



Handelshøyskolen BI

GRA 19703 Master Thesis

Thesis Master of Science 100% - W

Predefinert informasjon

Startdato: 09-01-2023 09:00 CET
Termin: 202310
Sluttdato: 03-07-2023 12:00 CEST
Vurderingsform: Norsk 6-trinns skala (A-F)
Eksamensform: T
Flowkode: 202310||11184||IN00||W||T
Intern sensor: (Anonymisert)

Deltaker

Navn:

Informasjon fra deltaker

Tittel *: Internprising ved restrukturering av konsernintern forretningsvirksomhet - «under hvilke omstendigheter krever armlengdeprinsippet at det ytes vederlag ved konsernintern omfordeling av eiendeler, funksjoner og/eller risiko, og potensiell påfølgende allokering av fortjenestepotensial som følge av endringene?»

Navn på veileder *: Eivind Furuseth

**Inneholder besvarelsen
konfidensielt
materiale?:** Nei

**Kan besvarelsen
offentliggjøres?:** Ja

Gruppe

Gruppenavn: (Anonymisert)

Gruppenummer: 237

**Andre medlemmer i
gruppen:**

MASTEROPPGAVE

Internprising ved restrukturering av konsernintern
forretningsvirksomhet

*«under hvilke omstendigheter krever armlengdeprinsippet at det ytes vederlag ved
konsernintern omfordeling av eiendeler, funksjoner og/eller risiko, og potensiell
påfølgende allokering av fortjenestepotensial som følge av endringene?»*

Masterstudie:
Forretningsjus og økonomi

Eksamenskode og navn:
GRA 19703 – Master Thesis

Utleveringsdato:
09.01.2023

Innleveringsdato:
03.07.2023

Studiested:
Handelshøyskolen BI avd. Oslo

Forord

Denne oppgaven markerer for vår del slutten på masterstudiet i forretningsjus og økonomi ved Handelshøyskolen BI. Det har vært noen utrolig innholds- og lærerike år som virkelig har satt oss i stand til å “se det større hele” innenfor en økonomisk og forretningsjuridisk kontekst. Dette er kompetanse og opplevelser vi med stolthet vil bære inn i arbeidslivet.

Arbeidet med selve masteroppgavene har vært morsom og givende, og vi føler oss privilegerte som har fått muligheten til å skrive om et tema vi personlig har funnet svært interessant. Samtidig må vi jo erkjenne at vi kastet oss ut i et rettsområde vi på forhånd ikke hadde all verdens med bakgrunnskunnskap om, og at arbeidet naturligvis av den grunn til tider også har vært krevende. Læringskurven har vært bratt, men det vi sitter igjen med er samtidig også mye mer enn det som reflekteres i oppgaven. Vi føler selv oppgaven har gitt oss uvurderlig forståelse og innsikt i flere dagsaktuelle fagområder, der interdisiplinær og tverrsektoriell kompetanse kommer til sin rett. Vi vil med dette få takke Handelshøyskolen BI for de mulighetene utdanningen har gitt oss!

Vi vil også rette en takk til vår veileder, Eivind Furuseth, for konstruktive tilbakemeldinger og gode faglige innspill gjennom fine og engasjerende diskusjoner på kontoret. Oppgaven vår hadde nok ikke blitt helt den samme uten ham.

Avslutningsvis vil vi takke familie og andre støttespillere for god oppmuntring og tilstedeværelse gjennom hele prosessen. Dette markerer for vår del også slutten på fem år med studier sammen. En bacheloroppgave, uendelige diskusjoner, frustrasjoner, en hel haug med gruppeeksamener, og til slutt en masteroppgave. At vi holdt ut fem år sammen må vel kunne sies å være en prestasjon i seg selv. Neida, vi hadde nok ikke klart det uten hverandre heller!

Handelshøyskolen BI, Oslo, 3. juli 2023

Sammendrag

I vår avsluttende oppgave på Handelshøyskolen BI har vi valgt å granske de internprisingsspørsmål som kan oppstå når et multinasjonalt konsern velger å foreta restruktureringer innenfor samme interessefellesskap, jf. skatteloven § 13-1. Særlig har vi undersøkt i hvilke tilfeller armlengdeprinsippet i henhold til OECDs retningslinjer for internprising krever at det skal ytes vederlag i situasjoner hvor man flytter på eiendeler, funksjoner og/eller risiko mellom konsernheter, da slike endringer gjerne medfører at det tilhørende profittpotensialet som disse har også potensielt kan forskyves på. Imidlertid stipulerer armlengdeprinsippet at det ikke nødvendigvis må ytes vederlag i enhver situasjon hvor et foretak får redusert sitt inntjeningspotensial som følge av konsernintern omfordeling av eiendeler, funksjoner og/eller risiko.

Det sentrale for vederlagsspørsmålet ved restrukturering av virksomheten i henhold til OECDs retningslinjer for internprising er istedenfor avgrenset til å forstå restruktureringens egenart, slik at man i det påfølgende trinn kan komme frem til hva to uavhengige parter ville ha gjort under tilsvarende omstendigheter. I en særstilling står spørsmålene om hvorvidt det har blitt overført “*noe av verdi*” mellom partene, eller om løpende avtaler “*termineres eller reforhandles*”, og dernest om en uavhengig part ville kompensert den skadelidte for det tapte fortjenestepotensialet under tilsvarende omstendigheter.

Våre funn viser at vederlagsspørsmålet krever nøye analyser av transaksjonens art, for å nøyaktig avgrense hva som er gjenstand for overførsel. Utgangspunktet er kontraktens ordlyd, imidlertid holdt opp mot partenes opptreden *forut* og *etterfølgende* restruktureringen. Videre finner vi at en betydelig resultatnedgang hos overdrager, med en tilsvarende gevinst hos overtaker, ofte blir brukt som en indikasjon på at restruktureringen medfører en forskyvning i fortjenestepotensial det skal ytes vederlag for. Dog finner vi at metoden bør anvendes med varsomhet og kun som et støtteargument, da den ikke direkte har sitt utspring fra armlengdeprinsippet. Vederlagsspørsmålet må med andre ord ta i betraktning alle relevante forhold, også eksterne markedsforhold, ettersom endringer i resultatnivå også kan forklares av andre faktorer enn selve restruktureringen.

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	1
1.1 TEMAET FOR OPPGAVEN	1
1.2 OPPGAVENS PROBLEMSTILLING	3
1.3 RETTSKILDEBILDE OG UTVIKLING	4
1.4 VEIEN VIDERE	9
2. RESTRUKTURERING AV VIRKSOMHET	11
2.1 OECDs FORSTÅELSE AV RESTRUKTURERING	11
2.2 RESTRUKTURERING INNENFOR ARMLENGDEPRINSIPPET	13
2.2.1 HVORFOR RESTRUKTURERE VIRKSOMHETEN?	13
2.2.2 EIENDELER, FUNKSJONER OG RISIKO FØR OG ETTER EN RESTRUKTURERING	14
2.2.3 ANDRE REALISTISK TILGJENGELIGE ALTERNATIVER	15
2.3 HVA INNEBÆRER EGENTLIG EN OMDANNING AV ET FULLVERDIG SALGSSELSKAP TIL EN SALGSAGENT?	16
3. SÆRSKILT OM RISIKOMOMENTET VED RESTRUKTURERINGER	18
3.1 HVORFOR ER RISIKOASPEKTET SÅ VIKTIG?	18
3.2 RISIKO I HENHOLD TIL ARMLENGDEPRINSIPPET	19
3.3 KONSEKVENSER AV RISIKOALLOKERING	24
4. ALLOKERING AV FORTJENESTEPOTENSIAL	25
4.1 GENERELT OM OECDs TILNÆRMING	25
4.2 VEDERLAG FOR AVHENDING AV FORTJENESTEPOTENSIAL	26
4.2.1 OVERFØRING AV NOE AV VERDI	26
4.2.2 TERMINERING ELLER REFORHANDLING AV EKSISTERENDE AVTALER	31
4.3 FINNES DET ALTERNATIVE MÅTER Å LØSE VEDERLAGSSPØRSMÅLET PÅ? – ET INNBLIKK I TYSKE REGLER PÅ OMRÅDET	36
5. EIENDELER OG RETTIGHETER MED VESENTLIG FORTJENESTEPOTENSIAL	40
5.1 HVORFOR BEHANDLE IMMATERIELLE EIENDELER SOM ET EGET MOMENT VED RESTRUKTURERINGER?	40
5.2 IMMATERIELLE EIENDELER	41
5.2.1 IMMATERIELLE EIENDELER ETTER ARMLENGDEPRINSIPPET	41
5.2.2 EIERSKAPSSPØRSMÅLET <i>FØR</i> RESTRUKTURERINGEN	42
5.2.3 EIERSKAPSSPØRSMÅLET <i>ETTER</i> RESTRUKTURERINGEN	44
5.3 RETTSPRAKSIS	45
5.3.1 CYTEC-DOMMEN FRA 2007 (CYTEC I)	45
5.3.2 CYTEC-DOMMEN FRA 2019 (CYTEC II)	48

6. KONKLUSJON – CASE	52
6.1 KAPITTELETS FORMÅL	52
6.2 VEDERLAGSSPØRSMÅLET MED HENSYN TIL OM SELSKAP A HAR “ <i>ANDRE REALISTISKE ALTERNATIVER</i> ” PÅ TIDSPUNKTET FOR RESTRUKTURERINGEN	53
6.3 HAR DET BLITT OVERFØRT “ <i>NOE AV VERDI</i> ” MELLOM SELSKAP A OG SELSKAP B?	55
6.4 BLE SELSKAP A SINE LØPENDE AVTALER I FORBINDELSE MED RESTRUKTURERINGEN «TERMINERT ELLER REFORHANDLET»?	57
7. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	60
KILDE- OG LITTERATURLISTE	63
BØKER	63
ARTIKLER	65
LOVER	66
FORARBEIDER OG NORSK OFFENTLIGE UTREDNINGER	67
FORARBEIDER	67
NORSK OFFENTLIGE UTREDNINGER	67
RETTSPRAKSIS	68
HØYESTERETTSPRAKSIS	68
UNDERRETTSPRAKSIS	68
UTENLANDSK RETTSPRAKSIS	68
OECD	68
OECDs RETNINGSLINJER	68
UTARBEIDELSE AV KAPITTEL 9	69
BEPS	69
MØNSTERKATTEAVTALEN	69
TYSKE RETTSKILDER	69

1 INNLEDNING

1.1 TEMAET FOR OPPGAVEN

Temaet for denne oppgaven er internasjonal bedriftsbeskatning, der hovedproblemstillingen vil være internprisingsspørsmål som reises ved restrukturering av konsernintern¹ virksomhet, jf. skatteloven (heretter sktl.) § 13-1. Restrukturering av virksomhet fra et internprisingperspektiv kan defineres som en situasjon hvor man flytter på eierskap til eiendeler, endrer på omfanget av funksjonsaktiviteter og/eller omfordeler forretningsmessig risiko fra en enhet til en annen enhet tilhørende samme interessefellesskap.²

Internprising forstås som pris- og avtalevilkår fastsatt ved transaksjoner mellom parter i interessefellesskap, eksempelvis mellom virksomheter tilhørende samme konsern. Internprising kjennetegnes nemlig ved at det ikke er tilbud- og etterspørsel i et åpent marked som er avgjørende for den endelige fastsatte pris, men heller et resultat av hva som er *etablert av konsernet*.³ Rettsområdet er av særlig interesse for skattyter og skattemyndigheter på verdensbasis ettersom internprisen i et grenseoverskridende konsern i vesentlig grad vil kunne påvirke hvor det skattepliktige overskuddet mellom konsernenheter havner og således fordelingen av skatteinntekter på tvers av jurisdiksjoner.⁴ Reglene på området kan på mange måter ses på som et fordelingsprinsipp, og fastslår at transaksjoner mellom parter i et interessefellesskap skal speile de pris og vilkår som ville blitt avtalt i en tilsvarende transaksjon mellom uavhengige parter, også kalt armlengdeprinsippet.⁵

Med hensyn til de skattemessige konsekvensene av konserninterne restruktureringer har dette de senere årene fått stadig større oppmerksomhet fra både skattemyndigheter og Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD).⁶ Sentralt i det økte fokuset står spørsmålet om hvorvidt det finnes forhold

¹ Konserndefinisjonen følger av aksjelovene (aksjeloven (asl.) og allmennaksjeloven (asal.)) § 1-3. Et morselskap utgjør sammen med datterselskap eller datterselskaper et konsern dersom et selskap anses å ha bestemmende innflytelse som følge av at man enten representerer flertallet av stemmene i det andre selskapet eller har rett til å velge eller avsette et flertall av medlemmene i det andre selskapets styre.

² Carlsen (2012) s. 813

³ Lang (2021) s. 110

⁴ Zimmer (2021) s. 438-439

⁵ Folkvord mf. (2021) s. 1056

⁶ OECD (2010) - "Report on the transfer pricing aspects of business restructurings"

eller andre vilkår ved konserninterne restruktureringer som kan sies å avvike fra det som ville blitt avtalt mellom uavhengige foretak, herunder om avvikene i henhold til armlengdeprinsippet kan gi opphav til justering av det fordelte overskuddet mellom partene i interessefellesskapet.⁷ OECD utarbeidet i den anledning et helt nytt og eget kapittel i 2010 i sine “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*” særskilt til hvordan man skal forstå og forholde seg til aspektene ved internprising som følge av restruktureringer internt i et konsern (videre forstått som OECDs retningslinjer for internprising).

Kapittel 9 tar for seg en rekke ulike momenter ved internprising i relasjon til restruktureringer. Et sentralt moment angår hvorvidt det skal ytes vederlag for selve restruktureringen i henhold til armlengdeprinsippet, ettersom en restrukturering gjerne leder til en forflytning av fortjenestepotensialet.⁸ Imidlertid stipulerer revideringen fra 2010 at en forskyvning av inntjeningspotensialet ikke uten videre vil resultere i at de involverte partene må yte kompensasjon. Det kan dermed hevdes at OECDs tilnærming skaper et visst usikkerhetsmoment i hvilke tilfeller det faktisk skal ytes vederlag, noe som legger grunnlaget for avhandlingens videre fremstilling av internprisingsproblematikken som kan oppstå ved restrukturering av virksomheter. I OECDs retningslinjer for internprising 9.39 heter det:

“An independent enterprise does not necessarily receive compensation when a change in its business arrangements results in a reduction in its profit potential or expected future profits. *The arm's length principle does not require compensation for a mere decrease in the expectation of an entity's future profits* (...) the question is whether there is a transfer of something of value or termination or substantial renegotiation of existing arrangements and *that transfer, termination or substantial renegotiation would be compensated between independent parties in comparable circumstances.* (våre uthevinger)”

Formålet med avhandlingen er i det henseende å undersøke i hvilke tilfeller en forflytning av fortjenestepotensialet krever kompensasjon, slik at skattemessige konsekvenser av transaksjonen er i tråd med armlengdeprinsippet. Videre vil avhandlingen være forankret i tradisjonell juridisk metode, men vil også ha innslag

⁷ Bakker (2009) s. 62

⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.6

av grunnleggende økonomiske prinsipper. Kombinasjonen skal gjennom sin systematiske anvendelse kunne bidra til å forstå når det skal ytes vederlag for transaksjoner som følge av restrukturering av virksomhet, som da gjerne i første omgang begrunnes i stordriftsfordeler og synergieffekter, men som også i mange tilfeller har et viktig skatteperspektiv med seg. Av relevant rettspraksis på området er dette noenlunde begrenset. Heller ikke norsk juridisk teori viser seg å ha behandlet temaet i noe utstrakt omfang, til tross for at temaet ble ansett som både nyttig og praktisk av lovgiver i NOU 2014: 13, jf. s. 102-105. Vi mener derfor at mangelen på tilstrekkelig kildemateriale stadfester behovet for å undersøke rettstilstanden nærmere. Det finnes per tid ingen dommer i Høyesterett som behandler vederlagsspørsmålet særskilt. Derimot har spørsmålet blitt behandlet i Lagmannsretten flere ganger, og vil bli nøye analysert i oppgaven. Utover dette vil OECDs retningslinjer for internprising være den førende rettskilden.

1.2 OPPGAVENS PROBLEMSTILLING

Som følge av en noe begrenset rettspraksis på området, vil vi i denne oppgaven benytte et fiktivt og egenkonstruert case til å se nærmere på internprisingsimplikasjonene som kan oppstå ved konsernintern restrukturering. Caset vil i sin helhet bli trukket inn i oppgavens kapittel 6, hvor vi skal anvende alt vi har redegjort for under oppgaven som en praktisk tilnærming til det som er analysert, og er ment som en slags konklusjon til oppgavens problemstilling. Videre er caset med vilje av uspesifisert art, dette fordi hensiktsmessigheten av å ha et mer tilspisset case ikke vil tilføre oppgaven noe ytterligere verdi som sådan, da hovedformålet med oppgaven er uansett å avgrense hvordan man skal forholde seg til vederlagsspørsmålet ved konserninterne restruktureringer i sin alminnelighet.

Forklaring av caset

Caset tar for seg det norske selskapet A som er en del av et større multinasjonalt konsern C. Selskap A er per tid et fullverdig⁹ salgsselskap i konsernets verdi- og forsyningskjede. Selskap A er videre 100 pst. eid av produsentselskapet B, som igjen er konsernets sentraliserte prinsipal i Europa. Det vil si at selskap B ikke bare produserer varene som selskap A selger, men besitter også eierskap til verdifulle

⁹ De ulike formene for salgsselskap vil bli redegjort for i kapittel 2, under avsnitt 2.3

immaterielle eiendeler som vare- og merkevare, som selskap A betaler royalties til selskap B for å selge under. Det multinasjonale konsernet C opplever imidlertid for tiden økt konkurranse i markedet, og bestemmer seg for å gjøre endringer i verdi- og forsyningskjeden for å effektivisere forretningsmodellen. Resultatet blir at selskap A nedstripes for det vesentlige av eiendeler, funksjoner og risiko¹⁰ til fordel for selskap B slik at det blir mulig å oppnå synergier og stordriftsfordeler hos konsernets forretningsvirksomhet i Europa.

Selskap A har nå blitt omdannet til en såkalt salgsagent, det vil si en lavrisikoenhet med begrensede funksjonsaktiviteter og som således kun fungerer som et kontraktuelt bindeledd mellom konsernets kunder i Norge og selskap B, og dermed også potensielt fått uthullet fremtidige overskudd den tidligere var berettiget til. Imidlertid førte også konkurransesituasjonen i markedet til at selskap A sine fremtidige kontantstrømmer ville vært svært volatile, med nye beregnede marginer på mellom 0 og 7 pst de fem neste årene, dersom forretningsmodellen forut restruktureringen ville vært opprettholdt. Konsern C hevder derfor at omdanningen ikke uten videre vil ha innvirkning på Norges skatteproveny, ved at til tross for at selskap A sitt fremtidige fortjenestepotensial vil være noe lavere som følge av restruktureringen, vil marginene istedenfor holde seg stabilt på 3 pst årlig i samme tidshorisont.¹¹ Restruktureringen av selskap A ble tilsynelatende gjort på armlengdes avstand, men sammenligningsgrunnlaget var mangelfullt.

På denne bakgrunnen ønsker vi å utlede følgende problemstilling:

“Under hvilke omstendigheter krever armlengdeprinsippet at selskap B må yte et vederlag til selskap A der selskap As fremtidige fortjenestepotensial reduseres som følge av konsernintern restrukturering av eiendeler, funksjoner og/eller risiko?”

1.3 RETTSKILDEBILDE OG UTVIKLING

Armlengdeprinsippet sier at transaksjoner mellom tilknyttede virksomheter i interessefellesskap skal være av lik atferd og videre føre til samme skattepliktige overskudd som om partene var uavhengig av hverandre. Dersom vi har å gjøre med

¹⁰ Typiske eiendeler, funksjoner og risiko selskap A kan ha forut restruktureringen vil bli gjengitt i kapittel 6 da caset skal anvendes som en konklusjon.

¹¹ Bygger på OECDs illustrerte eksempel, jf. retningslinjenes 9.46-9.47

kontrollerte transaksjoner som avviker fra markedsstyrende vilkår og praksis, vil dette si at en internrettslig forankring av armlengdeprinsippet gir skattemyndighetene hjemmel til å oppjustere eller endre størrelsen på overskuddet, og skatlegges deretter.¹² I norsk internrett er dette prinsippet hjemlet gjennom sktl. kapittel 13, jf. § 13-1. Hva gjelder Norges tilslutning av armlengdeprinsippet som en internasjonal standard for transaksjoner i interessefellesskap, inneholder “*visst nok*”¹³ samtlige skatteavtaler Norge har inngått etter 1963, bestemmelser som fastslår at grenseoverskridende konserninterne transaksjoner skal baseres på armlengdeprinsippet, og tar utgangspunkt i OECDs mønsterskatteavtale art. 9.¹⁴ I praksis betyr dette at avtalepartene ved å tilordne seg en felles standard¹⁵ for konserninterne transaksjoner, gis et indirekte hjemmelsgrunnlag til å allokere inntektene til det selskap som er gjenstand for feil internprising til sin stat, og dermed hjemmel til å verne om eget skatteproveny, forutsatt at vilkårene om interessefellesskap, inntektsreduksjon og årsakssammenheng er oppfylt.¹⁶

Selve forståelsen av armlengdeprinsippet er videre presisert i OECDs nokså omfattende retningslinjer for internprising, som for øvrig er gjengitt som “*internationally agreed principles*” i kommentarene til art. 9.¹⁷ I norsk sammenheng manifesterer dette seg ved at OECDs retningslinjer for internprising i dag har fått en formell status i norsk internrett gjennom sktl. § 13-1 (4) etter innlemmelsen i 2008.¹⁸ Sktl. § 13-1 (4) fastslår at i de tilfeller hvor det foreligger interessefellesskap mellom et norsk og utenlandsk foretak, og transaksjonene reguleres av skatteavtaler tilsvarende OECDs mønsterskatteavtale art. 9, skal OECDs retningslinjer for internprising være førende ved avgjørelsen om vilkårene i § 13-1 (1) og (2) er oppfylt.¹⁹ Hovedmålsetningen er å gi bistand til både multinasjonale foretak så vel som skattemyndigheter ved å angi metoder som skal

¹² Skaar mf. (2006) s. 330 flg.

¹³ Zimmer (2017), s. 164

¹⁴ NOU 2022: 20, s. 151

¹⁵ Enigheten om en felles forståelse av armlengdestandarden er bred blant OECD landene, jf. pkt 1.15 i OECDs retningslinjer for internprising

¹⁶ Sktl. § 13-1 (1) har følgende ordlyd “*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***”. Lignende ordlyd brukes også i OECD (2017). *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*. jf. art. 9 “...and in either case conditions are made or imposed **between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.**

¹⁷ OECD (2017). *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*. pkt.1 i kommentarene til art. 9

¹⁸ Ot.prp.nr. 62 (2006-2007) s. 13

¹⁹ Naas mf. (2007) s. 989

skape gjensidige og tilfredsstillende løsninger i saker om internprising for å minimere risikoen for økonomisk eller juridisk dobbeltbeskatning.²⁰

Utgangspunktet er at norsk og internasjonal skatterett baseres på prinsippet om “*separate uavhengige rettssubjekter*”, dette til tross for at et konsern samlet sett utgjør én økonomisk enhet.²¹ Det hersker dermed heller ingen tvil om at det for et multinasjonalt konsern ikke har noen betydning hvor overskuddet og det fremtidige fortjenestepotensialet havner, såfremt det forblir i konsernet.²² Uten tilstrekkelig reguleringer på internprisingsområdet vil konsern med andre ord enkelt kunne opparbeide seg urettmessige komparative fordeler ved å utnytte forskjeller i skattejurisdiksjoner, så vel som ved å prise interne transaksjoner uforholdsmessig gunstig.²³

I OECDs retningslinjer for internprising fra 1995 var armlengdeprinsippet kun et utgangspunkt til en løsning på problematikken som reises ved overskuddsflytting. Imidlertid førte implementeringen av stadig integrerte forretningsmodeller og grenseoverskridende konsern til store usikkerhetsmomenter ved armlengdeprinsippets anvendelse, som igjen foranlediget til at OECD i 2005 begynte arbeidet med å utvikle en ytterligere veiledning hva gjelder internprisingsimplikasjoner ved restrukturering av virksomheter.²⁴ Prosessen innebar løpende dialog med næringslivet i tillegg til at også andre interessenter fikk muligheten til å påvirke utformingen av de nye retningslinjene gjennom utgivelsen av “*Discussion Draft on Transfer Pricing Aspect of Business Restructurings*” i 2008.²⁵ Den mest betydningsfulle endringen av OECDs retningslinjer for internprising i 2010 var med det innføringen av kapittel 9 som eksplisitt behandler armlengdeprinsippet ved restrukturering av virksomheter. Armlengdeprinsippet gjelder uavhengig av transaksjonsform, og siden restrukturering av virksomheter i de fleste tilfeller vil omfatte flere skattejurisdiksjoner, var det helt klart at det å ha en felles forståelse for hvordan man skal innrette seg til slike forhold et viktig tilskudd.

²⁰ Ot.prp.nr. 62 (2006-2007) s. 10

²¹ Jf. sktl. § 2-2 (1) bokstav a sammenholdt med OECDs retningslinjer for internprising pkt 1.6

²² Ot.prp.nr 86 (1997-1998) s.75

²³ Stoveland red. (2020) s. 1254 flg.

²⁴ Naas (2017) s. 988

²⁵ OECD (2008) - “*Transfer Pricing Aspect of Business Restructurings - Discussion Draft for Public Comment*”

Kapittelet består av to hoveddeler. Del I²⁶ kan sies å skape et rammeverk som skattyter kan benytte seg av til å vurdere alle relevante forhold både før og etter en restrukturering. Disse forholdene inkluderer å identifisere og avgrense den kommersielle og finansielle relasjonen mellom partene som er involvert i en restrukturingsprosess, evaluere det forretningsmessige rasjonale bak restruktureringen og de fordeler dette medfører, samt analysere hvilke andre alternativer og muligheter de involverte partene realistisk har tilgjengelig. Del II²⁷ retter på sin side fokus mot hvordan de endrede forholdene i funksjons-, eiendels- og risikoprofil har påvirket den restrukturerte parten, herunder hvilken godtgjørelse den restrukturerte parten er berettiget til. Kapittel 9 søker i sin helhet å undersøke om den respektive re-allokeringen av profittpotensialet er i tråd med armlengdeprinsippet, og om de endrede funksjons-, eiendels- og risikoprofilene gjenspeiler vanlig markedspraksis og substanskrav.²⁸

Men til tross for at OECDs retningslinjer for internprising i 2010 ble gjenstand for omfattende revideringer, så man likevel at de fortsatt var sårbar for manipulasjon. Særlig var muligheten til å avtale forretningsvilkår hvor risikoen tilknyttet verdiskapningen adskilles fra de faktiske funksjonene fortsatt et moment som skapte uvissheter.²⁹ Dette var også bakgrunnen for OECDs såkalte *Base erosion and profit shifting (BEPS)* prosjekt i perioden 2013-2015.

OECDs BEPS-prosjekt i perioden 2013-2015, på initiativ fra G20-landene, kom som følge av finanskrisen i 2008 smh. med at mange stater enkelt og greit hadde et stort behov for å sikre egne skatteinntekter. Det man imidlertid så i perioden etter 2008 var at internasjonalt næringsliv hadde gjennomgått så mange strukturelle og organisatoriske restruktureringer som følge av den teknologiske transformasjonen, og at OECDs retningslinjer for internprising rett og slett ikke hang med, tross i nylige revideringer. Det var svært få, inkludert OECD, som i det hele tatt problematiserte hvordan teknologisk fjernstyring uten fysisk tilstedeværelse åpnet opp for å bruke kapitaldrivende immaterielle eiendeler til å enkelt allokere profitt mellom konsernselskaper, og som da gjerne etter en omorganisering var lokalisert hos en lavrisikoenhet i en såkalt "*prinsipal struktur*", uten at dette på noen måte

²⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising s. 361 flg.

²⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising s. 391 flg.

²⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.6

²⁹ Berg-Rolness (2016), s.705

gjenspeilet reell verdiskaping og substans.³⁰ Som en del av BEPS prosjektet ble det derfor i perioden 2013-2015 utarbeidet 15 tiltakspunkter som skulle klargjøre usikkerhetsmomentene omkring forflytting av mobile og kapitaldrivende immaterielle eiendeler, samt risikoaspektet tilknyttet dette, hvorav handlingene i tiltakspunkt 8³¹, 9³² og 10³³ er rettet direkte mot internprising, i tillegg til tiltakspunkt 13³⁴ som omhandler transparens gjennom nye dokumentasjonskrav.

Resultatet av BEPS-prosjektet var at det i 2017 ble gjennomført en ny revidering av OECDs retningslinjer for internprising. Revideringen skulle sikre at det til enhver tid må være et samsvar mellom nærstående parters *faktiske* oppførsel og de kontraktmessige betingelsene i transaksjonen mellom dem, hvorav kapittel 6 om immaterielle eiendeler ble skrevet om i sin helhet,³⁵ i tillegg til at risikoaspektet ble viet mer plass.³⁶ Med andre ord skulle revideringen med virkning fra og med 2017, sikre at det dikterende prinsippet for armlengdestandarden nå måtte være økonomiske resultater som følge av operativ aktivitet og ikke hva den papirmessige virkeligheten skulle tilsi. Multinasjonale foretak med unike immaterielle eiendeler kunne med det ikke lenger uten videre flytte inntekter til såkalte “*cash boxes*”, som vil si selskap som ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i en jurisdiksjon med for eksempel lav skattesats, dersom det kapitalrike medlemmet ikke også kontrollerer eller bærer den økonomiske risikoen av transaksjonen.³⁷ Siden kapittel 9 i retningslinjene generelt har hatt stort fokus på risikoallokering og sentralisering av immaterielle eiendeler som følge av konserninterne restruktureringer grunnet dets profittpotensial, var endringene også av vesentlig betydning på dette området, især at det nå gjelder et *betydelig* substanskrav ved konserninterne restruktureringer.³⁸

³⁰ Zimmer (2020) s. 58

³¹ BEPS A8 - OECD beskriver handlingspunkt 8 som et forsøk på å hindre feilallokering av mobile immaterielle eiendeler som er vanskelig å prise, og som dermed bidrar til uforholdsmessig profittflytting.

³² BEPS A9 - OECD mener det må være viss rød tråd for hvilken avlønning og inntekt en juridisk enhet skal ha, og de verdiene som den juridiske enheten faktisk skaper.

³³ BEPS A10 - OECD retter søkelys for hvordan man skal forstå seg på såkalte høyrisikotransaksjoner, som vil si transaksjoner som ikke eller svært sjelden skjer mellom uavhengige parter.

³⁴ BEPS A13 - Alle multinasjonale foretak som er omfattet av retningslinjene må nå levere inn en “local file”, en “master file”, samt må det utarbeides land-for-land rapportering (CbCR) på konsernnivå, jf. sktfvl. §§ 8-11, 8-12.

³⁵ Kapittel 6 om immaterielle eiendeler består i dag av 68 sider, i sterk kontrast til OECDs retningslinjer fra 2010 og før implementeringen av BEPS, hvor kapittel 6 kun besto av 14 sider.

³⁶ Risikoaspektet ble etter revideringen i 2017 delvis flyttet helt ut av kapittel 9 og over til kapittel 1 i OECDs retningslinjer for internprising, herunder vokste også omfanget av sidetall fra omtrentlige halvannen side til hele 15 sider.

³⁷ OECD (2015) – Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, s. 9

³⁸ Naas mf. (2017) s. 1120-1121

Den endrede forståelsen av retningslinjene reiser også noen praktiske spørsmål om anledningen til å anvende de reviderte retningslinjene for transaksjoner foretatt forut årene før revideringen tok sted, eller om de faller inn under Kongeriket Norges Grunnlov § 97 og forbudet mot tilbakevirkende kraft. Sentralt ved behandlingen av spørsmålet er om en har å gjøre med presiseringer eller noen endret rettsforståelse. Selv om revideringene hevdes av OECD kun å være presiseringer av armlengdeprinsippet,³⁹ og således i tråd med mønsterskatteavtalen art. 9, kan det imidlertid sies at de endrer sentrale premisser som skal legges til grunn for de vurderingene som foretas ved kontrollerte transaksjoner. Det kan dermed tyde på at oppdateringene i retningslinjene anses å være endringer av materiell betydning. I teorien kan det tenkes at endringene i retningslinjene medfører en allokering av overskudd og/eller fortjenestepotensial som ikke er forenelig med armlengdeprinsippet.⁴⁰ Diskusjonen er sprikende, men norsk rettspraksis er likevel tydelige på at det kun skal *“tas hensyn til eventuelle endringer av retningslinjene vedtatt etter selvangivelsestidspunktet og som er til skattyters gunst. Endringer til ugunst, må det ses bort i fra.”*, jf. Utv. 2020 s. 75 (Orange). Hvis så er tilfellet, at retningslinjenes oppdateringer anses å være endringer og ikke presiseringer som videre vil bryte med mønsterskatteavtalen art. 9, vil endringene ikke ha tilbakevirkende kraft på forretningsmodellene til flere av dagens multinasjonale konsern, jf. Grunnloven § 97.⁴¹

1.4 VEIEN VIDERE

Selve oppgaven er i det videre delt inn i seks kapitler. Det første kapittelet vil undersøke hvordan OECD behandler restrukturering av virksomheter i sine retningslinjer for internprising. Her vil vi se nærmere på OECDs forståelse av begrepet konserninterne restruktureringer, hva som skal til for at en restrukturering er innenfor armlengdes avstand, herunder motiver for restrukturering, eiendeler, funksjoner og risiko før og etter en restrukturering, samt momentet om *“andre realistiske tilgjengelig alternativer”*. Kapittelet kan på mange måter sies å skape det metodiske rammeverket som må ligge til grunn for å forstå seg på konserninterne

³⁹ Sutton (2020)

⁴⁰ Bullen (2022)

⁴¹ Se skatte-ABC (2022/2023) pkt. 4.1

restruktureringer fra et internprisingsperspektiv, og med det hvordan man skal avgrense vederlaget som eventuelt følger med.

Dernest flyttes fokuset i de etterfølgende kapitlene til å se nærmere på risikoallokering i henhold til armlengdeprinsippet, samt forskyvning av fortjenestepotensial som følge av restruktureringen, og i hvilke tilfeller OECD mener dette krever vederlag. Her vil det dessuten med et kritisk blikk gjøres diverse analyser av OECDs retningslinjer for internprising, dette i et forsøk på å vise refleksjon omkring det som står i retningslinjene og om dette er riktig eller galt, alternativt forstå hvorfor OECD har den tilnærmingen de har til konserninterne restruktureringer.

Siden immaterielle eiendeler ofte står i særstilling hva gjelder fortjenestepotensialet, vil vi behandle dette som et eget kapittel som vies mye fokus i oppgaven, ettersom det nettopp er immaterielle eiendeler som gjerne er gjenstand for overførsel ved restruktureringer. Her vil vi også gå gjennom relevant rettspraksis på området, hvor det deretter blir gjort analyser av de mest interessante funnene tilknyttet disse.

Opgavens nest siste kapittel søker å systematisere alle relevante momenter som er analysert om hvorvidt det må ytes vederlag ved konserninterne overføringer som følge av restrukturering av virksomheten. Dette gjøres ved å ta i bruk caset som oppgavens problemstilling bygger på. Avslutningsvis vil vi foreta noen drøftelser og diskusjoner om våre egne tanker om tematikken før arbeidet med denne avhandlingen ble satt i gang, likeledes en reflektert tilnærming til hva vi har lært om rettstilstanden etter endt oppgave.

2 RESTRUKTURERING AV VIRKSOMHETER

2.1 OECDs FORSTÅELSE AV RESTRUKTURERING

I litteraturen har det vært sprikende meninger rundt skatteaspektets rolle ved konsernets beslutninger om restruktureringer. Enkelte hevder at restruktureringer sjeldent utelukkende begrunnes i skatteformål, fordi det først og fremst er de operasjonelle- og driftsmessige forholdene som er gevinstgivende (*verdikjedeforbedring*).⁴² En slik tolkning understøtter argumentet om at omstruktureringer muliggjør et konkurransefortrinn der konsernet realiserer en høyere fortjeneste i markedet enn resten av konkurrentene. Den delen av akademisk litteratur som imidlertid problematiserer beskatningens rolle ved restruktureringer tar utgangspunkt i at det ikke er selve etableringen av en global verdikjede som begrunnes med skatteformål, men heller (re)design, optimalisering og utnyttelse av en allerede eksisterende verdikjede som legges til grunn for skatteutnyttelse (*skatteintegrasjon i verdikjeden*).⁴³

OECD støtter en slik distinksjon, som benytter følgende definisjon på restrukturering av virksomheter:⁴⁴

“(…) business restructuring refers to *the cross-border reorganisation of the commercial or financial relations between associated enterprises, including the termination or substantial renegotiation of existing arrangements.* (...) (våre uthevninger)”

Mye av bakgrunnen for arbeidet med innlemmelsen av kapittel 9 tilbake i 2010 var at moderne multinasjonale konsern kan sies å ha annen tilnærming til restrukturering enn det man har sett tidligere.⁴⁵ Forretningsmodellen har i vid utstrekning utviklet seg fra vertikal integrasjon til verdikjedestyring.⁴⁶ I vertikalt

⁴² Paus (2009) s. 23 sammenholdt med s. 106-109

⁴³ Wu & Lu (2018)

⁴⁴ Se OECDs definisjon av restrukturering, jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.1

⁴⁵ OECD (2008) - “*Transfer Pricing Aspect of Business Restructurings - Discussion Draft for Public Comment*”

⁴⁶ Nadvi (2008) s. 333

integreerte forretningsmodeller tar hver enhet i konsernet på seg eiendeler, funksjoner og/eller risiko ut ifra den respektive enhetens aktivitet.⁴⁷ En produsent er som regel fullverdig i den forstand at alle eiendeler, funksjoner og tilhørende risiko tilknyttet produksjonen ligger hos den produserende enhet, som opererer i en viss uavhengighet fra resten av konsernet. Det som karakteriserer en verdikjedestyrte tilnærming er imidlertid en sentralisering av eiendeler, funksjoner og/eller risiko hos et hovedkontor eller annen enhet i konsernet (*prinsipal*).⁴⁸ Dette manifesterer seg ved at produsentselskaper og salgsselskaper utfører begrensede funksjoner, besitter et fåtall eiendeler, og ikke bærer noe vesentlig risiko. Fra et internprisingsperspektiv etablerer sistnevnte en forretningsstruktur hvor en del av profitten forskyves fra de lokale operative enhetene og til en sentralisert prinsipal eller enhet som har ervervet det vesentlige av eiendeler, funksjoner og/eller risiko fra de lokale konsernenhetene.⁴⁹

Det er imidlertid ikke alltid slik at en restrukturering innebærer en sentralisering av eiendeler, funksjoner og/eller risiko til en prinsipal, og dermed en påfølgende uthuling av den operasjonelle enhetens fortjenestepotensial. En restrukturering kan også for eksempel innebære at særskilt ansvar, risiko og immaterielle eiendeler erverves av de operasjonelle enhetene, eller at det foretas en spesialisering eller rasjonalisering av de operasjonelle enhetene, ved forholdsvis nedskalering eller avvikling.⁵⁰

I praksis vil således ikke en restrukturering nødvendigvis involvere vesentlige endringer av den operasjonelle enhetens praktiske oppgaver og output som sådan, men heller en forskyvning av risiko i kombinasjon med en begrenset omfordeling av eiendeler, funksjoner og arbeidsstokk.

⁴⁷ Guan & Rheme (2011). s. 188

⁴⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.2

⁴⁹ Zimmer (2020), s. 77

⁵⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.3

2.2 RESTRUKTURERING INNENFOR ARMLENGDEPRINSIPPET

2.2.1 HVORFOR FORETA EN RESTRUKTURERING AV VIRKSOMHETEN?

Den høye graden av globalisering og økt konkurranse i dagens økonomi skaper både muligheter og utfordringer for virksomheter. Fremveksten av nye teknologiske løsninger har muliggjort grenseoverskridende aktivitet uten fysisk tilstedeværelse, og er opphav til nye måter å drive forretningsvirksomhet på.⁵¹ Samtidig er foretak underlagt et stort press til å være innovative og konkurransedyktige.⁵² Som et resultat skaper dette et behov for multinasjonale foretak til å optimalisere og effektivisere egen drift, noe som er en stor driver bak virksomheters beslutning om å foreta en restrukturering av virksomheten.⁵³ Økonomiske marginer handler blant annet om lønnsomhet i et konkurransedrevet marked, og derav også hvilke holdninger man må ha til strukturelle og organisatoriske endringer for å opprettholde marginene.⁵⁴ Likeså kan endringer i selskapsstrukturer også gi bedre kapitalflyt i konsernet, ytterligere tilgang på finansiering og likviditet, innpass i nye markeder, så vel som mer robust risikofordeling.⁵⁵

Motivene for restruktureringen begrunnes derfor sjeldent i skatteformål alene, men forekommer snarere heller som en konsekvens av behovet for å redusere kostnader, effektivisere egen drift og ekspandere til nye markeder.⁵⁶ Videre vil også den øvrige økonomiske situasjonen i form av konjunktursvingninger være en sentral driver for restruktureringer gjennom tiltak for å vedlikeholde profitt så vel som å minimere tap.⁵⁷ Behovet for å realisere synergier og utnyttelse av stordriftsfordeler står på denne måten i en særstilling når foretak restrukturerer virksomheten.⁵⁸ Dog må det legges til at det ikke nødvendigvis alltid vil være slik at en tydelig tilstedeværelse av motiver for restrukturering automatisk vil være sammenfallende med at de forventede gevinstene realiseres i praksis.⁵⁹

⁵¹ Olivera, Fleury & Fleury (2021)

⁵² Meutia & Tubagus (2015)

⁵³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.24 sammenholdt med Gilligan & Hird (2013) s.11

⁵⁴ Porter (1997).

⁵⁵ Umar & Balewa (2023)

⁵⁶ Pooler, V. H mf. (2004) s. 26

⁵⁷ Notteboom & Rodrigue (2009)

⁵⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.4

⁵⁹ Dragomir (2018)

2.2.2 EIENDELER, FUNKSJONER OG RISIKO FØR OG ETTER EN RESTRUKTURERING

En restrukturering av multinasjonale foretak innebærer i sin kjerne som oftest en forflytning av eiendeler, funksjoner og/eller risiko mellom konsernselskap, gjerne på tvers av jurisdiksjoner.⁶⁰ Armlengdeprinsippet skal behandles likt ved samtlige transaksjoner uavhengig om vi har å gjøre med en restrukturering som medfører en sentralisering eller desentralisering av forretningsmodellen.⁶¹ Det som imidlertid er utfordrende ved restruktureringer er at transaksjonene ofte er særegne og unike, noe som vil gjøre det vanskelig å finne tilsvarende transaksjoner som kan brukes som tilstrekkelig sammenligningsgrunnlag. Et fravær av en sammenlignbar transaksjon er ifølge retningslinjenes 9.35 imidlertid ikke ensbetydende med at den kontrollerte transaksjonen faller utenfor armlengdeprinsippet.

For å komme frem til *om* noe er overført eller endret ved en restrukturering, og eventuelt *hva* som er overført eller endret ved en restrukturering, vil det være sentralt å foreta en funksjonsanalyse av virksomhetens forhold *før* og *etter* restruktureringen. Dette innebærer en identifisering av partenes rettigheter og plikter forut og etterfølgende restruktureringen med utgangspunkt i de faktiske kontraktsvilkårene mellom partene.⁶² Det er imidlertid ikke nok å isolere partenes avtalevilkår, da det kan ha forekommet endringer som formelt sett ikke viser seg avtalt mellom partene i interessefellesskapet.⁶³ I Utv. 2007 s. 1440 (Cytec I) uttalte blant annet Lagmannsretten at det må foretas en helhetsvurdering av den reelle situasjonen *før* restruktureringen, og de påfølgende *virkningene* den respektive restruktureringen hadde på partene involvert i transaksjonen. For eksempel kan et sentralt moment være når man skal vurdere kontrollerte transaksjoner ved konserninterne restruktureringer, å se hen til hvorvidt det har forekommet en resultatnedgang hos den restrukturerte parten, med en tilsvarende gevinst hos overtakende part, og om forholdene kan knyttes til selve restruktureringen. Lignende uttalelser finner vi i Utv. 2019 s. 363 (D-Bolt), som også fremhever viktigheten av å ikke bare fortolke kontrakten opp mot de enkeltstående og isolerte

⁶⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.10

⁶¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.3

⁶² Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.117-9.118

⁶³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.119-9.121

transaksjonene, men også vurdere kontrakten opp mot etterfølgende transaksjoner, og om disse kan sees i sammenheng med hverandre.

En funksjonsanalyse av hver av partene ved konserninterne restruktureringer har som formål å avdekke hvilke av konsernenhetene som *faktisk* kontrollerer eller utøver de respektive eiendeler, funksjoner og/eller risiko etter en restruktureringsprosess (*bevissikring*). Det å ha kontroll på de verdidrivende funksjonene, den korrelerende risikoen samt eiendelene som brukes i disse aktivitetene, og derav størst innvirkning på de verdier som skapes, gjør at selskapet som besitter disse etter en restrukturering også bør tilordnes fortjenestepotensialet tilknyttet dette.⁶⁴ Imidlertid beror en slik forflytning av fortjenestepotensial og det påfølgende vederlagsspørsmålet blant annet på om den restrukturerte parten som får sitt profittpotensial redusert hadde “*andre realistiske alternativer tilgjengelig i markedet*” på tidspunktet for restruktureringen.

2.2.3 ANDRE REALISTISKE ALTERNATIVER TILGJENGELIG I MARKEDET

Et vesentlig moment ved vurderingen om uavhengige parter ville gjennomført en tilsvarende transaksjon som følge av restrukturering, er om det eksisterer andre tilgjengelige alternativer i markedet.⁶⁵ Uavhengige parter vil aldri inngå en avtale dersom det finnes andre alternativer i markedet de heller ville vært tjent med, ettersom hver av partene søker å ivareta sine respektive interesser.⁶⁶ Begrepet “*andre realistiske alternativer*”⁶⁷ er imidlertid ikke begrenset til kun å gjelde mer attraktive alternativer. Det kan også innebære muligheten et uavhengig foretak har til ikke å inngå en avtale i det hele tatt dersom dette ikke tjener virksomheten som sådan.

Konseptet om andre realistisk tilgjengelige alternativer er en sentral faktor hva gjelder internprising generelt, ettersom det er et moment av vesentlig betydning som inngår i sammenligningsanalysen som foretas ved vurderingen av

⁶⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.18, jf. pkt 1.53

⁶⁵ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.27

⁶⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.29

⁶⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.30

armlengdeprinsippet.⁶⁸ Det er også av stor betydning ved restruktureringer siden momentet spiller en viktig rolle når det forretningsmessige rasjonale bak restrukturering av virksomheten skal vurderes, og ikke minst hvilket vederlag den restrukturerte parten eventuelt er berettiget til. I denne sammenheng må det identifiseres hvorvidt restruktureringen viser seg attraktiv for den enkelte konsernenhet involvert i transaksjonen og ikke nødvendigvis hva som gagnar konsernet som helhet.⁶⁹

2.3 HVA INNEBÆRER EGENTLIG EN OMDANNING AV ET FULLVERDIG SALGSSELSKAP TIL EN SALGSAGENT?

Restrukturering av dagens konsern innebærer som oftest en sentralisering av forretningsaktivitetene, herunder hos en prinsipal i konsernets verdikjede. En typisk restrukturering av virksomhet innebærer derfor at vi har å gjøre med en omdanning av et fullverdig salgsselskap til en lavrisiko salgsagent uthulet for enkelte funksjoner og eiendeler, og som opererer på vegne av prinsipalen.⁷⁰ Dette er tilfellet til selskap A i det respektive caset som oppgavens problemstilling bygger på. En slik form for restrukturering innebærer at eiendeler, funksjoner og/eller risiko erverves av en annen tilknyttet enhet, og det foreligger derfor en forskyvning av den økonomiske byrden tilknyttet selskapets ansvarsområder, eksempelvis produktansvar, markedsføring og reklamasjon.⁷¹ Konsekvensene av salgsselskapets restrukturering og hvor stort fortjenestepotensial det har, avhenger med andre ord i det vesentlige av hvilken grad salgsselskapet besitter eiendeler, utfører funksjoner og innehar risiko.⁷²

Et fullverdig salgsselskap innehar de fleste eiendelene, utfører de fleste funksjonene og påtar seg vesentlig mer risiko enn en salgsagent. Dette kommer til uttrykk ved at selskapet selger varer for egen risiko og regning, og i noen tilfeller til og med under eget navn. Selskapet utfører videre som oftest markedsføringsaktiviteter og salgsbehandling i form av kundeservice og reklamasjonsaktiviteter. Dessuten har

⁶⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.28 sammenholdt med pkt 1.33

⁶⁹ Naas mf. (2017) s. 1116

⁷⁰ Bakker (2009) s. 26, jf. oppgavens case

⁷¹ Carlsen (2012) s. 813

⁷² Bakker (2009) s. 19

de ofte egenutviklede immaterielle eiendeler de selv disponerer og bruker i markedsføringsaktiviteter. Man kan på mange måter si at et fullverdig salgsselskap kan arbeide relativt uavhengig fra resten av konsernet, og har som oftest enerett på profitten som genereres. Når det gjelder kompensasjon prinsipalen må betale til det fullverdige salgsselskapet for tjenester de yter, vil videresalgsmetoden⁷³ (forkortet *RPM*) ofte benyttes. Imidlertid kan både transaksjonsbasert nettomarginmetoden⁷⁴ (forkortet *TNMM*) og transaksjonsbasert overskuddsdelingsmetoden⁷⁵ (forkortet *TPSM*) også være gode alternativer dersom salgsselskapet innehar immaterielle eiendeler, og hvor det mangler sammenligningsgrunnlag.⁷⁶ Har salgsselskapet egenutviklede immaterielle eiendeler som i seg selv må sies å ha verdi, samt kan sies å bidra i utviklingen og vedlikehold av konsernets øvrige immaterielle eiendeler, blir *TPSM* å foretrekke fremfor de øvrige metodene, og søker på sin side å dele tjenesteoverskuddet proporsjonalt mellom prinsipalen og det fullverdige salgsselskapet.

Forretningsmodellen til en såkalt salgsagent kan sies å stå i en nokså sterk kontrast fra et fullverdig salgsselskap. I motsetning til et fullverdig salgsselskap så selger en salgsagent svært sjeldent under eget navn, heller ikke foretar de kontraktsinngåelse med kunder. Dette er i stedet underlagt en annen enhet i konsernet, gjerne prinsipalen, som får sine varer og tjenester solgt gjennom salgsagenten. Som et resultat vil ikke salgsagenten ha noe direkte ansvar overfor kundene, og de bærer således heller ingen, eller minimalt med risiko. Forretningsmodellen fungerer i praksis som et bindeledd og formidler for prinsipalen, hvor de kun selger på vegne av konsernet som helhet, og opererer derfor ikke selvstendig. En salgsagent kompenseres derfor som oftest ved bruk av kostpluss-metoden⁷⁷ (forkortet *CP*) fordi salgsagenten utelukkende vil være en tjenesteyter som selv driver begrensede verdiaktiviteter.⁷⁸ Residualen av salgsagentens fortjeneste utover *CP*-kompensasjonen vil av den grunn tilordnes prinsipalen.

⁷³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising part II, del B

⁷⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising part III, del B

⁷⁵ Jf. OECDs retningslinjer for internprising part III, del C

⁷⁶ Bakker (2009) s. 30

⁷⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising part II, del D

⁷⁸ Bakker (2009) s. 26

3 SÆRSKILT OM RISIKOMOMENTET VED RESTRUKTURERINGER

3.1 HVORFOR ER RISIKOASPEKTET SÅ VIKTIG?

Risiko står gjerne i en særstilling når en har å gjøre med internprising, ettersom det alltid vil være påtatt risiko som er avgjørende for hvorvidt verdiskapningen og den videre lønnsomheten kan anses å faktisk stamme fra de aktiviteter som enheten utfører. Dette gjelder uavhengig om det er snakk om operasjonell risiko, markedsrisiko, strategisk risiko, transaksjonsrisiko, finansiell risiko, eller andre ikke-kontrollerende risikofaktorer.⁷⁹ OECD adopterer i sine retningslinjer for internprising nemlig den grunnleggende økonomiske sannheten om at en høyere påtatt risiko skal gi rett til en høyere del av den akkumulerte gevinsten.⁸⁰ En proporsjonalitet mellom risiko og avkastning står dermed sentralt ved anvendelsen av armlengdeprinsippet.

Ved restrukturering av konsernintern forretningsvirksomhet er dette risikomomentet av ekstra stor interesse, siden en re-allokering av risiko på tvers av konsernenheter i det vesentlige vil kunne påvirke hvor stort residualt overskudd hver enhet sitter igjen med etter en restrukturering.⁸¹ Som en konsekvens har risikoaspektet, især etter innføringen av BEPS, blitt en viktig del av funksjonsanalysen ved konserninterne restruktureringer, dette for å kunne avdekke hvem som egentlig bærer og har kontroll over risiko etter en restrukturering, for så å analysere om re-allokeringen av risiko kan sies å være innenfor armlengdes avstand i seg selv. Nærmere bestemt kan det sies at funksjonsanalyser er ufullstendig med mindre også risikoer i et kontraktsforhold er tilstrekkelig identifisert og vurdert. I de neste avsnittene skal vi av den grunn se nærmere på disse forholdene.

⁷⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.72

⁸⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.56

⁸¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.43, jf. D.1.2.1

3.2 RISIKO I HENHOLD TIL ARMLENGDEPRINSIPPET

Noe av det viktigste man gjør i en funksjonsanalyse er å avdekke hvor risiko faktisk er allokert etter en restruktureringsprosess. For å finne ut av dette, tar man gjerne utgangspunkt i kontraktsvilkårene mellom partene i den kontrollerte transaksjonen. Interne kontrakter skal utarbeides før en restrukturering tar sted, imidlertid er OECD tydelig på kontraktene kun er et “*starting point*”, som vil si at det er partenes *faktiske oppførsel* som vil være utslagsgivende for risikoanalysen i tillegg til at substanskrav må være oppfylt.⁸² I OECDs retningslinjer for internprising oppstilles risikoanalysen som en seks-trinns-prosess med følgende innhold:⁸³ 1) identifikasjon av hva slags økonomisk risiko vi har med å gjøre, 2) undersøke risikoforholdene med hensyn til kontrakten mellom partene, 3) bruke funksjonsanalysen til å vurdere om den reelle risikofordelingen speiler det som er avtalt, 4) gjøre en tolkning av forholdene i 1-3, 5) om man i punkt 4 ikke finner substans i forholdene må risikoen så omfordeles, 6) den som til enhver tid bærer risiko skal kompenseres proporsjonalt for dette i form av høyere avkastning.

Problemstillingen som oppstår etter at risikoallokeringen mellom partene i interessefellesskap er identifisert, er å se hen til om selve allokeringen er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet. Dersom man kan bruke informasjon fra det åpne markedet som tilsier at risikofordelingen mellom partene i interessefellesskap er lik det som ville forekommet mellom uavhengige parter, bør dette godtas.⁸⁴ Finnes det ikke noen sammenlignbare forhold, må vurderingen baseres på om uavhengige parter ville *akseptert* risikofordelingen under sammenlignbare omstendigheter. Dette gjøres ved å vurdere to forhold.⁸⁵ Det første er at det må være et samsvar mellom det å ha ansvar for risiko og det å ha kontroll over risikoen, i tillegg til at overtakende part må ha kompetanse⁸⁶ i form av personell og erfaring til å kontrollere den respektive risikoen som forflyttes på. Det andre forholdet handler om at overtaker må ha finansiell evne til å bære risiko, det vil si å ha evne til å håndtere økonomiske nedturer og potensielle tap.

⁸² Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.20, jf. 1.88

⁸³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.60

⁸⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.58

⁸⁵ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.64-1.65

⁸⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.20, jf. 1.66

I relasjon til det første forholdet, skiller OECD mellom det å ha *kontroll* over risiko, og det å faktisk *styre* risiko. Risikostyring betinger at tre vilkår er oppfylt:⁸⁷ (i) selskapet må ha beslutningsevne til å påta seg, permittere eller avslå risikobærende muligheter (det vil si å ha beslutningsfunksjoner), (ii) selskapet må på egenhånd kunne inneha evnen til å reagere på risiko (det vil si å ha beslutningsmyndighet), (iii) selskapet må i egenskap av sin posisjon kunne påvirke hvor stor risikoeksponering man vil være utsatt for (det vil si evne til å redusere risiko). I kontrast betinger kontroll over risiko kun at to av tre vilkår er oppfylt, nærmere bestemt (i) og (ii).⁸⁸ Det betyr at en sentralisert prinsipal kan anses å kontrollere risiko uten å ha fullstendig administrativ styring over den. Selve “*day-to-day*” styringen kan ifølge retningslinjene 1.63 gjerne utføres av noen andre enn den som anses å kontrollere den respektive risikoen, selv om kontrollfunksjonene til syvende og sist er forbeholdt prinsipalen.

I forlengelsen av dette anses grunnvilkåret om risikoallokering at overtaker må ha finansiell kapasitet til å ta over risiko. Vilkåret betinger imidlertid ikke at overtakende enhet må kunne bøte med alle konsekvensene tilknyttet risikoen dersom denne skulle vise seg gjeldende. Det er heller et spørsmål om overtakende enhet har finansiell evne og kapasitet til å iverksette tiltak slik at man kan beskytte seg mot risikoen.⁸⁹ Eksempler på slike tiltak kan være forsikringsordninger eller derivatsikringer (valutasikring, swap-kontrakter og lignende). Finansiell kapasitet og kommersiell substans, som vil si at alle parter tjener på re-allokeringen⁹⁰, står dermed i en særstilling når man vurderer risiko fra et armlengdeperspektiv. Dersom dette ikke er tilstedeværende, mener OECD at forholdene skal fortsette å tilskrives den overdragende part, fordi det i henhold til armlengdeprinsippet i praksis ikke har skjedd noen overføring som kan anerkjennes mellom to uavhengige parter.⁹¹

OECDs retningslinjer oppstiller altså to kumulative vilkår for at en part skal kunne anses å påta seg risiko ved restrukturering av virksomhet, i) at parten har evne til å kontrollere risikoen, samt ii) at parten har finansiell kapasitet til imøtekomme

⁸⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.20, jf. 1.61

⁸⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.20, jf. 1.65

⁸⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.20, jf. 1.64

⁹⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.142 - Det er ikke nok at prinsipalen kan påta risiko fra et kapasitetsperspektiv, det må også kunne argumenteres for at det tjener de involverte partene fra et kommersielt ståsted

⁹¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.20, jf. 1.117-1.126

risikoen. Er begge vilkår oppfylt, skal den rettslige konstruksjonen som hovedregel aksepteres av skattemyndighetene. Likevel er det flere som også har stilt spørsmålstegn omkring kriterienes robusthet, til tross for at kriteriene på ingen måte er noe nytt konsept i internprising.⁹² Særlig har kontrollkriteriet til stadighet blitt kritisert. Grunnen skyldes at det kan virke som at armlengdeprinsippet fordrer fullstendig kontroll over risikoen vi har med å gjøre, selv om dette nødvendigvis ikke alltid er tilfellet mellom uavhengige parter. I tillegg fremstår det klart at OECDs retningslinjer ikke er så opptatt å *forstå* risikoen vi har med å gjøre, herunder for eksempel risikoens historie og opphav. Det viktigste er at foretaket som påtar seg risiko kan kontrollere og imøtekomme den respektive risikoen.⁹³ Dessuten er det en kjensgjerning at risiko i sin natur konseptuelt sett er vanskeligere å identifisere enn eiendeler og funksjoner, og dessuten også svært ofte ukjente og usynlige.⁹⁴ Det kan derfor også slik sett virke urimelig, også fra et armlengdeperspektiv, at det tilsynelatende skal være så enkelt å omfordele risiko mellom konsernenheter tilhørende samme interessefellesskap, når risiko i mange tilfeller faller utenfor grensesnittet av hva som faktisk er mulig kontrollere.

En av verdens fremste på internprising, Sébastien Gonnet, går derfor i det lengste å hevde at OECD i praksis kun avgrenser seg til å fange opp ekstremtilfeller av risikoallokering slik situasjonen var før BEPS og bruken av “*cash boxes*” var utstrakt. Gonnet er imidlertid kritisk til hvordan OECDs veiledning til risikoallokering egentlig er tilpasset såkalte normaltillfeller, der risikoens identifikasjon kan være en svært vanskelig prosess i motsetning til de åpenbare ekstremtilfellene.⁹⁵ Norske skattemyndigheter har kommet med lignende uttalelser, som blant annet argumenter for at mors iboende “*konsernfunksjoner*” tilsier at mor i praksis er den som alltid vil kontrollere de underliggende konsernselskapenes påtatte risikoer, og får til dels støtte i norsk rettspraksis, jf. Utv-2017-240 (Transocean). Forslaget ble sterkt kritisert av Andreas Bullen i et tilsvarende publisert i Rett24.⁹⁶ Tidligere toppleder i OECDs internprisingsgruppe, Andrew Hickman, gir Bullen støtte, og mener på sin side at norske skattemyndigheter og Gonnet tar

⁹² Navarro (2018)

⁹³ Sutton (2022)

⁹⁴ Monsalve (2018)

⁹⁵ Lang, Storck & Petrucci (2016), s. 39-43

⁹⁶ Bullen (2021), se også Grihamar (2022), som nærmest kritiserer norske skattemyndigheter for blind aktivisme etter BEPS og overdreven bruk av sjabloner for å sikre norsk inntekt.

BEPS-kampslagsordet om å samkjøre risiko med verdiskapning for langt, og har uttalt at:⁹⁷

“et bekymringsfullt aspekt ved den modifiserte tilnærmingen er at dens tilhengere hevder å finne støtte i retningslinjene (...) rammeverket for risikokontroll er ikke utformet for å verdsette kontrollfunksjoner, *men for å avgrense transaksjonen* (...) retningslinjene oppfordrer ikke til prissetting basert på relativ evaluering av kontrollfunksjoner *og har ikke som mål å forklare verdi og hvordan den skapes* (...) formålet med retningslinjene er å *verifisere risikoantakelsen* slik at transaksjonens pris i påfølgende trinn kan bestemmes gjennom *passende sammenligninger*. (våre uthevinger)”.

Det vanskeligste med risikodiskusjonen må nok kunne sies være hvor langt OECDs retningslinjer faktisk bør gå i å diktere skattyters forretningskjønn, da verken OECD eller et lands skattemyndigheter sjeldent kan sies å ha tilstrekkelig innsyn i hvordan risiko materialiseres innenfor deres verdikjede av aktiviteter. Etter nærmere undersøkelser av OECDs retningslinjer mener vi at armlengdeprinsippet i stor grad tar hensyn til problemstillingene som Gonnet og norske skattemyndigheter tar opp, men vi mener også at løsningen OECDs retningslinjer skisserer absolutt kan utfordres.

OECD erkjenner faktisk selv i sine retningslinjer at risikoer konseptuelt kan være vanskelig å identifisere, dessuten også at ikke alle risikoer lar seg kontrollere, jf. retningslinjene 1.67. Det sentrale med kontrollkriteriet er ifølge OECD om foretaket i det hele tatt er i stand til å påta seg risiko *som om den skulle eksistert*, og dernest bestemme hvordan den kan håndteres og imøtekommes, jf. retningslinjene 1.65. At risikoens identifikasjon viser seg å være kompleks, hvorhen det ikke finnes tilsvarende risikoallokering hos uavhengige parter, er heller ikke nok til å anta at allokeringen faller utenfor armlengdeprinsippet, og følger av prishindringsvilkåret i retningslinjenes 1.97. Det må derfor foreligge særskilte forhold for å tilsidesette den kontraktuelle risikoallokeringen mellom partene, slik som eksempelvis fravær av økonomisk substans eller at transaksjonen fremstår som totalt irrasjonell fra et kommersielt ståsted.

⁹⁷ Hickman (2021)

Er det videre uenighet om hvilken part som faktisk er risikobærer av den respektive risikoen, mener OECD at denne skal tilegnes den som har finansiell kapasitet til å håndtere risikoen, og som i det påfølgende trinn antas å inneha “*mest kontroll*” over risikoen dersom den materialiseres. I et slikt tilfelle skal dermed den som antas å “*bidra*” med kontrollfunksjoner, kompenseres proporsjonalt for disse funksjonene i henhold til armlengdeprinsippet, selv om det ikke er denne som kontraktuelt er ansett å være reell risikobærer, jf. retningslinjene 1.98 smh. med 1.105. Om vi dessuten har å gjøre med tilfeller hvor partene i interessefellesskap selv har et ønske om å ha en rettferdig fordeling av risiko basert på innsatsfaktorer og kostnadsfordelinger, skal kontroll- og kapasitetsvilkårene i henhold til retningslinjene 1.95 som hovedregel aksepteres, uten at skattemyndighetene kan gå inn å diktere hvem som har “*mest kontroll*” over risikoen.

Slik vi tolker OECDs tilnærming til risikoallokering, fremstår dette etter vår mening som en bevisst handling fra deres side. Altså at utformingen skal sikre *sammenlignbarhet*, som også er kjernen i armlengdeprinsippet, og da må rettslige konstruksjoner være overveiende. Samtidig mener vi et økt fokus på økonomiske realiteter som for eksempel norske skattemyndigheter og Gonnet taler for, i for stor grad ville ha forskjøvet skattyters forretnings skjønn over til skattemyndighetene, som igjen helt klart hadde økt sjansen for tvister og/eller internasjonal dobbeltbeskatning. Hovedmålsetningen i internprisingssaker bør etter vårt syn være at sjansen for tvister og/eller internasjonal dobbeltbeskatning begrenses så langt det lar seg gjøre, og her vil det dessuten kunne hevdes at OECDs tilnærming sikrer dette på en nokså effektiv måte, i tråd med formålet til OECDs retningslinjer for internprising.⁹⁸ Forutsetningen for å få til dette fordrer en lojal anvendelse av risikokriteriene, herunder *klare* retningslinjer for hvordan man i det hele tatt skal kunne avgrense risikoen på samme måte som den i teorien ville ha blitt gjort mellom to uavhengige parter.

⁹⁸ Jf. fortalen til OECDs retningslinjer for internprising pkt. 4

3.3 KONSEKVENSER AV RISIKOALLOKERING

Etter å ha kartlagt hvor risiko befinner seg etter en restrukturering samt fastslått at risikoallokeringen er innenfor armlengdes avstand, er det videre de økonomiske konsekvensene av risikoallokeringen som må granskes. Konsekvenser kan være økte kostnader forbundet med håndtering og sikring av risiko for den overtakende enhet, samtidig vil overtakende enhet på grunn av økt påtatt risiko være berettiget til en kompensasjon i form av økt avkastning, i tråd med armlengdeprinsippet.⁹⁹ Overdragende enhet vil på sin side få redusert sin risiko proporsjonalt, og sitter med det som oftest igjen med moderate kostnader, men også lavere kontantstrømmer, imidlertid av mer stabil og forutsigbar karakter (*risikojustert avkastning*). Med andre ord kan en re-allokering av risiko ved restruktureringer ses på som et gjensidig bytteforhold, som både kan være positivt og negativt om man tar i betraktning hvilke virkninger forflytningen har på de respektive partene i transaksjonen.¹⁰⁰

Det sentrale momentet for vederlagsspørsmålet i slike granskinger blir med det hvorvidt vi har å gjøre med en overføring av risiko som også har en *signifikant økonomisk* side ved seg, ettersom det antas en uavhengig part ikke ville ha akseptert en vesentlig reduksjon i profittpotensialet uten at risikoen som er overført er av *signifikant økonomisk* art.¹⁰¹ En *signifikant økonomisk* risiko innebærer at konsekvensene er vesentlig både i art og omfang for partene involvert i transaksjonen, og at det skjer en ikke ubetydelig omfordeling av fortjenestepotensialet, dersom risikoen materialiserer seg. Ved vurderingen om vi har å gjøre med en slik *signifikant økonomisk* risiko, må vi se på flere aspekter både isolert og samlet. Dette vil være forhold som risikoens forutsigbarhet, størrelse, sannsynligheten for konsekvenser ved å ta over risikoen, og ikke minst risikoens reduksjonspotensial i forhold til fortjenestepotensial.¹⁰² Det sentrale tolkningsspørsmålet for skattyter blir i den anledning om risikoen er av en *økonomisk* *signifikant* art, og dernest ifølge OECD om en overføring av risiko er vederlagsberettiget for den restrukturerte parten, sett fra et armlengdeperspektiv.

⁹⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.19, smh. med 1.100-1.106

¹⁰⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.57-1.58

¹⁰¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.22

¹⁰² Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.23

4 ALLOKERING AV FORTJENESTEPOTENSIAL

4.1 GENERELT OM OECDs TILNÆRMING

OECD definerer fortjenestepotensial som fremtidig forventet profitt.¹⁰³ Når det gjelder restrukturering av virksomheter skal begrepet imidlertid ikke begrenses til kun å gjelde profitt som ville forekommet dersom forretningsmodellen forut restruktureringen ville vært opprettholdt.¹⁰⁴ Således vil det i vurderingen om selve restruktureringen i sin egenart krever vederlag, være helt sentralt å forstå den metodiske tilnærmingen som foretas. Et vesentlig moment er å forstå restruktureringen i seg selv, hvor faktorene vi behandlet i avsnitt 2.2 gjør seg gjeldende. I sin helhet innebærer dette en forståelse av endringene i forretningsmodellen etter restruktureringen, det forretningsmessige rasjonale bak beslutningen, forventede gevinster, og om det er andre realistiske alternativer tilgjengelig for de respektive partene.

Det rettslige utgangspunktet er endog fortsatt at *“the arm's length principle does not require compensation for a mere decrease in the expectation of an entity's future profits.”*, jf. retningslinjenes 9.39. OECD hevder derfor at det særlig er to forhold som krever nærmere undersøkelse. Om det har blitt i) overført *“noe av verdi”*, eller om vi ii) har å gjøre med en *“terminering eller reforhandling av eksisterende avtaler”* mellom partene i restruktureringen. Vederlagsspørsmålet må deretter ta hensyn til hva to uavhengige parter ville gjort under tilsvarende omstendigheter, herunder om disse endringene *«(...) would have been compensated between independent parties in comparable circumstances (...)»*. Med andre ord, kan det konstateres at en uavhengig part ville krevd vederlag ved restrukturering, vil mangel på dette gi hjemmel for oppjustering. Tilsvarende, om skattyter betaler vederlag der en uavhengig part ikke vill krevd dette, vil det gi grunnlag for nedjustering av det avtalte beløpet. I de neste avsnittene skal vi derfor granske disse forholdene nærmere. For ordens skyld vil vi også understreke at det som imidlertid blir skrevet om immaterielle eiendeler i dette kapitlet kun er en overordnet innføring av problematikken rundt verdibegrepet tilknyttet forflytting av disse, og at vi vil foreta en mer utdypende behandling av deres særskilte utfordringer i oppgavens kapittel 5.

¹⁰³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.40

¹⁰⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.41

4.2 VEDERLAG FOR AVHENDING AV FORTJENESTEPOTENSIAL

4.2.1 OVERFØRING AV NOE AV VERDI

Det første forholdet OECD viser til er om det er overført “*noe av verdi*”. Med “*noe av verdi*” refereres det til enkeltstående materielle- eller immaterielle eiendeler og/eller funksjonsaktiviteter, kontraktsrettigheter knyttet til disse, og outsourcing (utkontraktering) av deler av virksomheten. I tillegg til dette kan vi også ha å gjøre med helhetlige virksomhetsoverdragelser, herunder forstått som en restrukturering hvor eiendeler, funksjoner og/eller risiko er så tett integrert i hverandre at de først utgjør verdi der disse overføres samlet sett, altså at vi har å gjøre med en aggregert verdi. Slike overførsler vil da som hovedregel utløse realisasjonsbeskatning for overdrager i henhold til sktl. §§ 5-1, jf. 5-30 smh. med 9-2. Overføring av «*noe av verdi*» krever dog likevel at vederlaget som ytes skjer på markedsmessige vilkår (armlengdeprinsippet), jf. sktl. § 13-1. Likeledes gjelder dette ved krav til (innbakt)vederlag for et korrelerende tapt fortjenestepotensial. Vederlagsfri overføring av «*noe av verdi*» under sktl. § 13-1 kan for så vidt fremdeles bli beskattet, jf. uttaksreglene, jf. sktl. § 5-2.

En overføring av enkeltstående materielle eiendeler vil som regel være uproblematisk fra et internprisingsperspektiv, og vil av den grunn heller ikke problematiseres noe nevneverdig i denne oppgaven. Materielle eiendeler er gjerne lett observerbare og dessuten balanseført til anskaffelseskost, alternativt nedskrevet til virkelig verdi,¹⁰⁵ og viser seg således å være svært lite omtvistet i både juridisk teori og rettspraksis, så vel som gjennom OECDs retningslinjer for internprising, jf. retningslinjenes 9.52 flg., jf. stipulerte eksempler.

Når det gjelder en overføring av immaterielle eiendeler ved restruktureringer vil man imidlertid kunne møte på utfordringer knyttet til selve identifiseringen av den respektive immaterielle eiendelen, så vel som verdivurderingen. Problemstillingene oppstår gjerne som en konsekvens av at enkelte immaterielle eiendeler verken er juridisk registrert eller beskyttet, ofte heller ikke bokført i regnskapet.¹⁰⁶ Eksempelvis der en har å gjøre med lokalt utviklede eiendeler for bruk i

¹⁰⁵ Følger av regnskapsloven §§ 5-1 til 5-5

¹⁰⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.55

markedsaktiviteter, eller der kontraktsrettigheter i seg selv skal anses for å være en immateriell eiendel.¹⁰⁷

Dessuten hevdes det i mange tilfeller at immaterielle eiendeler er blant de største verdidriverne for et foretak.¹⁰⁸ Til tross for dette altså ikke gitt at overdrager i enhver situasjon kan kreve vederlag for disse ved restrukturering av virksomheten, jf. retningslinjene 9.39, dersom «*det ikke blir overført immaterielle verdier av betydning*», jf. Utv-2019-363 (Cytec II) s. 12 (avsnitt. 5.3.2). Imidlertid, for å komme frem til om den immaterielle eiendelen som er gjenstand for overførsel i en restrukturering faktisk representerer “*noe av verdi*”, eller «*noe av betydning*», for den restrukturerte parten, og som en uavhengig erverver ville vært villig til å betale for, kan det være nyttig å se hen til en rekke ulike faktorer som kan ha en *innvirkning på verdien* av den respektive immaterielle eiendelen vi har med å gjøre.

Elementene i en slik verdivurdering omfatter, men er ikke begrenset til, varigheten av- og risikoprofilen tilknyttet den forventede gevinsten assosiert med eiendelen, eventuelle restriksjoner ved anvendelsen av den (*eksklusivitet*), samt den immaterielle eiendelens karakteristika og art.¹⁰⁹ Ved fastsettelse av armlengdes pris er det også av betydning å vurdere hvilke eiendeler, funksjoner og/eller risiko hver av de involverte partene anvender og besitter forut og etter restruktureringen.¹¹⁰ I en særstilling står en analyse av kontroll over risiko, så vel som kontroll over aktiviteter utført i forbindelse med utvikling, vedlikehold, beskyttelse, utnyttelse og optimalisering av den immaterielle eiendelen.¹¹¹ Dette er også kjent som det OECD betrakter som såkalte DEMPE-funksjoner i sine retningslinjer for internprising.¹¹²

Avgjørende for vederlagsspørsmålet, med ovennevnte lagt til grunn, ligger blant annet også i den immaterielle eiendelens betydning på overdragers resultatnivå i dag smh. med forventet avkastning frem i tid (*ex ante*), altså om den i hele tatt har en verdi for overdrager. Samtidig må et eventuelt vederlag være forenlig med hva overtaker forventer av gevinster etter at den immaterielle eiendelen er overført (*ex post*), altså hva overtaker i det hele tatt er villig til å betale (avsnitt 5.2.1). I så måte har det isolert sett lite å si hva overtaker *faktisk* generer av overskudd/underskudd

¹⁰⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.64-9.66

¹⁰⁸ Petruzzi & Lang (2022) kap. 3.3

¹⁰⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.56

¹¹⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.48

¹¹¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.60

¹¹² Jf. OECDs retningslinjer for internprising kap. 6, jf. del B (pkt. 6.32-6.85)

etter at den immaterielle eiendelen er overført (*ex post*), da disse fint kan avvike fra forventet fortjeneste/tap forut overførselen (*ex ante*), alt ettersom hvordan for eksempel risiko materialiserer seg.¹¹³ Det vil si, mangler den omstrukturerte enheten synlige immaterielle eiendeler eller rettigheter på tidspunktet for restruktureringen, og som heller ikke vil ha en verdi for overtakers inntjening utover hva overtager allerede er i besittelse av, er det også helt klart at armlengdeprinsippet i utgangspunktet ikke fordrer noe godtgjørelse for disse. Motsatt fall må imidlertid gi positivt svar på vederlagsspørsmålet (*motverdi*). I retningslinjene 9.41 heter det:

“(…) if an entity has *no discernible rights or other assets* at the time of the restructuring, *then it has no compensable profit potential*. On the other hand, an entity with *considerable rights or other assets* at the time of the restructuring *may have considerable profit potential*, which must ultimately be *appropriately remunerated in order to justify the sacrifice of such profit potential*. (våre uthevinger)”

Unntak fra «*no discernible rights or other assets*» kan dog ifølge OECDs retningslinjer 9.62-63 tenkes i de tilfeller hvor verdien på transaksjonstidspunktet er høyst usikker,¹¹⁴ eller der en har å gjøre med “*hard to value intangibles (HTVI)*”.¹¹⁵ Dette er mest betydningsfullt i situasjoner hvor det oppstår et såkalt “*ikke uvesentlig avvik*” mellom det forventede profittpotensialet på tidspunktet for overførselen (*ex ante*), og den faktiske fortjeneste den overtakende part genererer fra å anvende den immaterielle eiendelen (*ex post*). Et eksempel på en slik situasjon kan være at den immaterielle eiendelen på transaksjonstidspunktet bare er delvis utviklet, og at partene i interessefellesskap derfor kan ha insentiv til å overføre slike eiendeler på et så tidlig tidspunkt at den enda ikke har falt inn under kategorien “*considerable rights or other assets*”. I så tilfellet, hvor verdien viser seg svært usikker ved tidspunktet for transaksjonen, ville uavhengige parter fastsatt vederlagsprisen ved enten å avtale en klausul som åpner opp for en justering, eller kreve en reforhandling av den opprinnelige avtalen som sådan. For parter tilhørende samme interessefellesskap, mener OECD at en lignende prisjustering av den immaterielle eiendelen som speiler forhandlingene mellom to uavhengige parter, vil kunne rettfærdiggjøres i de tilfeller usikkerheten også er av samme karakter, jf. retningslinjenes 6.183.

¹¹³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.44-6.46

¹¹⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.181 flg.

¹¹⁵ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.186 flg.

Det kan synes åpenbart at vederlagsspørsmålet ved overføring av immaterielle eiendeler ikke har noe entydig fasitsvar. Likevel, så vil det kunne sies at for å nøyaktig avgrense vederlagsspørsmålet ved overføring av immaterielle eiendeler ved restrukturering av virksomheten, være helt avgjørende å ta i betraktning vilkårene og dens omstendigheter fra både overdragende og overtakende part, der partenes faktiske tilknytning (*ex ante smh. med ex post situasjon*), herunder i) eksistens, ii) eierskap og ikke minst iii) utnyttelse av den immaterielle eiendelen vil være førende for om det har blitt overført “*noe av verdi*” det kreves vederlag for eller ikke. Grunnet omfanget, vil disse tre forholdene som sagt granskes mer utdypende i oppgavens kapittel 5.

Uttrykket “*noe av verdi*” omfatter nemlig også overdragelse av samlede virksomhetsaktiviteter, eller det OECD betegner som “*ongoing concern*” i sine retningslinjer for internprising. Dette dreier seg som nevnt om tilfeller hvor man omfordeler eiendeler som er nært tilknyttet et spesifikt sett med funksjoner og/eller risiko. Aktiviteter knyttet til forskning og utvikling (FoU), andre produksjonsfunksjoner eller øvrig salgsvirksomhet anses av OECD å være gode eksempler på slike aggregerte aktivitetsoverføringer. Altså hvor omfordeling av spesifikke eiendeler som for eksempel maskiner, særskilt inventar, patenter, know-how og/eller kontraktsrettigheter med kunder eller leverandører som en konsekvens gir erverver mulighet til å drive funksjoner den tidligere ikke var i stand til, og som det er forbundet særegne risikoer med.¹¹⁶ Med andre ord må skattytere også gjøre konkrete vurderinger av eiendelenes mulige aggregerte og samlede verdi ved restruktureringer, heller enn kun å verdivurdere deres isolerte egenverdi.¹¹⁷ Samtidig kan virksomhetsoverdragelser føre med seg at man også overdrar potensielle økonomiske merverdier i form av goodwill eller andre selskapssynergier, fordi et selskaps goodwill og/eller synergier gjerne er sammenfallende med hvilke eiendeler man besitter, funksjonsaktiviteter en utfører og risiko man påtar seg, og som for øvrig skal verdivurderes.¹¹⁸ Selve begrepet goodwill utgjør da altså restandelen (*merverdiene*) en eventuell kjøper betaler utover det opprinnelige krevde vederlaget, og kommer til synlighet som en immateriell eiendel ved virksomhetsoverdragelse, jf. Rt. 2008 s 343 (Hafslund Nett) avs. 36 flg.

¹¹⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.68

¹¹⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.70

¹¹⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.27-6.29

OECD er likevel tydelige på at en overførsel av slike aktiviteter ikke automatisk betyr at den ervervende part faktisk vil generere et høyere overskudd. Det kan like mye dreie seg om en avhending av “*loss-making activities*” for overdrager, jf. retningslinjenes 9.71, og om så er tilfellet, vil en slik restruktureringen være en byrde for overtaker. Vederlagsspørsmålet ved virksomhetsoverdragelser er dermed tosidig. På den ene siden er det klart at en aktivitet som er forbundet med store overskudd skal være kompensasjonsberettiget for den som avhender denne form for aktivitet. Om vi på den annen side har å gjøre en tapsbringende aktivitet, vil spørsmålet faktisk snus om til å gjelde en situasjon hvor det vil være det overtakende selskap som bør bli ytt vederlag. Dette fordi aktiviteten i henhold til armlengdeprinsippet og “*andre realistiske alternativer*” heller burde avsluttes.¹¹⁹ OECDs retningslinjer for internprising synes på dette punktet å ha en ytterligere vinkling på sistnevnte scenario, hvorav vederlagsspørsmålet elimineres dersom overtakelsen skaper synergier på andre forretningsområder, og dermed blir et slags nullsumspill hos partene i transaksjonen, jf. retningslinjenes 9.73.

Outsourcing trekkes frem av OECD som et siste moment i tilknytning til vederlagsspørsmålet og om det er overført “*noe av verdi*”. Med outsourcing menes en situasjon hvor en virksomhet frivillig utkontrakterer deler av virksomheten sin til noen andre, og som da gjerne fremstår som en selvstendig økonomisk enhet med egne kostnads- og inntektsposter.¹²⁰ Et eksempel kan være der en og samme virksomhet både produserer og selger sine egne varer. I et slikt tilfelle kan det tenkes at en virksomhet kan ha et ønske om å outsource en kostnadsdrivende del av virksomheten til en annen tilknyttet enhet i et lavkostland, og videre kjøper varene/tjenestene direkte fra kontraktsparten i interessefelleskap. Nærmere bestemt kan en slik outsourcing, avhengig av verdien på utkontraktingen, medføre at en del av det tilhørende profittpotensialet forskyves på, og som med det kan være vederlagsberettiget i henhold til armlengdeprinsippet. Mellom uavhengige parter vil vederlagsspørsmålet ifølge retningslinjenes 9.74 imidlertid avgrenses til å gjelde hvorvidt sparte kostnader overstiger kostnader forbundet med restruktureringen. Dersom omfordelingen av inntekter og kostnader utligner hverandre, ville begge parter være tjent med restruktureringen, og således vil ikke overdrager under armlengdeprinsippet nødvendigvis kreve noe eksplisitt godtgjørelse for en slik

¹¹⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.72

¹²⁰ Barrar & Gervais (2006) s. 3

restrukturering. Om motsatt tilfelle, hvor omfordelte inntekter overstiger sparte kostnader, ville en uavhengig part utenfor enhver tvil krevd vederlag som følge av endringene.

4.2.2 TERMINERING ELLER REFORHANDLING AV EKSISTERENDE AVTALER

Det andre forholdet OECD viser til er om restruktureringen har medført en “*terminering eller reforhandling av eksisterende avtaler*”, uavhengig om dette innebærer en overføring av noe av verdi eller ikke.¹²¹ En endring eller eliminering av gjeldende avtalevilkår kan resultere i negative konsekvenser for den restrukturerte enheten, eksempelvis som følge av endringer i avskrivninger, terminering av ansettelseskontrakter, økte kostnader ved tilpasning av ny operasjonell aktivitet og/eller en reduisering av fortjenestepotensialet. En reforhandling av avtaler kan også lede til en endring i hvem som reelt bærer den vesentlige risikoen mellom parter tilknyttet samme interessefellesskap. Med andre ord innebærer en terminering eller reforhandling av avtaler som oftest en endring i funksjons- og risikoprofilen til partene involvert, og således også potensielt en forskyvning av inntjeningspotensialet. I så tilfellet reises det spørsmål om hvorvidt en uavhengig part ville betalt et vederlag til parten som får sitt fremtidige fortjenestepotensial redusert, og hvorledes man skulle kommet frem til en fastsettelse av den respektive kompensasjonen, jf. retningslinjenes 9.76.

Utgangspunktet i henhold til norsk avtalerett er full avtalefrihet, der partene fritt kan inngå avtale om hva de vil, med hvem de vil.¹²² Det privatrettslige utgangspunktet er dessuten også sterkt forankret internasjonalt gjennom det mellomstatlige UNIDROIT-samarbeidet,¹²³ jf. UNIDROIT principles art. 1.1 Det råder dermed heller ingen presumpsjon om at en terminering eller reforhandling av eksisterende avtaler i ethvert tilfelle utløser en plikt til å yte vederlag innenfor armlengdes avstand. Spørsmålet om vederlagsplikt beror derfor på en nøye identifisering av avtalen forut og etterfølgende restruktureringen, så vel som hvilke andre realistiske tilgjengelige alternativer partene har på transaksjonstidspunktet. I den anledning peker OECD på tre sentrale momenter som burde tas i betraktning.¹²⁴

¹²¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.75

¹²² Woxholth s. 27

¹²³ Woxholth s. 55 smh. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016

¹²⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.79

i) For det første, hvorvidt det eksisterer en klausul om kompensasjon i avtalen og om selve vilkårene, eller eventuelt fravær av disse, er i tråd med armlengdeprinsippet. ii) For det andre, om nasjonal kontraktserstatningsrett på området trekker i retning av at det skal ytes kompensasjon, tatt i betraktning omstendighetenes faktum. iii) For det tredje, om det viser seg at den skadelidte har krav på erstatning ved terminering eller reforhandling, hvem skal i så fall stå ansvarlig for erstatningskostnadene.

Det klare utgangspunkt vil være å undersøke om termineringen eller reforhandlingen av avtalen foreligger skriftlig. Ved fravær av skriftlig terminering eller reforhandling, må den kontraktuelle relasjonen vurderes ut fra partenes faktiske oppførsel, herunder kontraktsrettens ulovfestede lojalitetsprinsipp, jf. Rt 2003. s. 1252 (DnB) smh. Rt. 2005 s. 268 (Alsvåg). Dersom skriftlig opphør viser seg å foreligge, må det på tidspunktet for reforhandling eller terminering undersøkes om det eksisterer en klausul om kompensasjon, hvorav utgangspunktet vil være en objektiv tolkning av ordlyden i avtaleteksten, jf. Rt. 2002-1155 (Hansa Borg). Kompensasjonen for positiv kontraktsinteresse trenger ikke ta form av rene pengeutbetalinger, selv om dette oftest viser seg i praksis.¹²⁵ Kompensasjon kan for eksempel også komme til uttrykk som garantier. Begrepet garanti har ingen entydig juridisk definisjon, og rettsvirkningene av garantier kan derfor være mange. Det som imidlertid kjennetegner garantier er at risikoen for kontraktsforholdet forskyves til garantisten, men som etter deklatoriske regler i utgangspunktet ville hvilt på kontraktsmotparten.¹²⁶ Garantien vil i seg selv derfor kunne bli sett på som en armlengdes kompensasjon. Når det er sagt, fremhever OECDs retningslinjer 9.81 at et eventuelt fravær av en kontraktsrettslig avtalt kompensasjon ikke er ensbetydende med at termineringen eller reforhandlingen av kontrakten faller utenfor armlengdeprinsippet. Dette fordi heller ikke uavhengige parter under enhver omstendighet ville avtalefeste en klausul om kompensasjon for terminering eller reforhandling ved kontraktsinngåelse.

Det vil derfor være av betydning å vurdere om vilkårene i kontrakten er innenfor armlengdes avstand uavhengig om det eksisterer en klausul om kompensasjon eller ikke. Dette skyldes at parter i et interessefellesskap gjerne innehar mer harmonisering hva gjelder kontraktsmessige interesser, enn det som er tilfellet

¹²⁵ Hagstrøm (2015) s. 275-276

¹²⁶ Hagstrøm (2015) s. 224

mellom uavhengige parter.¹²⁷ En tilgrensende problemstilling i tilknytning til dette blir således også om skattemyndighetene med hjemmel i sktl. § 13-1 kan gå inn å foreta en justering av kontraktsvilkårene, dersom en tolkning av avtalen viser at det ikke formelt sett er avtalt en kompensasjonsklausul ved terminering eller reforhandling.

I henhold til OECDs retningslinjer skal avtalestrukturer foretatt i interessefellesskap som utgangspunkt aksepteres av skattemyndighetene, og følger av retningslinjenes som-strukturert-prinsipp fastsatt i 1.141. Armlengdeprinsippet åpner opp for strukturelle justeringer av avtalevilkår, imidlertid underlagt “*exceptional circumstances*”, noe som tyder på at justering av kontraktsvilkår kun skal være forbeholdt spesielle forhold, og at adgangen derfor er sterkt begrenset. Ved fravær av sammenlignbare data, vil vilkår om kompensasjon eller et fravær av disse, altså måtte vurderes ut fra en analyse av partenes rettigheter og funksjoner ved i) tidspunktet for kontraktsinngåelsen, så vel som ved ii) tidspunktet for selve termineringen eller reforhandlingen. i) har korrelasjon med antakelsen om interessekonflikter ved inngåelse av et kontraktsforhold, imens ii) har korrelasjon med antakelsen om opprettholdelse av kontrakten etter at den har påbegynt, såfremt det fortsatt er i kontraktspartenes interesser.¹²⁸ I tillegg til dette kan det også være nyttig å supplere analysen med en undersøkelse av partenes iii) andre realistiske tilgjengelige alternativer. I enkelte tilfeller vil det kunne være slik at uavhengige parter ikke har noen tilgjengelige alternativer som viser seg mer attraktive, og må således akseptere en terminering eller reforhandling av kontrakten uten at det nødvendigvis betales et vederlag.¹²⁹

Ved en vurdering om vilkårene i kontrakten i relasjon til kompensasjon er innenfor armlengdeprinsippet, vil det også være av relevans å undersøke både vederlaget som betales for motytelsen i kontraktsforholdet, partenes innsatsfaktorer og risikoprofiler på transaksjonstidspunktet, så vel som de økonomiske vilkårene for terminering eller reforhandling av kontrakten. Grunnen er at disse gjerne er sammenfallende.¹³⁰ Et aspekt som er særlig interessant i denne anledning vil være situasjoner hvor kontrakten som nå er terminert/reforhandlet, opprinnelig krevde at en av partene foretok en betydelig investering, til gjengjeld for en armlengdes

¹²⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 1.142

¹²⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.82

¹²⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.84

¹³⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.85

godtgjørelse dersom avtalen opprettholdes for en lengre periode. Slike vilkår skaper en finansiell risiko for den investerende part dersom avtalen termineres eller reforhandles før den ytende part er berettiget til godtgjørelsen.¹³¹

Når uavhengige parter forhandler om kontraktsvilkår i ovennevnte tilfelle vil særlig to scenarioer være fremtredende. Enten vil en uavhengig part velge å skjerme seg fra investeringsrisikoen ved å avtale en klausul som sikrer parten en kompensasjon dersom avtalen termineres eller reforhandles før den fullbyrdes. På en annen side vil slike vilkår også redusere risikoprofilen til parten som igjen vil trekke i retning av mindre avkastning på kontraktsforholdet og således en redusert godtgjørelse ved fullbyrdelse av kontrakten. Det kan derfor tenkes at uavhengige parter også ville godtatt en kontraktsinngåelse uten kompensasjonsklausul, nettopp for å være berettiget til en høyere sluttavkastning (*risikopremie*).¹³² Tilsvarende burde slike omstendigheter også være momenter som vektlegges mellom parter tilhørende samme interessefellesskap, hvor påtatt risiko skal kunne få betydning for de kontraktuelle vilkårene som inngås, og dermed også hvorvidt det skal ytes kompensasjon ved terminering/reforhandling eller ikke.

Ved analysen om en terminering eller reforhandling av avtalen er i tråd med armlengdeprinsippet, vil det også være av nytte å ta stilling om nasjonal lovgivning kan gi noe verdifull veiledning. Både relevant kontraktsrett og rettspraksis på området vil kunne gi føringer for hvordan spørsmålet vedrørende kompensasjon skal forstås i tilfeller hvor en kontrakt av spesifikk art termineres eller reforhandles.¹³³ For selskap A i det fiktive caset, som er et norsk foretak underlagt norsk kontraktserstatningsrett, er det ingen særskilte krav til terminerings- eller avgangsvederlag hvis dette ikke er avtalt, såfremt termineringen/reforhandlingen ikke bryter med vilkårene i kontrakten, samt at vilkårene kan sies å være innenfor armlengdeprinsippet.¹³⁴ Har vi imidlertid å gjøre med et kontraktsbrudd,¹³⁵ er det “klare utgangspunkt at skadelidtes tap skal erstattes fullt ut, med mindre det finnes hjemmel for noe annet (lemping iht. spesiallov)”, jf. Høyesteretts uttalelser i Rt. 2004 s. 1887, avs. 30 (Multiconsult). Samtidig er norsk kontraktserstatningsrett også tydelige på at “erstatningen bare dekker partens netto tap. Det innebærer blant

¹³¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.87

¹³² Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.89

¹³³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.80

¹³⁴ Haaskjold (2017) 162-190

¹³⁵ Vilkårene for at terminering eller reforhandling av en kontrakt skal anses som kontraktsbrudd, er at misligholdet skyldes i) ansvarsgrunnlag, ii) årsakssammenheng, iii) økonomisk tap

annet at dersom parten på grunn av kontraktsbruddet har unngått kostnader som ville påløpt om kontrakten var blitt riktig oppfylt, skal et tilsvarende beløp komme til fradrag i erstatningen.”, jf. Ot.prp nr.80 (1986-87) s. 120.¹³⁶ Unntakets særegne omstendigheter synes dessuten å være helt i tråd med armlengdeprinsippet.

En terminering/reforhandling av løpende kontraktsforhold innehar altså ingen presumpsjon om at det også i ethvert tilfelle må ytes et erstatningsbeløp til den restrukturerte parten. Om vi imidlertid antar at den restrukturerte parten har krav på et erstatningsbeløp, blir en siste problemstilling hvem som i så fall skal bære kompensasjonskostnadene på armlengdes avstand. Fra et slikt perspektiv vil det være nødvendig å identifisere de faktiske kontraktsvilkår, som gir uttrykk for hva de uavhengige partene vil tjene (*fordelene*), og således være villige til å betale i tilfeller hvor den respektive kontrakten termineres/reforhandles.¹³⁷ I et tilfelle hvor for eksempel et salgsselskap terminerer/reforhandler kontrakten med en tilknyttet produksjonsvirksomhet til fordel for en annen tilknyttet produksjonsvirksomhet, vil flere ulike former for kompensasjon kunne vise seg passende.

Det mest naturlige vil nok tenkes å være at salgsselskapet som terminerte/reforhandlet den respektive kontrakten, også er den som må stå ansvarlig for erstatningsbeløpet til den skadelidte.¹³⁸ På en annen side kan det også tenkes å foreligge situasjoner hvor den nye kontraktsinnehavende produsenten faktisk kan være villig til å yte kompensasjon til den skadelidte produsenten, for selv å sikre seg kontrakten med salgsselskapet. Dette begrenser seg ifølge retningslinjenes 9.96 imidlertid til de tilfeller hvor de forventede gevinstene (*netto nåverdi*) fra den nye kontrakten overstiger betalingene til skadelidte, der betalingen fra den nye kontraktsinnehaver anses for heller å være en investering. Et annet eksempel kan være at både salgsselskapet og den nye produsenten gjensidig deler vederlagsbetalingen, eller at en tredjepart internt i konsernet som ikke direkte er involvert i kontrakten velger å bære kompensasjonskostnadene. Et morselskap kan eksempelvis yte kompensasjon til den uavhengige skadelidte produsenten som følge av en restrukturering mellom produsenten og salgsselskapet i interessefellesskap, dersom konsernet som helhet oppnår en realisering av synergier eller stordriftsfordeler ved å terminere/reforhandle den eksisterende kontrakten med

¹³⁶ smh. kjøpsloven § 67

¹³⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.93

¹³⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.95

den uavhengige produsenten.¹³⁹ Retningslinjene 9.93 erkjenner dog på dette punkt at det ikke er mulig å “(...) *derive a single answer for all cases and the answer should be based on an examination of the facts and circumstances of the case.(...)*”.

4.3 FINNES DET ALTERNATIVE MÅTER Å LØSE VEDERLAGSSPØRSMÅLET PÅ? – ET INNBLIKK I TYSKE REGLER PÅ OMRÅDET

En interessant innvending kan være å se hen til hvordan tysk internrett har valgt å løse internprisingsimplikasjonene som kan oppstå ved grenseoverskridende konserninterne restruktureringer. Tyskland har, til tross for at landet faktisk var med på å utforme kapittel 9 i OECDs retningslinjer for internprising tilbake i 2010, til dels valgt å avvike fra OECDs tilnærming. I Tyskland blir nemlig OECDs retningslinjer for internprising ansett å være “*myk lov*”, som vil si at de ikke er obligatorisk lov etter tysk internrett når en vurderer hvordan armlengdeprinsippet skal forstås og anvendes.¹⁴⁰ Det aller meste av OECDs praksis synes likevel å være innarbeidet i internt rundskriv for å sikre internasjonal harmonisering av armlengdeprinsippet, med direkte henvisning til OECDs retningslinjer som vedlegg.¹⁴¹ I den forbindelse må det også på det rene understrekes at ettersom OECDs retningslinjer «*generelt vises til*», også kapittel 9, jf. det interne rundskrivet pkt 2.1-2, så vil også den særegne tyske beskatningsretten begrenses om vi har med skatteavtalesituasjoner som inneholder OECDs mønsterskatteavtale art. 9.¹⁴²

Med ovennevnte klargjort, er Tysklands spesifikke internrettslige regler ved konsernintern restrukturering (utenfor skatteavtalesituasjon) nærmere regulert av henholdsvis Außensteuergesetz Sec. 1 (3) (forkortet *AStG*)¹⁴³, og kom som følge av en reform av selskapsskatteretten i 2008. Det som gjør Tysklands tolkning så særegen er at det i henhold til tysk internrett som hovedregel *skal* betales vederlag ved forflytting av eiendeler, funksjoner og/eller risiko til tilknyttet enhet lokalisert

¹³⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 9.97

¹⁴⁰ Ludwig, Wellens & Postler (2022)

¹⁴¹ Jf. “*Administrative principles governing transfer pricing - Principles for the adjustment of income pursuant to section 1 of the External Tax Relations Act (Außensteuergesetz)*”, s. 12 pkt 2.1-2. “*The German tax administration therefore generally refers to the OECD Transfer Pricing Guidelines for orientation, within the framework of the applicable national law, regardless of whether the case involves a situation that is subject to a DTA (double tax agreement) agreed with an OECD member state, or a non-OECD member state, or a situation where there is no applicable DTA.*”

¹⁴² Risøy & Lange (2020)

¹⁴³ Oversatt til “*den tyske utenlandske skattelov*”- AStG henvist til gjennom pkt 3.87 i det interne rundskrivet.

i en annen skattejurisdiksjon, dersom det *ikke finnes* en tilstrekkelig sammenlignbar transaksjon.¹⁴⁴

Restruktureringer blir av tysk internrett sett på som en re-allokering av funksjoner (på tysk *funktionsverlagerung*), og blir verdsatt på aggregert nivå som en slags “pakke”-tilnærming (på tysk *transferpaket*).¹⁴⁵ Denne såkalte pakken består av funksjoner overført, risiko og muligheter tilknyttet disse funksjonene, samt eiendelene og fordelene som overføringen av funksjonene gir. Funksjonsoverførselsens omfang er uten betydning, da også delvise funksjonsoverførsler er tilstrekkelig. I tillegg til dette vil det heller ikke være nødvendig at andre eiendeler eller ytelser stilles tilgjengelig for den overtakende part for at det skal kunne anses som en re-allokering av funksjoner. Det er heller ikke noe krav til at den ervervede part faktisk må utføre funksjonen som overføres, såfremt den er med på å supplere eller utvide en eksisterende funksjon.¹⁴⁶

Selve verdsettelsen gjøres ved å foreta en hypotetisk armlengde test (på tysk *hypothetischen fremdvergleich*)¹⁴⁷, som er en særegen internprisingsmetode Tyskland anvender for å komme frem til armlengdes pris ved grenseoverskridende restruktureringer. En hypotetisk armlengde test vil si en metode som skal vurdere omfanget av funksjonsendringer hos den restrukturerte parten opp mot funksjonsendringer hos den overtakende part (på tysk *funktionsabschmelzung*). Testen består videre i å gjøre en adekvat funksjonsanalyse av hver av partene i restruktureringen, med en antagelse om at begge partene er aktsomme forvaltere og har full informasjonstilgang.¹⁴⁸ Når dette er gjort kan det deretter utledes en minimumspris (overdragers endring i fortjenstepotensiale) og en maksimumspris (overtakers endring i fortjenstepotensiale) for selve overføringspakken. Dette gjøres ved å beregne nåverdien (på tysk *barwertermittlung*) til den såkalte pakken for både overdrager og overtaker, basert på diskonterte kontantstrømmer knyttet til profittforventningene (på tysk *gewinnpotenzialen*) som overføringspakken har. Den tosidige nåverdien, det vil si minimums- og maksimumsprisen, utgjør så spekteret av det tysk internrett betrakter som et gjensidig samtykke (på tysk

¹⁴⁴ Jf. AStG Sec. 1 (3), jf (1)

¹⁴⁵ Jf. AStG Sec. 1 (3b), 1. & 5. setning

¹⁴⁶ Forordning om anvendelse av armlengdeprinsippet etter utenlandsskatteloven ved grenseoverskridende flytting av funksjoner – (*Funktionsverlagerungsverordnung – FVerlV*)

¹⁴⁷ Jf. AStG Sec. 1 (3), jf. (3a)

¹⁴⁸ Jf. Sec 3.38-3.39 flg. i tilknyttede retningslinjer til AStG (se note 148)

einigungsbereich)¹⁴⁹ mellom partene. Dernest vil snittet mellom intervallet av minimums- og maksimumsprisen vanligvis være det som må betales til den restrukturerte parten på armlengdes avstand, med mindre skattyter kan rettferdiggjøre en annen pris.

Det finnes imidlertid unntak til den hypotetiske armlengde testen, der skattyter kan avvike fra overføringspakkeverdien, såfremt skattyter på en pålitelig måte kan påvise at det ikke er overført immaterielle eiendeler av betydning, eller øvrige fordeler i forbindelse med funksjonsoverdragelsen. Nærmere bestemt gjelder unntaket i situasjoner der funksjonene som overføres kun skal utføres av overtakende part utelukkende på vegne av overdrager, altså som en slags agent, og hvor tyske skattemyndigheter stiller krav til CP som kompensasjon. Det sentrale momentet med unntaksbestemmelsen er at en slik overføring ikke innehar noen utpreget skattekonsekvenser, da det tyske selskapet, herunder overdrager, fortsetter å være økonomisk eier av de verdidrivende immaterielle eiendelene, og således rettighetsinnehaver overfor det skattepliktige restoverskuddet som den samlede virksomheten generer.¹⁵⁰ Man kan på mange måter si at rømningsklausulen skal insentivere til grenseoverskridende virksomhet, men uten at dette går på bekostning av nasjonalt skatteproveny, ved at prinsipalen og det vesentlige skattepliktige overskuddet forblir i Tyskland.

En kan spørre seg om Tysklands tilnærming bør innarbeides i OECDs retningslinjer for internprising for å skape mindre usikkerhetsmomenter knyttet til vederlagsspørsmålet ved grenseoverskridende restrukturering av virksomhet. Etter en analyse av juridiske betraktninger, teori og praksis av den tyske internretten på området, er OECDs tilnærming etter vårt syn likevel den mest foretrukne løsningen, selv om også denne definitivt kan utfordres. Konklusjonen vår er forankret i særlig to kritikkverdige momenter, og som også er gjennomgående i juridisk teori.

Særlig er forutsetningen om at begge parter har full informasjonstilgang når man skal utarbeide den hypotetiske armlengde testen, gjenstand for kritikk.¹⁵¹ En slik praksis kan prinsipielt sies å avvike fra armlengdeprinsippet, der markedskrefter som interessemotsetninger, informasjonsasymmetri, forhandlingsstyrke og “*andre*

¹⁴⁹ Jf. AStG Sec. 1 (3a), jf. (3b)

¹⁵⁰ Jf. AStG Sec. 1 (3b)

¹⁵¹ Richelle, Schön & Traversa (2016) s. 155

realistiske alternativer” er bestemmende på prisen. En kan derfor også spørre seg om armlengdeintervallet mellom minimums- og maksimumsprisen i den hypotetiske armlengde testen faktisk er noe to uavhengige parter i det hele tatt ville blitt enige om. Om negativt svar, har en slik hypotetisk tilnærming ingen forankring i markedsfunksjonen, og bør anvendes med varsomhet som et supplerende element for å komme frem til en rettmessig armlengdepris.¹⁵²

Det andre kritikkmomentet baserer seg på det faktum at verdsettelsen av funksjonsendringene hos både overdragende og overtakende part, basert på deres fremtidige diskonterte kontantstrømmer som følge av re-allokeringen av funksjoner, faktisk indirekte vil kunne føre med seg en uheldig dobbeltbeskatning for overtaker.¹⁵³ I motsetning til OECDs tilnærming som potensielt kun er ment å dekke overdragers tapte fortjenestepotensial, vil også den hypotetiske armlengde testen innkalkulere overtakers gevinster av transaksjonen, hvor vi derfor av faktum har å gjøre med to nåverdier av fremtidige kontantstrømmer istedenfor kun en. Dette er problematisk fordi overtakers gevinster av transaksjonen indirekte skatlegges i den overdragende jurisdiksjonen på tidspunktet for re-allokeringen gjennom vederlagsbetalingen, samtidig som den samme inntekten fortløpende vil bli skattepliktig hos den overtakende jurisdiksjonen når den faktisk realiseres.

Konklusjonen vår er som nevnt at Tysklands alternative tilnærming til armlengdeprinsippets anvendelse ved grenseoverskridende restruktureringer ikke bør innarbeides i OECDs retningslinjer for internprising. Dette fordi vi mener det kan synes tydelig at den hypotetiske armlengde testen favoriserer utreiselandet på bekostning av innreiselandet. Det kan dermed etter vårt syn argumenteres for at den er noe mindre balansert enn OECDs tilnærming som på sin side allokere skatterettighetene på en mer rettferdig måte, og som hensyntar både inn- og utreiselandet. Vi mener slike rettigheter bør vektlegges tungt i saker om internprising for å unngå uoverensstemmelser ved armlengdeprinsippets anvendelse, hindre at det skjer internasjonal dobbeltbeskatning, og dessuten sikre organisasjonsfriheten og øvrig grenseoverskridende aktivitet.

¹⁵² Kessler & Eickle (2008)

¹⁵³ Duff & Phelps (2017) s. 522

5 EIENDELER OG RETTIGHETER MED VESENTLIG FORTJENESTEPOTENSIAL

5.1 HVORFOR BEHANDLE IMMATERIELLE EIENDELER SOM ET EGET MOMENT VED RESTRUKTURERINGER?

Ved konserninterne restruktureringer er det sentralt å vurdere en overføring og påfølgende allokering av immaterielle eiendeler ettersom det gjerne er de immaterielle eiendelene som er den sentrale verdidriveren for en virksomhet, og som således innehar et vesentlig inntjeningspotensial.¹⁵⁴ Foranledningen til å behandle overføring av immaterielle eiendeler særskilt er som vi har sett¹⁵⁵ at det ved en restrukturering ofte vil kunne vise seg vanskelig å verdivurdere den overførte immaterielle eiendelen for skatteformål (*utnyttelse*), så vel som i det hele tatt å identifisere om en immateriell eiendel av faktum er overført (*eierskap*).¹⁵⁶

Dessuten anerkjenner OECD at en for smal eller bred definisjon av begrepet kan by på utfordringer.¹⁵⁷ En innskrenkende tolkning vil kunne utelate enkelte immaterielle eiendeler fra å bli identifisert og påfølgende kompensert for i transaksjoner mellom parter i interessefellesskap, der uavhengige parter ellers ville betalt et vederlag. Samtidig vil en utvidende tolkning på sin side kunne medføre at det kreves kompensasjon i situasjoner som ikke ville forekommet ved transaksjoner mellom uavhengige parter.

Selv om det ikke er noen entydig legaldefinisjon forstås begrepet immaterielle eiendeler av OECD som “*not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances*”.¹⁵⁸ Immaterielle eiendeler er per definisjon ikke-fysiske eiendeler, og retningslinjene angir ingen ytre grense forbi det faktum at det er noe som kan anvendes i en forretningsammenheng (*eksistens*). OECD går faktisk i det lengste til å hevde at de ikke søker å kategorisere ulike

¹⁵⁴ Naas mf. (2017) s. 1072

¹⁵⁵ Jf. avsnitt 4.2.2 i denne oppgaven

¹⁵⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.2

¹⁵⁷ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.5

¹⁵⁸ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.6

former for immaterielle eiendeler i sine retningslinjer for internprising; “*no attempt is made in these Guidelines to delineate with precision various classes or categories of intangibles or to prescribe outcomes that turn on such categories*”.¹⁵⁹ Dette nettopp for å utelukke skattyter fra å differensiere i sin tilnærming ved vurderingen av armlengdes pris for immaterielle eiendeler som eventuelt hadde falt utenfor en slik kategorisering.

5.2 IMMATERIELLE EIENDELER

5.2.1 IMMATERIELLE EIENDELER ETTER ARMLENGDEPRINSIPPET

I enkelte tilfeller er det helt tydelig at det foreligger en immateriell eiendel av identifiserbar karakter, eksempelvis offentlig registrerte varemerker og patenter. Begrepet strekker seg imidlertid lenger enn til de aktiva som kan offentlig registreres eller balanseføres etter norsk regnskapslovgivning.¹⁶⁰ Uavhengig av synlighet vil imidlertid de immaterielle eiendelene likevel kunne anvendes til å generere økonomisk verdi for virksomheten og det er således viktig å identifisere om en verdiskapende eiendel er overført ved en restrukturering av virksomheten. Det sentrale er derfor heller hvorvidt det som er overført representerer “*noe av verdi*” som uavhengige parter ville betalt vederlag for, uavhengig av synlighet og definisjonsbegrep, jf. avsnitt 4.2.1.

En anvendelse av armlengdeprinsippet på immaterielle eiendeler kan derfor være komplisert ettersom prosessen med verdivurderingen viser seg utfordrende, samtidig som det ofte er få tilstrekkelige sammenlignbare transaksjoner i markedet. Det er også få tilfeller hvor det er en proporsjonalitet mellom kostnader knyttet til utviklingen og den faktiske reelle økonomiske verdien av den immaterielle eiendelen.¹⁶¹ Eiendelens verdi kan variere ut fra hvem som anses å være rettighetsinnehaver, og hvordan den eventuelt er beskyttet.¹⁶² Videre er det også ofte store usikkerhetsmomenter knyttet til det tilhørende profittpotensialet. Ved anvendelse av armlengdeprinsippet på konserninterne restruktureringer hvor

¹⁵⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.15

¹⁶⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.7

¹⁶¹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.11

¹⁶² Petrucci mf. (2019)

immaterielle eiendeler er gjenstand for overførsel, må overføringen derfor vurderes fra både avhender og erverver sitt ståsted, og reflektere partenes andre realistiske tilgjengeligheter.¹⁶³ Med andre ord må vederlaget speile det en uavhengig overtaker ville vært villig til å betale for den respektive immaterielle eiendelen, samtidig som den også må speile det en uavhengig overdragende part ville vært villig til å selge den for. Dersom vederlaget er innenfor armlengdes avstand, vil den derfor reflektere partenes andre tilgjengelige realistiske alternativer, ettersom en uavhengig virksomhet alltid vil søke å ivareta sine interesser, og således optimalisere sin ressursallokering.¹⁶⁴

For å ta stilling til om det er faktum er overført immaterielle eiendeler må det bekreftes hvem som var rettighetsinnehaver forut restruktureringen, så vel som hvem som anses å være rettighetshaver etter restruktureringen. Dette illustrerer viktigheten av å ta alle relevante omstendigheter og faktum i betraktning for å nøyaktig avgrense den immaterielle eiendelen som er gjenstand for transaksjonen.¹⁶⁵

5.2.2 EIERSKAPSPØRSMÅLET FØR RESTRUKTURERINGEN

Det rettmessige eierskapet til den immaterielle eiendelen er et sentralt moment ved vurderingen om det foreligger en overføring, og som en konsekvens, hvem av partene som skal tildeles fortjenesten, samt et eventuelt vederlag, som følge av en restrukturering av virksomheten. Et subjekt som ikke anses å være i besittelse av eierskapet til en immateriell eiendel er heller ikke berettiget til et vederlag for overføringen. Eierskap kan sies å foreligge i form av juridisk- økonomisk- eller offentlig registrert eierskap.¹⁶⁶ Juridisk eierskap omfatter en avtale som juridisk sett beskytter den immaterielle eiendelen, eksempelvis en bindende avtale. Økonomisk eierskap tilfaller den som har utviklet den immaterielle eiendelen og således foretatt betydelige investeringer i dens eksistens. Offentlig registrering er en form for juridisk eierskap og kan eksempelvis være formell registrering i offentlige registre. I juridisk teori er det omtvistet hva gjelder tyngden av de ulike formene for eierskap.

¹⁶³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.112

¹⁶⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.113-6.114

¹⁶⁵ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.107

¹⁶⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt 6.35-6.38

Enkelte argumenterer for at det juridiske eierskapet skal anses å være avgjørende¹⁶⁷, mens andre trekker i retning av at norsk skatterett fordrer et økonomisk eierskap for å tilegne den tilknyttede fortjenesten.¹⁶⁸

OECD trekker en mindre klar linje, der en juridisk eier ikke nødvendigvis er rettighetsinnehaver overfor all profitt tilknyttet utnyttelsen av den respektive immaterielle eiendelen.¹⁶⁹ Dersom fortjenesten skal tilkomme juridisk eier må innehaver også utføre mesteparten av funksjonene, bistå med eiendelene som benyttes, og påta seg vesentlig risiko tilknyttet utvikling, optimalisering og beskyttelse av den immaterielle eiendelen, jf. DEMPE-funksjonene.¹⁷⁰ I tilfeller hvor andre enheter bidrar med ovennevnte forhold, skal disse kompenseres for innsatsfaktorene i tråd med hva uavhengige parter ville kommet til enighet om. Det skal med andre ord være et proporsjonalt samsvar mellom kostnader, risiko og innsatsfaktorer hver part påtar seg, og hver parts andel av rettighetene i den respektive immaterielle eiendelen som utvikles. Man kan på mange måter si at økonomisk eierskap er mer vesentlig enn juridisk eierskap når det gjelder det tilhørende profittpotensialet. Det vil si at ved fravær av juridisk eierskap, vil økonomisk eierskap altså være førende, men også i tilfeller der det juridiske og økonomiske eierskapet ikke er i overensstemmelse, må det økonomiske eierskapet sies å være tungtveiende når det gjelder eierskapet til profittpotensialet. Det må derfor altså skje et skifte av økonomisk eierskap for at overtaker også skal være rettighetsinnehaver overfor profittpotensialet.

Et særskilt spørsmål som kan oppstå vedrørende særlig økonomisk eierskap, er hvorvidt langvarig anvendelse av immaterielle eiendeler i eierskap av en annen konsernenhet faktisk kan konstituere en reell overføring av eierskapet. På den ene siden vil man kunne argumentere for at et salgsselskap, slik som selskap A i det fiktive caset, vil kunne skape en merverdi ved anvendelsen av vare- og merkevarer som er eid av selskap B i caset. Dersom selskap A oppnår eksepsjonelle salgstall og vellykkede markedsaktiviteter vil dette kunne gi vare- og merkevarene positive økonomiske virkninger, og således tilføye den immaterielle eiendelen merverdi. På

¹⁶⁷ Wittendoft (2009) s. 757

¹⁶⁸ Naas mf. (2017) s. 1074

¹⁶⁹ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.47

¹⁷⁰ Jf. OECDs retningslinjer for internprising kap. 6, jf. del B (pkt. 6.32-6.85) - Se også avsnitt 4.2.2 i denne oppgaven

en annen side skal det mye til for at selskap A, som er et 100 pst. eid datterselskap av selskap B, skal kunne anses å være eier av den respektive immaterielle eiendelen. I slike situasjoner hvor det skapes en merverdi, kan det heller være tale om at selskap A får en særskilt god forhandlingsposisjon ved internprising av andre konserninterne tjenester, herunder salgsprovisjoner og markedsføringstjenester, som mer sannsynlig ville vært tilfellet for et uavhengig salgskontor.¹⁷¹

5.2.3 EIERSKAPSSPØRSMÅLET *ETTER* RESTRUKTURERINGEN

Når det er avgjort at det foreligger en immateriell eiendel med et identifisert eierskap forut restruktureringen, er det imidlertid først når disse brukes av en annen enn rettighetsinnehaveren eller faktisk overføres til ny eier at vederlagsspørsmålet oppstår. En overføring av immaterielle eiendeler kan opptre ved bruk av immaterielle eiendeler hvor det til gjengjeld betales royalt (løpende betaling) og ved faktisk salg av den respektive immaterielle eiendelen (*engangstransaksjon*).¹⁷² Overføringen kan også gjøres basert på et kostnadsfordelingsprinsipp (*CCA*).¹⁷³

Når en skal vurdere om det har forekommet en overføring av immaterielle eiendeler, reises gjerne tre problemstillinger. Det første er *om* overførselen av faktum har funnet sted. Dette er en særskilt utfordring ved immaterielle eiendeler ettersom de gjerne er mer særegne og mindre synlige enn andre aktiva, og det er således vanskelig å fastslå om de faktisk har skiftet eier eller om de benyttes av andre enn eieren. Dette kan også sies å være utfordrende ved tilfeller der en immateriell eiendel er en del av flere sammensatte produkter, hvor den immaterielle eiendelens verdi utgjør en delkomponent av det totale produktet som overføres.¹⁷⁴ Tilsvarende vil en virksomhetsoverdragelse ofte inkludere immaterielle verdier som goodwill, og hvor verdien er vanskelig å fastslå når man ikke har å gjøre med en uavhengig kjøper.¹⁷⁵ Ved en restrukturering av virksomheten kan det dessuten være svært utfordrende å identifisere om det er overført en immateriell eiendel, ettersom dette potensielt kan forekomme som en utilsiktet konsekvens av at

¹⁷¹ Se IR-2006-146 (GlaxoSmithKline) sammenholdt med Utv. 1987 s. 9 (Svafas-dommen)

¹⁷² Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.87

¹⁷³ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 8.3

¹⁷⁴ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.95

¹⁷⁵ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.27-6.29, jf. 6.82, jf. 6.96

funksjoner og oppgaver re-allokeres internt i konsernet.¹⁷⁶ Ved vurderingen om det foreligger en overføring av immaterielle eiendeler vil det således kunne være relevant å se på det økonomiske virksomhetsresultatet, og hvorvidt det har forekommet endringer i fortjenestenivå som eventuelt kan forklares som følge av immaterielle eiendeler selskapet benytter seg av, jf. Utv. 2002 s. 1393 (3M Norge), smh. Utv. 1992 s. 1250 (Kronos Titan).

Den andre problemstillingen som reises i forbindelse med overføring av immaterielle eiendeler er å fastslå *når* overføringen faktisk har skjedd. Dette er et sentralt moment ved vurderingen ettersom det er tilgjengeligheten av informasjon på tidspunktet for overføring som danner grunnlaget for prisfastsettingen av den immaterielle eiendelen. I den forbindelse er det som ved andre relasjoner, tidspunktet for overføring av risiko som er av relevans, ettersom det er faktum slik det viste seg å være på overføringstidspunktet som skal sees hen til ved fastsetting av armlengdes pris. Avslutningsvis vil det siste problemet innebære å komme frem til *riktig internpris* på den respektive immaterielle eiendelen som er gjenstand for overførsel. Dette innebærer å komme frem om overføringen i det hele tatt krever vederlag, og om dersom vederlag, hvilke av OECDs prisingsmetoder som best egner seg i ulike tilfeller.

5.3 RETTSPRAKSIS

5.3.1 CYTEC-DOMMEN FRA 2007 (Cytec I)

Spørsmålet vedrørende identifisering av immaterielle eiendeler ved restrukturering av virksomheter har flere ganger vært gjenstand for behandling i norsk underrettspraksis. Den første rettsavgjørelsen i Norge som gjaldt restrukturering av virksomhet fra et internprisingsspørsmål var Utv-2007-1440 (Cytec I). Saken gjaldt Cytec-konsernet sin omstrukturering av virksomhet i Europa. Omstruktureringen tok form av etableringen av prinsipalen Cytec Industries Europe i Nederland (CIE). Det operasjonelle selskapet Cytec Norge KS (KS) skulle omdannes fra en egenprodusent til lisensprodusent, og følgelig ikke produsere for egen risiko og

¹⁷⁶ Jf. OECDs retningslinjer for internprising pkt. 6.101

regning, men heller på oppdrag fra CIE. I forbindelse med restruktureringen kjøpte CIE opp aksjene i KS, og ytet vederlag for produsentens know-how, men det ble ikke ytt noen betaling ut over dette, til tross for at funksjonsanalysen til partene i transaksjonen tilsa at restruktureringen innebar en forflytning av betydelige verdier utover kun know-how. Særlig knyttet spørsmålet seg til om det ved frafall av formell overførsel, hadde funnet sted en faktisk overdragelse av kundebase, goodwill, teknologirettigheter og varemerker i interessefellesskapet, som krevde kompensering på armlengdes avstand.

KS mottok videre kompensasjon i form av CP etter restruktureringen, og fikk således en vesentlig reduksjon i inntekt og fortjeneste. Skattemyndighetene foretok en oppjustering av alminnelig inntekt i KS, pålydende 300 NOK millioner som resultat av det de mente var en vederlagsfri overføring av verdidrivende immaterielle eiendeler i konsernet. KS reiste sak mot staten, og la frem krav om opphevelse av ligningen for inntektsåret 1999, samt etterfølgende år. Staten vant frem i både Tingretten og med dissens 2-1 i Lagmannsretten.

Lagmannsretten uttalte at spørsmålet om identifisering av den kontrollerte transaksjon måtte avgjøres etter en helhetsvurdering av omstendighetene *forut* og *etterfølgende* restruktureringen og de *ettervirkninger* den respektive restruktureringen medførte for partene involvert i transaksjonen. Som en ekstensjon av dette uttalte Lagmannsretten at en isolert behandling av selve omsetnings- og resultatnedgangen i seg selv ikke kunne gi en tilstrekkelig grad av sikkerhet om det var overført verdier fra KS som følge av omstruktureringen. Dernest ble det påpekt fra Lagmannsretten sin side, at omstruktureringen som ledet til konvertering fra egenprodusent til lisensprodusent medførte en re-allokering av selskapenes risikobilde. Nærmere bestemt risikoer knyttet til vareavsetning, markedet, valuta og råvaretilgang. Verken isolert, heller ikke samlet sett, ble en slik form for endring av selskapets risikobilde ansett å være tilstrekkelig til å befeste at restruktureringen innebar overføring av verdier.

Et sentralt moment i Lagmannsrettens bevisbedømmelse var om CIE etter tidspunktet for restruktureringen *faktisk* anvendte de immaterielle eiendelene KS disponerte *forut* den respektive omstruktureringen. Især ble det vektlagt at kundebasen kan anses som overført dersom prinsipalen i det vesentlige betjener

tilnærmet lik *den samme* kundebasen *etter* restruktureringen som den omstrukturerte enheten betjente *før* restruktureringen. Etter en mer helhetlig vurdering av de konkrete immaterielle eiendelene kom Lagmannsrettens flertall frem til at det som i realiteten fant sted samlet sett kunne anerkjennes som en virksomhetsoverdragelse. Det ble i den anledning uttalt at CIE ervervet uoppsigelig, evigvarende og eksklusiv bruksrett til teknologien som KS før omstruktureringen hadde enerett til å disponere. Kundebasen, varemerkerettigheter og goodwill som lå i KS, ble også ansett som overført. I praksis ble KS redusert for risikoen tidligere tilknyttet foretaket, mens CIE på sin side ervervet inntekspotensialet. Det ble ikke ytt noen form for vederlag eller kompensasjon for de immaterielle eiendelene, og Lagmannsretten så det slik at også vilkåret for interessefellesskap, så vel som årsakssammenheng var oppfylt, og sktl. § 13-1 kom derfor til anvendelse. Grunnlaget for justeringen var at både Skatteklagenemnda og Lagmannsretten "*fant det usannsynlig at det mellom uavhengige parter ville blitt overført så store verdier uten vederlag.*"

Verdivurderingen på vederlaget tilsvarende 300 NOK millioner baserte seg på utkjøpsavtalen av Dyno Industries ASA (Dyno). Dyno og Cytec eide sammen frem til 1998 KS, hvorav Dyno og Cytec eide respektivt 49,5 pst hver av KS, mens de resterende 1 pst. var eid gjennom et felles aksjeselskap. Utkjøpet skyldtes at Cytekkonsernet ønsket enerett på teknologien som var eid av Dyno og de øvrige fellesselskapene som Dyno og Cytec hadde sammen, og som KS benyttet i sin produksjon gjennom en lisensieringsavtale. Videre uttalte Lagmannsretten at det ikke var holdepunkter for at KS gikk over til å bli lisensprodusent som følge av et forsøk på å sikre seg mot markedsrisiko på tidspunktet, og således kunne det sies at selskapet hadde "*andre realistiske tilgjengelige muligheter*" i markedet, blant annet å fortsette produksjonsvirksomheten i sin helhet. Altså ble tidsintervallet mellom utkjøpet av Dyno i 1998 til omdanningen av KS 1999 et sentralt moment i bevisbedømmelsen av hvilket vederlag vi hadde med å gjøre, da det ikke hadde forekommet noen vesentlige endringer i markedsforholdene mellom utkjøp og omdanning som skulle tilsi at vederlaget på over 300 NOK millioner for halve KS ikke kunne anvendes som verdigrunnlag ved vurderingen av armlengdes pris for restruktureringen.

5.3.2 CYTEC-DOMMEN FRA 2019 (Cytec II)

KS var i Utv-2019-363 (Cytec II) gjenstand for en ny internprisingssak som gikk for domstolene i Borgarting Lagmannsrett. I motsetning til dommen fra 2007, gikk KS fra å være lisensprodusent for CIE, til igjen å bli fullverdig egenprodusent, og det ble i den anledning overført eiendeler, funksjoner og risiko fra CIE og tilbake til KS, herunder ble også inntjeningspotensialet i hovedsak flyttet tilbake til Norge. KS verdsatte de overførte immaterielle eiendelene i regnskapet til den nette sum av 210 NOK millioner, og fikk med dette redusert sin skattepliktige inntekt i Norge. Grunnlaget for verdsettelsen var differansen mellom verdien på KS som fortsatt lisensprodusent og selskapsverdien som egenprodusent. Skattemyndighetene stilte spørsmålsteget ved om vederlaget var i tråd med armlengdeprinsippet, og foretok med hjemmel i sktl. § 13-1, en skjønnsmessig justering av vederlaget fra 210 NOK millioner til 0 NOK. I motsetning til tidligere dom fra 2007, gikk skattemyndighetene langt i å hevde at restruktureringen kun medførte en re-allokering av funksjoner og risiko, og innebar *ikke* en overføring av betydelige immaterielle verdier som det skulle ytes vederlag for. Hovedspørsmålet var her i motsetning til Cytec I altså ikke *om* immaterielle eiendeler var overført, men snarere *hvorvidt* en uavhengig part ville betalt et vederlag for eiendelene (verdiene).

KS påklaget vedtaket med anførsel om at transaksjonen måtte anses å være en virksomhetsoverdragelse, hvor skattekontorets verdivurdering basert på enkeltstående eiendeler var uriktig. Grunnlaget for påstanden var at Cytec-konsernet i 2013 ble kjøpt opp av Advent International (Advent), hvorav KS ble tilordnet 199 NOK millioner av kjøpesummen. Selskapet hevdet derfor at salgsprisen til Advent i 2013 var å anse som en tilstrekkelig sammenlignbar ukontrollert transaksjon, basert på markedsmetoden (forkortet *CUP*), hvorav KS mente dette understøttet det faktum at de immaterielle eiendelene måtte tilskrives verdi ved overføringen i 2010. KS anket dommen til Borgarting Lagmannsrett, men den førte imidlertid ikke frem, dog ble det opprinnelige nedjusterte vederlaget på 0 NOK oppjustert til 44,9 NOK millioner (for kundebasen) i tråd med sktl. § 13-1 (1), jf. (3). Grunnlaget var slik Lagmannsretten så det at gjenstand for overførsel innebar *“noe av verdi”* for KS, likevel ikke av signifikant karakter som skulle tilsi at uavhengige parter ville vært villig til å betale 210 NOK millioner for det overførte.

Lagmannsretten fant det helt klart at restruktureringen i 2010 *ikke innebar noen direkte tilbakeføring* av verdiene som ble overført i forbindelse med Lagmannsrettens dom i 2007. Den distinktive forskjellen viser seg ved at KS i foregående sak, overførte teknologirettigheter av verdifull og eksklusiv karakter som selskapet eide til CIE, og at gjenstand for overførselen i 2010 dermed ikke kan sammenlignes. Lagmannsretten var imidlertid enig i KS sin anførsel om at en virksomhetsoverdragelse betinger en samlet verdivurdering av overføring av virksomheten som helhet, og anerkjente også at verdien i en rekke tilfeller vil kunne overstige det som enkeltvis allokeres til immaterielle eiendeler, og at residualen da vil utgjøre goodwill.

Lagmannsretten uttalte videre at de i det vesentlige var enige i Skatteklagenemndas fremgangsmåte ved vurderingen om “*noe av verdi*” var overført, og at denne var i tråd med OECDs retningslinjer 9.65 (i dag 9.39); “*the arm's length principle does not require compensation for a mere decrease in the expectation of an entity's future profit (...) the question is whether there is a transfer of something of value (...) and that transfer (...) would be compensated between independent parties in comparable circumstances.*”. Det sentrale momentet ved vurderingen av kompensasjonsspørsmålet var altså hvilke funksjoner, eiendeler og risiko de to konsernselskapene hadde på tidspunktet før og etter restruktureringen, gjennom endringer i kontraktsforhold. Herunder ble det særlig vektlagt hva som hadde betydning for KS sin inntjening etter omstruktureringen. Slik Lagmannsretten så det, så tilførte ikke de overførte immaterielle eiendelene, utenom kundebasen, noe vesentlig verdi for KS utover det selskapet på forhånd «*allerede var i besittelse av*».

Det ble vist til at verken en overføring av leverandørforhold, tilgang til lisensavtaler, overføring av distribusjonsnettverk eller økte synergieffekter skapt av CIE, var å anse som en overføring av immaterielle verdier en uavhengig part ville betalt for, grunnet frafall av eksklusivitet, i tillegg til kort oppsigelsestid. Videre viste funksjonsanalysen til at det heller ikke var overført forretningshemmeligheter eller tilsvarende som reflekterte noe av verdi. Lagmannsretten viste dessuten til at KS etter restruktureringen hadde foretatt vesentlige nedskrivninger, noe som indikerte at KS selv erkjente at de betalte en overpris for det overførte. Imidlertid ble det ikke bestridt at KS sin overtakelse av kundebasen representerte en verdi for selskapets inntjening, og at dette var den sentrale og eneste overførte immaterielle eiendelen som kunne sies å representere verdi for KS etter restruktureringen. Dette til tross

for at heller ikke kundebasen var å anse som en vesentlig immateriell verdi av skattekontoret, som begrunnet prisfastsettingen på 0 NOK med at kundene uansett var få, svært lojale, og som til syvende og sist var opptatt av kvaliteten KS ytet som leverandør. Skattekontoret sa seg dog til slutt enig i Lagmannsrettens vurdering.

Hva gjelder selve prisingsspørsmålet av kundebasen var Lagmannsretten syn at det ville være av relevans å se hen til vederlaget ved den uavhengige transaksjonen i 2013 da Cyttec-konsernet ble kjøpt opp av Advent, justert for verdiutvikling. Den ukontrollerte transaksjonen ga på den ene siden bevis for at det faktisk var overført immaterielle eiendeler. På den annen side tydeliggjorde transaksjonsprisen at samlet verdi av kundebasen og goodwill, som kun utgjorde en del av KS sine eiendeler og fastsatt til 210 NOK millioner, ikke var innenfor et akseptabelt armlengdeintervall. Kundebasens verdi på 44,9 NOK millioner basert på diskonterte kontantstrømmer gjort av Advent ved oppkjøpet i 2013, ble dermed ansett å være et vederlag innenfor armlengdeprinsippet, til tross for at den sammenlignbare transaksjonen fant sted 3 år etter den respektive restruktureringen.

5.3.3 HVA KAN VI UTLEDE FRA DOMMENE?

Cyttec-dommene som er gjennomgått i dette delavsnittet viser til rekke interessante momenter i relasjon til konserninterne restruktureringer, særlig internprisingsproblematikken som reises ved identifisering, eierskap, overføring og verdivurdering av immaterielle eiendeler. Vi finner en konsensus i fremgangsmåten Lagmannsretten i hvert av tilfellene benytter ved vurderingen av hvorvidt en immateriell eiendel er overført, for og så vurdere vederlagsspørsmålet tilknyttet dette. I en særstilling står forholdene *før* og *etter* restruktureringen med utgangspunkt i kontrakten hver av partene har inngått. Samtidig bemerker vi oss også at funksjonsanalysen slik den anvendes i dommene, har som formål å avdekke om partenes reelle atferd er i overenstemmelse eller avviker fra kontraktsvilkårene avtalt mellom partene. Dette er dessuten helt i tråd med den systematiske gjennomgangen OECD foreslår i sine retningslinjer for internprising, hvor OECD er tydelige på at det er partenes etterfølgende opptreden som danner grunnlaget for vederlagsspørsmålet. Likevel stiller vi spørsmålsteget ved hvorvidt dommene faktisk gir noen utpreget klarhet omkring momentet om “*noe av verdi*” der man flytter på immaterielle eiendeler internt i samme interessefellesskap.

Vi er enige i at en inntjening som overgår det virksomhetens art og omfang skulle indikere, kan trekke i retning av at det eksisterer immaterielle eiendeler av betydelig verdi for en virksomhets inntjeningspotensial. På en annen side finner vi det svært interessant at det i det lengste kan virke som om skattemyndighetene finner reduksjon i norsk inntekt som følge av restruktureringen for tungtveiende i bevisbedømmelsen om det har blitt overført verdifulle immaterielle eiendeler, eller «*noe av betydning*». Etter vårt syn kan Cytec-dommene på mange måter sies å representere et motsigende paradoks. I Cytec I går Lagmannsretten langt i å hevde at en overføring av (i) funksjoner og/eller risiko, (ii) korrelerende endringer i profittpotensialet hos hver av partene, samt en (iii) terminering eller reforhandling av eksisterende avtaler, tilsier at det også kan ha skjedd en forflytning av noe som kan falle inn under kategorien “*noe av verdi*”. Samtidig er de i Cytec II tydelig på at de nøyaktig samme momentene ikke uten videre indikerer at det funnet sted en overføring av “*noe av verdi*” det skal ytes vederlag for.

Noe av grunnen mener vi kan ligge i at OECD gjennom sine retningslinjer for internprising ikke ønsker å definere hva som utgjør en immateriell eiendel, samtidig er OECD dessuten tydelig på at de heller ikke ønsker å definere hvordan virksomheter skaper verdi. Slik vi ser denne tilnærmingen kan dette skape et diffust anvendelsesområde av immaterielle eiendeler, altså at OECD mener immaterielle eiendeler er noe som er nært tilknyttet verdi, men at verdi likevel er opp til den enkelte virksomhet å definere. Vi kan derfor få situasjoner hvor skattemyndigheter fortolker ordlyden i OECDs retningslinjer for internprising på en slik måte at skattemyndighetene går noe lenger i å “*konstruere vederlagsberettiget verdi*”, i tilfeller der disse går ut av landet, mens de i større grad “*innskrenker*” verdibegrepet der dette går inn til jurisdiksjonen, og således at det ikke trengs å betale vederlag som igjen vil påvirke det nasjonale skatteprovenyet.

Når det er sagt, er det også viktig å understreke at skattemyndighetene verken har myndighet eller kompetanse til å endre på faktum i en transaksjon, alene på det grunnlag at de mener uavhengige parter ville handlet annerledes i en tilsvarende transaksjon, eller fordi sammenligningsgrunnlaget er mangelfullt, jf prishindringsvilkåret i retningslinjene 1.142. Hvor langt disse forholdene faktisk granskes er imidlertid, slik vi ser det, opp til hver enkelt skattejurisdiksjon gitt sakens særegne omstendigheter, noe som etter vårt syn også kan være med på å skape en noe utydelig praksis omkring når det må ytes vederlag og ikke.

6 KONKLUSJON – CASE

6.1 KAPITTELETS FORMÅL

Formålet med dette kapittelet er å systematisere alt som hittil er analysert omkring når det må betales vederlag ved konserninterne restruktureringer og forflytning av fortjenestepotensial som følge av overføring av eiendeler, funksjoner og/eller risiko på tvers av enheter tilhørende samme interessefellesskap, slik det er gjengitt i OECDs retningslinjer for internprising. Dette gjøres gjennom en praktisk anvendelse av caset som oppgavens problemstilling bygger på. Kapittelet kan med det bli sett på som en slags konklusjon til oppgavens problemstilling, og det vil derfor heller ikke fremkomme noen nye opplysninger utover det som allerede er analysert.

Restruktureringen av selskap A bygger på en antakelse om at det på tidspunktet for restruktureringen ikke finnes noen tilstrekkelig sammenlignbare transaksjoner, jf. avsnitt 1.2. Restruktureringen og det påfølgende vederlagsspørsmålet må derfor ta hensyn til den metodiske tilnærmingen vi hadde en redegjørelse av i oppgavens kapittel 2, jf. avsnitt 2.2, dette for å avgjøre om selskap A i det hele tatt bør gå med på nedstrippingen. Hvilket omfang endringene vil ha for selskap A i form av besittende eiendeler, funksjoner utført og risiko påtatt er gjengitt i avsnitt 2.3. Med det sagt vil ikke en restrukturering av selskap A innebære store endringer i form av oppgaveutførelse og output som sådan, det er heller snakk om forflytning av risiko, en reduksjon i funksjoner, og dermed også en potensiell overføring av særlig immaterielle eiendeler, enten tilsiktet eller utilsiktet.

En forflytning av funksjoner på armlengdes avstand vil ta utgangspunkt i den nye kontrakten mellom selskap A og selskap B, og hvorhen man så bruker funksjonsanalysen til å vurdere om faktisk atferd gjenspeiler det som er avtalt, jf. avsnitt 2.2.2. Funksjoner som kan tenkes å bli overført i denne sammenheng kan være logistikkvirksomheten knyttet til selskap A sitt varelager, likeså eiendomsretten til varene, den videre prissettingen av varene, fakturering ved salg, inkassorettigheter dersom disse ikke betales, men også ansvar for garanti og reparasjoner ved feil eller mangler. Den korrelerende re-allokeringen av risiko som følge av funksjonsendringene vil være at selskap B tar over selve markedsrisikoen til selskap A, som da også vil inkludere varelagerrisiko, valutarisiko,

produktansvarsrisiko, prisrisiko, likviditetsrisiko, så vel rente- og kredittrisiko. Risikoallokeringen mellom selskap A og selskap B skal anerkjennes av armlengdeprinsippet såfremt vilkårene om kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å bære risiko er oppfylt, jf. avsnitt 3.2. Endring i funksjons- og risikonivå innebærer dessuten også at sentrale og kapitaldrivende immaterielle eiendeler kan forflyttes på mellom selskapene, herunder selskap A sitt distribusjonsnettverk, kundebaser, know-how og forretningshemmeligheter, samt teknologirettigheter knyttet til for eksempel egenutviklede salgssystemer dersom selskap A har dette, jf. kapittel 5.

Selve årsaken til at selskap A nedstripes til fordel for selskap B er at deres morselskap C vil sentralisere forretningsaktiviteter og med dette realisere synergier og utnytte stordriftsfordeler på tvers av konsernet grunnet økt konkurranse i markedet, jf. avsnitt 1.2. Motivene kan også gjerne reflektere det uavhengige parter ville lagt til grunn i tilsvarende restruktureringer. Det vil i det henseende først være relevant å vurdere hvorvidt den som nedstripes som følge av restruktureringen har noen "*andre realistiske alternativer*" på tidspunktet og således om det burde ytes noe vederlag i denne sammenheng.

6.2 VEDERLAGSSPØRSMÅLET MED HENSYN TIL OM SELSKAP A HAR "*ANDRE REALISTISKE ALTERNATIVER*" PÅ TIDSPUNKTET FOR RESTRUKTURERINGEN

Det første alternativet selskap A kan vurdere er om det heller (i) *bør terminere kontrakten med selskap B og dermed forbli et fullverdig salgsselskap som heller selger produkter for andre tredjeparter*. Selv om dette alternativet tilsynelatende kan virke attraktivt for selskap A, er det likevel flere faktorer som taler imot at dette vil øke lønnsomheten til selskapet. Den første faktoren er at dersom selskap A skal terminere kontrakten med selskap B, må selskap A på nytt etablere seg i et sterkt konkurransepreget marked hvor deres konkurrenter allerede har etablert sterke distribusjonsnettverk. Om selskap A imidlertid skulle klare å etablere et uavhengig distribusjonsnettverk, vil trolig disse allerede inneha egne produksjonsaktiviteter, FoU og således tilknyttede immaterielle eiendeler. I praksis vil derfor selskap A med andre ord kun utføre rutinepreget salgs- og markedsfunksjoner for tredjepartene med CP som kompensasjon, noe som også ville vært tilfelle dersom

de skulle gjennomført restruktureringen, hvor disse aktivitetene utføres for selskap B. Alternativ (i) vil av den grunn ikke være å anse som et annet realistisk tilfelle som ville vært mer attraktivt.

Det andre alternativet selskap A kan vurdere er om det heller (ii) *bør terminere kontrakten med selskap B, forbli fullverdig, men i stedet for å selge for tredjeparter, produsere produktene selv for egen regning*. Det synes helt tydelig at selskap A ikke vil være tjent med dette alternativet, ettersom det i dag er et fullverdig salgsselskap og ikke har nødvendig kompetanse til å drive fullverdig produksjonsvirksomhet. Det må dermed gjøres betydelige investeringer i maskiner, FoU og kunnskap for å i det hele tatt være i stand til å kunne produsere produkter som selskapet i dag distribuerer. For å beholde sin kundebase vil det dessuten også være sentralt at selskap A produserer i samme utstrekning og med samme kvalitet som selskap B gjør i dag, noe som vil være usannsynlig at de kommer til å klare, da kostnadene og usikkerheten forbundet med dette vil være svært store.

Det tredje alternativet selskap A kan vurdere ettersom verken (i) eller (ii) kan sies å være reelle muligheter, er å (iii) *nekte å gå med på restruktureringen ved å legge ned driften*. Hva gjelder selskapets profitt vil dette alternativet virke høyst usannsynlig ettersom selskap A ville gitt fra seg all inntjening og således også retten til kompensasjon. Samtidig vil konsernets behov for sentralisering og effektivisering av driften grunnet økt konkurranse, også innebære at alternativet om nedleggelse ikke vil være reelt.

Etter å ha vurdert selskap A sine andre realistiske alternativer, kan det synes at det eneste reelle alternativet vil være å (iv) *akseptere restruktureringen og videre omdannes til en salgsagent*, og dermed få redusert inntjeningspotensialet. Ettersom det ikke finnes noen andre realistiske alternativer for selskap A, vil det heller ikke ha en særlig sterk forhandlingsposisjon i møte med selskap B, som under dette momentet alene skulle tale for en forventning eller krav om kompensasjon som følge av restruktureringen og den videre forflytningen av profitt.

Ved vurderingen av hvilke tilfeller det kreves vederlag ved restruktureringer, er det med andre ord helt tydelig at momentet om “*andre realistiske tilgjengelige alternativer*” vil være av vesentlig betydning. Det må dog samtidig understrekes at

scenarioet gjengitt i dette delavsnittet ikke kan sies å være av noe utpreget særegenhet, og det kan dermed synes at det for en virksomhet tilhørende et større multinasjonalt konsern sjeldent vil foreligge andre alternative muligheter for omstrukturering og operasjonell drift, enn å gå med på den respektive restruktureringen. I praksis vil dette momentet av den grunn i seg selv være lite sannsynlig å danne grunnlag for vederlag. Likevel vil det være av relevans å vurdere en virksomhets andre realistiske tilgjengelige muligheter på transaksjonstidspunktet, nettopp for å forstå det forretningsmessig rasjonale bak restruktureringen.

6.3 HAR DET BLITT OVERFØRT “NOE AV VERDI” MELLOM SELSKAP A OG SELSKAP B?

Siden selskap A ikke vil ha krav på vederlag i henhold til momentet om “*andre realistisk tilgjengelige alternativer*”, må en deretter vurdere hvorvidt det har blitt overført “*noe av verdi*” mellom selskap A og selskap B, og om «*(...) that transfer (...) would be compensated between independent parties in comparable circumstances (...)*». I den anledning vil det være relevant å identifisere om det har funnet sted en overføring av eiendeler, herunder immaterielle så vel som materielle, og om disse endringene eventuelt samlet sett kan anses å utgjøre en virksomhetsoverdragelse, jf. avsnitt 4.2.1. Outsourcing faller utenfor en restrukturering slik som selskap A. De materielle eiendelene vil avgrenses til å gjelde varer som i dag ligger hos selskap A, og siden eiendomsretten til varene skal overføres som følge av restruktureringen, vil disse som en naturlig konsekvens medfølge. Transaksjonen vil imidlertid kun prises som et engangsvederlag, hvor balanseført verdi på varene legges til grunn ved betalingen, og det vil således ikke ytes noe vederlag utover dette.

Når det gjelder immaterielle eiendeler vil verken varemerke eller rettigheter knyttet til dette anses overført da selskap B allerede er rettighetsinnehaver overfor disse forut restruktureringen. Spørsmålet dreier seg snarere om det som følge av restruktureringen er overført immaterielle eiendeler knyttet til selskap A sine markedsaktiviteter som de har opparbeidet ved salgsvirksomhet i Norge. Dette er siden et eventuelt vederlag i henhold til momentet om overføring av “*noe av verdi*”

avhenger av selskapets akkumulering av verdi som følge av lokale markedsaktiviteter. Det vil si at for å komme frem til om det skal ytes vederlag ved overføring av immaterielle eiendeler må det først vurderes om det (i) *i det hele tatt eksisterer slike eiendeler*, samt om selskap A har etablert et (ii) *økonomisk eller juridisk eierskap til disse*, og mer sentralt (iii) *hvorvidt de immaterielle eiendelene anses å være verdifulle i deres funksjonsutførelse*. Når det gjelder spørsmålet om det faktisk eksisterer en immateriell eiendel vil det kunne være nærliggende å tro at selskap A har utviklet lokale immaterielle eiendeler som et resultat av sine markedsaktiviteter, jf. Cytex I. Samtidig er det slik at immaterielle eiendeler ikke kun er avgrenset til å gjelde et definisjonsspørsmål, tvert imot blir det sentrale i denne sammenheng heller om det som er overført faktisk representerer “*noe av verdi*”, eller “*noe av betydning*”, og som en uavhengig part ville ha betalt vederlag for, jf. Cytex II.

I relasjon til eierskapsspørsmålet er det særlig det økonomiske eierskapet for selskap A som er av betydning. For at selskapet skal kunne anses å eie fortjenesten knyttet til de immaterielle eiendelene, dermed også retten til et eventuelt vederlag, må selskap A på transaksjonstidspunktet ha vært den som har påtatt seg risikoen, utført funksjonene, bidratt med eiendeler og båret kostnader knyttet til utvikling, vedlikehold, utnyttelse og beskyttelse av de immaterielle eiendelene, oppstått ved deres markedsaktiviteter. Med andre ord, selv om det juridiske eierskapet til disse forflyttes til selskap B som følge av restruktureringen, vil det likevel være slik at selskap B også må overta det økonomiske eierskapet i betydning av risiko, funksjoner og kostnader for å kunne tildeles fortjenesten generert ved anvendelsen av de immaterielle eiendelene. På den annen side er det ikke nødvendigvis slik at alle investeringer og ressurser benyttet i markedsaktiviteter resulterer i verdifulle immaterielle eiendeler som det i henhold til armlengdeprinsippet skal ytes vederlag for, slik det også fremgår klart av Cytex-dommene. En må deretter gå videre til å granske selve verdispørsmålet.

Det avgjørende for verdispørsmålet, dermed også vederlagsspørsmålet, vil være å se hen til hvilken stilling selskap A og selskap B *faktisk* står i etter restruktureringen. Altså hvorvidt en restrukturering av virksomheten har ført til en reduksjon i inntekt hos den ene parten og en forhøyet fortjeneste for den andre parten involvert i transaksjonen, og om forholdene eventuelt kan forklares med at det har blitt overført

immaterielle eiendeler av verdi mellom partene, alternativt om en samlet overførsel av enkeltstående eiendeler kan konstituere en virksomhetsoverdragelse, hvor hen goodwill (*residualverdi*) og synergier også må vurderes. Samtidig bør en være varsom med å kun bruke omsetningsendringer opp mot normalresultat som en indikasjon på at det har blitt overført vederlagsberettiget “*noe av verdi*”, da endringer i fortjeneste også kan skyldes andre forhold slik som eksterne markeds- og konjunktursvingninger som vil kunne virke positivt eller negativt inn på selskapets finansielle stilling og fremtidig inntjeningspotensial. Omsetningsendringer bør således kun brukes som et støtteargument, da det ikke er en metode som er direkte basert på armlengdeprinsippet, og det bør derfor utvises med stor forsiktighet. I så måte vil det relevante argumentet for hvorvidt det har blitt overført immaterielle eiendeler av verdi det kreves vederlag for, å se hen til om det har skjedd en *drastisk* endring i fortjenestenivået til selskap A som følge av restruktureringen, med en korrelerende *drastisk* endring hos selskap B sin inntjening, og hvor de immaterielle eiendelene kan sies å ha verdidrivende elementer ved seg, jf. Cytec I, og som heller ikke selskap B forut restruktureringen allerede var i besittelse av. Om sistnevnte scenario viser seg treffende, må det også gi positivt svar på vederlagsspørsmålet. Når det er sagt, fordrer fremdeles verdivurdering nøye analyser av alle relevante forhold *før* og *etter* restruktureringen.

6.4 BLE SELSKAP A SINE LØPENDE AVTALER I FORBINDELSE MED RESTRUKTURERINGEN «*TERMINERT ELLER REFORHANDLET*»?

Vederlagsspørsmålet må til slutt vurderes ut fra konseptet om en terminering eller reforhandling av eksisterende avtaler ville blitt kompensert for av en uavhengig part. En konvertering til en enhet med begrensede funksjoner og risiko, slik som selskap A, vil utvilsomt medføre substansiell “*reforhandling eller terminering av eksisterende kontrakter*”. Derneft blir spørsmålet hvorvidt termineringen eller reforhandlingen ville blitt kompensert i en tilsvarende situasjon mellom uavhengige parter. I den anledning vil momentene som ble behandlet i avsnitt 4.2.2 være av betydning, hvorav følgende forhold må granskes videre:

Det første momentet er om (i) *avtalen som har blitt terminert eller reforhandlet foreligger skriftlig og inneholder en klausul om kompensasjon*. Den skriftlige

kontrakten har en vesentlig betydning for om det må betales vederlag eller ikke. Når det gjelder bevisbyrden er kontrakten å anse som en vesentlig kilde, slik det også fremkommer av Cyttec-dommene. Det er derfor helt sentralt å vurdere om selskap A og selskap B har inngått en avtale om kompensasjon i tilfeller hvor kontrakten termineres eller reforhandles. Dog er det også helt vesentlig at vilkårene i kontrakten i seg selv er avtalt på armlengdes avstand, uavhengig av hva som er kontraktsfestet, i tillegg må en eventuell eksistens eller frafall av en slik klausul om vederlagsbetaling være i tråd med hva uavhengige parter ville avtalt.

Det andre momentet som derfor må granskes er (ii) *hvorvidt de kontraktsfestede avtalevilkårene er i overensstemmelse med armlengdeprinsippet*. Dette fordi det vil være en sammenheng mellom vilkårene for terminering eller reforhandling og størrelsen på vederlaget som eventuelt skal betales til den restrukturerte parten, herunder selskap A. Her vil det i) være relevant å gjøre en sammenligning mellom selskap A sin situasjon sett opp mot en uavhengig part, både på tidspunktet for kontraktsinngåelsen (*interessekonflikter*), så vel tidspunktet for terminering/reforhandling (*interesse for opprettholdelse*). Dessuten må det også gjøres konkrete vurderinger av selskap A sine ii) *“andre realistiske tilgjengelige alternativer”*, særlig med tanke på forhandlingsstyrken. Jo større forhandlingsstyrke i form av andre realistiske alternativer, desto større sannsynlighet vil det være for parten til å oppnå gunstige vilkår som drar i retning av kompensasjonsbetaling. Her vil dessuten også sentrale momenter være å vurdere selskap A og selskap B sine innsatsfaktorer og risikoprofiler i kontraktsforholdet. Desto større risiko og innsatsfaktorer en uavhengig part bærer i kontraktsforholdet, desto større vil sannsynligheten være for at parten krever en klausul om kompensasjon, ved terminering eller reforhandling av avtalen. Som oftest er det en proporsjonal sammenheng mellom graden av investering i kontrakten og omfanget av kompensasjonen. Samtidig vil ikke enhver terminering/reforhandling av kontrakten kreve at det ytes kompensasjon selv om dette er avtalesfestet, eksempelvis dersom begge parter heller er tjent med å bryte kontraktsforholdet enn at kontrakten fullbyrdes. Men dette vil på sin side kreve nøye analyser av det konkrete kontraktsforholdet og sakens omstendigheter.

Det tredje momentet som må vurderes er (iii) *hvorvidt nasjonal kontraktserstatningsrett og rettspraksis drar i retning av at selskap A har rett på*

kompensasjon. Dersom partene har avtalt armlengdes vilkår om terminering og reforhandling under den norske avtalefriheten, og avtalen sies opp/reforhandles uten å bryte med disse, vil det avgjørende for vederlagsspørsmålet være om den respektive avtalen i det hele tatt inneholdt en kompensasjonsklausul i det spesifikke tilfellet. Om termineringen eller reforhandlingen imidlertid skjer utenfor det avtalen gir adgang til, vil dette være å anse som et kontraktsbrudd som etter norsk kontraktserstatningsrett i utgangspunktet skal erstattes tilsvarende den hypotetiske stillingen selskap A ville hatt, dersom kontrakten fullbyrdes. Likevel er det faktisk ikke gitt at selskap A vil ha rett på kompensasjon i henhold til norsk kontraktserstatningsrett i et slikt tilfelle heller, tatt i betraktning restruktureringens omstendigheter. Årsaken bak restruktureringen er som nevnt drevet av konkurransehensyn og behov for sentralisering. Således kan det også tenkes at termineringen eller reforhandlingen vil tjene selskap A fra et kommersielt ståsted, og at dersom de ikke opplever et netto driftstap som følge av at endringene også fører med seg kostnadsbesparelser, styrket konkurranseevne, og dessuten mindre volatile kontantstrømmer, vil ikke nødvendigvis termineringen eller reforhandlingen trekke i retning av kompensasjon heller ved kontraktsbrudd, jf. Ot.prp nr.80 (1986-87) s. 120.

Dersom vi slutt antar at selskap A faktisk har krav på erstatning, vil det avslutningsvis være av betydning å vurdere (iv) *hvem som skal bære kostnadene av at kontrakten med selskap A termineres/reforhandles*. Problemstillingen er i vårt case vanskelig og uten noen entydig fasitsvar. I utgangspunktet vil det naturlig kunne hevdes at selskap B burde bære kostnadene, ettersom det er selskap B som direkte er den som terminerer/reforhandler kontrakten med selskap A, og som således drar mest nytte av restruktureringen. Samtidig vil det kunne argumenteres for at det er morselskapet C som er den reelle pådriveren for restruktureringen gjennom tiltak for å vedlikeholde profitt i et sterkt konkurransepreget marked. Slik sett kan det også virke urimelig at selskap B skal bære alle kostnadene alene, fordi en del av gevinsten uten tvil også vil tilskrives morselskapet C. Det mest hensiktsmessige i vårt case vil nok derfor være at selskap B og morselskapet C deler vederlagsbetalingen proporsjonalt ut fra deres respektive gevinster (*netto nåverdi*) av restruktureringen. Morselskap C vil i så fall, på armlengdes avstand, kun betale den sum som inngår som kostnadsbesparelser akkumulert gjennom realisasjon av synergier og stordriftsfordeler på konsernnivå.

7 AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER

Da vi startet arbeidet med denne masteroppgaven var inntrykket vårt at reglene om internprising på mange måter kunne sies å være forbeholdt skatteplanlegging og uønskede skatteintegrasjoner i et multinasjonalt konserns verdikjede. Det vi imidlertid sitter igjen etter å ha studert rettstilstanden i en mer dyptgående retning, er at reglene om internprising tvert imot er noe *alle* grenseoverskridende konsern må forholde seg til, uavhengig av hva som faktisk er formålet med den grenseoverskridende organiseringen. Vårt inntrykk stipulerer også viktigheten av å sette en klar og tydelig skillelinje mellom begrepet *verdikjedeoptimalisering* og begrepet *skatteintegrasjon i verdikjeden*. Det vi forsøker å få frem, er at når et konsern driver grenseoverskridende aktivitet, eller velger å foreta restruktureringer for å legge til rette for slik aktivitet, vil internprisingsspørsmål som en naturlig konsekvens medfølge, uten at virksomheten nødvendigvis søker å strekke regelverket til sin gunst. Oppgaven vår har derfor fokusert på å belyse hvilke internprisingsproblemstillinger som kan oppstå når et konsern velger å foreta grenseoverskridende restruktureringer, og dermed også hvilke komplekse utfordringer konserninterne restruktureringer faktisk kan ha fra et internprisingsperspektiv.

Restrukturering av konsernintern forretningsvirksomhet handler i sin kjerne om at man endrer den finansielle eller kommersielle relasjonen mellom to eller flere enheter tilhørende samme interessefellesskap, hvorav en forflytning av eiendeler, funksjoner og/eller risiko på tvers av disse fordrer dets oppnåelse. Som en tilsiktet eller utilsiktet konsekvens av en slik re-allokering vil også fortjenestepotensialet kunne forskyves fra en enhet lokalisert i en skattejurisdiksjon til annen enhet lokalisert i en helt annen skattejurisdiksjon. Det råder imidlertid ingen presumpsjon i henhold til OECDs retningslinjer for internprising om at en slik forflytning av fortjenestepotensial i ethvert tilfelle utløser en plikt til å yte vederlag. Det sentrale for vederlagsspørsmålet i henhold til OECDs retningslinjer for internprising er å nøye avgrense restruktureringens egenart. Herunder identifisere hvorvidt det er overført “*noe av verdi*”, eller om løpende “*avtaleforhold har blitt terminert eller reforhandlet*”. Dessuten blir et viktig moment i tillegg til dette å vurdere om den restrukturerte parten hadde “*andre realistiske tilgjengelige alternativer*” på

tidspunktet for restruktureringen, og om dette momentet i seg selv tilsier at det skal betales vederlag.

Armlengdeprinsippet er ifølge sktl. § 13-1 og OECD retningslinjer for internprising det førende prinsipp for hvordan vederlagsspørsmålet ved konserninterne restruktureringer skal besvares. Imidlertid har oppgaven vår også konstituert en viktig problemstilling i denne anledning, og det er at en forretningsmodell som involverer en prinsipal struktur sjeldent eller aldri vil forekomme mellom uavhengige parter. Dermed blir vederlagsspørsmålet ikke bare svært vanskelig å etterleve fra et armlengdeperspektiv, man kan også risikere kostbare tvister med skattemyndighetene dersom partene i interessefellesskapet ikke har foretatt tilstrekkelige vurderinger av alle relevante problemstillinger *forut* restruktureringen. Slikt sett kan man også risikere at en restrukturering som i utgangspunktet ville vært lønnsom, i noe grad mister sine positive effekter.

For å unngå betyngende tvister rundt vederlagsspørsmålet bør skattyter utarbeide grundige internsprisingsrapporter som på best mulig måte gir et virkelighetsbilde av restruktureringen som forventes iverksatt på transaksjonstidspunktet. Det er først da skattyter kan vurdere hva som utgjør en armlengdes pris av den respektive restruktureringen. Gode internsprisingsdokumenter-, rapporter og rutiner er derfor helt nødvendig for å vurdere og håndtere implikasjoner av restruktureringen, og virksomheten vil samtidig stå bevismessig sterkere i møte med skattemyndighetene.

En avsluttende betraktning er hvorvidt vi etter endt oppgave finner den nåværende rettstilstanden tilstrekkelig til å besvare vederlagsspørsmålet. En eventuell endring ville i så tilfellet trukket i en mer rigid retning. Det vi mener særlig kan problematiseres med dagens rettstilstand er at en sentralisering av eiendeler, funksjoner og/eller risiko hos en prinsipal, også gir prinsipalen som overtar disse nærmest enerett på det residuale overskuddet som kommer fra konsernets samlede verdiaktiviteter. Dette er spesielt problematisk med tanke på at mange multinasjonale konsern i dag har så tett integrerte og fragmenterte verdi- og forsyningskjeder, der verdiskapning i realiteten kommer til uttrykk gjennom et tett samarbeid mellom partene i interessefellesskapet. Det kan derfor anses urealistisk fra et armlengdeperspektiv at prinsipalen skal være rettighetsinnehaver ovenfor all den residuale profitten, bare fordi de sitter på de verdidrivende eiendelene,

funksjonene, og risikoen tilknyttet dette, når deres verdiaktiviteter avhenger av samspillet i den øvrige verdikjeden.

En alternativ tilnærming til vederlagsspørsmålet mener vi derfor kan være at de lokale enhetene i større grad bør ha rett på en del av det residuale overskuddet de selv er med på å generere, gjennom mer utstrakt bruk av TPSM. Denne måten å behandle vederlagsspørsmålet på vil kunne fungere mer fleksibelt enn nåværende tilnærming, samtidig vil den også mitigere risikoen for tap av fortjenestepotensial, samt sikre organisasjonsfriheten uten noen ytterligere utilbørlige eller begrensede konsekvenser for multinasjonale konsern. Vi vil med dette følge spent med på den rettslige utviklingen på området, både i rettspraksis, og hvordan OECD i de fremtidige revideringene av retningslinjene velger å behandle vederlagsspørsmålet ved konserninterne restruktureringer.

KILDE- OG LITTERATURLISTE

BØKER

Bakker, A. (2009). *Transfer pricing and business restructurings: streamlining all the way*. IBFD Publications.

Barrar, P. & Gervais, R. (2006). *Global outsourcing strategies: an international reference on effective outsourcing relationships*. Gower.

Berg-Rolness, G. (2016). *Skatteparadisene og den internasjonale selskapskatteretten*. Gyldendal juridisk.

Carlsen, K. M., & Sentralskattekontoret for storbedrifter. (2012). *Bedriftsbeskatning i praksis* (4. utg. Knut Morten Carlsen (red.)). Fagbokforlaget.

Duff, & Phelps. (2017). *Guide to International Transfer Pricing: Law, Tax Planning and Compliance Strategies* (8. utg.). Wolters Kluwer.

Folkvord, B., Furuseth, E., & Gjems-Onstad, O. (2021). *Norsk bedriftsskatterett* (11. utgave.). Gyldendal.

Haaskjold, E. (2017). *Obligasjonsrett: en innføring*. Universitetsforlaget.

Hagstrøm, V. (2015). *Kjøpsrett* (2. utg.). Universitetsforlaget.

Lang, M. (2021). *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions - 3rd Edition*. IBFD Publications.

Lang, M., Storck, A. & Petruzzi, R. (2016). *Transfer pricing in a post-BEPS world*. Kluwer Law International B.V.

Naas, H., & Advokatfirmaet Thommessen. (2017). *Norsk internasjonal skatterett* (2. utg.). Universitetsforlaget.

Nadvi, K. (2008). Global standards, global governance and the organization of global value chains. *Journal of Economic Geography*.

Navarro, A. (2018). *Transactional adjustments in Transfer Pricing*. IBFD Publications.

Paus, E. (2009). *Global capitalism unbound: winners and losers from offshore outsourcing*. Palgrave Macmillan.

Petruzzi, R., Lang, M., Storck., & Risse, J. (2019) *Transfer pricing and intangibles: Current Developments, Relevant Issues and Possible Solutions*. Lindeverlag.

Petruzzi, R., Lang, M. (2022) *Transfer Pricing Developments Around the World 2022*. Kluwer Law International B.V.

Pooler, Farney, S. D., & Pooler, David J. (2004). *Global purchasing and supply management: fulfill the vision* (2nd ed.). Kluwer Academic.

Richelle, I., Schön, W. & Traversa, E. (2016). *State aid law and business taxation*. Springer.

Skaar, A. A. (2006). *Norsk skatteavtalerett*. Gyldendal akademisk.

Skattedirektoratet (utg.). *Skatte-ABC (2022/2023)*. Skattedirektoratet 2022.

Stoveland, P. H., Matre, H. P., Sund, E., & Sønning, S. T. (2020). *Skatteloven med kommentarer* (1. utgave.). Gyldendal.

Wittendorf, J. (2009). *Armlængdeprincippet i dansk og international skatteret*. København: Thomas Reuters Professional A/S.

Woxholth, G. (2021). *Avtalerett* (11. utgave.). Gyldendal.

Zimmer, F (2021). *Lærebok i skatterett* (9. utgave.). Universitetsforlaget.

Zimmer, F. (2017). *Internasjonal inntektsskatterett* (5. utg.). Universitetsforlaget.

Zimmer, F. (2020). *Skatteparadis: hvorfor betaler multinasjonale konserner lite skatt, og hva kan statene gjøre med det?* Universitetsforlaget.

Haaskjold, E. (2017). *Obligasjonsrett: en innføring*. Universitetsforlaget.

ARTIKLER

Bullen, A. (2022). Kan nye versjoner av OECD-kommentarene gis tilbakevirkende kraft? *Skatteavtaletips* 44.

Bullen, A. (2021). Må morselskapet betale skatten på datterselskapenes inntekter fordi det kontrollerer konsernet? *Rett24*.

Dragomir, V.D. (2018). How do we measure corporate environmental performance? *A critical review. Journal of Cleaner Production*.

Grihamar, S. (2022). Skatteetaten er opptatt av sjablonger og forenklinger. *Kapital*.

Guan, W. & Rehme, J. (2011). Vertical integration in supply chains: driving forces and consequences for a manufacturer's downstream integration. *Supply Chain Management: An International Journal*.

Hickman, A. (2021). Arm's length principle mutations: control of risk in the OECD guidelines and variations in practice. *Multinational Group Tax and Transfer Pricing News*.

Kessler, W. & Eickle, R. (2008). Out of Germany: The New Function Shifting Regime. *Tax Notes International*.

Ludwig, C., Wellens, L. & Postler, S. (2022). Global Transfer Pricing Guide - Transfer Pricing Germany. *Grant Thornton*.

Meutia & Tubagus, T. (2015). The influence of competitive pressure on innovative creativity. *Academy of Strategic Management Journal*, 14(2), 117-127.

Monsalve, J.F. (2018). Risk and transfer pricing. *CIAT - Inter-American Center of Tax Administration*.

Notteboom, T. & Rodrigue, J. P. (2009). Economic Cycles and the Organizational and Geographical Attributes of Global Value Chains: Is the Pendulum Changing Direction? In *Integrating Maritime Transport in Value Chains Workshop*.

Olivera, L., Fleury, A. & Fleury, M. (2021). Digital power: Value chain upgrading in an age of digitization. *International business review*.

Porter, M.E. (1997). Competitive strategy. *Measuring Business Excellence*. Vol. 1 No. 2.

Risøy, H. & Lange, F. (2020). Restruktureringer og engangsvederlag. *Revisjon og regnskap*.

Sutton, P. (2020). Why you should review your inter-company agreements for post BEPS-compliance. *LCN Legal*.

Umar, M.A & Balewa, A.T. (2023). Corporate Restructuring: A Strategy for Improving Organizational Performance. *International Journal of Strategic Decision Sciences*.

Wu, Z. & Lu, X. (2018). The effect of transfer pricing strategies on optimal control policies for a tax-efficient supply chain. *Omega*.

LOVER

Aksjeloven. (1997). Lov om aksjeselskaper. (LOV-1997-06-13-44).

Allmennaksjeloven. (1997). Lov om allmennaksjeselskaper (LOV-1997-06-13-45).

Avtaleloven (1918). Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljесerklæringer. (LOV-1918-05-31-4).

Grunnloven. (1814). Kongeriket Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai. 1814. (LOV-1814-05-17).

Kjøpsloven. (1988). Lov om kjøp. (LOV-1988-05-13-27).

Regnskapsloven. (1998). Lov om årsregnskap m.v. (LOV-1998-07-17-56).

Skatteloven. (1999). Lov om skatt av formue og inntekt. (LOV-1999-03-26-14).

Skatteforvaltningsloven. (2016). Lov om skatteforvaltning. (LOV-2016-05-27-14).

FORARBEIDER OG NORSK OFFENTLIGE UTREDNINGER

Forarbeider

Ot.prp. nr. 80. (1986-87). *Om A kjøpslov B lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp.* Justis- og politidepartementet.

Ot.prp. nr. 86. (1997-98). *Ny skattelov.* Finansdepartementet.

Ot.prp.nr. 62. (2006-2007). *Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising).* Finansdepartementet.

Norsk offentlige utredninger

NOU 2014: 13. (2014). *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi.* Finansdepartementet.

NOU 2022: 20. (2022). *Et helhetlig skattesystem.* Finansdepartementet.

RETTSPRAKSIS

Høyesterettspraksis

Rt. 2002-1155 (Hansa Borg)

Rt. 2003. s. 1252 (DnB)

Rt. 2004 s. 1887 (Multiconsult)

Rt. 2005 s. 268 (Alsvåg)

Rt. 2008 s 343 (Hafslund Nett)

Underrettspraksis

Utv. 1987 s. 9 (Svafas-dommen)

Utv. 1992 s. 1250 (Kronos Titan).

Utv. 2002 s. 1393 (3M Norge)

Utv. 2007 s. 1440 (Cytec I)

Utv-2017-240 (Transocean)

Utv-2019-363 (Cytec II)

Utv. 2019 s. 363 (D-Bolt)

Utv. 2020 s. 75 (Orange)

Utenlandsk rettspraksis

IR-2006-146 (GlaxoSmithKline)

OECD

OECD Retningslinjer

OECD (1995), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

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

OECD (2017), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

OECD (2022), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*.

Utarbeidelse av kapittel 9

OECD (2008), *Transfer Pricing Aspect of Business Restructurings - Discussion Draft for Public Comment*.

OECD (2010), *Report on the transfer pricing aspects of business restructurings*.

BEPS

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

Mønsterskatteavtalen

OECD, *Model Convention with respect to Taxes on Income and Capital*, 21 November 2017.

TYSKE RETTSKILDER

Administrative principles governing transfer pricing - Principles for the adjustment of income pursuant to section 1 of the External Tax Relations Act (På tysk: *Verwaltungsgrundsätze Verrechnungspreise Grundsätze für die Korrektur von Einkünften gemäß § 1 AStG*).

The Foreign Tax Code, (På tysk: *Aussensteuergesetz*).

The Decree-Law on the relocation of functions, (På tysk: *Funktionsverlagerungsverordnung*).