalassets/pdfer/handboker/skatteabc/skatte-abc-2017-2018-.pdf>

Skatteetaten (2017). Når foreligger interessefelleskap. Hentet 12.01.2018
<https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/handboker/skatte-abc/skatte-abc/tilsidesettelse/T-7.043/T-7.045/>

Statistia. (2018). Revenue comparison of Apple, Google/Alphabet, and Microsoft from 2008 to 2017 (in billion U.S. dollars). Hentet 01.06.2018
<https://www.statista.com/statistics/234529/comparison-of-apple-and-google-revenues/>

Statistia. (2018). Number of full-time Alphabet employees from 2007 to 2017. Hentet 01.06.2018
<https://www.statista.com/statistics/273744/number-of-full-time-google-employees/>

Sættem, Johan B. (2013). "Seks av ti bedrifter betaler ikke skatt." Hentet 11.01.2018.
<http://www.nrk.no/okonomi/6-av-10-betaler-ikke-skatt-1.10880287>.

The Seattle Times. (2015). How Microsoft moves profits offshore to cut its tax bill. Hentet 20.05.2018.
<https://www.seattletimes.com/business/microsoft/how-microsoft-parks-profits-offshore-to-pare-its-tax-bill/>

World.tax. (2013). The Dutch Innovation Box. Hentet 11.01.2018.
<https://www.world.tax/articles/the-dutch-innovation-box.php>

6.1 Bøker

Jacobsen, D. I. (2005). Hvordan gjennomføre undersøkelser?: innføring i samfunnsvitenskapelig metode. Oslo: Cappelen Damm Akademisk.

Rolness, G.B. (2016). Skatteparadisene og den internasjonale selskapsskatten (1. Utgave). Oslo: Gyldendal Forlag.

Skaar, A.A., & Kildal, T.S. (2012). Bedriftsskatterett (12. Utgave). Oslo: Gyldendal Forlag.

Zimmer, F. (2009) Lærebok i skatterett (6 utg.). Universitetsforlaget

6.2 Rettspraksis og utvalgspraksis:

Utv. 2008 s. 1090 (Intrum Justitia)

Rt. 2007 s. 1025 (Statoil Angola)

Rt. 1999 s. 1087 (Baker Hughes)

NOU 2016:5. (2016). Omgåelsesregel i skatteretten — Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten. Utgiversted: Finansdepartementet.

7. Vedlegg

7.1 Intervju med Thor Leegaard

BO: Mener du at skatteplanleggingsmetoden vi skisserte i mailen blir utnyttet av multinasjonale selskaper i dag?

T: Det kan være litt forskjellig hva du kaller det, men hovedmodellen er at amerikanske selskap selger ut hele eller deler av de immaterielle eiendelene til utlandet, og i USA har selskaper hittil sluppet å betale skatt på utenlandsinntekten, uten forced repatriation.

BO: et norsk selskap oppretter et nytt selskap i Nederland, også begrunner de det med at det er god tilgang på billig ingeniørkraft så derfor har de lyst til å ha et selskap her, hvor de har ingeniører som driver å utvikler patentet, og er veldig flinke på utvikling. I Norge er de veldig flinke til å komme opp med patentet, men så har de et sted hvor de flytter alle patentene, og det kan være praktisk av mange forskjellige grunner. Det vi lurer på er hva som skjer dersom patentet skulle stige drastisk i verdi, la oss si et år etter transaksjonen. Ingen har problemer med prisen på transaksjonstidspunktet, lagt til grunn de cash-flowene som patentet har produsert så langt også flytter de det ut til en lav pris fordi det har ikke generert så mye inntekt så langt. Det er her vi ser i HTVI kapittelet i BEPS, at hvis det er en variasjon på mer en 20 % kort tid etterpå så kan det være grunnlag for skatteetaten og ta en sjekk om det bør foretas en korrigerings.

T: Da er det kun prisingen på patentet og ikke prisingen på royaltyen det er snakk om. Royalty utbetalingen er jo et eget spørsmål og det er vanskelig nok i seg selv.

BO: Der er det jo informasjons asymmetri som selskapene kan utvikle til sin fordel, mener vi hvert fall?

T: Nå er det ofte sånn at i verdsettelse så man ta litt hensyn til fremtiden. Det vil naturlig være slik i verdsettelsesmodeller at man tar i bruk budsjetter. Det er der BEPS rapporten kommer inn inn i den forstand at skattemyndighetene i noen utstrekning kan ta i bruk den informasjonen som kommer etter transaksjonen. Og så er det en rekke sikkerhetsventiler knyttet til det. Men det er jo bare en del av

problemstillingen, som gjelder om skattemyndigheten kan justere prisen, og egentlig ikke så mye på royaltyen.

BO: Hvert fall har det ikke vært sånn til i praksis at hvis det er en justering på prisen når det blir solgt da?

T: Ja det er der hovedpoenget ligger. Det kan være spørsmål justering på royaltyen også, men det blir et annet spørsmål. Justering av royalty går ofte ikke så mye på verdien av patentet, men for eksempel salget i Norge eller andre faktorer. En royalty beregnes gjerne som en prosent av omsetningen.

BO: Slik at jeg forstår deg rett. Du mener at å flytte patentet over er helt greit, så lenge alle kravene er oppfylt. Og når det da stiger veldig etter transaksjonen, så er det kun et spørsmål om salgsprisen skal justeres?

T: Ja det er det jeg tror er hovedfokuset

BO: har du noe erfaringer rundt det. Når vi var hos skattemyndighetene så fokuserte de veldig på det her med substans og finansiell risiko. Har du noen tanker rundt dette?

T: Ja for det er neste spørsmål. Prisingen er jo bare en del av dette. Har du priset eiendelene riktig når du flyttet det ut? Det kan jo selvfølgelig bli et tema. Så blir det spørsmål om Norge kan beskatte inntektene fra det utenlandske selskapet Slik sett er det jo nå vanskelig å gjøre dette med selskaper utenfor EU, eller hvert fall lavskatteland som vi ikke har skatteavtale med. Det er lettere å gjøre dette med selskaper i EU. Du har flere typer problemstillinger.

For det første om det utenlandske selskapet er utenlandsk skattemessig. Er reell ledelse av det selskapet i utlandet? Der får vi kanskje nye regler, når finansdepartementet bestemmer seg for å komme et forslag. Det har vært et høringsnotat ute i mars i fjor, hvor man foreslo at man skulle gjøre et bredere vurdering. Hittil har det vært avgjørende hvor styret holdt til, altså hvor styret tok beslutninger, for om et selskap er hjemmehørende i Norge eller i utlandet.

For det andre kan beskatning skje det utenlandske selskapet er lavt beskattet. Hva som er lavskatteland er også et vanskelig spørsmål. Er det tilstrekkelig virksomhet

i utlandet, til at det ikke bare er en skatteomgåelse? Her må man forholde seg til EU-domstolens praksis om hva som er wholly artificial arrangement kun for å spare skatt, som er en ganske vanskelig vurdering. Det er en rekke dommer i EU- og EFTA domstolen som går på det spørsmålet. Er det nok at du har en person i selskapet som fører regnskapet? Det er som regel ikke det. Du skal ha personer som faktisk driver virksomheten.

H: Det vi kom inn på hos skattemyndighetene var det som gikk på strategiske beslutninger, ikke videreutvikling. Selve utviklingen skjer i utlandet, men selve beslutningen om å videreutvikle og selge er fortsatt i Norge

T: Du vil gjerne ha de som har ansvaret for F&U virksomheten i utlandet. Jeg vil si at det er et helt åpent spørsmål om avgjørelsen om tilhørighet står og faller på det. I et konsern så vil det jo alltid være slik at konsernledelsen bestemmer. Men det i seg selv kan ikke være nok til at Norge kan beskatte et utenlandsk selskap. Det tror jeg er nokså selvsagt.

BO: Det var det vi var innpå hos skattemyndighetene. De var usikre på hvor mye som skulle til. Se at dersom det komme en superprofitt på grunn av et kjøp fra Norge, hvor mye er tilstrekkelig for å at det utenlandske skulle ha den profitten selv. Vi skisserte et eksempel hvor hele utviklingsavdelingen var i utlandet. Det kan være det var nok at lederen for F&U satt i utlandet å tok beslutningen. Han var ansatt i Norge, men arbeidet i Nederland. Vet du hvordan det er i praksis eller har du noen eksempler på dommer som har noe med dette å gjøre?

T: Det der er et vanskelig spørsmål. Nederland er et ganske dårlig eksempel på en måte fordi Norge har skatteavtale med Nederland. De kriteriene vi har for om det kan skattlegges i Norge. Vi snakket om bosted og ledelse. Vi har styret, men nå mer mot den daglige ledelse. Dette kan dere lese mer i det høringsnotatet. Videre har du nokus og da må du for det første være lavt beskattet altså det nye landet. Selskapet må ha et incentiv, som gjør at du blir lavere beskattet enn i Norge, foreløpig er grensen på 2/3 av skattesatsen i Norge. Nederland er et dårlig eksempel. Irland er et bedre eksempel for der har de 12,5 %. Men i Irland så har du to skattesatser. 12,5 OG 25 %. Hvis det er sånn at du har et patent og tjener penger på det så er det 25 %, men dersom du faktisk driver med virksomhet i

Irland så er det 12,5 %. Og da faller jo patent-eksempelet utenfor den bestemmelsen som jeg presenterer her, fordi da vil du jo ikke være lavt beskattet.

H: Skatt øst var uklare av hva som skulle til for å tilfredsstille det substans-kravet.

T: Hvis vi starter i norsk rett har vi hele tiden EU-retten på toppen.

Utgangspunktet er at det må testes om etableringen er foretatt kun for å spare skatt. Det ligner på det nasjonale lavskattelandkriteriet, men er noe helt annet. Skatteetaten tolker dette slik at dersom du ikke sparer noe skatt så er ikke det kriteriet oppfylt. Så enkelt er det ikke.

BO: I vårt eksempel så er det substans, og de tar på seg den finansielle risikoen selv, det er et utviklingsteam der, det er folk som jobber der, da er det vel vanskelig for skattemyndighetene gå inn dersom du begrunner det med at det er for eksempel billig arbeidskraft i det landet. Eller at det er flinke folk der?

T: Ja det kan være, eller at de er nærmere markedet. Poenget er at det skal være en realitet i det. Da går de videre med wholly artificial temaet igjen. Er det satt opp for å spare skatt som er det første kriteriet og er det utnyttelse av etableringsfriheten og det går på om man virkelig er etablert der. Da ser man på aktiviteten i det landet. Og det skal etter praksis ikke så fryktelig mye til. Altså har man en utviklings avdeling der, mens man har en leder i Norge, så tror jeg det vil være veldig vanskelig for myndighetene å si at dette er helt kunstig omgåelse av norsk skatt.

Det er et vanskelig spørsmål. Det er ikke sikkert at det er nok med en person som fører regnskap og spiser lunsj. Er det utenfor dette EØS-området så ser du bort fra etableringsfriheten.

Det er også et skatteavtaleunntak, som bare gir skattemyndighetene mulighet for å skattlegge det utenlandske selskapet hvis det er passive inntekter. Royalties er i utgangspunktet en passiv inntekt, men hvis selskapet driver med utvikling så har jeg vanskelig for å se at det kan anses for å ha passive inntekter.

BO: Men i det eksempelet vi skisserer. Mener du BEPS har endret noe eller er det som har vært tidligere.

T: Nei det mener jeg ikke i noen særlig grad. Det kan være hvis du belaster royalties til land med kildeskatt på royalties men med en gunstig skatteavtale. Da gjelder en principal purpose test, altså at hensikten er å spare kildeskatt på royalties. For eksempel at du flytter eierskapet til Nederland, men du gjør det kun for å få lavere kildeskatt.

BO: Skatteetaten sa at BEPS ikke hadde så mye virkning i praksis nå, men det som BEPS kunne slå inn på, var det vi var litt inne på med det at hvis verdien steg så kunne man gå inn å korrigere. Slik som vi har forstått det så var en dom som heter Baker-Hughes dommen som er retningsgivende for norsk lov og der opererte de med et slingringsmonn på 40 % og dersom det var over eller under dette så kunne det legges til tilleggsskatt og da sa skattemyndighetene at det BEPS gjorde var å ta vekk de helt kunstige forholdene med vår metode i tillegg til at det kunne bli strengere dersom det varierte mye i verdi. BEPS HTVI sier at hvis det er 20 % så kan det være at det skal korrigeres.

T: Der mener jeg at skatteetaten tar feil, fordi dette er to helt forskjellige regelsett. Et spørsmål er når kan du ilegge tilleggsskatt, et annet er når kan du justere prisen. Det kan hende skatteetaten kan justere prisen selv om avviket bare er 15 % i prinsippet, men kanskje ikke ilegge tilleggsskatt. De har for såvidt rett i at jo større avviket er, jo lettere er det å justere prisen. Jeg tror riktignok at hovedhensynet her er jo det at skatteetaten får adgang til å bruke etterfølgende informasjon. For eksempel kan det være aktuelt å vurdere prisingen om eiendelene var verdt 100 når de ble flyttet, men i løpet av to år er verdt 700 i løpet av to år. Nå tror jo jeg strengt tatt at man sjeldent prøver å være aggressive i verdsettelse. Det er jo også slik i den rapporten, i de retningslinjene som foreligger nå, adgang til å føre bevis for at verdien var korrekt satt på transaksjonstidspunktet, så det er ikke sånn at skatteetaten står fritt.

BO: Det var det vi spurte de om, fordi vi antar at prisinga er riktig, fordi det er det eneste som patentet har generert av inntekt. Det er derimot alltid sånn at hvis en konkurrent driver og utvikler et patent som har potensiale til å gjøre vår teknologi

verdiløst dersom de lykkes. Og dette er jo noe som bør tas med i verdivurderingen og det var de enige i at, så lenge man kan bevise det og det er bedrifter kan si noe som skatteetaten ikke har så god mulighet til å vurdere.

T: Det er klart det er en viss informasjonsskjevheter mellom bedrift og myndighet, samtidig så har du jo plikt til å legge fram det du har av informasjon, hvis skatteetaten skal prøve verdsettelsen. Det er jo ikke sånt man kan holde hemmelig.

BO: Det var der de mente at BEPS var mer hjelpsomt, fordi nå fikk de mer verktøy til å innhente informasjon fra selskapene, i tillegg til at selskapene ble pliktet til å oppgi mer informasjon om hvordan de hadde verdivurdert, som da gjorde det mer vanskelig å presse ned prisen i begynnelsen.

T: Ja det har blitt bedre utveksling av informasjon. Det er ikke sånn at man kan si at regnskapet ligger i et annet land så det får dere ikke tilgang til, fordi det kan skattemyndighetene.

BO: Så i stor grad så tolker BEPS foreløpig ikke har ført til så store endringer annet enn at informasjonstilgangen og at å prise lavt er blitt vanskeligere?

T: Ja i den grad noen bedrifter gjør det. Det skal jo være reelle transaksjoner. Selskapsretten i mange land stiller krav til revisorbekreftelser, men er nå oftest slik at man bare skal bekrefte at de verdien selskapene gir fra seg ikke er større enn de man får. Slik sett så kan man si at dersom en lav verdsettelse ikke er problematisk i utgangspunktet. På den annen side krever norsk selskapsrett at det skal være armlengdes pris.

BO: For å gå litt mer over på hvem som skal ha profitten. Hvordan foregår det i praksis? Hvordan skal skattemyndighetene vurdere dette? La oss si at det kommer en superprofitt, og skattemyndighetene ser at ok det jobber noen folk der, men det skjer egentlig ikke så mye der. Hvilke kriterier skal man se på da?

T: Da er man tilbake til helt standard funksjonsanalyse. Man ser på hvilke av selskapene som bidrar med hva. Det kan jo være at skattemyndighetene mener at

det utenlandske selskapet kun har en utviklingsfunksjon og at det dermed skal ha mindre vederlag enn hvis det ”de facto” eier hele patentet.

BO: Tror du at tolkningen til skatteetaten, den der at hvis det er mer enn 20 % så kan det korrigeres, så går det kun på prisen ikke på hvem som skal ha profitten?

T: Her, mener jeg du må se på prisen. Jeg kan ikke skjønne at de skal kunne gå inn å se på hvem som skal ha profitten. Hvis utvikleren er i Norge, og har fått veldig lav betaling for noe som er blitt veldig mye verdt, så kan prisingen være en problemstilling.

BO: Men hvis det er utviklet i Norge, men det er en videreutvikling så det er noe som skjer der, da er det ikke noe som justeres

T: Da skal det kun prises inn det som har skjedd i Norge.

BO: Men det må skje i transaksjonen? Så det har ingenting å si det som skjer etterpå?

T: Det må skje i transaksjonen. Det kan jeg ikke se at det som skjer etterpå skal påvirke. Det er mulig jeg overser noe, men jeg kan ikke se at det skal ha noe å si.

BO: Da vi snakket med Skatt Øst. De var innom det at BEPS kan korrigere litt, men det har ikke skjedd noe i praksis og det skal mye til for at de bruker HTVI, men samtidig så kunne de ikke utelukke at den ikke kom til å bli brukt fordi det kunne jo skje. Men det er jo en vurdering, hvor mye substans er det og hva har de gjort selv.

T: Verdsettelse er alltid vanskelig og spesielt det å verdsette en royalty. Altså teoretisk er det ikke vanskelig, men det er det å finne riktig mål, fordi det er veldig mange ulike transaksjoner å sammenligne med.

BO: Skatteetaten sa at de kanskje kunne korrigere der nede dersom det kom en superprofitt, men da sa vi greit og la til en ny forutsetning. Hvis det er en utviklingsavdeling der nede som gjør en liten endring på patentet og det er

grunnen til superprofitten, da er de kun de i utlandet som skal ha superprofitten, enig?

T: Ja

BO: Vi tenker at dette må være vanskelig for skattemyndighetene og sjekke, ja de har gjort en liten endring, men var det dette som gjorde at verdien tok av? Det er supervanskelig, hva mener du der?

T: Jeg vil si ja og nei. Hvis du utvikler for eksempel software, så vil du jo ha protokoller som du vil kunne vise, hva du faktisk har gjort.

BO: ja det skjønner vi, men det er vanskelig å vite at det var akkurat den tingen der. Det var akkurat den endringen som gjorde at verdien på patentet eksploderte

T: Det kan være vanskelige bevissspørsmål, men det kan jo også skyldes uventede markedsforhold.

H: Vi syntes ikke skatt øst svarte veldig godt for seg når det kom til temaet unforeseeable events. Har du noen eksempler på at det kommer noen slike hendelser som gjør at det kommer en superprofitt. Det er altså snakk om et unntak fra justeringen eller ting som var lite sannsynlig på det tidspunktet. Og her lurere vi, det er klart at en naturkatastrofe er så klart en slik hendelse. Her sa fyren på skatt øst kanskje.

T: La oss si elektriske biler. Plutselig bestemmer Kina at nå skal det bli forbudt med diesel-biler og så eksploderer markedet. Det er klart en slik hendelse.

H: La oss si at du har antatt at noe sånt kan skje, at Kina skulle komme med slike restriksjoner, vil du da si at de har antatt risikoen.

T: Hva som er uforutsett? Når vet du det, når vet du det ikke? For eksempel hvis det var et lovforslag der?

BO: Vi var inne på det med skatt øst. La oss si at du har en konkurrent som utvikler et patent, men det er liten sannsynlighet for at det skjer, la oss si 10% så regner du det inn i prisen da. Konkurrenten slo ikke til. Da mente skatt øst at da har du regnet det inn i transaksjonen, så da kan du ikke se på det som uforutsett. Da har du antatt risikoen og da ville ikke det unntaket gjelde mente de.

T: Men det er ikke noe som skatteetaten kan justere for heller, fordi det er en risiko som du faktisk tok. Hva som er effekten av en sånn hendelse kan du ikke måle.

BO: Greit hvis de tar risikoen, la oss si at det er veldig høy risiko for at noe skal skje, og så viser det seg at det går deres vei, da sa de kanskje det skulle justeres. Ok greit, men hvis de tar risiko, skal de ikke da ha muligheten til å tjene på det, for ellers så vil jo ingen ta risiko. Hvor går det da. De svarte at alt ikke skal korrigeres, men de sa at noe kunne bli korrigert. Så de er usikre, fordi dette er ikke noe som har blitt behandlet.

T: Så de er usikre altså? Nei, selvfølgelig er det ikke blitt behandlet, men du kunne jo tenke deg for eksempel at hvis du solgte til en uavhengig. I forhandlinger sier du at det kan hende at konkurrenten kommer inn med et tilsvarende produkt. Hvis han ikke gjør det så ønsker du å justere prisen. Hvor sannsynlig er det at du får en slik avtale?

BO: skatt øst sa det var vanlig med kontrakter

T: Vanlig og vanlig; det kommer jo an på hvor nærliggende det er mener jeg. Det er vanskelig for deg som bedrift å vurdere hva andre uavhengige parter driver med. De kan ikke ta forbehold for alt heller. De er tross alt bare mennesker på jobb.

BO: Hvis det er sånn at det er greit med en uavhengig jf. Armlengdes pris prinsippet, så mener du at det ikke skal komme en korrigerende av prisen?

T: Du skal aldri si aldri, men der vil jeg si at du har en god sak i dette tilfellet for at det ikke skal komme en korrigerende. Det handler jo i det store og hele om

hvordan man kommersielt vil agere. Hva tar man hensyn til i en verdsettelse, og hvis det ikke er med verdsettelsen, hva tar med som et forbehold i en avtale. I en vanlig M&A transaksjon, så har vi noen punkter som vi må følge. Punkt 1 og 2 de justerer vi 5 % for i kjøpesummen, mens 3-7 de tar vi forbehold om i avtalen for eksempel.

BO: Hvis sånt du skisserer er gjort og alle i markedet er enige om at det er rett risiko, det er fair. Så kommer den stigningen, de gjør det bra. Da skal de ha alt av overskudd i det landet så lenge det ikke er et fiktivt selskap og at det faktisk er noen som jobber der.

T: Ja. I de store klassiske amerikanske eksemplene så er det tomme selskaper. Amerikanerne er veldig formstyrt, så de vil bare se på hvor er eierskapet. Jeg har sett i flere tilsvarende transaksjoner med eiendel, pluss minus 1990 hvor det har vært bokettersyn i etterkant av transaksjonen hvor eieren har fått spørsmål om prisen. Så justeringer har jo skjedd.

BO: Bare for å oppsummere til slutt. Den transaksjonen, den er riktig prissatt. Verdien stiger. Da mener du at den metoden er grei. De har noe som skjer der. De flytter det ut tidlig, de tar en risiko og de vinner. Da skal de ha all profitten. Den stiger høyt. Da er det greit at selskapet i Norge betaler mye royalty, så lenge utviklingen skjer i utlandet og de ikke bare lager det der.

T: Ja det tenker jeg er utgangspunktet. Så lenge det ikke er juks. Men det er en veldig vanskelig problemstilling

BO: Hvis det ikke er juks, og selskapet har noen reelle grunner til å ha selskapet der, så skal det være sånn vi har skissert. Har du noen punkter som du mener er ekstra vanskelig å vurdere eller er grunnen til at det er vanskelig?

T: Det blir vanskelig å si. Det blir for eksempel spørsmål som; kan du stole på de budsjettene man har lagt til grunn i verdsettelsen. Hvor reelle er de? Er det reelle forutsetninger? Er diskonteringsrenten satt riktig. Det er mange forhold som kan påvirke.

H: HTVI, sier jo at skattemyndigheter må anta at informasjonen de får er tilstrekkelig, for å legge til det du sier nå.

T: Ikke sant, og det er det jo. Verdsettelse er alltid vanskelig.

T: Det jeg tror BEPS er viktig for er, kan man risikere kildeskatt til ulike land. Fordi du har plassert et selskap i et land kun for å spare skatt.

H: Han ene fra skatt øst sa jo at, skatt er en reell grunn til å flytte på seg innenfor EU, fordi dette er noe du må betale uansett.

T: Både etter norsk rett og etter EU-retten er tilpasning for skatteformål ikke diskvalifiserende. I Norge sier førstvoterende i Statoil Angola at selv om du kun flytter finansiell risiko for å spare skatt så er det helt lovlig.

BO: Vi har en problemstilling som Eivind presenterte for oss. Han mente at det var rart at Norge ikke hadde kildeskatt. Du har Tyskland og USA, de har skatteavtale med hverandre. De har da opprettet et selskap i Norge fordi Norge har skatteavtale med USA, så de bruker selskapet der, bare for gjennomstrømning. Hva tenker du om slik type praksis. Tror du at kildeskatt kunne vært effektivt, eller mener du at nedsiden blir for stor i forhold til oppsiden?

T: Du stiller egentlig to forskjellige spørsmål. Det ene er det om det fungerer å ha et norsk selskap som bare er tomt og bare mottar royalty som betales videre. Det kan være litt tvilsomt etter BEPS.

BO: Vi snakket med de på skatt-øst og han mente at fordi verdiskapningen ikke skjedde i Norge, så mente han at det kanskje var greit.

T: Det er jo det andre spørsmålet her. Kildeskatt på royalties for å unngå uthuling av norsk skattefundament. Men her er det ikke noe norsk skattefundament. Det har ikke skjedd noe her. Hvis det skjer en verdiøkning som du har skissert tidligere, så kan det være at norske skattemyndigheter sier at ok her vil vi ha en del av verdiskapningen som kildeskatt på royalties. Og det er det vel diskusjon om.

BO: Mener du at kildeskatt vil være en effektiv måte å unngå at overskudd blir flyttet ut eller vil ikke det være fair.

T: Både og. Vi har jo nullskatt på renter og royalties i skatteavtaler med mange land, inkludert mange land med lav skatteprosent- Slik sett ville kildeskatt nok ikke vært veldig effektivt. Vi måtte da ha reforhandlet mange skatteavtaler. Hvis dere skal diskutere kildeskatt. Er det sånn at vi i Norge har så lite immaterielle eiendeler at det lønner seg å endre skatteavtalene, eller eksporterer vi immaterielle eiendeler i så stor grad at det er best for oss å ha nullskatt på royalty. Vi må se på totalen her også. Jeg har en følelse av at nedsiden er større enn oppsiden.

7.2 Intervju med Gregar Berg-Rolness

Bjørn: Tror du at selskaper har i Norge har hatt anledning til å selge ut IP til en verdi som er lavere enn reell verdi?

Gregar: Så derfor reagerte jeg litt på at man tenkte, i stedet for at man la prislommer kan du si på grunn av generell usikkerhet, men på den annen side så har jeg sett eksempler på at man priser veldig lavt, veldig lavt, altså åpenbart under reell verdi. Når man først ser det, ser prisen, fordi det er en større transaksjon, fordi kan du si at disse transaksjonene er jo gjerne elementer i en større pakke av eiendeler som overføres ofte, kanskje også hele selskap som overføres. Da kommer ikke prisene på IPen sånn umiddelbart fram, den kan ligge skjult inne i det hele. Når jeg dog har sett prisene, så har jeg sett eksempler på at de har vært priset veldig lavt altså, det er også med bevis fra revisor.

BO: Vi har jo egentlig denne metoden: Selskapet selger ut patentet. Vi har hatt samme tanke som deg at her kan man prise lavt selv om man følger armlengdeprinsippet. Grunnen til det ,er at selskapet kan si at: vi har en konkurrent som utvikler en teknologi. Klarer konkurrenten det, så blir vårt patent verdiløst. Sånne ting må jo tas med i en verdivurdering, og sånne ting er jo veldig vanskelig å vurdere for skattemyndighetene og ha kontroll på. Selv etter BEPS som har gitt dem bedre verktøy for innhenting av informasjon, vil det jo fortsatt være en informasjons asymmetri .

G: Ja det er klart, det er jo et veldig vanskelig kontrolltema som du skisserer her, som utenforstående å komme inn, eksemplet ditt her vil være veldig vanskelig å kontrollere, men samtidig er det elementer som man kan bygge på. Innsatsfaktorer som trengs for å få en teknologi opp å gå på beina med kostnader som knyttes til dette, og hvor mye konkurrentene investerer for å matche dette her, så du har mange ting som du kan bygge på i en sånn sammenheng. Det er også slik at skattemyndigheten først lar deg anvende skjønn, så kan man på en måte. Man står ikke fritt til å en pris som virksomheten ville satt, man skal finne armlengdepris. Skjønnnet kan bli nokså vanskelig å bekjempe for en som har gjennomført transaksjonen, og satt prisen, man for en annen bevisbyrde. Har du priser til en tiendel av hva cash-flowen skulle, så er du da utenfor rammen og da har du et

problem når skattemyndighetene kommer og anvender skjønn, for da må du selv også kunne begrunne alternativ pris og akseptere at du har tatt feil.

BO: Da er vi tilbake til det var inne på i oppgaven. Vi antar at den armlengdeprisen er grei, at alle er enige om det. Vi ønsker å se på det som skjer i etterkant av transaksjonen. Hva skjer når prisen på patentet stiger signifikant, og royalty utbetalingene blir store ut. Hva skjer skattemessig da?

G: Det er interessant, fordi da har dere siktet dere inn på den Google/Apple problematikken. Det er sånn de gjør, har gjort. De kjørte ut IPen på et veldig tidlig tidspunkt. Altså da så tidlig som overhodet mulig. Den prisen de brukte på det tidspunktet har det aldri vært noe strid om altså, antagelig ble den kontrollert ganske godt av amerikanske myndigheter da dette skjedde. Så havner jo IPen i skatteparadiser. Jeg lurer på om Apple bruker Bahamas fortsatt, men er ikke sikker. Så havnet de da ut, og så kom en kolossal verdiøkning som da betyr gigantiske royalty tilstrømninger i forhold til prisen som ble satt på transaksjonstidspunktet. Når dere ser oppgaven sånn, så er dere ute i Apple verden. Da ser dere på mye av situasjonen for teknologi-bedrifter. Det de har gjort, er å lage et mønster for amerikanske teknologi selskaper. De er veldig raske med å få IPen ut til skatteparadiser og får dermed en lav pris, og så satser de på at her vil det komme en stor oppside.

BO: Vi tenkte ikke å spisse oppgaven direkte inn mot Apple/google tilfellene hvor de bruker skatteparadisene altså Irland osv. som gjør at disse selskapene nesten ikke betaler skatt. Dette er fordi vi mener at i mange av disse tilfellene så er det ikke substans og dette er kun et tomt selskap som man kan flytte overskudd til. Hva tenker du om det?

G: Den double "irish arrangement", der er det et selskap med mye substans. Disse teknologiselskapene har i det ene selskapet med mange ansatte som arbeider og styrer og så har de et tomt holding-selskap ved siden av. Dette tomme holdingselskapet har ikke annen funksjon en at det eier det selskapet hvor det arbeider masse folk. Royaltyen går da til selskapet som har stor substans, også går det videre til dette holding selskapet gjerne da via Nederland. Dette holding selskapet er irsk registrert, men er skattesubjekt på Bermuda, dette er en spesial

regel i Irland. Non-resident company kalles dette i britisk rett. Den har vært veldig under press fra EU, og det som er situasjonen nå er at Irland har latt seg presse til å avvikle denne ordningen innen 2020.

BO: Vi har tenkt å spesifisere oss inn mot en situasjon, hvor det er overføring fra Norge til et land innenfor EU, hvor det ikke nødvendigvis er skatteparadis, men det er lavere skattesats og ergo så er det penger å tjene for selskapet i Norge.

G: Da er dere inne i patent-boks jusen. Det er Nederland som har sånne rettstilstander, hvor man tar patenter inn i patentbokser også skatte man royalty inntekter til patentboksen med 5%

BO: Kjapt tilleggsspørsmål. Vi snakket med Thor Leegaard i KPMG og han sa at på grunn av Norges skatteavtale med Nederland ville det være vanskelig for norske myndigheter å korrigere royalty-utbetalingene ut i fra Norge. Vet du noe om dette?

G: jeg vet ikke noe spesielt om skatteavtalen mellom Norge og Nederland på royalty-spørsmålet. Hvis dette dreier seg om Norge sin rett til og si at den royaltyen på 6 %, den godtar vi ikke, vi vil at den skal være 3% hvis det er det som er spørsmålet. Så vil jeg tro at det kan Norge gjøre uten at de blir stoppet av skatteavtalen med Nederland.

BO: Så Norske myndigheter kan ikke gjøre noe med selskaper som oppretter patentbokser i Nederland? Det er vanlig praksis?

G: Det kan de ikke gjøre noe med. Det er vanlig praksis ja. Nederland har bygd opp et stort finansmiljø på dette her og har fått en unik posisjon i EU og har en enorm kapitalgjennomstrømning som følge av dette. Det er flere grunner til dette. Ene er jo selvfølgelig et stort skatteavtale nettverk. En annen er at USA kapitalstrømmer til skatteparadiser går til Europa, og i veldig stor grad gjennom Nederland. Der kommer patentboks jusen inn i bildet. Patenbokssystemet i Nederland har vært et satsningsområde og selv om det har blitt sett på som litt fyfy, men jeg tror at de går klar av disse EU-kommisjonene som kan gjøre noe med dette. Tvert imot, nå har EU-kommisjonen i den nye CCTB skatteordningen

sin, som selskapene skal kunne velge å gå inn i. Der etablerer regler for patentbokser for å lokke konserner i Europa inn CCTB. For meg betyr dette at EU-kommisjonen ikke tenker å gjøre noe med dette med det første.

BO: Med patentbokser, med det eksemplet ditt der. Da vi var hos skatteetaten så skisserte et eksempel og spurte vi, mener dere at dette vill gått igjennom osv. Da kom vi inn på diskusjonen med substans og finansiell risiko, og da gikk jo diskusjonen videre til følgende. De flytter patentet til et selskap i Nederland, for eksempel for å videreutvikle det, og de har ingeniører som er flinke på det området. Så kommer det en kraftig verdiøkning på patentet. Mener dere da at det er selskapet i Norge eller Nederland som skal ha profitten? I patentboks eksempelet ditt. Er det substans der eller oppretter de bare et selskap for deretter å lisensiere ut patentet.

G: Du stiller flere gode spørsmål. Jeg tror det vil variere i hvilken grad det er substans i disse patentboksene. Dutch sandwich, om det bare er en metode for å vaske profitten ned til 5%. Irland har for eksempel 12 %, du nuller ut royaltyen der og sender den videre til Nederland. Det kan være at du snakker om en arbitrasje eller en tom patentboks, jeg vil tro du finner eksempler på det. Det som er spørsmålet da, jeg tror det er at hvis det er et amerikansk eid konsern som har solgt dette videre, så vil det være substans i Nederland, fordi de har nokus regler som er rettet mot passiv inntekt. Hvis det er passiv inntekt så oppstår det skatteplikt i USA etter CCTB. Så konklusjonen er at hvis det er amerikansk eid så tror jeg det er substans, men ellers så tror jeg du finner eksempler hvor det er tomt, altså bare en vasking.

BO: Men hvis vi legger til grunn at det er substans i Nederland, da forsto vi det slik at du mente at det var selskapet i Nederland som skulle ha profitten?

G: Det er jo det store spørsmålet. OECD20 sitt grunnleggende premiss sier at verdiene skal beskattes i de områdene de blir skapt. Den tilpasningen som da Nederland da hevder: det er vi som skaper IPen, det er vi som vedlikeholder IPen og det er vi som videreutvikler den. Det var en gang en oppfinnelse på en lab i Oslo, men så kom den til oss, og vi tok oss av den verdien den da hadde. Og det er vi som nå har koblet på fagmiljøer til denne her og det er vi som har

videreutviklet denne. Vi har markedsført denne her slik at den kan ende opp i produkter som kan selges til priser som konkurrerer ut konkurrentene. Det skjer i Nederland, og da vil Nederland argumentere for at de verdiene blir skapt i Nederland og da skal de verdiene gå til Nederland som følge av grunnpremisset til OECD. Da går man over på neste spørsmål. Hva er superprofitten. Altså verdier videreføres gjennom solgte produkter, tilbake i landet hvor de blir kjøpt. Da vil jo de som omsetningsland protestere og si at alt av superprofitten skal jo ikke havne i Nederland. Da for man en diskusjon. Dere mener at dere skal ha 6 % på IPen som er skapt i Nederland, men kineserne vil da hevde at dere utnytter vår infrastruktur til å transformere dette om i produkter som da skal lede videre til penger. Dere er helt avhengige av vår infrastruktur og vi vil ha vår del av kaka. Da blir jo spørsmålet hva man snakker om. Når det går på royalty og IP, fordi vi snakker her på sett og vis en monopolpris. Hvis man ser fra den andre siden fra omsetningsleddet, så vil de oppleve en monopolisering av det som skjer i den globale økonomien som skjer på denne måten her. Og da er det en konsernsurplus, et totalproduktet for hele konsernet, ikke et element knyttet til Kina. Det kan sammenlignes med klassisk monopolprising i de gamle nasjonaløkonomiene, hvis man ser hele bildet fra omsetningsleddet. I hvilken grad er det konkurranse i de globale markedene.

BO: La oss si at du har i Norge en gründervirksomhet som selger ut produktet tidlig, men det er i Norge hvor mesteparten av omsetningen skjer. Men verdiøkningen på patentet stiger kraftig i verdi i Nederland. Er det slik å forstå at du mener at Norge skal ha en del av denne superprofitten, fordi omsetningen skjer i Norge.

G: Det du spurte om først. Kan Norge reagere på at salgsavdelingen i Norge setter royaltyen på 6 %. Det kan være en produksjonsbedrift, som bruker denne prosenten for å produsere disse varene. Men produksjonen for som følge av denne royaltyen 0 i skattepliktig inntekt. Det er det vanlige bildet. Royaltyen brukes til å nulle ut det skattemessige kravet til produksjonsbedriften i Norge. Da får du en diskusjon, ikke på verdien på patentet da det ble solgt ut, fordi det var jo ikke ferdig men på prosenten på royaltyen er den fair? Og da blir det sånn, hva gjør vi med det. Jeg har ikke vært borte i saker hvor norske skattemyndigheter har vunnet

frem på det. Engelske myndigheter har vunnet fram i forhold til Google i 2011/2012. Skrevet om i boka (skatteparadisene)

BO: Det var det samme som skatteetaten sa. Så kom vi innpå det som gikk på priskorrigerer. Hvis dette skjer, men ikke på selve royaltyen. Hvis verdien på royaltyen stiger veldig. Vi har jo den Baker-Hughes dommen som er rettsgivende med 40 %, mens HTVI I BEPS foreslår jo et slingringsmonn på 20 %, hvor det kan være grunnlag for priskorrigerer. Det var jo interessant det du kom inn på med royalty korrigerer for det var ikke de inne på.

G: Nei, det er akkurat det. Det har ikke skjedd tidligere. Tolkningen du tar nå, er jo at IPen er grei, og det tror jeg egentlig, fra norsk side går det veldig mye IP ut som ikke er greit. Vi har et alt for dårlig apparat for å kunne slå ned på all IPen som fyker ut av Norge og det er et stort problem.

H: Skatt øst mente at de hadde et veldig godt apparat for å følge opp, så det er interessant at du sier det motsatte.

G: USA og Nederland har et veldig godt apparat knyttet til dette med royalty og prising av IP.

BO: Rådgiveren vår sier noe av det som du sier, fordi han var oppgitt over at norske myndigheter ikke har gjort mer på dette området når det åpenbart skjer. Det er jo veldig vanskelig riktignok. Slik jeg forstår deg, så mener du at norske myndigheter er for dårlige på transaksjoner ut av Norge også

G: Hvis rådgiveren din sier det, så er det også min mening. Man kan spørre seg om hvorfor. Vi er jo et lite land og sånne ting. Det er få kontrollapparater for å kunne avdekke dette og det gjør at vi ikke henger med på utviklingen. Ja det mener jeg

BO: Det var to hoveddeler av oppgaven. Det er transaksjonen ut av Norge, deretter er det hva som skjer skattemessig. Etter at den er flyttet ut og alle er enige om at det er en grei pris. Så kommer det en verdistigning så da er vårt spørsmål. Dersom du har satt en gjennomsnittspris av ulike verdsettelsesmetoder og du ikke

ligger helt bunnen, men rundt midten, så sa de at da var det greit. Hva er videre årsaken til at patentet steg i verdi, der er vi usikre på om vi har skjønnet det helt. Det kan jo være at salget øker voldsomt, fordi etterspørselen stiger voldsomt. Da vil jo verdien stige. Det også slik at datterselskapet i Nederland antok risiko da kjøpte patentet. Men den risikoen forsvinner i løpet av et år, da vil også verdien på patentet stige. Det kan jo være at selskapet da setter opp royalty satsen fra 6 til 10 %. Vet du om er sånne typer tilfeller eller er det salg eller er det begge deler som er grunnen til at man ser på det.

G: Hvis du ser på teknologiselskapene og den verdistigningen som har vært der. Google osv. Da vil man finne mange grunner til at det har vært en verdistigning. Fra garasjen til verdensomspennende. Det er det bildet der. Dette gjelder også for de små selskapene i den bransjen som selger IPen inn til et stort konsern. Konsernet sitter da på markedet og mange kunder. Når de da garderer omsetningen, så blir jo den garantert. De sitter på teknologi som kanskje kan styrke deres eksisterende produkt. De kan gjøre et oppkjøp av en konkurrerende bedrift, som har et eller annet patent å koble sammen med deres produkter. Det er mange momenter som kan trekkes inn i bildet, som kan forklare hvorfor dette ble en suksess. Da er du i en verden hvor norske skattemyndigheter kan kanskje sitte å grine over dette her og si: der forsvant en masse verdier, men på det tidspunktet hvor patentet gikk ut så hadde ikke det noen stor verdi. Det må man akseptere. Det man derimot kunne tenke seg er blant OECD, som sier at verdiene skal beskattes der de skapes. Her er det royalty som nuller ut alt skattemessig overskudd i Norge, fra produksjonsbedriften som fortsatt er en vesentlig faktor av produksjonen, på grunn av et patent på Bermuda og som ikke betaler skatt. Det man kan si er at en god del av verdiproduksjonen skjer i Norge, og i følge det grunnprinsippet skal Norge ha en la oss si en tredjedel. Royalty er jo grunnen til at man ikke får den verdien, så man argumentere ut i fra det generelle og si at det er vi som produserer verdier. Det jobber masse folk her.

Bjørn: I det tilfellet du skisserer er det 1/3, men la oss for eksempel si at selskapet har utsalgssted i Norge/omsetning, patentet i Nederland og produksjonsbedrift i Kina. Kan man få det enda lavere da, og går det på hvor det forskjellige skjer?.

Gregar: Det som er et bilde som man finner igjen ofte, er at engineeringen er i Norge, patentet i Nederland på grunn av finansmiljøet som styrer med dette, og produksjonsbedriften i Kina. Og så blir det derfor fint lite skatt i Norge, til tross for engineeringa. Og da kan man reise spørsmål om omsetningen er i Norge. Og videre kan man da reise spørsmål om royalty-satsen er for høy, utifra et generelt syn på at da skjer verdiproduksjonen både i Norge, Nederland og Kina, og må derfor fordeles. Og da vil man kanskje kunne nærme seg et angrep på royalty satsen, og si at for at det skal være rimelig, så må for eksempel satsen halveres. Det er det ene. Den andre tingen er: er regelverket ubrukelig?

Bjørn: Når det kommer til regelverket, har du noen tanker om hva som kunne/burde ha vært bedre spesifisert, eller ting du ville ha lagt til regelverket for å hindre denne praksisen?

Gregar: Det som ligger her med at verdien skal beskattes der de blir skapt. Det er det internasjonale konsensus på. Det er et grunnpremiss som nå er lagt, og som er veldig viktig, og derfor viktig å terpe på/stå på. Dette er et viktig grunnelement som man skal bygge på. Det er viktig at man ikke lar det gli ut i all slags proteksjonisme og oppløse greier. Man må holde bedre fast på dette. Man kan også tenke seg spørsmål som: hvis man skal få disse tingene på plass, hva slags regler må man ha da? Er det for eksempel rimelig at et multinasjonalt selskap i det heletatt får lov til å bruke royalty konserninternt? Man kan si at det selvfølgelig er greit at konkurrenter og andre må betale så det svir, men hvor greit er det at et heleid datterselskap i for eksempel Sverige skal måtte betale masse royalty til Nederland.

Bjørn: Dette går vel litt på armlengde-prinsippet: At dersom datterselskapet skulle ha kjøpt det fra noen andre ville de jo ha måtte betale den samme prisen, så det er vel derfor?

Gregar: Ja, det er jo det. Men allikevel, hvor rimelig er det? Altså bør man ikke se konsernet under et? Det er jo klart at verdien av royalty som de bruker og som ender opp som produkter til monopolpriser i for eksempel India så er det verdier som skal beskattes i Nederland hvor IP'en vedlikeholdes og bygges opp. Men er det rimelig at det skal skje gjennom at man bruker konserninternt royalty satser,

som man ville brukt overfor en konkurrent? Burde man ikke heller da se konsernet under ett, og si at her blir det så så mye verdier, det er jo snakk om monopolpriser som brukes her i enkelte land i omsettinga. Og det skapes derfor enorme overskudd, og da må det på en måte ned i de forskjellige leddene hvor verdiene skapes, og da kan man ikke bruke royalty belastninger konsernintern for eksempel. Eller man kunne si andre type regler, IP 'en gikk ut for en slikk og ingenting. De neste 5 årene må royalty-satsen konserninternt stå i forhold til det, for eksempel. Da er vi på en måte der at dette er en del av betalingen for å la IP 'en gå. Også si at man har den 5 års regelen hvor royaltien må være lav. Dette er ikke noe urimelige tanke det. Det er mye inngrep man kunne ha gjort mot, eller inn i dette her som ville kunne bedre situasjon.

Bjørn: Dersom man skal få overskuddet hjem fra Nederland, vil ikke utbyttet da måtte beskattes, og bedriftene derfor være tilbake der de startet når det kommer til å spare skatt? Kan bedriftene få tilbake pengene til Norge uten og måtte beskatte dem?

Gregar: Vi har jo internasjonal fritaksmetode på utbytte. Innafor EU går det derfor under fritaket. Og det gjelder stortsett også ”skatteavtale-område”.

Bjørn: Vil du da si at innenfor vår metode vil det ikke være noe problem å få pengene tilbake til Norge?

Gregar: Det stemmer. Men det går jo uten skatt til et holdingselskap i Norge. Og der har jo utbyttene en tendens til å bli stående. Det er jo i liten grad at det tas ut til private.

Bjørn: Når verdien øker mer enn 40, eller 20% (etter BEPS) så sier skatteetaten at det skal korrigeres, og man må derfor inn å vurdere ting som hvor skapes verdien, hvem tar finansiell risiko osv. For å skissere et eksempel: La oss si at et selskap flytter ut patentet tidlig til Nederland hvor de har et datterselskap som har en ingeniøravdeling som driver med videreutvikling og som er kompetente og flinke på dette området. Dersom dette selskapet tillegger en ting til patentet, og at det derfor boomer i verdi, så sa skatteetaten at det kan være en stor sjanse for at

datterselskapet i Nederland skal beholde all profitten, men det vil selvfølgelig være en vurdering som de vil vurdere nøyere.

Henrik: Thor var helt motsatt, han mente at man aldri kan bevise at det er en enkelt hendelse som skapte verdien. Det vil jo selvsagt være protokoller som sier hva man har gjort, men det er vanskelig hvis ikke umulig å vise/måle effekten av en spesiell hendelse. Man har jo tatt hensyn til alt som er gjort så langt når patentet ble verdsatt før det ble solgt ut av Norge.

Bjørn: Spørsmålet mitt er litt knyttet til hendelser og grunner til at patentet stiger i verdi. Dersom datterselskapet har utviklingsavdeling og har gjort endringer så vil vel Nederland argumentere for at det er her verdiskapningen har skjedd. Slik jeg forstår det mener du for eksempel at hvis produksjonen og utsalgsstedet er i Norge så vil det være en del av verdiskapningen fordi her produseres det og omsettes? Og derfor kan være en begrunnelse for at profitten skal deles mellom landene? Og vil dette i så fall være en justering på royalty-satsen, eller prisjustering fra salgsprisen? For slik jeg forstod det når vi snakket med skatteetaten var det da snakk om prisjustering på salgstidspunktet.

Gregar: Her vil det i så fall være snakk om en justering i royalty-satsen og ikke priskorrigerings. Men jeg skjønner at det er snakk om prisjustering på salgstidspunktet, fordi at man sitter jo et par – 3 år etterpå og så kommer saken opp. Og for eksempel for 3 år siden solgte man ut et patent som var utviklet på Ullevål sykehus for nesten ingenting, og så etter 3 år er det enorme penger i sving ut av Norge som royalty. Det første man gjør er å se på hva verdien var når det ble solgt ut, og nå er det verdt mye mer som man ser i forhold til pengestrømmen. Så det er derfor et naturlig startpunkt. Dersom man går 10-15 år tilbake var det nok veldig mange cowboy overføringer. I alle fall siden tidlig på 2000-tallet har patentboks systemet med sentrum i Nederland, men også som utvikles andre steder i Europa blitt en kraftfull faktor. I Nederland er det faktisk et stort finansmiljø, og det er jo ikke bare et ingeniørmessig forhold å bygge ut verdien til et patent, det er likestort et finansielt med økonomer som er inne i bildet, og da er det ikke lett selv om man sikkert finner eksempler på ”hokus pokus”. Kanskje uber er et eksempel på det. Uber går også via Nederland. 20% går ned til Nederland også lar de 1% være igjen der, og så går resten til Bahamas tror jeg. I

hvilken grad uber har noe i Nederland som forsvarer at det skal trekkes royalty til Nederland kan hende at er en bløff. Så det finnes sikkert eksempler på at det er bare cowboy, men i utgangspunktet må man se realiteten at patentboks er big business rett og slett. Det bygges opp kompetente miljøer rundt dette. Det er på en måte en del av EUs mottiltak for å holde på verdiene kan du si. For at verdiene ikke bare skal fyke over til de anglo-amerikanske skatteparadisene.

Bjørn: Litt av grunnen til at vi valgte Norge til EU, det er fordi vi mener at den norske retten er mer streng enn den amerikanske på hvor verdien er skapt, og ville derfor kanskje ikke ha godtatt den typen skatteplanlegging Google/Uber holder på med. Altså flytte ut overskuddet til skatteparadisene. Hva mener du om dette?

Gregar: Altså man har norsk rett hvor man bruker armlengdeprinsippet, men veldig mye av utviklingen av armlengdeprinsippet generelt, men også sikkert i forbindelse med IP, det har skjedd i OECD – sammenheng. Hvor norsk rett da kan hente elementer inn for å blåse opp noen muskler i norsk rett. Og OECD-retten er i veldig stor grad skapt av amerikanere, så jeg tror ikke det er dekning for å si at vi har noe strengere norsk rett enn amerikanerne og andre når det gjelder prisingsområde. Men dette er ikke det jeg kan mest om så her ville jeg ha spurt noen som har studert det. Men mitt inntrykk er at i Norge er vi små, vi reiser til Nederland for å lære internprising, og har masse kontakter mot Nederland for å lære internprising. OECD er i veldig stor grad preget av amerikanere som på en måte har vært inne og utviklet regelverket. Dersom man ser på Transfer Price guidelines som er på rundt 500-600 sider, vil man se at det har et detaljnivå som er langt utover det som man finner i norsk rett.

Bjørn: Hvis vi legger til grunn det vi har snakket om så langt, hva mener du om BEPS-artiklene og deres påvirkning? Tror du at de vil ha en påvirkning på praksisen vi har snakket om?

Gregar: Det tror jeg. Jeg tror BEPS har påvirkning på skattemyndighetene og at skattemyndighetene prøver å hente betraktningmåter og elementer som man trekker inn i de enkelte sakene. Så henter man så mye man kan. Jeg tror at påvirkningen denne veien er ganske sterk. Men hvis du spør meg om påvirkning på lovgiver, altså finansdepartementet og stortinget, altså lovprosessene, så synes

jeg det går hårreisende sakte. Sett fra min side er dette uforståelig. Vi jobber jo litt mot finansdepartementet i taxjustice nettverket, vi går gjennom en del NOU'er og høringsuttalelser. Men jeg synes det går utrolig sakte, og uforståelig sakte med å bringe inn elementer i regelverket direkte.

Bjørn: Altså å implementere forslagene i BEPS?

Gregar: Ja, implementere forslagene direkte i regelverket. Og det er slik at jeg lurer på hva som skjer, når det er nokså åpenbare ting, hvorfor får man ikke bare dette på plass?

Bjørn: Da vi snakket med skatt øst spurte vi det samme om BEPS. Hvor tror dere at BEPS kan ha en påvirkning på metoden vi har skissert? Det som kom frem da var at de mente at det kanskje ikke hadde så mye å si. Men det som det ville endres var at det nådde hadde flere verktøy og loven i ryggen for å innhente informasjon til for eksempel å vurdere verdsettingen av patentet som bedriften gjorde før transaksjonen ut av landet, som de kanskje ikke hadde tilgang til tidligere. Men de var også enige at selv etter dette vil det fortsatt være en viss informasjonsasymmetri mellom bedriftene selv og skatteetaten. De påpekte også dersom prisen på patentet steg mer enn 20% ville de nå kanskje sjekke slike transaksjoner i større grad enn tidligere. Hva tenker du om dette?

Gregar: Jeg tror at det kan variere litt hvem du spør. Skatt sør for 7-8 år siden hentet inn folk som hadde doktorgrad på internprising, og jobbet utifra hva man kunne gjøre om klassifiseringsspørsmål og slike ting. Mange i skatteetaten har følerene ute på for eksempel står om IP. Det har vært foredragsholdere fra OECD på slike tema, så mange fra skatteetaten har faktisk hørt om disse tingene. Og når du da kommer i konkrete saker, og du får sagt at nå skal vi faktisk kontrollere royalty, vi skal ha 10 royalty saker. Så vil man naturlig gå til OECD-dokumentene for å hente inn betraktningmåter, og så dukker det opp kanskje en ny måte å se det på, altså et nytt forhold som blir vektlagt, og da blir det rettsak av det. Så blir det et spørsmål om dette er innenfor det som vi har lov til å gjøre i norsk rett. Og det er en naturlig å prosess. Man får en rik kilde som da blir i større grad kommer inn i betraktning i konkrete saker. Dette tror jeg vil skje i større grad.

Bjørn: Skatteetaten mente også at BEPS kom til å fjerne de helt klare tilfellene på strukturer som kun er opprettet for å unngå skatt. Tidligere var det lettere å oppnå substans, og dermed enklere å lage slike strukturer. Er du enig i dette?

Gregar: Dette er jeg enig i. Man blir mer realitetsorientert. Da er man over i en annen diskusjon hvor realitetsforankra i norsk skatterett i forhold til formalforankra. Det er en typisk jusproblemstilling. Men realitetsorienteringa i forhold til hvor verdien skapes, den forankringa der vil slå gjennom. Det tror jeg.

Bjørn: Hva mener du om den nye problemstillingen vår i forhold til det vi har snakket om? Den er som følger: Hva vil skje skattemessig i Norge i de tilfeller verdien på patentet endres i kort tid etter transaksjonen ut av Norge, og følgende økte royalty-utbetalinger?

Gregar: Det er et interessant spørsmål. Det er sånn virkeligheten er, og hva skal vi gjøre skattemessig med den situasjonen der? Derfor mener jeg at det er veldig interessant å reise dette spørsmålet. Også vil man kanskje måtte si at det er ikke mye vi klarer å få gjort slik reglene er per dato. Og da kommer et spørsmål til lovgiver, og man er da over i rettspolitikken. Skal man bare sitte å se på dette her? Og da er man igjen over i den saken i England, som dere kan finne frem i boken min (Starbucks). Der var det altså en politisk brudulje hvor de fikk gjennomslag. Og så kan man sikkert lage politiske brudulje i alle saker, og må derfor ha regler som fungerer. Og da blir neste spørsmål: hva slags regler skal man ha?

Bjørn: Når verdien stiger og det er snakk om en justering, så er det med royalty-satsen et interessant tema som kanskje kommer til å bli mer fokusert på i Norge, men på prisjusteringen, mener du at dersom patentet er riktig prisen når patentet tas ut av Norge, og deretter stiger i verdi, mener du at en prisjusteringen ikke er det en burde fokusere på i etterkant?

Gregar: Det som er et grunnproblem i alle internprising, det er at praktiseringen av armlengdeprinsippet er veldig komplisert, og i mange land er det for komplisert til at man kan basere seg på det. Dette er et grunnleggende problem. Og da oppstår det behov for forenklet regler. OECD har innsett dette her i forhold til utviklingsland, og har åpnet for forenklinger som man kan ta i bruk i

utviklingsland til erstatning for armlengdeprinsippet, som på en måte skal gi noe til landene når de ikke klarer å forvalte armlengdeprinsippet. Jeg tror også at det er en virkelighet her i Norge at som vi må ta innover oss at det er behov for forenkla regler. Det som jeg nevnte tidligere, at man kan knytte verdsettingen av en IP til royalty i 5 etterfølgende år. IP-verdien må stå i forhold til den kapitalstrømmen den genererer i 5 etterfølgende år, at det må være en regel som skal gjelde i alle situasjoner, ville ha vært en klar forbedring. Men det er ikke akkurat armlengdeprinsippet. Armlengde prinsippet er alle de risikovurderingene opp og ned som må gjøres den datoen IP'en blir overført.

Bjørn: I henhold til hard to value kapitlet i BEPS kommer det frem at det kan foretas en priskorrigerer dersom prisen varierer mer enn 20% i forhold til transaksjonstidspunktet. Det er også ett unntak fra denne korrigeringen dersom verdiøkningen kommer på grunn av: "unexpected events that was clearly unforeseeable", eller at det var veldig lav sannsynlighet for at det skulle skje, så skal det ikke foretas en korrigerer. Et klart eksempel på hva det kan være er naturkatastrofe som fører til boom i etterspørsel, men hva mener du om for eksempel store svingninger i markedet, store svingninger i oljepris osv?

Gregar: Jeg tror ikke det har vært saker på unexpected events i dette tilfellet. Men det er jo ikke så veldig vanskelig å forestille seg hva en uventet begivenhet kan være. En ny epidemi kan for eksempel føre til stor etterspørsel etter en type medisin. Kanskje oljepris krisa i 1973 kan være et eksempel også.

Bjørn: Vi mener at "unexpected" eller lav sannsynligvis for at det skulle tiltre er forholdsvis store begreper. Men her skal det kanskje tolkes som om det er VELDIG usannsynlig, og helt uventede scenarioer?

Gregar: Når man vurderer pris, skal man vurdere risiko, og dermed prisvariasjoner og naturlig hendelser.

Bjørn: Så da er det jo allerede tatt inn i vurderingen fra før av, og vil derfor ikke være uforutsett fordi det er tatt høyde for i risikovurderingen av patentet. Mener du da at det skal veldig mye til for at dette unntaket skal kunne påberopes av skatteyter?

Gregar: Ja, det vil jeg tro. Men disse OECD – dokumentene er utrolig detaljert, så det kan hende at det er beskrevet der hva terskelen er.

Bjørn: Tror du det kan være lurt fokusere på transaksjoner fra Norge til Nederland? For har var det vel kun 5% skatt på royalty inntekter?

Gregar: Det kan være lurt, særlig nå fordi kommisjonen tar det med patenter inn i CCCTB- skattesystemet deres, og da får du en situasjon hvor patentbokser faktisk er kommet for å bli.

7.3 Intervju med Sten-Frode Olsen og Per Westvang

Samtalegrunnlag/ spørsmål:

1-3 → Innledning til samtale etter at vi har forklart problemstillingen/ praksisen

4 -5→ Vi har her spurt spesifikt om unntaket om å unngå justering av prisen på transaksjonstidspunktet selv når det har vært et stort avvik. (Clearly unforeseeable events etc). Er dette en svakhet, eller mulighet for bedrifter til å ”trikse”?

6 → Dersom et selskap har et datterselskap i for eksempel Nederland, dette selskapet driver med vedlikehold og videreutvikling av patentet, det jobber folk der og de har dette selskapet som en base hvor de flytter alle patentene sine til. Transaksjonen i seg selv er ikke ”nedpriset” i forhold til markedsverdi (utfra all tilgjengelig informasjon på tidspunktet), men så viser det seg at verdien på patentet øker drastisk i tiden som etterfølger, og dermed også royalty-betalingene fra Norge. Som sagt er selskapet funksjonelt med ansatte, og det er ingenting å si på transaksjonen som fant sted at patentet byttet eier., hvordan ser dere på det da? Er dette problematisk, eller er det greit?

7 - 11→ (Tilleggsspørsmål til 6.) Dersom det selskapet i Nederland er 100% egenkapitalfinansiert og bruker disse pengene (som i kommer fra morselskapet da de ble opprettet) til å kjøpe patentet fra selskapet i Norge. Vil dere da si at selskapet i Nederland selv tar den finansielle risikoen rundt patentet når de kjøper det?

12 - 13 → (Tilleggsspørsmål til 6 og 7) Dersom selskapet legger til grunn de cash flowene som patentet har skapt til nå i Norge når de verdsetter patentet. I tillegg legger de også til grunn en risiko om at dette patent kan bli verdiløst fordi en konkurrenter utvikler en teknologi som vil gjøre ditt patent verdiløst, dersom de lykkes. Dette vil føre til at verdien til patentet blir litt lavere enn om man kun legger til grunn cashflowene. Det er her vi mener at bedrifter kanskje har mulighet til å skape mer profitt. Hvordan ser dere på dette?

14-15 →(Tilleggsspørsmål til 6, 7 og 12). Dersom vi tenker oss at morselskapet i Norge har et FOU-team som er veldig flinke på å komme på gode ideer/ utvikle

patenter i en startfase. Og at datterselskapet i for eksempel Nederland har et team som er veldig gode på videreutvikling (fordi det for eksempel er billig tilgang på IT-ingeniører i dette landet). Dersom det er disse ekspertene i Nederland som sier at det vil ligge risiko rundt om teknologien til det aktuelle patentet vil bli verdifull. (Og dermed at det er de som presser ned prisen ved salgstidspunktet). Vil dette være en gyldig grunn til å sette en lavere verdi?

16 → (Tilleggsspørsmål til 6, 7, 12 og 14). Dersom vi antar følgende punkter:

- skatteetaten er helt enige i verdivurderingen som fant sted ved salg av patentet
- datterselskapet i Nederland har et kompetent videreutviklingsteam (FOU) i Nederland som selv opplyste om risikoen rundt patentet ved verdivurderingen
- Det er funksjonell drift i Nederland (alle krav for substans er tilfredsstillt)

Deretter kommer det en drastisk verdiøkning på patentet 1 år etter at datterselskapet i Nederland kjøpte patentet. For eksempel fordi risikoen rundt patentet har falt bort på grunn av en gyldig grunn (en grunn kan være at konkurrentene ikke klarte å utvikle teknologien som ville ha gjort ditt patent verdiløst). I Hard to value kapittelet i BEPS står det at dersom differansen mellom verdivurderingen ved salg, og den reelle verdien kort tid etter salg har et avvik som er større enn 20%, så skal det sjekkes nærmere og eventuelt korrigeres. Videre står det at dersom grunnen til avviket er "unexpected events that was clearly unforeseeable at the time of the transaction", så skal beløpet ikke korrigeres allikevel. Vi mener at disse begrepene er brede, og lurer derfor på hvilken tolkning dere har rundt dette unntaket.

Kort oppsummering av spørsmål 16: hva er deres tanker rundt korrigering av verdi på patentet dersom patentet plutselig stiger mer enn 20% i verdi innen kort tid etter salget når alle kriterier rundt verdivurdering og substans er oppfylt? Og hvordan tolker dere unntaket fra korrigeringsregelen i praksis?

17 → (Tilleggsspørsmål til 6, 7, 12 og 14). Som i spørsmålet over er alle kriterier oppfylt. La oss anta at det er lagt til grunn 50% sjans for at konkurrenten din lykkes med å utvikle teknologien som vil gjøre ditt patent verdiløst. Alle i

markedet er helt enige i at dette er en logisk odds for at dem får det til, og verdivurderingen er gjort på en logisk og grundig måte. Da vil det være en reelt stor sjanse for at det datterselskapet kjøper vil kunne være verdiløst innen kort tid. Samtidig har de også muligheten til å tjene stort dersom det går bra, men denne muligheten er vel begrenset fordi alle avvik over 20% har en mulighet for å bli korrigert. Er det ikke slik at datterselskapet i Nederland burde ha mulighet til å tjene tilsvarende risikoen de tar? (Ingen er villige til å ta stor risiko, dersom muligheten for å tjene mye ikke er tilstede)

18 → La oss nå anta det samme som over at alle kriterier er oppfylt, men nå er det ikke lagt til grunn risiko rundt patentet ved verdivurderingen. Det som er brukt er cash flowene patentet har generert så langt. Patentet blir solgt til datterselskapet veldig tidlig etter utviklingen, så cash flowene som ligger til grunn er ikke veldig store. På grunn av mangel på annen relevant markedsdata er alle parter enige om at dette er en grei verdi på patentet ved salgstidspunkt. Selskapet tror selv at patentet har et stort potensiale, men det er ikke sikkert fordi man ikke kan være sikker på hvordan markedet tar imot produktet. Etter at patentet er solgt til datterselskapet i Nederland viser det seg at patentet tar markedet med storm og det stiger derfor drastisk i verdi. Vil det da også være slik at selskapet må foreta en korrigering dersom det er mer enn 20% avvik? Her har jo selskapet selv tro på patentet, men samtidig har de heller ikke mye informasjon på hvordan markedet vil ta imot patentet, og det er vel derfor uforutsett dersom det skulle gå veldig bra?

19 -20 → Samme spørsmål som 18, men spesifikt spørsmål om tolkningen av hva "other unexpected events" kan være.

21 → Dersom de nye retningslinjene som har kommet gjør at metoder som har vært praktisert tidligere ikke er lovlig, kan det være slik at de blir dømt til å måtte betale tilbake igjen?

22 → Tror du at BEPS artiklene fører til at det er noen praksiser som tidligere ikke ble dømt, som ville blitt dømt i dag?

23 → Mener dere da at BEPS er en presisering av tidligere regelverk, og ikke en endring?

24-25 → Hva tenker dere om kildeskatt på royalty, og anser dere dette som et effektivt virkemiddel mot slike type former for skatteplanlegging?

26 → Anser dere EU-reglene om fri flyt av tjenester og kapital innen EU som en utfordring i forhold til å begrense skattemotivert flytting av patenter?

Svar fra Per Westvang:

1.

Strukturelt rundt problemstillingen er det i hovedsak to steg som må vurderes:

Steg 1: når pantet blir flyttet ut (Dette kan skje på veldig mange måter)

Steg 2: Betalingen ut av Norge for å bruke patentet i etterkant (Royalty)

Skatteetaten har fokus på begge transaksjonstypene. Her er det et samspill mellom de generelle internprisingsreglene i retningslinjene, Hard to value i BEPS.

Skatteetaten har ikke hatt mange saker foreløpig hvor de har brukt hard to value.

3.

Hovedregelen er at man skal se på transaksjonstidspunktet og vurdere risikoen (man vet aldri hvordan IP'en vil slå ut markedsmessig og verdimessig). Risikoen er det i utgangspunktet anledning til å få forskjellige verdivurderinger. Hard to Value kapittelet er et unntak fra hovedregelen. Det er en spesialregel som særlig kommer til anvendelse på de vanskelige vurderingstilfellene.

5.

Det vil derfor kanskje være mer praktisk i dag med flytting av IP til andre EU-stater. Til dels også på grunn av andre skatteregler altså EØS-avtalen, fritaksmetode. Dette kan derfor være en gunstigere løsning. (Irland, Sveits, Nederland osv).

8.

Ja, det vil jo også selvfølgelig gjelde inn mot Norge. Vi har et veldig bevisst forhold til at vi må praktisere reglene likt begge veier. Slik at hvis da utførselen/salget av patentet er riktig priset, og funksjoner knytter til utvikling av det ligger i utlandet, så da har jo verdiskapningen skjedd der. Men det kan også oppstå spørsmål knyttet til hvordan man flytter kapital. For eksempel hvis man

flytter kapital ut av Norge for å finansiere patentet og utviklingen, så vil det kunne reise egne internprisingsspørsmål.

10.

Som vi var inne på tidligere er det jo en grunnleggende informasjons-asymmetri fordi selskapene sitter mye nærmere informasjonen. Men så har det jo ikke bare vært en presisering av det formelle regelverket, men det er også et mye større fokus på disse problemstillingene fra skatteetaten sin side enn det var fra noen år tilbake. Slik som jeg forstod var deres hypotese at skattemyndighetene har en begrenset mulighet for å kontrollere disse verdivurderingene, og det er nok et bilde som kanskje kan modereres litt i lys av senere tid. Jeg vil hevde at vi har god og tett kontroll av våre selskaper på dette. Og dette er et fokusområde som følges nøye, og så har vi fått en styrking av informasjonsplikten til dels gjennom land til land rapportering, slik at vi har også mye bedre informasjonstilgang enn tidligere. Mye på grunn av at strukturen vår er basert på næringen med flere eksperter. De sitter nærmere på informasjonen, så det er naturlig nok i utgangspunktet en informasjonsasymmetri, men jeg vil hevde at det har skjedd mye.

12.

Det er et interessant poeng. Det er en avveining, for i mange av disse tilfellene vil teknologien kunne bli utdatert, men den kan også bli brukt som plattformteknologi. Så du har en side hvor den kan bli utdatert, men så har du også en oppside hvor du kan bruke den til å utvikle teknologien videre. Dette er noe som vil bli et konkret spørsmål i hver enkelt sak: hvor stor er nedsiden kontra oppsiden på risiko.

14.

Dersom disse ekspertene er kompetente og har peiling på det de driver med, så kan dette være greit. Men dette vil også være en avveining. Man ser tilfeller av at personell ansatt i Norge sitter tettere på markedet og foretar en initiell vurdering og så flyttes det opp til en strategisk vurdering hvor man ser konsernet under ett? Hva er verdidriveren? Er det den strategiske beslutningsfunksjonen, eller er det de personene som er tett på markedet og kan analysere situasjonen lokalt. Det vil hele tiden være en avveining av det strategiske versus det litt mer ”tett på markedet” analysene. Begge er jo nødvendige for å kunne utvikle et produkt og

lykkes i et marked. Det blir derfor spennende å se hvordan denne avveiningen blir.

19.

Da tenker jeg på ganske spesielle omstendigheter, jeg vet ikke helt om man kanskje kan inkludere betydelige markedssvingninger, finanskriser, et sjokk i oljepris osv.. Det er en mulighet, men slik jeg forstår det, er man da ute av hard to value. For da er det utenforliggende omstendigheter, og da kan man ikke bruke den metodikken. Jeg kan ikke huske å ha vært borte i saker hvor "unexpected events" har blitt påberopt. Det ville jo være gjennomgående i skatteyters interesse å påberope det. Men jeg kan ikke huske å ha sett det noe sted.

21.

Hjemmelen for å bruke retningslinjene i norsk rett følger jo av sktl §13-1 (4), og den viser jo til retningslinjene slik de til enhver tid lyder, også er det jo en vurdering som Sten-Frode var inne på i henhold til retningslinjene, altså: presiserer de kun det som er tidligere rett, og i den grad de gjør det så blir det jo ikke noen endring, da bruker man jo de oppdaterte fordi de gir et bedre uttrykk for tidligere retningslinjer, men i den grad de innebærer en endring og da spesielt i skatteyters disfavør, så er det vel inntatt det standpunktet i lignings ABC'en at da skal man i vertfall utvise varsomhet med å gå tilbake å endre i skatteyters disfavør ved nytt regelverk for tidligere år.

22.

Det kan jo være disse hard to value. (Hvor man får en vurdering i etterkant: for eksempel et patent som stiger drastisk i verdi over 20%), men det er ikke gitt. Jeg kan ikke si at vi har noen saker nå.

24.

Det er klart, man ser det også på renter og royalty at Norge kan være et attraktivt gjennomstrømmingsland. Den tradisjonelle økonomiske begrunnelsen mot, er at kildeskatt er på brutto og det kan få noen uheldige økonomiske konsekvenser. Kildeskatt kan kanskje være effektivt for å unngå skatteomgåelse, men om de positive konsekvensene er større enn de negative er ikke jeg sikker på, men det er mitt personlige syn.

Svar fra Sten-Frode Olsen:**2.**

Innledende: Det blir feil å snakke om lovlig/ ikke lovlig, da dette vil være et spørsmål om i hvilken grad det spesifikke tilfellet er innenfor regelverket. Det er ikke noe i regelverket som er i veien for/ forbyr den transaksjonen vi beskriver i tegningen. Det gjøres også i dag etter BEPS. (Overføring av intangible til et datterselskap, hvor de samler alle IP'ene for så å lisensiere ut til bruk).

Lovlighetsbegrepet er derfor ikke helt riktig betegnelse på vår problemstilling.

Det er mer riktig å spørre seg hvilken skattemessig konsekvens en slik praksis får.

Hva er vederlaget ut (det du overfører), og henger dette sammen med Hard to

Value kapittelet i BEPS. Ved usikre verdier kan en i praksis vente 5 år å se

hvordan det går. (Hvordan traff verdivurderingen da transaksjonen fant sted i

forhold til hva som faktisk skjedde?). Dersom det er store avvik her kan man se på

den faktiske virkeligheten og hvordan det gikk, for å korrigere inn den prisen.

4.

Vi er veldig opptatte av at når skatteyttere gjør transaksjoner som er økonomisk rasjonelle. Og det vil det ofte være utgangspunktet for i en sånn type bit: at det er rasjonelt for gruppa (konsernet), altså å samle alt på et sted. Skatt er jo en kostnad.

Hva er da rammeverket rundt dette. Og hvor mye av inntekten kan man flytte ut.

Og hvis man gjør det, hva er konsekvensen? Utgangspunktet sett fra vårt ståsted,

så vil de se på transaksjonen og akseptere den. Man ser at man har overført IP'en

fra Norge til et selskap i utlandet. Første steg er å finne verdien på IP'en. Neste

steget å se på hva som skjer. I vårt eksempel får selskapet som mottar IP'en store

cash-flow (inntekter). Slik som retningslinjene sier: er det en riktig avlønning av

den aktiviteten som finner sted i Bermuda. Er det slik at de skal ha den

”superprofitten” som patentet genererer? Er det tilfellet? Og hvilke virkemidler

har vi da for å teste/kontrollere dette? Det er her vi kanskje har fått en endring, og

det kommer opp om det er lovlig/ at det ikke gjøres lengre og at man er mer

bevisst på praksisen. Tidligere var strukturen ganske enkel: man overførte noe til

utlandet og det ble eid derfra. (De var Legal Owner). De fikk dermed stor

cashflow der, noe skattemyndighetene så, men de hadde ikke noen virkemidler.

Det BEPS har gjort, og som kanskje er kjernen i BEPS, er:

For at den avkastningen knyttet til patentet på Bermuda skal aksepteres, så må den ha substans. Substans får en gjennom funksjoner og folk, og da er det ikke bare en viss type substans, men man må inn å se på hvem som kontrollerer de vesentlige funksjonene knyttet til det med å utvikle patentet (videreutvikle patentet osv.), såkalte dempefunksjoner som det er definert i retningslinjene. Dette går dels på funksjonen, men også på hvem som kontrollerer risikoen knyttet til patentet. Hvis situasjonen ellers er slik at Norge forsker videre, markedsfører, og bruker patentet i sin virksomhet, kan skatteetaten sin analyse tilsi at det selskapet som er på bermuda ikke skal ha en immateriell avkastning (avkastning knyttet til patentet), men en avkastning i relasjon til den investeringen. (Bare en avkastning basert på risikofri kapital eller da et finansielt element. Man er bare en finansiell part og skal da ha en finansiell avlønning. Dersom det kommer opp i strukturen at det ikke er noen folk på Bermuda og at de bare inngår en avtale med selskapet som solgte at de fortsetter utviklingen, mens selskapet på Bermuda skal ha residualene. Da blir det en vurdering mellom hva er det som skjer i Norge, hva er det som skjer på Bermuda, og hvordan klassifiserer vi de partene? Det BEPS har satt en viss sperre for, er at hvis man skal ha den strukturen (og at denne skal bli akseptert) så må det flyttes folk til Bermuda (som nødvendigvis ikke er så lett, selv i et internasjonalt konsern). Derfor har Bermuda blitt mindre aktuelt, men det finnes også andre skattesystemer hvor de har lavere skattesats på patenter/immaterielle eiendeler som det kan være lettere å få folk til å jobbe under/være ansatt i.

6.

Dersom man har fulgt retningslinjene når man kontrollerer støttefunksjonene er dette greit. Da har bedriften tatt risiko når de investerer på dette tidspunktet.

7.

Ja, det gjør de.

9.

Noe av hensikten med BEPS var å tette denne typen struktur som vi skisserer her. Det dem har gjort med å få inn nye krav til substans, og substans knyttet til vesentlige risikoer og funksjoner knyttet til den eiendelen. Har man fått det på plass, så er dette greit. I et multinasjonalt konsern er det ofte slik at dette ikke er

så klart. Typisk blir det lagt inn et aktivt styre, og at styre i selskapet (som ofte består av personer fra forskjellige enheter, for eksempel forskningssjefen i Norge, forskningssjef i Sverige som da er de som tar beslutningen. Man har derfor reist et nytt grensetilfelle av hvor mye substans som kreves. Når er det slik at selskapet som har ervervet eiendelen faktisk kontrollerer de vesentlige risikoene og funksjonene. Retningslinjene åpner for at det ikke er slik at alt av funksjoner må finne sted i et selskap, man kan også outsource og la andre gjøre noen funksjoner. Dette åpnes det for. Det er derfor et spørsmål som blir satt litt på spissen, hvor langt kan outsourcingen gå? Er det nok med et aktivt styre for å tilfredsstille substanskravet? Er det for eksempel tilstrekkelig at en leder av FOU innenfor hele konsernet tar alt av beslutninger?

11.

Det forutsettes ofte at patenter har en levetid på 5 år, og etter det er det ubrukelig (ingen verdi). Men det er likevel slik at patentet som lå til grunn når man lager det neste patentet (så bygger det på hverandre), så når man går inn i en diskusjon på et slikt nivå, så kommer vi som etat til litt korthet fordi at der sitter selskapene med kjernekompetanse. Så her vil det være en form for asymmetri i forhold til at det er deres hjemmebane, som også gjelder generelt for skatteretten (de kjenner virksomhetens deres best mulig, og når dem presenterer det på en ordentlig måte for oss, så har vi mulighet til å forstå det. I en diskusjon hvor for eksempel betydningen av en plattform teknologi, så er det jo en utfordring på hvem som egentlig har tatt den beslutningen på det nye patentet som er skapt i dette selskapet).

13.

Det vi vil si i caset ditt er at hvis det viser seg at det faktisk ikke ble utkonkurrert, men at det hadde motsatt effekt (tjener masse på det). Så vil vi sette spørsmål på hvordan ble det håndtert? Og da er man tilbake til at mange av de strukturene her gjerne vil holde fast på den enheten som kan dette patentet. (Beholder FOU-avdelingen knyttet til patentet i Norge → At selskapet i Norge leverer forskningstjeneste til patentet i Nederland etter at de har solgt det). Når man da begynner å analysere så vil man se at man tok høyde for en risiko der, men den risikoen er håndtert fra Norge (selgende selskap) som har vurdert det videre og tatt grep som gjorde at man kom frem til at man ikke ble konkurrert ut. Og det er

man tilbake til den reelle verdiskapningen. Hvor har denne funnet sted? Har det funnet sted i Norge gjennom en forskningstjeneste, eller er det Norge som reelt sett har kontrollert de vesentlige risikoene som er identifisert gjennom den transaksjonen. Det som er viktig å se på her, vil være: hvem er det som kontrollerer og følger opp denne risikoen? Er det reelt sett fra Nederland, eller er det en glup ingeniør i Norge som er nøkkelen?)

(kommentar for å skjønne eksempelet: selskapet kan ha substans i Nederland uten å ha utviklingsgruppen der, for eksempel ved å flytte en ”styregruppe” ned, det er dette han mener ved dette eksempelet. Altså for å kunne legge til grunn en slik risiko i vurdering av et patent, må kontrollen og oppfølgingen av risiko finne sted i datterselskapet i Nederland, ikke FOU-avdeling i det selgende selskap.)

Det blir også et spørsmål hvor mye selskapet i Nederland kan sette bort til FOU-avdelingen i Norge som gjerne er kjernevirksomheten i konsernet. Dette er utfordringen i noen av disse strukturene. Man vil gjerne ha det til et sted, og man strekker seg etter og legger mest mulig substans, men den substansen når ikke helt opp fordi man nødvendigvis ikke får flyttet FOU-avdelingen til de landene man vil.

15.

BEPS har fjernet de litt enkle tilfellene, altså overføring uten substans. I overføring med kompetente folk, gjerne et styre eller en forskningssjef som tar disse beslutningene (de strategiske: for eksempel ”nå går vi for denne plattformen”) men foranledningen for å ta den beslutningen, så ligger det veldig detaljert jobb i de ulike forskningsenhetene. Det er da en vurderingen om selskapet fullt ut kontrollerer de funksjonene knyttet til den immaterielle avkastningen som skapes, og er de også den enheten som utfører de funksjonene og skaper denne immaterielle avkastningen (er verdidriveren). Dette er kjernen i diskusjonen i dag. Så dersom alle disse kriteriene er tilfredsstillt og man har gjort en sensitivetsanalyse på hvor sannsynlig det er at for eksempel en konkurrent lykkes med å utvikle sin teknologi, og man legger til grunn middelverdien av det man kommer frem til, vil dette være gyldig å legge til grunn i en verdivurdering.

Oppsummert: Dersom man har gjort en god verdsettelsesanalyse vil det være tilstrekkelig. Men skatteetaten vil etterprøve om det er samsvar med det risikokravet/avkastningskravet som ble lagt til grunn. Gjenspeiler det konsernets avkastningskrav ellers (eller markedets normale avkastningskrav) som påvirker verdien.

- Risiko gjenspeiles gjennom et avkastningskrav

En typisk etterkontroll fra skatteetaten er at de har en egen verdsettelsesgruppe. Spesialister på generell verdsettelse som går innom og ser på hvordan bedriften har bygd opp sin verdsettelse, hva slags avkastningskrav har dem brukt, hva slags sensitivitetsanalyse er lagt inn, multiplere beregning osv. De gjør en del slike tester, men på IP er det selvsagt vanskelig å finne uavhengig markedsdata fordi den teknologien ofte er unik. Men det er derfor BEPS har denne Hard to Value delen.

Uavhengige parter har ofte klausuler for å utjevne risikoen ved salg av et patent, for eksempel at de deler superprofitten dersom det skulle oppstå, eller at de deler tapet dersom den skulle bli verdiløs. Det er slik uavhengige parter håndterer denne type risiko, og det er dette Hard to Value delen av BEPS setter fokus på.

Det kan være rasjonelt og fornuftig å samle alle IP'ene et sted, istedenfor at man har dem i mange forskjellige land. (strategisk fornuftig.) Det vil si at selskaper nødvendigvis ikke bare flytter IP for å unngå skatt, men for å kunne administrere og utvikle IP 'er på en bedre måte.

16.

For å svare på dette må vi ha en konkret vurdering på hvert tilfelle. En type forhold som de har vurdert (konkurrent som kanskje klarer å utvikle et patent som gjør ditt verdiløst er jo identifisert i transaksjonen (det er tatt høyde for i verdivurderingen av patentet), og vil derfor ikke være "uforutsett"). Men hvis det er noe helt annet som forårsaker superprofitten etter at man har gjort alle gode vurderinger og man ikke klarte å identifisere grunnen, så vil situasjonen være annerledes. Og man vil da kunne falle inn under unntaket og slippe korrigeringen.

17.

Det er ikke slik at det er snakk om å tilbakebetale alt over 20%. Poenget med Hard to value er at man har identifisert en usikkerhet i patentet av forskjellige

årsaker, og det er vel når man først har gjort det at man skal inn i Hard to value biten, og så vil det være der at man får en årsak til at det går veldig bra, er noe som man ikke har identifisert, det altså ikke knyttet opp mot overføringen som sådan. Så vil det ikke ha noe med den verdivurderingen man har gjort (usikkerheten som man la til grunn i verdivurderingen). Så ut fra slik du skisserer eksempelet, så er man inn i nettopp hard to value, og det kan være ganske mange årsaker til den biten.

18.

Jeg tror at hele cluet med hard to value er definisjonen på når man har med det å gjøre, og det er nettopp at man har med patenter som det er knyttet noe usikkerhet til, men hvis man som i dette caset sier at det ikke er noe usikkerhet som forårsaker superprofitten, men at det kanskje er noe nytt (for eksempel en tilføyelse) som skjer fremover som forårsaker den, så vil det ikke være noen sammenheng mellom den tidligere verdivurderingen (som da var korrekt) og den nye verdien.

Et eksempel på dette kan være at utviklingsavdelingen i Nederland har lagt noe nytt til det patentet de kjøpte tidligere, og dette fører til superprofitten. Det vil da bli et spørsmål om hvor mye avviket er. Jo tidligere man flytter patentet, jo mindre skal det til å komme der, men hvis man bare har siste stadiet av utviklingen igjen når man flytter det og så flytter man, er man jo nettopp inne i hard to value. Men hvis man er veldig tidlig, så er det jo mye som må gjøres, og stor usikkerhet, og da er jo det en annen situasjon.

20.

Retningslinjene rundt hard to value kom jo i 2015, men ble vedtatt i 2016, og vil nok være mer aktuelt for transaksjoner fremover for oss. Og vi vil være mer forsiktig med å bruke hard to value tilnærmingen i gamle saker.

23.

Ja, i all hovedsak, og så har du ut fra attetat i lignings ABC at på hard to value, så skal vi vertfall tenke oss om et par ganger for å være veldig klar, for også tidligere 2010-rett hadde også noe om reforhandlingsklausuler og rundt dette, og det er jo egentlig dette hard to value gir uttrykk for, men konkretiserer mye mer rundt på

hva skatteyder må gjøre av dokumentasjon, og hva vi kan be om. I hovedsak lager hard to value et større rammeverk rundt dette.

25.

Jeg har ikke noe mer å tilføye annet enn at bruttoskatten ofte kan ta mye mer enn det reelle utbytte man egentlig har, så det er fordeler og ulemper knyttet til kildeskatt. (Begge var bevisst på at etaten ikke hadde et spesielt synspunkt her, og at synspunktene som fremkom er av personlig art)

26.

Nei, jeg tenker vel ikke noen utfordring. Altså det er etablering innen EU er det et valg og skatt er et legitimt grunnlag for å flytte innenfor ulike regimer innenfor EU. Men da forutsetter det at det er substans, og utover det er ikke det er problem vi har noen erfaringer med. Tvert imot er det bare med å bygge opp under substanskrav som BEPS har kommet til. Så er også EU opptatt av en viss harmonisering, eller vil ikke ha såkalt aggressiv skattetilpasning innenfor EU, så de gjør jo hele tiden justeringer for å få at skatt mellom landene skal være legitim.

7.4 Svar på spørsmål fra Audun Frøland

1. Hva mener du er de viktigste lovene/prinsippene/rammeverkene å ta hensyn til når man skal tolke om denne praksisen er lovlig? (Er det noe annet enn skatteloven, OECDs mønsteravtale og BEPS vi må ta hensyn til?)

Skattelovens bestemmelser, herunder § 13-1 som også viser til OECD Transfer Pricing Guidelines. Det har før BEPS-arbeidet vært antatt at arbeidet som OECD gjorde i forbindelse med Business Restructuring-rapporten vil gi Norge rett til å beskatte en slik transaksjon allerede før BEPS.

Et eksempel er Intrium Justica-dommen (Utv 2008 s 1090) hvor den skattepliktige prøvde å selge et datasystem billig og leie det dyrt tilbake. Transaksjonene ble sett i sammenheng og fradraget ble redusert. Fra ingressen:

«Overligningsnemndas vedtak, der fradrag for lisensavgift som var betalt til et utenlandsk konsernselskap vedrørende dataprogrammer delvis var nektet, ble stadfestet. Det norske selskapet kunne bare gis fradrag for avgifter som hadde tilknytning til programmer som ble brukt i Norge. Retten fant det godt gjort at selskapet hadde anvendt sitt eget datasystem, som ikke var integrert i konsernets datasystemer for øvrig. Selskapet hadde dermed betalt mer i lisensavgift enn et uavhengig selskap ville vært villig til, og det forelå en inntektsreduksjon som var forårsaket av interessefellesskapet mellom partene. Ligningsmyndighetene hadde for øvrig utøvet et forsvarlig skjønn. Da selskapet objektivt sett måtte sies å ha gitt ufullstendige opplysninger i ligningslovens forstand, kom toårsfristen for å reise endringssak ikke til anvendelse. Også vedtak om 30 % tilleggsskatt var gyldig.»

Skulle en prøve å ta ut noe til en for lav pris eller uten å betale for det vil § 13-1 (1) også kunne brukes, ref. Cyttec-dommen (Utv 2007 s 1440):

«Overligningsnemnda hadde lagt til grunn at det i forbindelse med en konsernintern omorganisering vederlagsfritt var blitt overført betydelige immaterielle verdier fra et kommandittselskap, der saksøkerne var deltakere, til andre selskaper i konsernet. Da inntektsreduksjonen skyldtes interessefellesskapet, ble kommandittselskapets inntekt økt tilsvarende. Lagmannsrettens flertall var enig i at det reelt sett hadde funnet sted en virksomhetsoverdragelse der vesentlige verdier var blitt overført uten vederlag. Vilkårene for skjønnsutøvelse var oppfylt, og skjønnsutøvelsen var forsvarlig. Mindretallet fant at overligningsnemnda hadde bygget på feil faktum, bl.a. fordi

kommandittselskapet måtte anses å ha hatt bruksrett og ikke eiendomsrett til de aktuelle rettighetene.»

Den nevnte rapporten fra OECD fra 2009 sa også at dersom det var usikkerhet knyttet til prisingen av IP, så kunne skattemyndighetene tolke inn en prisjusteringsklausul slik at prisen kunne oppjusteres i ettertid. Vi har vanskelig for å se at strukturen lar seg forsvare før BEPS. Vi ville ikke rådgitt på noe slikt. Endringene i BEPS endrer ikke stort på dette når det gjelder Norge.

2. I hvilken grad mener du at den er innenfor loven og rammeverket etter utgivelsen av BEPS?
 - Gikk ikke før, se ovenfor.

3. Mener du at lovligheten til praksisen har endret seg etter utgivelsen av BEPS, eller mener du at BEPS ikke endret dette?
 - Nei, se ovenfor.

4. Hvorfor mener du at den er innenfor/utenfor? Handler ikke om innenfor eller utenfor.
 - Enten kan prisingen forsvares i alminnelige prisingsprinsipper, herunder at en avtale prisjusteringsklausul dersom uavhengige hadde gjort det, eller så kan myndighetene fastsette riktig pris ved skjønn, noe som skjedde i de to dommene gjengitt ovenfor.

5. Er du enig i at risikovurderingen av patentet er en av de viktigste faktorene til at det er stor usikkerheten rundt praksisen?
 - Dette er strengt tatt en verdsettelsesspørsmål (hva er riktig faktum), ikke et skattespørsmål. I så fall, har du forslag til hvordan dette kunne vært presisert bedre? Uklart hva som menes, da dette er en dårlig planleggingsstruktur som ikke vi ville ha rådgitt på.

6. Hva mener du er det/de avgjørende kriteriene som gjør at du har den meningen du har?
 - Vi følger norsk lov, herunder da i særlig grad armlengdesprinsippet som i sin fulle bredde over lang tid har vært en klar og retningsgivende pilar.

7. Hvorfor mener du at det er akkurat disse kriteriene som gjør at tolkningen din er slik?
 - Fordi norske skattemyndigheter var tidlig på banen når det gjaldt disse problemstillingene og det har sørget for at vi har fått rettspraksis som gir klare retningslinjer for hvordan loven skal forstås.

8. Tror du disse kriteriene tolkes forskjellig i offentlig og privat sektor, og hvorfor/hvordan er det slik?
 - Nei, loven bør være lik uansett hvem som tolker den. Det som nok imidlertid kan gjøre at noen saker i praksis tolkes forskjellig, er rett og slett kompetansen på dette feltet og forskjellig grad av villighet til å ta risiko. Erfaringen sier oss f.eks. at ikke alle har tilstrekkelig forståelse av hvor vidtomfattende armlengdesprinsippet er.

9. Har du eksempler dommer som støtter dine tolkninger av regelverket?
 - Ja, se ovenfor.

10. Det blir listet opp flere faktorer som skal være veiledende ved en transaksjon vedrørende en immateriell eiendel. Er disse gode nok? Er det andre ting du mener burde vært tatt med? (Beps 8. Sammenligningsfaktorer.)
 - Uklart hva som menes da dette ikke vil fungere i Norge.

11. Hva mener du burde ha vært bedre spesifisert for å gjøre tolkningen klarere?
 - Dette er et vanlig typetilfelle som kanskje fungerer i utlandet som ikke har samme tilnærming til armlengdesprinsippet, men ikke i Norge.