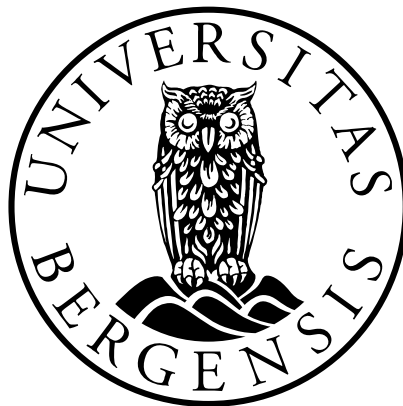


# Internprising i multinasjonale konsern

*En analyse av eierskapsbestemmelsene til  
overskudd fra immaterielle eiendeler i  
skatteavtalesituasjoner etter OECDs reviderte  
retningslinjer fra BEPS-prosjektet*

Kandidatnummer: 191

Antall ord: 13618



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Aktualitet og utvikling.....	4
1.3 Avgrensning.....	5
1.4 Videre fremstilling.....	5
2 Rettskilder og metode.....	8
2.1 Norsk rett .....	8
2.2 Forholdet mellom norsk internrett og skatteavtaler.....	9
2.3 OECDs mønsteravtale og kommentarer .....	9
2.4 OECDs retningslinjer for internprising .....	10
2.5 Tolkning av skatteavtaler og OECDs retningslinjer.....	12
3 Armlengdeprinsippet som utgangspunkt for inntektsallokering .....	13
4 Rettslig eierskap .....	15
4.1 Hvem er rettslig eier for internprisingsformål? .....	15
4.2 Betydning av rettslig eierskap .....	16
4.3 Delkonklusjon.....	18
5 Funksjoner – tjenesteavtaler om utvikling (FoU) .....	20
5.1 Utgangspunkt og tidligere tilstand.....	20
5.2 Kravet til kontroll over eller utøvelse av viktige funksjoner.....	21
5.3 Skillet viktige og ikke-viktige utviklingsfunksjoner .....	23
5.4 Betydning av at rettslig eier ikke har kontroll over eller utøver viktige funksjoner .	26
6 Bruk av eiendeler – særlig om finansiering av utvikling .....	28
6.1 Utgangspunkt.....	28
6.2 Kravet om kontroll over finansiell risiko .....	28
6.3 Betydning av kontroll over finansiell risiko .....	33
7 Risikofordeling mellom partene.....	36
7.1 Utgangspunkt og tidligere tilstand.....	36
7.2 Kontroll over risiko .....	37
7.3 Finansiell kapasitet til å bære risikoen .....	41
7.4 Betydning av at rettslig eier ikke oppfyller vilkårene .....	43

8	Avsluttende bemerkninger .....	44
	Litteraturliste .....	45

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er internasjonal skatterett, herunder internprising. Internprising kan defineres som "prising av transaksjoner mellom tilknyttede skattytere".<sup>1</sup> I oppgaven vil jeg analysere enkelte problemstillinger ved OECDs<sup>2</sup> reviderte retningslinjer for internprising av immaterielle eiendeler som kommer til anvendelse i skatteavtalesituasjoner. Fokuset i oppgaven er retningslinjenes nye bestemmelser som kan begrense rettslig eiers rett til overskuddet fra en selvutviklet immateriell eiendel.

Den overordnede problemstillingen er når og hvordan kan rettslig eiers rett til overskuddet ved utnyttelse av en selvutviklet immateriell eiendel begrenses når andre parter har utøvd verdiskapende bidrag til utviklingen av den immaterielle eiendelen.

I dagens globale samfunn er det vanlig at selskaper hjemmehørende i ulike jurisdiksjoner inngår i et større konsern. Konsernet som enhet har felles interesser, men de enkelte selskap i konsernet behandles som selvstendige skattesubjekter. For å sikre lik konkurranse mellom tilknyttede og uavhengige selskaper, er det gitt internasjonale retningslinjer som skal sørge for at multinasjonale foretaks interne handel prises på markedsmessige og kommersielle vilkår tilsvarende uavhengige selskaper under sammenlignbare forhold.

Konserner oppretter ofte spesialiserte enheter som er ansvarlig for utøvelse av spesifikke funksjoner. Foretaket kan på denne måten oppnå en effektivitetsgevinst og kostnadsbesparelse. Dette omtales som økonomisk integrasjon.<sup>3</sup> Når konsernet har spesialiserte enheter vil tilfellet være at en eller flere enheter yter funksjoner til utviklingen av en immateriell eiendel, en annen enhet yter finansiering til utviklingen og øvrige enheter er ansvarlige for å utnytte den immaterielle eiendelen i spesifikke områder. Verdiskapningen kan som utgangspunkt sies å finne sted fra flere enheter. Et sentralt spørsmål er da hvordan disse bidragsyterne skal få en markedsmessig kompensasjon.

---

<sup>1</sup> Joachim M. Bjerke, *Internprising*, Oslo 1997, s. 17.

<sup>2</sup> The Organisation for Economic Co-operation and Development.

<sup>3</sup> Jens Wittendorff, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Copenhagen 2010, s. 19–20.

## 1.2 Aktualitet og utvikling

Finanskrisen i 2008 og statenes etterfølgende fall i skatteproveny, førte til økt fokus på multinasjonale foretak sin effektive beskatning internasjonalt. Ulike skattesatser i de juridiksjoner det multinasjonale foretaket opererer er et incentiv til å inngå interne transaksjoner og flytte overskudd for å oppnå lavere samlet konsernbeskatning.<sup>4</sup>

Internprising av immaterielle eiendeler har lenge skapt problemer. Det ovennevnte var noe av bakgrunnen for at OECD, i samarbeid med G20, iverksatte arbeidet med tiltak mot *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* som ble ferdigstilt høsten 2015.<sup>5</sup> Arbeidet tok sikte på å hindre uthuling av nasjonale skattefundamenter og kunstig overskuddsflytting. Fokuset var, blant annet, på den digitale økonomien og de utfordringer denne medfører.<sup>6</sup> Prosjektet førte til reviderte retningslinjer for internprising som av OECD anses umiddelbart anvendelige.<sup>7</sup>

Formålet etter de reviderte retningslinjene er at internprisingen og allokering av overskuddet fra utnyttelse av en selvutviklet immateriell eiendel skal fordeles mellom de selskaper hvor den *reelle verdiskapningen finner sted*.<sup>8</sup> OECD har ikke definert hva som skal anses som "verdiskapningen". At vurderingene av hvor verdiskapningen skjer ikke er bygget på en felles forståelse mellom skatteavtalestatene, kan være problematisk når skattyter og skattemyndigheter skal vurdere de enkelte transaksjoner.<sup>9,10</sup> For å realisere formålet innfører retningslinjene i større grad substans-over-form-regler, særlig om kontroll over viktige utviklingsfunksjoner, finansiering av utvikling og risikofordeling tilknyttet immaterielle eiendeler. Det er retningslinjene behandling av disse forholdene jeg vil belyse i oppgaven.

Retningslinjene har ført til strengere regler for hvilke tjensteavtaler til utvikling rettslig eier kan inngå før rettslig eier mister retten til overskuddet relatert til disse funksjonene. Derne er det innført begrensninger i hvordan en rettslig eier som finansierer utvikling av en

---

<sup>4</sup> Sml. NOU 2014: 13 ("Scheel-utvalget") *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi*, s. 21.

<sup>5</sup> OECD (2015), *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, art. 1-3.

<sup>6</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, art. 1–2.

<sup>7</sup> OECD (2015), *Explanatory Statement*, art. 23.

<sup>8</sup> OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. (Heretter TPG 2015).

<sup>9</sup> Marcel Olbert and Christoph Spengel, "International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?", *World Tax Journal*, February 2017, s. 3–46 (s. 22 og 32).

<sup>10</sup> Alfred Storck m.fl., "Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-BEPS World"", *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2016, s. 216–222 (s. 217).

immateriell eiendel skal kompenseres. Videre er det innført skjerpede bestemmelser for når kontraktsmessig allokering av risiko mellom tilknyttede selskaper aksepteres.

Spørsmål og problemstillinger som oppstår i relasjon til de reviderte retningslinjene er ennå ikke behandlet i norsk rett. Oppgaven vil derfor belyse sentrale problemstillinger som er uavklarte, og som antas å aktualisere seg i fremtidige tvister om internprising og overskuddsallokering mellom skattyter og skattemyndigheter i ulike jurisdiksjoner. Oppgaven vil dermed bære preg av en *de lege ferenda*-fremstilling.

### 1.3 Avgrensning

Transaksjoner foretatt mellom tilknyttede selskaper i Norge vil, som utgangspunkt, ikke svekke det nasjonale skattefundamentet. Unntak er de tilfeller hvor man flytter overskudd fra en alminnelig virksomhet til en særvirksomhet med lav eller ingen beskatning (og motsatt). Oppgaven behandler ikke disse tilfellene, da det er de grensekryssende transaksjoner som gir mulighet for overskuddsflytting mellom ulike jurisdiksjoner.

Kostnadsbidragsordninger (KBO) er ofte sentrale i utviklingen av immaterielle eiendeler i multinasjonale foretak. Selv om interne kostnadsbidragsordninger ofte er sentrale i utviklingen av immaterielle eiendeler, vil det ikke behandles i oppgaven da det vil bli for omfattende.

### 1.4 Videre fremstilling

I multinasjonale foretak vil immaterielle eiendeler utnyttes innad i foretaket eller ved salg til eksterne tredjeparter ved lisens eller som del av et produkt eller tjeneste. En immateriell eiendel inngår i en større verdikjede til foretaket. Alle parter i verdikjeden skal få en normal markedspris for sine rutinemessige bidrag. Denne prisingen gjøres basert på *internprisingsmetodene*. Når alle parter har fått en markedspris for sine bidrag, vil det ofte være igjen et "restoverskudd" (ofte kalt "residualoverskudd"<sup>11</sup>). Som utgangspunkt antas det at residualoverskuddet knytter seg til den spesifikke immaterielle eiendelen i verdikjeden.

Eksempelvis kan rettslig eier A eie et patent for produsering av båtmotorer som reduserer drivstofforbruket vesentlig, sammenlignet med øvrige båtmotorer på markedet. Patentet

---

<sup>11</sup> Residualoverskuddet sikter til den resterende fortjeneste som er igjen etter at alle parter i transaksjonen har mottatt en normal markedsavkastning for de tjenester eller produkter de har ytet.

lisensieres så til B, i en annen jurisdiksjon, som produserer og selger båtmotorer basert på patentet. Inntekten fra salget av båtmotorene er 100. En analyse av B sine ytete funksjoner, eiendeler og den risiko selskapet har påtatt seg tilknyttet produseringen av båtmotorene, viser at B sine bidrag er rutinemessige. En sammenligning av B sine funksjoner med tilsvarende uavhengige produsenter og distributører fastslår at B skal ha 25 av inntekten.<sup>12</sup> Den resterende inntekten, 75, knytter seg da presumptivt til patentet og skal, i utgangspunktet, tilfalle rettslig eier av patentet.

Etter tidligere retningslinjer var utgangspunktet at residualoverskuddet som regel tilfalt rettslig eier alene, siden rettslig eier kontraktmessig hadde risikoen tilknyttet utvikling av den immaterielle eiendelen og utøvde de viktige funksjoner, herunder hadde den *finansielle risikoen*. De reviderte retningslinjene fra BEPS-prosjektet endrer dette fundamentalt, ved at rettslig eierskap nå ikke gir en ubetinget rett til residualoverskuddet, selv ikke hvor rettslig eier har den finansielle risikoen ved utviklingen. Avgjørende for at rettslig eier skal ha rett til hele residualoverskuddet innebærer at rettslig eier må utøve eller kontrollere alle viktige utviklingsfunksjoner, yte alle eiendeler og påta seg all risiko knyttet til utvikling og utnyttelse av den immaterielle eiendelen.

Vurderingene for å fordele residualoverskuddet kan derfor sies å bestå av to vurderinger: (i) et kvalifikasjonsspørsmål, herunder hvilke selskap *er berettiget* en del av residualoverskuddet, og (ii) et prisingsspørsmål, herunder *hvilken andel* av residualoverskuddet skal selskapene ha.

I denne oppgaven forutsettes det at øvrige parter i verdikjeden har fått en normal markedskompensasjon for sine rutinebidrag og at en immateriell eiendel er overført.<sup>13</sup> Jeg vil belyse enkelte problemstillinger ved retningslinjenes begrensning i rettslig eiers rett til residualoverskuddet.

Først gis en oversikt over rettslige utgangspunkter, rettskilder og metode, før armlengdeprinsippet som den overordnede norm kommenteres. I kapittel 4 til 7, vil

---

<sup>12</sup> Dette vil avgjøres på bakgrunn av internprisingsmetodene. I praksis er ofte *transactional net margin method* (TNMM) benyttet til å fastslå nettofortjenestemarginen til den parten som yter ikke-unike (rutine) bidrag, jf. TPG 2010, art. 2.59, og benyttes derfor typisk for produksjon- og salgsselskaper, jf. Arvid Aage Skaar m.fl., *Norsk Skatteavtalerett*, Oslo 2006, s. 428.

<sup>13</sup> OECDs reviderte retningslinjer har definert en immateriell eiendel i TPG 2015 art. 6.6. For internprisingsformål vil definisjonen ha forrang framfor nasjonal klassifisering, jf. TPG 2015 art. 6.7 og 6.8.

bestemmelsene vedrørende rettslig eierskap og selskaper som yter funksjoner, eiendeler og risiko til en selvutviklet immateriell eiendel belyses.



## 2 Rettskilder og metode

### 2.1 Norsk rett

Selskaper "hjemmehørende" i Norge har alminnelig skatteplikt for sin globalinntekt, jf. skatteloven 26. mars 1999 nr. 14 (heretter sktl.) § 2-2 første ledd, jf. sjette ledd.<sup>14</sup> Selskapet skal skatte av sin kapital- og virksomhetsinntekt, jf. §§ 5-20 og 5-30, jf. § 5-1, og har tilsvarende rett til fradrag for kostnader til inntektsvervelse, jf. § 6-1.

Skatteloven § 13-1 første ledd gir norske skattemyndigheter endringsadgang til skjønnsmessig fastsettelse av inntekt dersom det foreligger inntektsreduksjon som følge av "direkte eller indirekte interessefellesskap". Bestemmelsen er en tilordningsregel som ikke kan utvide eller begrense skatteplikten.<sup>15</sup> I tredje ledd skal inntekt fastsettes "som om interessefellesskap ikke hadde foreligget". Bestemmelsen statuerer armlengdeprinsippet i norsk rett, men gir ikke materiell veiledning om metoder og prinsipper for å finne frem til "riktig" fordeling av overskudd.

Etter bestemmelsens fjerde ledd "skal" skattemyndighetene, i skatteavtalesituasjoner, "[ta] hensyn" til OECDs retningslinjer for internprising forutsatt at Norges skatteavtale inneholder en armlengdebestemmelse.<sup>16</sup>

Etter § 2-37 første ledd kan fysiske og juridiske personers skatteplikt til Norge begrenses i medhold av skatteavtaler som er inngått etter dobbeltbeskatningsavtaleloven 28. juli 1949 nr. 15. Formålet med skatteavtalene er å unngå dobbeltbeskatning av samme skattesubjekt og sørge for "deling av skattefundamentene" mellom statene, jf. dobbeltbeskatningsavtaleloven § 1 nr. 1. For å vurdere skattemyndighetenes skjønnsadgang etter sktl. § 13-1 fjerde ledd, må en se på skatteavtalen Norge har inngått, såfremt en slik avtale eksisterer.

---

<sup>14</sup> Selskapet anses "hjemmehørende" i Norge når det har sin effektive ledelse her, jf. bl.a. Rt. 2002 s. 1144 (s. 1147). I teorien hevdes at hjemmehørende-vilkåret ofte er sammenfallende med mønsteravtalen, se Skaar m.fl. 2006, s. 120-122.

<sup>15</sup> Skaar m.fl. 2006, s. 331.

<sup>16</sup> Hvilken rettskildemessig vekt retningslinjene har utenfor skatteavtalesituasjoner er diskutert i teorien. Se Andreas Bullen og Fredrik Anfinsen, "Skatteloven § 13-1 fjerde ledd: OECDs retningslinjer for internprising som rettskildefaktor i norsk rett", *Skatterett*, nr. 2 2013, s. 159–203.

## 2.2 Forholdet mellom norsk internrett og skatteavtaler

Norges skatteavtaler, inngått etter dobbeltbeskatningsavtaleloven, er gitt status som norsk internrett og trinnhøyde som formell lov, jf. Rt. 1994 s. 132. Skatteavtalene er folkerettslig bindende for statene.<sup>17</sup> En skatteavtale kan kun begrense en stats beskatningsrett.<sup>18</sup> Norge har internrettslig hjemmel for inntektsbeskatning av selskaper etter § 5-1, jf. § 2-2 og adgang til skjønnsmessig å fastsette selskapets inntekt etter § 13-1.

Hvorvidt norske skattemyndigheter kan skjønnsfastsette inntekten til norske selskaper i skatteavtalesituasjoner i medhold av § 13-1 første ledd, bestemmes av om denne adgangen er begrenset etter skatteavtalen.<sup>19</sup> Norge har inntatt en armlengdebestemmelse tilsvarende eller tilnærmet lik OECDs mønsteravtale art. 9, i samtlige skatteavtaler siden 1963.<sup>20</sup> Ved endring av internpris i skatteavtalesituasjoner vil armlengdeprinsippet, slik det er kommet til uttrykk i mønsteravtalen, gi den rettskildemessig forankring for vurderingene.<sup>21</sup> Jeg tar utgangspunkt i OECDs mønsteravtale med tillegg i den videre fremstillingen.

## 2.3 OECDs mønsteravtale og kommentarer

OECDs mønsteravtale artikkel 9 fastslår at skattemyndighetene i en avtalestat kan ha adgang til å allokere inntekt til et selskap hjemmehørende i sin stat. Forutsetning for denne retten er at det foreligger interessefellesskap mellom to selskaper hjemmehørende i hver sin skatteavtalestat og

“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”.<sup>22</sup> (min understrekning).

---

<sup>17</sup> Skaar m.fl. 2006, s. 41.

<sup>18</sup> Skaar m.fl. 2006, s. 45.

<sup>19</sup> Skaar m.fl. 2006, s. 338.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr.62 (2006-2007) *Om lov om endringer i skattelovgivningen (internprising)*, s. 9–10.

<sup>21</sup> Sml. Skaar m.fl. 2006, s. 334–335.

<sup>22</sup> OECD (2015), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD Publishing, s. M-26 (Heretter MTC).

Bestemmelsen gir, på lik linje som sktl. § 13-1 tredje ledd, uttrykk for det internasjonalt anerkjente armlengdeprinsippet som er nedfelt i majoriteten av skatteavtaler. Imidlertid gis det ikke materiell veiledning på hvordan allokeringen av inntekt skal foretas for skattemessige formål.

Mønsteravtalen har tilhørende kommentarer som presiserer mønsteravtalens innhold. Høyesterett har lagt til grunn at kommentarene til mønsteravtalen må veie tungt ved tolkning av skatte- og mønsteravtalen.<sup>23</sup> Dette gjelder også nyere kommentarer enn den aktuelle skatteavtalen, forutsatt at kommentarene presiserer innholdet i bestemmelsen og ikke endrer den materielt.<sup>2425</sup> Mønsteravtalens kommentarer er dermed en vesentlig rettskilde.

I kommentarene til mønsteravtalen er det uttalt at OECDs prinsipper for anvendelse av artikkel 9 er presisert i "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations"<sup>26</sup>.<sup>27</sup> Videre er det uttalt at OECDs retningslinjer "provides guidelines for the application of the arm's length principle of which *the Article is the authoritative statement*" (min kursivering).<sup>28</sup> OECDs retningslinjer er dermed effektivt inkorporert i mønsteravtalen, og majoriteten av skatteavtaler, gjennom mønsteravtalens kommentarer. En er nødt til å se på OECDs retningslinjer for å fastslå hvordan inntekten skal allokere.

## 2.4 OECDs retningslinjer for internprising

OECDs retningslinjer for internprising i multinasjonale foretak ble publisert som offentlig versjon i 1995. Retningslinjene er senere oppdatert og større revideringer ble foretatt i 2010 og 2015. For alle praktiske formål vil OECDs retningslinjer, i skatteavtalesituasjoner, være bestemmende for allokering av inntekt mellom tilknyttede selskaper, da disse er en konkretisering av armlengdebestemmelsen i mønsteravtalen artikkel 9.<sup>29</sup> Høyesterett har uttalt

---

<sup>23</sup> Rt. 2008 s. 577, avsn. 47–49. Internasjonalt er det diskutert om kommentarene til mønsteravtalen utgjør en del av mønsteravtalens kontekst, forarbeider eller kun supplement til fastsettelsen av meningsinnholdet ved ordlydsfortolkningen. Se Klaus Vogel gjengitt i Henning Naas m.fl., *Norsk internasjonal skatterett*, Oslo 2011, s. 92.

<sup>24</sup> Rt. 2004 s. 957, avsn. 49.

<sup>25</sup> Sml. Skaar m.fl. 2006, s. 63.

<sup>26</sup> OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. (Heretter TPG 2010).

<sup>27</sup> MTC, s. C(9)-1.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Sml. Skaar m.fl. 2006, s. 334 og 338.

at OECDs retningslinjer anses å gi et mer presist uttrykk for det materielle innholdet i sktl. § 13-1.<sup>30</sup>

De reviderte retningslinjene fra BEPS-prosjektet anses av OECD og norske myndigheter som presisering av armlengdebestemmelsen i mønsteravtalen.<sup>31</sup> Etter norsk rett vil retningslinjene være direkte anvendelig i medhold av sktl. § 13-1 fjerde ledd utenfor situasjoner hvor skatteavtalen har en armlengdebestemmelse. Hvorvidt retningslinjene er direkte anvendelig i eksisterende skatteavtaler med en armlengdebestemmelse avhenger av om retningslinjene presiserer eller endrer det materielle innholdet i mønsteravtalen art. 9.

Dersom de reviderte retningslinjene, og derved endringer i mønsteravtalens kommentarer, anses som "nyvinninger" som ikke tidligere har vært beskrevet, er det avgjørende at det foreligger konsensus mellom medlemsstatene om at endringene kan legges til grunn etter skatteavtalene.<sup>32</sup> Avgjørende for at materielle endringer, som det er konsensus om, skal legges til grunn i eksisterende skatteavtaler avhenger av at endringene ikke strider mot mønsteravtalens ordlyd.<sup>33</sup> Man bør være forsiktig med å vektlegge kommentarer som gir uttrykk for endret oppfatning.<sup>34</sup> Hvis retningslinjene anses som presisering av armlengdeprinsippet, slik det er uttrykt i mønsteravtalen art. 9, vil de i utgangspunktet være anvendelig etter eksisterende skatteavtaler uten at disse må reforhandles. I teorien er det imidlertid hevdet at endringene i OECDs retningslinjer strider mot allerede eksisterende skatteavtaler, siden de vil medføre overskuddsallokeringer som ikke nødvendigvis er i tråd med hvordan uavhengige parter under sammenlignbare forhold ville kompensert hverandre – altså i strid med armlengdeprinsippet.<sup>35</sup> Konkluderer en med at retningslinjene medfører endringer i strid med mønsteravtalen art. 9, kan de i utgangspunktet ikke legges til grunn i eksisterende skatteavtaler. Etter sktl. § 13-1 fjerde ledd, som effektivt inkorporerer retningslinjene i norsk rett også for andre tilfeller enn i skatteavtalesituasjoner med en armlengdebestemmelse, vil de reviderte retningslinjene få umiddelbar virkning. Norske skattemyndigheters adgang til å påberope seg retningslinjene etter eksisterende skatteavtaler kan likevel

---

<sup>30</sup> Høyesteretts uttalelser i Rt. 2001 s. 1265, s. 1278-1279 om forgjengeren til § 13-1.

<sup>31</sup> Se fotnote 7. Se også uttalelse fra Finansdepartementet fra 04.05.2016

(<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/svar-pa-sporsmal-nr.-976-fra-stortingsrepresentant-arild-grande/id2499390/>) (åpnet 19.04.17). Selv om retningslinjene hevdes å være presiseringer av

armlengdeprinsippet, endrer de betydelige premisser for vurderingene som skal foretas. Etter min mening bør retningslinjene ikke kun anvendes med tilbakevirkende kraft. Sml. James J. Tobin, "Intangible BEPS Risks", *Bloomberg BNA International Tax*, 2016 (<https://www.bna.com/intangible-beps-risks-n57982069567/>) (åpnet 02.05.17). Motsetningsvis har Skatteverket i Sverige, i en ikke-bindende uttalelse av 22.12.15, lagt til grunn at retningslinjene kan anvendes retroaktivt.

([http://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.16/331393.html#update\\_20151222143621](http://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.16/331393.html#update_20151222143621)) (åpnet 31.05.17).

<sup>32</sup> Skaar m.fl. 2006, s. 64.

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> Fredrik Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave, Oslo 2009, s. 80.

<sup>35</sup> Se bl.a. Luis Eduardo Schoueri, "Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD", *Bulletin for International Taxation*, December 2015, s. 690–716. (s. 714–715). Se lignende antydninger i Rutger Hafkenscheid, "The BEPS Report on Risk Allocation: Not So Functional", *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2017, s. 19–24 (særlig s. 19, 23 og 24).

begrenses av at skatteavtalen ikke omfatter endringene. På denne måten kan de ikke legges til grunn for inntektsallokeringen før skatteavtalene revideres. Dette har en slagside til spørsmålet om retningslinjene kan gis tilbakevirkende kraft. Grunnet plassbegrensning i oppgaven vil det ikke foretas en videre analyse av om de reviderte retningslinjene anses som en presisering eller materiell endring som strider mot mønsteravtalen art. 9.

## 2.5 Tolkning av skatteavtaler og OECDs retningslinjer

Norges skatteavtaler er folkerettslige forpliktelser som må følge folkerettslige tolkningsprinsipper, jf. Høyesteretts uttalelser i Alphawell-dommen.<sup>36</sup> Internasjonalt er Wienkonvensjonen<sup>37</sup> ansett å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett om fortolkning av trakter.<sup>38</sup> Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men den utgjør den sentrale rettskilden ved tolkning av skatteavtaler som følge av sedvaneretten.<sup>39</sup>

Norges skatteavtaler, mønsteravtalen og dens kommentarer, samt OECDs retningslinjer for internprising må tolkes i samsvar med Wienkonvensjonen art. 31-33. Retningslinjene må tolkes ut fra ordlydens naturlige språklige forståelse i lys av dets kontekst og formål.<sup>40</sup> De konkrete vurderingstemaer i internprisingssaker er ofte svært faktumdrevet, og juridisk teori vil være støttende ved generell tolkning av retningslinjene.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> Rt. 1994 s. 752, s. 762.

<sup>37</sup> United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23. may 1969.

<sup>38</sup> Naas m.fl. 2011, s. 85.

<sup>39</sup> Naas m.fl. 2011, s. 85.

<sup>40</sup> Se Skaar m.fl. s. 49–76 for en grundigere innføring om fortolkning av skatteavtaler mv.

<sup>41</sup> Sml. David Ernick, "Integration, Fragmentation, and Global Value Chains – The Beginning of the End of the Arm's-Length Principle?", *reprint from Bloomberg BNA Tax Management International Journal*, 44 TMIJ 167, 2015, s. 1–5 (s. 3): "Transfer pricing is necessarily a facts and circumstances exercise ..." (min kursivering).

### 3 Armlengdeprinsippet som utgangspunkt for inntektsallokering

Armlengdeprinsippet, som blant annet skal sørge for nøytralitet mellom tilknyttede og uavhengige skattytere, er den overordnede normen i vurderingen av inntektsallokering mellom tilknyttede selskaper.<sup>42</sup> Nedenfor vil jeg kort redegjøre for armlengdeprinsippet.

Etter armlengdeprinsippet er utgangspunktet at transaksjoner mellom tilknyttede selskaper ("kontrollerte transaksjoner") skal være i overensstemmelse med "markedet".<sup>43</sup> Det skal foretas en markedsmessig prising for skatteformål.<sup>44</sup>

Det sentrale vurderingstemaet under armlengdeprinsippet er om selskapene i den kontrollerte transaksjonen har handlet på like markedsmessige og kommersielle vilkår som uavhengige selskaper ville gjort i en tilsvarende situasjon under sammenlignbare forhold (en "ukontrollert transaksjon").<sup>45</sup> Utgangspunktet er en sammenligning av den kontrollerte transaksjonen og en eller flere ukontrollerte transaksjoner. Ved en tolkning av OECDs retningslinjer, kan denne overordnede normen være støttende i tolkningen.<sup>46</sup>

Fundamentalt etter armlengdeprinsippet er at partene i en kontrollert transaksjon skal kompenseres for de funksjoner, eiendeler og risiko de har ytt. Basert på en funksjonsanalyse av partenes bidrag av funksjoner, eiendeler og risiko, sammenligner man transaksjonen med en ukontrollert transaksjon med tilsvarende økonomisk karakteristik.<sup>47</sup> Etter de reviderte retningslinjene fra 2015 er det i hovedsak funksjonsanalysen som vil være fokus, siden partene skal motta en armlengdekompensasjon for sitt verdiskapende bidrag til den immaterielle eiendelen.<sup>48</sup> Retningslinjene som behandles i oppgaven er en konkretisering av armlengdeprinsippet. For i det hele tatt å fastslå hvilke parter som er berettiget hele eller deler

---

<sup>42</sup> Sml. Schoueri 2015, s. 690–716 (s. 695).

<sup>43</sup> TPG 2010, art. 1.2-1.5.

<sup>44</sup> Armlengdeprinsippet skal sørge for korrekt overskuddsallokering mellom jurisdiksjoner. Prinsippet er ingen gjennomskjæringsregel. Se Marta Pankiv, "Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures", *International Transfer Pricing Journal*, November/December, 2016, s. 463–476 (s. 463 sml. s. 473–476).

<sup>45</sup> TPG 2010, art. 1.6

<sup>46</sup> Oddleif Torvik, *Arm's length distribution of operating profits from intangible value chains*, University of Bergen, Bergen 2016, s. 17.

<sup>47</sup> TPG 2015, art. 1.51 sml. 1.35–1.37.

<sup>48</sup> Sml. Rolf Saastad, Trond Eivind Johnsen og Erling Prestholdt Selen, "Slik vil BEPS påvirke skattleggingen av store virksomheter", *Praktisk økonomi & finans*, nr. 4 2015, s. 280–288 (s. 282).

av residualoverskuddet, må en først konstatere hvem som er eier av den immaterielle eiendelen, se punkt 4.

## 4 Rettslig eierskap

### 4.1 Hvem er rettslig eier for internprisingsformål?

Etter OECDs retningslinjer fastslår man at rettslig, og ikke økonomisk, eierskap til den immaterielle eiendelen er avgjørende for å anses som eier for internprisingsformål.<sup>49</sup> Rettslig eierskap innebærer at den som etter de formelle rettsforhold anses som eier av den immaterielle eiendelen gis effektivt eierskap over objektet. Formelle forhold vil som utgangspunkt være avgjørende. Dette gjelder også etter alminnelig norsk rett.

Utgangspunktet for vurderingen av rettslig eierskap vil være hvem som er registrert som rettslig eier av den immaterielle eiendelen under de aktuelle staters internrett.<sup>50</sup> Hvem som står oppført som eier i aktuelle registre og hva som følger av ulike kontraktsforhold vil som regel være avgjørende for å anses som eier.<sup>51</sup>

Imidlertid har ikke alle jurisdiksjoner like utviklet immaterialrett og rettslig registrering og beskyttelse kan ikke alltid oppnås.<sup>52</sup> I de tilfeller rettslig eierskap ikke kan påvises ut fra formelle forhold, vil den parten som "controls decisions concerning the exploitation of the intangible and has the practical capacity to restrict others from using the intangible" anses som rettslig eier.<sup>53</sup>

Ordlyden tilsier at det oppstilles kumulative vilkår. Parten som hevder å være rettslig eier må både ha bestemmende kontroll over utnyttelsen og mulighet til å hindre andre å bruke eiendelen. Vilkåret om kontroll tilsier først og fremst at en må kartlegge hvilket selskap som har ansatt det seniorpersonell som beslutter hvem som skal kunne lisensiere den immaterielle eiendelen og fastsetter forretningsstrategiene for utnyttelse av eiendelen (i hvilke områder, hvor lenge mv.).

Vilkåret om at parten må ha mulighet til å hindre andre å bruke den immaterielle eiendelen kan i utgangspunktet tolkes som et negativt uttrykk av kontrollmuligheten. Altså kan det tolkes dit

---

<sup>49</sup> TPG 2015, art. 6.40.

<sup>50</sup> TPG 2015, art. 6.37.

<sup>51</sup> TPG 2015, art. 6.35.

<sup>52</sup> TPG 2015, art. 6.39.

<sup>53</sup> TPG 2015, art. 6.40.



hen at det ikke er et selvstendig vilkår, siden den parten som har kontroll over hvordan den immaterielle eiendelen skal brukes også vil ha kontroll over hvordan den ikke skal brukes.

Imidlertid kan ordlyden "practical capacity" muligens åpne for at vilkåret bør anses å være selvstendig. For eksempel hvis en uavhengig part har lisensiert en rett til å benytte konsernets immaterielle eiendel og deretter bryter lisensvilkårene, så må partene som hevder å være eier også ha praktisk mulighet til å ta rettslige og økonomisk skritt for å hindre den uberettigede bruken. En parallell til kravene om kontroll over risiko, som innebærer at selskapet også må ha *finansiell kapasitet* til å bære risikoen, kan tilsa en slik fortolkning av "practical capacity".<sup>54</sup>

Likevel er det vanskelig å se hvilke praktiske situasjoner som kan oppstå hvor en part hevder å ha kontroll over beslutninger relatert til utnyttelse av eiendelen, men ikke har mulighet til å hindre andre å bruke den. I praksis vil morselskap i konsernet, hvis det ikke påvises en formell rettslig eier, fastsette hvordan den immaterielle eiendelen skal benyttes og denne vil også ha mulighet til å forfølge uberettiget bruk (uten at det bør tolkes inn som et krav). I utgangspunktet bør bestemmelsen, etter min mening, tolkes slik at den gir uttrykk for den positive og negative siden av et kontrollvilkår, hvor det avgjørende for å anses som rettslig eier er at parten har kontroll over beslutninger som gjelder utnyttelse av den immaterielle eiendelen.

## 4.2 Betydning av rettslig eierskap

Spørsmålet om hvem som er *eier* av den immaterielle eiendelen har betydning i to relasjoner. For det første har rettslig eierskap betydning for å vurdere om det har skjedd en overføring av immaterielle eiendeler fra opprinnelig eier til en tilknyttet part som skal prises.<sup>55</sup> For det andre, og den primære betydning av rettslig eierskap, er riktignok i spørsmålet om hvem som er berettiget hele eller deler av residualoverskuddet ved utnyttelsen av den immaterielle eiendelen.<sup>56</sup>

Utgangspunktet etter de reviderte retningslinjene er at rettslig eierskap i seg selv ikke innebærer en ubetinget rett til overskuddet fra den immaterielle eiendelen.<sup>57</sup> Dette kan anses å fravike fra

---

<sup>54</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.64–1.65.

<sup>55</sup> Sml. Naas 2011, s. 1030.

<sup>56</sup> TPG 2015, art. 6.43, sml. Pankiv 2016, s. 471–472.

<sup>57</sup> TPG 2015, art. 6.47.

alminnelige rettslige prinsipper. For at rettslig eier av den immaterielle eiendelen skal være berettiget hele overskuddet må parten

"perform *all* of the functions, contribute *all* assets used and assume *all* risks related to the *development, enhancement, maintenance, protection and exploitation* of the intangible" (min kursivering).<sup>5859</sup>

Ordlyden tilsier klart at rettslig eierskap ikke gir en ubetinget rett til hele overskuddet uten at parten også utøver funksjonelle bidrag til utviklingen av den immaterielle eiendelen.<sup>60</sup> Bestemmelsen må tolkes slik at der rettslig eier har ytet delvis bidrag sammen med andre selskaper, vil dette som utgangspunkt berette rettslig eier til *deler* av overskuddet. Indirekte kan derfor bestemmelsen sies å stille krav om funksjonalitet i selskapet, rettslig eier, som hevder retten til residualoverskuddet. Utfører ikke rettslig eier noen funksjoner vil selskapet alltid være skyldig en armlengdekompensasjon til de tilknyttede parter som har utøvd de verdiskapende bidrag.<sup>61</sup>

Videre er det i retningslinjene uttalt at i de tilfeller rettslig eier kun "acts solely as a title holding entity" som ikke har bidratt med noen funksjoner, eiendeler eller risiko, så vil rettslig eier kun være berettiget en "arm's length compensation, if any, for holding the title".<sup>62</sup>

En naturlig fortolkning av bestemmelsen tilsier at et selskap som kun holder rettslig eierskap til en immateriell eiendel ikke er berettiget en armlengdekompensasjon for dette. Ordlyden "if any" etterlater liten veiledning for hvilke tilfeller en armlengdekompensasjon for eierskap-tittelen ikke er berettiget.

En tolkning i retning at et selskap som *kun* holder eierskap-tittelen som utgangspunkt vil være avskåret en armlengdekompensasjon for dette, for eksempel hvor rettslig eier er en "cash-box", vil være i tråd med retningslinjenes formål om å allokere inntekt til de enheter hvor verdiskapningen skjer. Slike "cash-box" vil sjelden ha noen funksjonelle bidrag. Dette kan tale for at utgangspunktet er at rettslig eier som kun holder eierskap-tittelen ikke er berettiget noen del av residualoverskuddet fra den immaterielle eiendelen.

---

<sup>58</sup> TPG 2015, art. 6.51.

<sup>59</sup> Heretter omtalt som *DEMPE-funksjonene* eller *utvikling og utnyttelse*, sml. Torvik 2016, s. 599, note 1883.

<sup>60</sup> Sml. TPG 2015, art. 6.47.

<sup>61</sup> Sml. Schoueri 2015, s. 715.

<sup>62</sup> TPG 2015, art. 6.42.

I teorien hevdes det at en slik "nullverdi-eierskap"-betraktning ikke bør anses holdbar da arbeid favoriseres framfor kapital samt at rettslig eier faktisk bestemmer utnyttelesesstrategien til den immaterielle eiendelen. Eierskap-tittelen bør derfor, som utgangspunkt, fortjene en markedsavkastning.<sup>63</sup> I de tilfeller rettslig eier bestemmer utnyttelesesstrategien, vil parten faktisk utøve *noen* funksjoner relatert til utnyttelsen av den immaterielle eiendelen. Argumentet i teorien legger et premiss om at rettslig eier utøver en, om enn begrenset, funksjon. At rettslig eier i disse tilfeller bør være berettiget en markedskompensasjon for eierskap-tittelen synes å være i tråd med retningslinjenes alminnelige utgangspunkt om at parten skal kompenseres for de funksjoner den faktisk utøver.

En fortolkning av retningslinjene taler, etter min mening, for at rettslig eier som ikke utøver noen funksjoner, ikke vil være ha rett til *noen del* av residualoverskuddet fra den immaterielle eiendelen.

### 4.3 Delkonklusjon

De ovennevnte punkter innebærer at i de tilfeller rettslig eierskap kan konstateres på bakgrunn av nasjonal lovgivning eller kontraktsforhold, vil dette i de praktiske tilfeller anses tilstrekkelig for eierskap.

Hevdes det å være overført en ikke-registrerbar immateriell eiendel, hvor eierskap heller ikke påvises ut fra kontraktsforhold, er det avgjørende hvilken part som har *kontroll over beslutninger knyttet til utnyttelsen* av den immaterielle eiendelen.

Når man har konstatert hvem som er rettslig eier av den immaterielle eiendelen må man videre undersøke om rettslig eier har "performe[d] all of the functions, contribute[d] all assets used and assume[d] all risks" knyttet til utvikling og utnyttelse av den immaterielle eiendelen, alternativt hvilke parter i det multinasjonale foretaket som har utøvd de disse bidragene.<sup>64</sup> Etter å ha avgjort hvilke selskaper i foretaket som har utøvd de ulike bidrag, må overskuddet fordeles mellom disse.

De reviderte retningslinjene har som utgangspunkt at alle funksjoner, alle eiendeler og all risiko en part har tatt på seg knyttet til utviklingen eller utnyttelsen av den immaterielle eiendelen,

---

<sup>63</sup> Se Pankiv 2016, s. 471.

<sup>64</sup> TPG 2015, art. 6.51, jf. 6.43.

skal kompenseres. Selv om dette er utgangspunktet har retningslinjene sitt primære fokus på tjenesteavtaler (outsourcing) om forskning og utvikling (FoU), finansiering av FoU og fordeling av risiko tilknyttet utvikling og utnyttelse av den immaterielle eiendelen.

I det følgende vil jeg belyse retningslinjenes regulering av overskuddsallokering i tilfeller rettslig eier outsourcer FoU, hvordan retningslinjene behandler finansiering av FoU og hvilke særlige aspekter knyttet til risikoallokering som er viktige.

# 5 Funksjoner – tjenesteavtaler om utvikling (FoU)

## 5.1 Utgangspunkt og tidligere tilstand

Tidligere retningslinjer har ikke stilt like strenge krav til rettslig eiers kontroll over utviklingsfunksjonene som er outsourcet. Rettslig eier var berettiget residualoverskuddet når parten hadde den *finansielle risikoen* knyttet til de outsourcete funksjoner. Riktignok innebar kravet til finansiell risiko at rettslig eier måtte utøve flere, hovedsakelig administrative, oppgaver knyttet til outsourcingen.<sup>65</sup> Etter de reviderte retningslinjene kreves det derimot at rettslig eier nå enten *utøver eller har kontroll* over flere viktige utviklingsfunksjoner for å være berettiget hele eller deler av residualoverskuddet relatert til disse funksjonene.<sup>66</sup>

Når et multinasjonalt foretak organiserer seg, danner det spesialiserte enheter i konsernet. Utviklingen av immaterielle eiendeler avhenger blant annet av en samling kunnskap og fagspesialisert personell over tid og satt sammen i system.<sup>67</sup> I tillegg optimaliseres ressursbruken og man kan oppnå en effektivitetsgevinst og kostnadsbesparelse.<sup>68</sup> Som følge av dette vil det ikke være naturlig at rettslig eier fysisk utøver alle funksjoner knyttet til utviklingen selv. Retningslinjene fastslår at rettslig eier, på lik linje med uavhengige parter, har adgang til å inngå tjenesteavtaler (outsource) om visse funksjoner uten å miste retten til overskuddet.<sup>69</sup>

Selv om rettslig eier i et multinasjonalt foretak har adgang til å inngå tjenesteavtaler om utviklingsfunksjoner, må det imidlertid settes en begrensning i hvilke funksjoner rettslige eier kan sette bort før "FoU-enheten" berettiger seg en del av residualoverskuddet. Retningslinjene stiller derfor krav om at rettslig eier i det minste *kontrollerer* de viktige utviklingsfunksjonene. Videre opererer retningslinjene med et skille mellom viktige og ikke-viktige utviklingsfunksjoner. Først vil kravet om kontroll belyses før skillet mellom viktige og ikke-

---

<sup>65</sup> Torvik 2016, s. 603–605.

<sup>66</sup> TPG 2015, sml. art. 6.54.

<sup>67</sup> Se bl.a. Farok J. Contractor (red.), *Valuation of Intangible Assets in Global operations*, Quorum Books/Greenwood Publishing Group, 2001, s. 6–8.

<sup>68</sup> Jf. Wittendorff 2010, s. 19–20.

<sup>69</sup> TPG 2015, art. 6.51.

viktige utviklingsfunksjoner kommenteres. Dernest vil betydningen av at kontrollkravet ikke er oppfylt kommenteres.

## 5.2 Kravet til kontroll over eller utøvelse av viktige funksjoner

Retningslinjene kan tilsynelatende gi inntrykk av at i de tilfeller viktige utviklingsfunksjoner utøves av andre selskaper enn rettslig eier, er det selskapene som utfører utviklingsfunksjonene som vil ha rett til hele eller deler av residualoverskuddet. En slik tolkning er imidlertid ikke korrekt. Rettslig eier er berettiget retten til overskuddet som relaterer seg til de viktige utviklingsfunksjonene så lenge rettslig eier "controls" de viktige funksjonene som er outsourcet.<sup>70</sup>

Hva som ligger i kravet om kontroll over viktige funksjoner er imidlertid ikke presisert, utover at prinsippene om kontroll over risiko som utgangspunkt skal anvendes analogisk.<sup>71</sup>

En analogisk anvendelse av kravene om kontroll over risiko innebærer at selskapet må ha personell som bestemmer hvilke utviklingsfunksjoner som skal outsources og hvilket selskap som skal yte funksjonene.<sup>72</sup> Videre stilles det krav om at rettslig eier, for å ha kontroll over funksjonene, må ha personell som har kompetanse og erfaring med å fatte beslutninger om og hvordan videre utvikling av prosjektet skal foregå basert på en analyse av aktuell informasjon, samt har kompetanse og erfaring innen området den spesifikke utviklingen gjelder.<sup>73</sup> Personene som fatter beslutninger må tilsynelatende være tilstrekkelig kompetente til selvstendig å vurdere informasjonen fra utviklingen og bære ansvar for hvilke handlinger utviklingsenheten skal, eller ikke skal, ta videre.<sup>74</sup>

Det ovennevnte taler for at rettslig eier, for å oppfylle krav om kontroll over de viktige funksjoner, må ha teknisk personell som kan vurdere samtlige aspekter ved den enkelte utviklingsfunksjon som det inngås tjenesteavtale om. Dette er, blant annet, hvilket selskap man skal inngå tjenesteavtale med, målet og rammene for utviklingen og hvorvidt utviklingen skal

---

<sup>70</sup> TPG 2015, art. 6.54, jf. 6.48.

<sup>71</sup> TPG 2015, art. 6.53.

<sup>72</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.65.

<sup>73</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.66.

<sup>74</sup> Sml. Philip Morrison, "BEPS 2015 Final Report Regarding Transfer Pricing of Intangibles", *Bloomberg BNA International Tax*, 2016 (<https://www.bna.com/beps-2015-final-n57982069495/>) (åpnet 27.05.17).

fortsette eller avbrytes. Siden kravet om "control" er alternativt til fysisk å utøve funksjonene selv, kan dette tilsi strenge krav til når vilkåret om "control" er oppfylt.

Imidlertid synes kravet om "control", sett i lys av det ovennevnte, først og fremst å være av en strategisk karakter – altså å sette langsiktige mål og rammer for utviklingen. Kravet om kontroll over risiko etter art. 1.65 synes i større grad å være av en mer aktiv karakter, hvor det også er et kravet om løpende risikohåndtering som vil være sentralt.

Hvis eksempelvis rettslig eier har personell som fastsetter retningslinjer for budsjetter og rammer for utviklingsprogrammer og et tilknyttet selskap handler i tråd med disse retningslinjene, er da kravet til "control" over utviklingsfunksjonene oppfylt?

Spørsmålet kan nok neppe besvares generelt, men en analogisk anvendelse av bestemmelsen om at fastsetting av generelle retningslinjer om risikoprofil for det multinasjonale foretaket som helhet ikke anses som beslutningsutøvelse, kan tale mot at vilkåret er oppfylt.<sup>75</sup> Dette støttes også av eksempel 15 i vedlegget til retningslinjene, hvor en slik fastsettelse av generelle retningslinjer ikke er tilstrekkelig for å utøve kontroll.<sup>76</sup>

Det kan tenkes en videreføring av eksempelet i punkt 1.4, hvor rettslig eier, selskap A i land A, har en leder som fastsetter retningslinjer for utviklingsprogrammet av patentet. Forskerne i selskap B, i land B, har vide rammer til å fatte løpende beslutninger som best kan realisere formålet etter retningslinjene. Spørsmålet er da: hvor ligger kontrollen over funksjonen om å fastsette rammer og mål for utviklingsprogrammet av patentet? Videre kan tilfellet være at lederen hos rettslig eier har noen få, men relativt langvarige opphold i land B for å overvære utviklingen. Når lederen er i land B, vil alle løpende beslutninger fattes av han og ikke forskerne i selskap B. På denne måten vil "kontrollen" over funksjonene variere i perioder. Skal da rettslig eier anses å ha kontroll over utviklingsfunksjonene, eller skal forskerne, som er gitt vide fullmakter når lederen ikke er tilstede, anses å ha kontroll over funksjonen? Alternativt skal man se det slik at begge selskaper har kontroll over utviklingsfunksjonen slik at begge parter er berettiget en del av overskuddet relatert til denne funksjonen?<sup>77</sup> Dette er vanskelig å gi et klart svar på. Samtidig kan det tenkes at det kan oppstå spørsmål om lederen hos rettslig eier over tid etablerer et fast driftssted i land B på vegne av rettslig eier, i medhold av OECDs mønsteravtale art. 5. Dette kan i så fall få etterfølgende betydning for allokering av inntekter og kostnader fra den immaterielle eiendelen mellom rettslig eier og det faste driftsstedet.

---

<sup>75</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.76.

<sup>76</sup> TPG 2015, vedlegg til kapittel seks, eksempel 15, art. 51–52.

<sup>77</sup> Sml. Tobin 2016, avsn. 8.

Kravet til "control" bør, for best å ivareta formålet til de reviderte retningslinjene<sup>78</sup>, tolkes strengt slik at det kreves at rettslig eier må ha personell som faktisk fastsetter målet og rammene for de funksjonene det inngås tjenesteavtaler om, har selvstendig evne til å vurdere videre utvikling og hvilke tiltak som er best egnet til å realisere målet. Videre må rettslig eier ha personell som beslutter hvilke selskaper som er best egnet til å utøve funksjonene, samt at personellet må ha kompetanse og erfaring innenfor området den spesifikke utviklingsfunksjonen gjelder. I de tilfeller kontroll over en funksjon skifter mellom flere personer, kan det stilles spørsmål ved om det bør stilles et kumulativt og tidsmessig krav for hvor lenge beslutningsmyndigheten befinner seg hos en person og at kontrollkravet dermed er oppfylt.<sup>79</sup>

Kravet til kontroll over viktige utviklingsfunksjoner, innebærer at man også må identifisere hva som utgjør en viktig (verdiskapende) funksjon og hva som utgjør en ikke-viktig funksjon. I det følgende vil retningslinjenes skille mellom viktige og ikke-viktige funksjoner kommenteres.

### **5.3 Skillet viktige og ikke-viktige utviklingsfunksjoner**

Bestemmelsene i de reviderte retningslinjene opererer med en todeling av viktige og ikke-viktige funksjoner. Rettslig eier har adgang til å inngå tjenesteavtaler om både viktige og ikke-viktige funksjoner.

Det sentrale i retningslinjene er at rettslig eier må ha kontroll over de *viktige utviklingsfunksjonene*, de primære verdidriverne for utvikling av den immaterielle eiendelen, for å være berettiget overskuddet som knytter seg til disse funksjonene. Den åpenbare utfordring som vil oppstå i praksis er hva som skal klassifiseres som *viktige (verdiskapende) funksjoner* og hva som skal klassifiseres som de *ikke-viktige (ikke-verdiskapende) funksjoner*.

På dette punkt er det vanskelig å oppstille noen generelle terskler og vilkår før en funksjon vil falle i den ene eller den andre kategorien. Likevel vil jeg i det følgende belyse aktuelle momenter som kan tas i betraktning.

---

<sup>78</sup> Jf. punkt 1.2.

<sup>79</sup> Sml. Tobin 2016, avsn. 8.



Aktører i ulike bransjer inngår tjenesteavtaler om ulike funksjoner. Et nødvendig startpunkt for vurderingen vil være å se på hvilke funksjoner uavhengige parter innen den samme bransjen outsourcer. Dette kan danne en referanse for den konkrete vurderingen som må foretas, og er i overenstemmelse med det overordnede armlengdeprinsippet.

Retningslinjene har positivt oppramset en liste med funksjoner som i de fleste tilfeller vil anses som viktige verdiskapende funksjoner som rettslig eier *må* ha kontroll over for å være berettiget overskuddet relatert til disse. Er disse funksjoner outsourcet fra rettslig eier, vil de som utgangspunkt berettige "utviklingsenheten" til en del av eller hele residualoverskuddet.<sup>80</sup> I hovedsak er dette funksjoner knyttet til "among others, design and control of research and marketing programmes, direction of and establishing priorities for creative undertakings including determining the course of "blue-sky" research, control over strategic decisions regarding intangible development programmes, and management and control of budgets". Ordlyden i bestemmelsen tilsier at listen ikke anses uttømmende.

Slike vesentlige funksjoner vil sjelden være outsourcet blant uavhengige parter, da det overlater vesentlig kontroll og risiko for utvikling av den immaterielle eiendelen til FoU-enheten.<sup>81</sup> Rettslig eier kontrollerer da ikke de materielt verdiskapende funksjoner. Ved outsourcing av de ovennevnte funksjoner har ikke rettslig eier kontroll over forhold som påvirker *finansielle beslutninger til utviklingen* eller de avgjørelser som kan påvirke *sluttresultatet av utviklingen*. Etter min mening, er dette veiledende momenter i vurderingen av om de outsourcete funksjoner anses viktige.

Videre lister bestemmelsen opp funksjoner som knytter seg til tidligfase beslutninger over forskning og utvikling. Hvor tidlig i utviklingsfasen rettslig eier eller øvrige selskaper fatter beslutninger som påvirker utviklingen, kan følgelig være en indikasjon på om den bør anses som viktig.

Praksis blant uavhengige parter er at det ofte inngås tjenesteavtaler om "rutine"/"generiske" forskningsfunksjoner. Dette kan typisk være funksjoner om kontroll og systematisering av data og resultater av foretatt forskning. Dette bør som utgangspunkt *ikke* anses som en viktig funksjon. Slike funksjoner vil ikke innebære hel eller delvis kontroll over utviklingsstrategi,

---

<sup>80</sup> TPG 2015, art. 6.56.

<sup>81</sup> Sml. TPG 2015, art. 6.53.

budsjetter eller programmer, og bør anses ikke å være viktige.<sup>82</sup> Disse funksjonene har riktignok en verdi, men verdiskapningen vil hovedsakelig finne sted når dataene og resultatene fortolkes og implementeres av utviklingspersonellet.

En slik tolkning støttes også av retningslinjene art. 6.79 hvor et viktig moment i vurderingen av hvordan utviklingsenheten skal kompenseres vil avgjøres på bakgrunn av om "the research team possesses unique skills and experience".<sup>83</sup> Funksjoner som ikke krever at utviklingsenheten har "unique skills and experience", er formodentlig et viktig moment i vurderingen av om funksjonene som selskapet foretar er viktige og verdiskapende.<sup>84</sup>

Videre kan det stilles spørsmål ved om man kan trekke analogi fra retningslinjene om "low-value adding services" som fastslår at visse tjenester vil anses som lite verdiskapende og kan derfor kompenseres etter en forenklet prisingsmetode. En av karakteristikkene for å anses det som "low-value adding" er at tjenesten er av *støttende karakter* og ikke retter seg mot kjerneaktiviteten til konsernet.<sup>85</sup>

Problemet som imidlertid oppstår i denne relasjon blir hvordan man skal trekke grensen mellom støttende funksjoner til f.eks. "management and control over budgets" og når funksjonen i seg selv anses som viktig. At det også er tilfellet at utviklingsfunksjonenes verdiskapende betydning kan variere i de ulike stadier av verdikjeden, vanskeliggjør et tydelig skille for ikke-viktige og viktige utviklingsfunksjoner.<sup>86</sup>

På bakgrunn av det ovennevnte kan aktuelle momenter i vurderingen av om det er outsourcet viktige funksjoner være om FoU-enheten kontrollerer funksjoner og avgjørelser som påvirker rettslig eiers finansielle forhold, om FoU-enheten utfører "generiske" tjenester, om funksjonen har størst preg av å være av støttende karakter og på hvilket punkt i verdikjeden FoU-enheten utfører tjenesten.

---

<sup>82</sup> Imidlertid kan det påpekes at dersom foretakets primære funksjon er å samle og systematisere data og dernest lisensiere dette både til tilknyttede og uavhengige parter, kan det selvfølgelig stilles spørsmål ved om dette i et slikt tilfelle anses som den primære verdidriveren som kan berettige en del av residualoverskuddet. Se Olbert og Spengel 2017, s. 36, som tilsynelatende antyder at samling av data i seg selv kan utgjøre en betydelig verdidriver for selskaper i den digitale økonomien.

<sup>83</sup> TPG 2015, art. 6.79.

<sup>84</sup> En løpende dekning av utviklingsenhetens kostnader med marginpåslag vil ikke alltid være dekkende i slike tilfeller, sml. Pankiv 2016, s. 467.

<sup>85</sup> TPG 2015, art. 7.45. Art. 7.47 må ikke tolkes slik at utviklingsfunksjoner ikke kan anses som lite verdiskapende (ikke-viktige), bestemmelsen gir kun anvisning på at utviklingsfunksjoner ikke vil kvalifisere til den forenklete prisingsmetoden som kapittel 7 angir.

<sup>86</sup> Sml. Storck m.fl. 2016, s. 220.

Dersom det påvises at viktige utviklingsfunksjoner er outsourcet fra rettslig eier, og rettslig eier ikke har kontroll over disse funksjonene, vil utviklingsenheten som utfører og har kontroll over de viktige utviklingsfunksjonene i utgangspunktet være berettiget en del av residualoverskuddet fra den immaterielle eiendelen som relaterer seg til disse funksjonene.

## 5.4 Betydning av at rettslig eier ikke har kontroll over eller utøver viktige funksjoner

I de tilfeller rettslig eier ikke har kontroll over noen viktige funksjoner vil selskapet ikke være berettiget noen del av overskuddet som relaterer seg til forsknings- og utviklingsfunksjonene.<sup>87</sup> Residualoverskuddet skal da tilfalle den eller de selskap som har utøvd og kontrollert de viktige utviklingsfunksjonene. Dette vil være et prisings spørsmål, altså hvor stor andel av overskuddet utviklingsenheten(e) er berettiget.

Utgangspunktet er at de selskapene som yter de viktige utviklingsfunksjonen skal ha en andel av residualoverskuddet basert på deres *relative bidrag*, hvor den part som yter størst andel av viktige funksjoner skal ha en større andel av overskuddet.<sup>88</sup> Dette skaper problemer knyttet til betydningen man skal tillegge de enkelte funksjoner og hva som er "korrekt" allokering av overskudd. Retningslinjene har ikke oppstilt noen objektive allokering nøkler og det etterlates betydelig rom for subjektivt skjønn. Dette er et av hovedproblemene med retningslinjene.

Kostnader til utvikling og den immaterielle eiendelens inntjeningsverdi vil nærmest aldri være forholdsmessig, og kostnader bør derfor ikke legges til grunn for vurderingen av partenes relative bidrag. Likevel kan pådratte kostnader være et moment i vurderingen av verdikjeden og -driverne.<sup>89</sup>

Siden det sjelden vil eksistere sammenlignbare ukontrollerte transaksjoner hvor slike viktige funksjoner er outsourcet, fremgår det av retningslinjene at det bør utvises varsomhet med å benytte ensidige prisingsmetoder (som kun skal allokere den testede parten en normal markedsavkastning).<sup>90</sup> Tilfelle vil fort være at overskuddsfordelingsmetoden (profit split-

---

<sup>87</sup> TPG 2015, art. 6.54.

<sup>88</sup> TPG 2015, art. 6.55.

<sup>89</sup> Olbert og Spengel 2017, s. 22.

<sup>90</sup> TPG 2015, art. 6.58, jf. 6.57.

metoden) benyttes, hvor overskuddet fordeles basert på antagelsen om hvordan uavhengige parter ville fordelt overskuddet.<sup>91</sup>

I teorien er det lagt til grunn at der flere parter yter viktige utviklingsfunksjoner, vil det mest hensiktsmessige være å legge til grunn en likefordeling av overskuddet basert på profit split-metoden.<sup>92</sup> Dette vil langt på vei bevare noe av formålet med de nye retningslinjene, som er å allokere overskudd i tråd med verdiskapningen. Det er hevdet i teorien at mer verdi bør fordeles til selskapet som utøver "kjernefunksjonene" til FoU, framfor parten som foretar supplerende funksjoner som budsjettering.<sup>93</sup> Imidlertid synes det å kunne bli vilkårlig hvordan man i så fall skal fastsette fordelingen. Formålet kan nok hevdes å bli best ivaretatt ved en likefordeling.

Det kan også bemerkes at tap ved at den immaterielle eiendelen ikke generer overskudd, innebærer at det er selskapet som kontrollerer og utøver de viktige utviklingsfunksjonene og den tilknyttede risikoen som skal allokere tapet.<sup>94</sup> Eksempelvis vil en norsk FoU-enhet som kontrollerer og utøver alle viktige utviklingsfunksjoner allokere tapet som oppstår som følge av at den immaterielle eiendelen ikke generer overskudd.

I de tilfeller rettslig eier ikke har kontroll over viktige utviklingsfunksjoner, vil rettslig eier som oftest være den som finansierer utviklingen av den immaterielle eiendelen. De reviderte retningslinjene har innført skjerpede begrensninger i hvordan en rettslig eier som kun finansierer utviklingen av den immaterielle eiendelen skal kompenseres. Det er derfor aktuelt å se på hvordan finansiering av utvikling skal kompenseres etter de reviderte retningslinjene, se neste punkt.

---

<sup>91</sup> TPG 2015, art. 6.57.

<sup>92</sup> Torvik 2016, s. 607.

<sup>93</sup> Torvik 2016, s. 608

<sup>94</sup> TPG 2015, art. 6.72.

# 6 Bruk av eiendeler – særlig om finansiering av utvikling

## 6.1 Utgangspunkt

De nye retningslinjene har medført et betydelig fokus på hvordan parten som finansierer FoU, ofte rettslig eier, skal kompenseres. Som utgangspunkt skal all bruk av eiendeler kompenseres. Dette innebærer at retningslinjene ikke utelukkende skal regulere finansiering, men det kan stilles spørsmålsteget ved retningslinjenes overføringsverdi til bidrag av andre eiendeler. Øvrige eiendeler enn finansiering, typisk at et selskap yter en eksisterende immateriell eiendel, må kompenseres i tråd med deres relative verdi for verdiskapningen og potensielt en del av residualoverskuddet.

Etter de reviderte retningslinjene har investoren rett til en risikjustert avkastning på investeringen, under forutsetning at parten kontrollerer den "finansielle risiko". Dersom parten ikke kontrollerer den finansielle risiko, har parten kun rett på en risikofri avkastning. Retningslinjenes behandling av finansiering er relativt tvetydige, da det er uklart når kravet om kontroll over den finansielle risiko er oppfylt og hva som ligger i rettigheten risikjustert avkastning. Spørsmålet i det følgende er hva som ligger i kravet om kontroll over finansiell risiko.

## 6.2 Kravet om kontroll over finansiell risiko

I utgangspunktet er den finansielle risiko og den operasjonelle risiko adskilt fra hverandre.<sup>95</sup> Dersom dette utgangspunktet følges, kan dette teoretisk medføre at den operasjonelle risiko karakteriseres som høy samtidig som den finansielle risiko karakteriseres som lav. Hvorvidt skillet er tjenlig og praktisk kan nok diskuteres.

Operasjonell risiko sikter til det konkrete prosjektet og om dette vil bli vellykket eller ikke. Dette kan være risiko knyttet til en rekke faktorer, så som tekniske feil, menneskelige feil mv.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> TPG 2015, art. 6.61.

<sup>96</sup> Peter F. Christoffersen, *Elements of Financial Risk Management*, Second Edition, Academic Press/Elsevier, 2011, s. 7.

Den finansielle risiko sikter til risikoen for at investoren ikke vil få tilbake sitt investerte beløp med tilhørende avkastning.<sup>97</sup>

I retningslinjene er det uttalt at hva som kreves for at investoren skal ha kontroll over den finansielle risiko "will depend on the riskiness of the investment for the funder, taking into account the amount of money at stake and the investment for which these funds are used".<sup>98</sup>

Ordlyden tilsier først og fremst at kravet til kontroll over den finansielle risiko vil være relativt ut fra de faktiske forhold i ulike saker. En naturlig fortolkning av bestemmelsen kan tilsi at kravene til kontroll over den finansielle risiko vil være strengere når den operasjonelle risikoen er stor, jf. "the investment for which [the] funds are used". Dette kan i utgangspunktet sies å være i motstrid med utgangspunktet om at den finansielle risikoen, og derved kontrollkravene som stilles, ikke er tilknyttet den operasjonelle risiko. Bestemmelsen gir likevel ikke veiledning på hva som kreves for at kontrollvilkåret er oppfylt.

Bestemmelsen uttaler at det er et krav for at rettslig eier skal ha kontroll over den finansielle risiko at parten oppfyller de generelle kravene til kontroll i art. 1.65. Etter art. 1.65 er de generelle kravene til kontroll over risiko nærmere presisert.

Grunnvilkårene for at parten skal anses å ha kontroll over en risiko er at parten har "the capability to make decisions to take on [...] or decline a risk-bearing opportunity" og "the capability to make decisions on whether and how to respond to the risks associated with the opportunity".<sup>99</sup> I begge tilfeller er det avgjørende at parten utøver "the actual performance of that decision-making".<sup>100</sup>

En fortolkning av bestemmelsen tilsier at grunnvilkårene er absolutte. I tillegg oppstilles det kumulative vilkår ved at det ikke er tilstrekkelig at parten har mulighet til å ta avgjørelsen, med mindre parten også faktisk utøver denne beslutningsmuligheten. Vilkåret om mulighet til å fatte beslutninger tilsier at rettslig eier må ha et kvalifisert personell som bestemmer om selskapet skal finansiere utviklingen av en immateriell eiendel, og i tillegg fatter beslutninger om hvordan risikoen ved investeringen kan håndteres.

---

<sup>97</sup> Torvik 2016, s. 614.

<sup>98</sup> TPG 2015, art. 6.63.

<sup>99</sup> TPG 2015, art. 1.65.

<sup>100</sup> *Ibid.*

Kravet om "decision-making" er nærmere presisert i art. 1.66, hvor det først og fremst stilles krav om at det personell som utøver beslutningsmyndighet har en evne til å analysere opp- og nedsiden ved risikoen og dens betydning for foretaket og har kompetanse og erfaring med investering og finansieringsrisiko.<sup>101</sup>

Grunnvilkårene for at en part skal anses å ha kontroll over risiko, gir likevel ingen klar veiledning på hva som kreves for at kravet om kontroll over den finansielle risiko skal anses oppfylt.

I den spesielle veiledningen til finansiering av immaterielle eiendeler er det uttalt at aktuelle beslutninger som rettslig eier må foreta når parten finansierer utviklingen er avgjørelser knyttet til "the provision of funding and the conditions of the transaction".<sup>102</sup>

Ordlyden taler for at rettslig eier som et *minimumskrav* må være i stand til å bestemme i hvilken form og omfang finansieringen skal foretas, dette kan eksempelvis være om betalinger skal foretas hvert kvartal eller lignende. Samtidig må parten kunne bestemme øvrige vilkår ved transaksjonen.

Bestemmelsen uttaler videre at de ovennevnte beslutninger kan avhenge av, blant annet, at rettslig eier vurderer "the creditworthiness" til mottakeren samt vurderer "how *the risks related to the development project* may impact the expectations in relation to the returns on the funding provided or additional funding required" (min kursivering).<sup>103</sup>

En naturlig fortolkning av ordlyden tilsier at det stilles krav om at rettslig eier har personell som har kompetanse til å vurdere kredittverdigheten til mottakeren. Videre kan bestemmelsen tolkes i den retning at rettslig eier også må ha teknisk personell med kompetanse til å vurdere den operasjonelle risiko knyttet til utviklingen, og hvorvidt den operasjonelle risikoen kan påvirke muligheten til å oppnå ønsket avkastning. Dette kan trekke i retning av at rettslig eier må ha personell med teknisk kompetanse for at kravet om kontroll over den finansielle risiko anses oppfylt.

Det ovennevnte støttes også av at i de tilfeller rettslig eier gjør finansieringen betinget av viktige beslutninger relatert til utviklingen, og den operasjonelle risiko anses stor, må rettslig eier ha

---

<sup>101</sup> TPG 2015, art. 1.66.

<sup>102</sup> TPG 2015, art. 6.64.

<sup>103</sup> *Ibid.*

"the capability to *assess the progress of the development of the intangible* and the consequences of *this progress* for achieving its expected return" (min kursivering).<sup>104</sup>

Ordlyden trekker sterkt i retning av at kravet om kontroll over den finansielle risiko innebærer at rettslig eier må ha personell som er i stand til å vurdere den operasjonelle risikoen ved utviklingsprosjektet.<sup>105</sup> Tilsynelatende stilles det også krav om at rettslig eier må ha personell som er kompetent til å vurdere hvilken betydning operasjonelle beslutninger har på den finansielle risiko og muligheten for å oppnå avkastning.

En kontekstuell fortolkning av de ovennevnte bestemmelser kan tale for at kravet om kontroll over den finansielle risiko innebærer at rettslig eier må ha personell som er kompetent til å vurdere kredittverdigheten til mottakeren, risikoen ved utviklingen av den immaterielle eiendelen og hvorvidt rettslig eier skal fortsette finansieringen utfra en vurdering av ytterligere progresjon ved utviklingen og muligheten til å oppnå ønsket avkastning. Samlet sett tilsier dette en høy terskel før kravet om kontroll over den finansielle risiko anses oppfylt, som stiller krav om teknisk kompetanse.<sup>106</sup>

På den annen side kan det pekes på at det legislative skillet mellom den finansielle risiko og den operasjonelle risiko, i seg selv tilsier at det ikke bør stilles krav om at rettslig eier som finansierer utviklingen må ha kompetanse til å vurdere den operasjonelle risikoen og risikoen ved ytterligere progresjon av prosjektet.

I et tilhørende eksempel til retningslinjene er rettslig eier av den immaterielle eiendelen tilkjent en risikojustert avkastning fordi parten har kontroll over den finansielle risikoen. Eksempelet redegjør ikke for hva som kreves for at parten har kontroll over den finansielle risiko.<sup>107</sup> Dette kan tale for at det skal være en lav terskel for at kontrollvilkåret er oppfylt.

---

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> Sml. her eksempelet i TPG 2015, art. 1.83 hvor selskap A anses å ha den *operasjonelle risiko* siden selskapet, blant annet, "assesses the progress of the development" og foretar handlinger og beslutninger på bakgrunn av dette.

<sup>106</sup> Sml. Torvik 2016, s. 615.

<sup>107</sup> TPG 2015, Vedlegg til kapittel 6, eksempel 6, art. 14 og 15. Eksempelet legger til grunn at selskap A har kontroll over den finansielle risiko og evne til å bære den finansielle risiko, uten at det konkretiseres hvorfor dette er tilfellet. Innledningsvis nevnes det at den forventede immaterielle eiendelen antas å være verdifull, grunnet selskap Bs tidligere immaterielle eiendeler, dets forhistorie om vellykket utvikling og det erfarne FoU-teamet. Dersom dette skal gi en indikasjon på de vurderinger investoren må kunne foreta, tilsier det en vurdering av operasjonell risiko i større grad enn en vurdering av finansiell risiko. Eksempelet er, etter min mening, derfor lite til hjelp og gjør vurderingen tilsynelatende mindre tydelig. Slik jeg leser eksempelet så er det tilsynelatende ikke krav om at investoren skal foreta en vurdering av den operasjonelle risiko.



Videre kan det ses hen til et eksempel i retningslinjene knyttet til det generelle kravet om risiko.<sup>108</sup> I eksempelet investerer selskap A i et fysisk driftsmiddel, men har ikke kontroll over investeringsrisikoen. Dette begrunnes med at selskap A ikke har kompetanse til å avgjøre "*whether to invest in the particular asset, and whether and how to protect its investment*", og videre at selskap A "*does not consider the appropriate risk premium*" (min kursivering).<sup>109</sup> Eksempelet tilsier at minimumsvilkårene som må være oppfylt for at rettslig eier skal ha kontroll over den finansielle risiko, er at parten har kompetanse til å bestemme om det skal investeres og hvordan investeringen kan beskyttes samt foreta en alminnelig vurdering av passelig avkastning. Dersom disse vilkårene er oppfylt, taler dette for at rettslig eier vil ha kontroll over den finansielle risiko. Selv om eksempelet gjelder et fysisk driftsmiddel, bør eksempelet kunne benyttes som støtteargument i relasjon til immaterielle eiendeler.

At det ikke stilles krav om at rettslig eier må ha teknisk personell som er kompetent til å vurdere den operasjonelle risiko støttes av sammendraget til retningslinjene. Av sammendraget fremkommer det at kravet til kontroll over den finansielle risiko ikke vil være oppfylt hvor rettslig eier "*just provides the money when it is asked*" og parten ikke vurderer hvorvidt "*the party receiving the money is creditworthy*".<sup>110</sup> I slike tilfeller er det rene "cash-box" uten substans som ikke oppfyller kontrollvilkåret.<sup>111</sup>

Formålet med kravet om kontroll over den finansielle risiko synes å være at man avskjærer selskaper uten personell som selvstendig kan vurdere om det skal investeres og når det skal investeres.<sup>112</sup> I teorien er det fremholdt at så lenge investoren kan foreta en *finansiell informert og overveid investeringsbeslutning*, bør vilkåret om kontroll over den finansielle risiko anses oppfylt.<sup>113</sup>

En kontekstuell fortolkning av de ovennevnte eksempler og bestemmelser, i lys av retningslinjenes formål og med støtte i teori, tilsier at vilkåret om kontroll over den finansielle risiko er oppfylt i de tilfeller rettslig eier har kompetanse til å vurdere *om og når* det skal investeres. Her bør kravet om kontroll over den finansielle risiko anses oppfylt når rettslig eier kan vurdere motpartens kredittverdighet, investeringens betydning for rettslig eier (ved at

---

<sup>108</sup> TPG 2015, art. 1.85.

<sup>109</sup> I eksempelet er det selskap B som foretar alle vurderingene knyttet til driftsmiddelets brukstid, markedspotensial og hvilke spesifikasjoner som kreves.

<sup>110</sup> TPG 2015, s. 11, avsn. 1.

<sup>111</sup> Dette synes å være formålet, se TPG 2015, s. 11, avsn. 3.

<sup>112</sup> Sml. også TPG 2015, art. 1.67.

<sup>113</sup> Torvik 2016, s. 616.

beløpet tapes) og hvordan investeringen kan beskyttes på en alminnelig god måte. Det bør dermed ikke stilles krav til at rettslig eier må ha teknisk personell som kan vurdere den operasjonelle risikoen ved utviklingsprosjektet og dets betydning for investeringen.

I teorien er det stilt spørsmål ved om kravet til kontroll over den finansielle risiko vil være oppfylt når selskapet som finansierer utviklingsprosjektet handler i tråd med mandat eller retningslinjer gitt av morselskapet, siden datterselskapet sjelden vil handle i strid med morselskapets interesser.<sup>114</sup> Grunnvilkårene for kontroll over risiko er, som nevnt, at parten faktisk har mulighet til å fatte beslutninger og *faktisk* utøver denne beslutningsmyndigheten. Spørsmålet som er stilt i teorien bør derfor besvares ut fra hvorvidt selskapet som finansierer utviklingsprosjektet er pålagt å gjøre det. Dersom selskapet er pålagt å yte finansieringen, taler mye for at vilkåret om "actual performance of [...] decision-making" ikke er oppfylt, jf. art. 1.65. Hvis parten som yter finansiering derimot følger generelle retningslinjer om å påta seg og kontrollere en spesifikk risiko, så som finansieringsrisiko, vil dette i utgangspunktet tilsi at parten selv faktisk utøver beslutningsmyndigheten og dermed har kontroll over den finansielle risiko.<sup>115</sup> Det synes å kunne oppstå vanskelige grensetilfeller mellom disse situasjonene.

### 6.3 Betydning av kontroll over finansiell risiko

Under den forutsetning av rettslig eier har kontroll over den finansielle risikoen til investeringen, er selskapet berettiget en risikojustert avkastning på sitt nominelle investeringsbeløp. Retten til risikojustert avkastning er *ikke* en rett til deler av residualoverskuddet til den immaterielle eiendelen over dens levetid. Når rettslig eier har fått dekt sitt nominelle investeringsbeløp og den tilknyttede avkastningen, vil parten ikke har rett til ytterligere deler av overskuddet ved utnyttelse av den immaterielle eiendelen. Dette er en særskilt kompensasjonsmåte.<sup>116</sup>

Utgangspunktet for fastsettelsen av den risikojusterte avkastningen skal gjøres på bakgrunn av avkastningen som kan oppnås i "similar funding arrangements among independent parties" og "a realistic alternative investment" for rettslig eier og "the financing options realistically available" for mottakeren.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Joe Andrus and Paul Oosterhuis, "Transfer Pricing After BEPS: Where Are We and Where Should We Be Going", MSW – Draft, October 2016, s. 14 (senere printet i *Taxes the Tax Magazine*) ([http://www.law.uchicago.edu/files/file/session\\_2\\_-\\_where\\_are\\_we\\_and\\_where\\_should\\_we\\_be\\_going\\_draft\\_paper.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/file/session_2_-_where_are_we_and_where_should_we_be_going_draft_paper.pdf)) (åpnet 29.05.17).

<sup>115</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.76.

<sup>116</sup> Torvik 2016, s. 617 og 638.

<sup>117</sup> TPG 2015, art. 6.59, jf. art. 6.62.

Ordlyden tilsier at det ikke er krav om en absolutt sammenlignbar uavhengig transaksjon. Hvilke krav som stilles for at den uavhengige transaksjonen skal anses "similar" er imidlertid ikke uten videre klart. Utgangspunktet bør være at investeringsobjektet, -beløpet og den potensielle inntjening til den immaterielle eiendelen er tilstrekkelig sammenlignbar med en uavhengig investering til å gi et pålitelig resultat.<sup>118</sup> Legges dette til grunn, vil det sjelden være mulig å påvise en lignende investering.

Videre tilsier ordlyden at man skal se på både rettslig eiers realistiske investeringsalternativer for å oppnå en tilsvarende avkastning samt mottakerens realistiske muligheter for å oppnå tilsvarende finansiering under samme eller bedre forhold. En fortolkning av bestemmelsen taler dermed for at avkastningen skal fastsettes på bakgrunn av en interesseavveining av både rettslig eiers investeringsmuligheter og mottakerens finansieringsmuligheter.<sup>119</sup> Dette kan tilsi en vurdering av begge partene sin relative forhandlingsstyrke i transaksjonen.

Hva som imidlertid ligger i kravet om "options realistically available" for mottakeren er ikke uten videre klart. Ordlyden tilsier at det først må kunne påvises praktiske alternativer som kunne vært gjennomført, og hvorvidt de påviste alternative ville vært realistiske handlingsalternativer som ville stilt mottakeren bedre enn den avtalte transaksjonen gjør.

I teorien er det hevdet at vilkåret om "options" innebærer at man må vurdere alternativer ut fra selskapets situasjon på transaksjonstidspunktet, ressursene tilgjengelig for selskapet og den nåværende forretningsmodell.<sup>120</sup> Deretter må verdien av tenkelige alternativer vurderes både kvalitativt og kvantitativt. Videre er det hevdet at kravet om "realistically available" innebærer at alternativene må være rettslig gjennomførbare, ikke være i strid med kontraktsrettslige forhold og samtidig respektere partens forretningsmessige aktiviteter og muligheter.<sup>121</sup> Dette kan tilsi at kravet innebærer at mottakeren av finansiering kan oppnå finansiering med like stort beløp på like gunstige transaksjonsvilkår, eksempelvis utbetaling per kvartal, etter forespørsel mv., og at mottakeren ikke bryter øvrige kontraktsforpliktelser ved å tre inn i avtalen.

I retningslinjene om forretningsrestrukturering art. 9.59. er det, i relasjon til prinsippet om "options realistically available", uttalt at uavhengige parter vil inngå transaksjonen kun hvis det

---

<sup>118</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.33.

<sup>119</sup> Motsetningsvis Torvik 2016, s. 630, som mener man kun skal se på mottakeren sine realistiske alternativer.

<sup>120</sup> Siddarth Parekh, "The Concept of "Options Realistically Available" under the OECD Transfer Pricing Guidelines", *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2015, s. 297–307 (s. 301).

<sup>121</sup> Parekh 2015, s. 301–302.

ikke finnes "clearly more attractive" alternativer.<sup>122</sup> Ordlyden i bestemmelsen oppstiller et terskelkrav, i den forstand at skattemyndigheter kun kan endre prisen i transaksjonen dersom det påvises realistiske handlingsalternativer og disse er "clearly more attractive" enn prisen i den kontrollerte transaksjonen.

Hvorvidt et slikt krav skal innfortolkes i relasjon til finansiering av utvikling av den immaterielle eiendelen, herunder at skattemyndigheter kan endre avkastningen kun hvis de påviser at mottakeren av finansieringen hadde realistiske finansieringsalternativer som er *klart mer attraktive*, er ikke uten videre klart. Konsekvenshensyn i retningslinjene kan tale for en slik tolkning. På den annen side kan det moment at en slik reservasjon er unnlatt i de reviderte retningslinjene, tale mot en slik tolkning.

Hva som utgjør en armlengdes avkastning må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Retningslinjene har i et eksempel oppstilt 11 % av det investerte beløp som en akseptabel avkastning.<sup>123</sup> Eksempelet redegjør ikke for de ovennevnte vurderinger som må foretas og bør, etter min mening, ikke anses representativ på generelt grunnlag.

Under den forutsetning at rettslig eier ikke har kontroll over den finansielle risiko, vil parten kun være berettiget en risikofri avkastning. Risikofri avkastning vil som regel ta utgangspunkt i statsobligasjoner. I Norge har praksis vært 10-årig statsobligasjon eller normalisert risikofri rente som det risikofrie avkastningskravet.<sup>124</sup>

Både i de tilfeller rettslig eier enten finansierer og utøver alle viktige utviklingsfunksjoner og der hvor rettslig eier kun finansierer utviklingen, er det viktig å vurdere om rettslig eier eller øvrige selskaper har kontraktmessig tatt på seg risiko knyttet til utvikling og utnyttelse av den immaterielle eiendelen. I de tilfeller rettslig eier eller øvrige selskaper har tatt på seg risiko knyttet til utvikling eller utnyttelse av den immaterielle eiendelen, er det avgjørende å vurdere om det aktuelle selskapet har kontroll over risikoen og finansiell kapasitet til å bære risikoen slik at den kontraktmessige risikofordelingen skal godtas. Dette vil redegjøres nedenfor.

---

<sup>122</sup> TPG 2010, art. 9.59 sml. 9.60.

<sup>123</sup> TPG 2015, vedlegg til kapittel seks, eksempel 6, art. 14–15.

<sup>124</sup> Undersøkelse av PwC og Norske Finansanalytikerens Forening (NFF), "Risikopremien i det norske markedet 2015", 2015, s. 7. (<http://www.pwc.no/no/publikasjoner/deals/rapport/risikopremie-2015.pdf>) (åpnet 26.04.17). Normalisert risikofri rente ble på dette tidspunkt ansett å være intervallet 3-4 %, med 3,5 % som median. 10-årig statsobligasjon per 25. april 2017 er 1,67 %. (<http://www.norges-bank.no/Statistikk/Rentestatistikk/Statsobligasjoner-Rente-Daglige-noteringer/>) (åpnet 26.04.17).

# 7 Risikofordeling mellom partene

## 7.1 Utgangspunkt og tidligere tilstand

Når uavhengige parter inngår transaksjoner med hverandre, vil prisen og vilkårene reflektere graden av risiko partene har. En part med stor risiko vil kreve tilsvarende høyere pris eller større avkastning.<sup>125</sup> Det er dermed avgjørende å klarlegge hvilke parter i den kontrollerte transaksjonen som har risiko knyttet til utvikling og utnyttelse av den immaterielle eiendelen. Den parten som har påtatt seg risiko vil være den ansvarlige for konsekvensene dersom en risiko materialiserer seg.<sup>126</sup> Som oftest vil vurderingen av risiko ha størst betydning i sammenligningen med en ukontrollert transaksjon.

Tidligere praksis har vært at tilknyttede selskaper har kontraktmessig allokert risiko mellom sine enheter, og dermed sørget for at parten som kontraktmessig hadde risikoen var berettiget til overskuddet forbundet med risikoen. Risikoen ble skilt fra den underliggende aktiviteten, slik at et selskap var ansvarlig for risikoen samtidig som et annet selskap utøvet de underliggende verdiskapende aktiviteter.<sup>127</sup> Slik kontraktmessig allokering av risiko har tidligere langt på vei fått full effekt ved internprisingen av den kontrollerte transaksjonen.

Etter de reviderte retningslinjene er risiko bredt definert som "the effect of uncertainty on the objectives of the business".<sup>128</sup> Ordlyden tilsier at enhver form for risiko skal hensyntas i vurderingen av den kontrollerte transaksjonen. I teorien er det hevdet at risikoen er relevant for internpriseringsformål når den er økonomisk betydelig og tilstrekkelig spesifisert.<sup>129</sup>

Etter de reviderte retningslinjene vedrørende immaterielle eiendeler er det visse typer risiko som er særlig viktig å vurdere. Dette er risiko knyttet til utviklingen av den immaterielle eiendelen, at den immaterielle eiendelen blir foreldet, beskyttelse mot rettslig overtredelse, garantiansvar for produkter basert på den immaterielle eiendelen og øvrig risiko knyttet til

---

<sup>125</sup> TPG 2015, art. 1.56.

<sup>126</sup> TPG 2015, art. 6.66.

<sup>127</sup> Torvik 2016, s. 161.

<sup>128</sup> TPG 2015, art. 1.71.

<sup>129</sup> Isabel Verlinden, David Ledure and Maxime Dessy, "The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Principle", *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2016, s. 109–114 (s. 110); Økonomisk betydelig innebærer i utgangspunktet ikke mer enn at dersom risikoen materialiseres så må den påvirke foretakets faktiske inntjening. Sml. TPG 2015, art. 1.73.

utnyttelsen av den immaterielle eiendelen.<sup>130</sup> Et selskap er berettiget en armlengdekompensasjon dersom selskapet faktisk har ansvar for beslutninger knyttet til risikoen og ansvar for kostnadene som eventuelt pådras.<sup>131</sup>

Et av de sentrale spørsmål knyttet til risiko er derfor i hvilken grad kontraktmessig allokering av risiko skal gis effekt i en kontrollert transaksjon etter de reviderte retningslinjene.

I tråd med prinsippene i art. 1.56-1.106 anerkjennes en kontraktmessig allokering av risiko mellom partene, kun når partenes faktiske opptreden er i tråd med kontrakten, herunder at parten har "control over the risks and has the financial capacity to assume risk".<sup>132</sup> Ordlyden tilsier at vilkårene er kumulative. Hvis parten som kontraktmessig er allokert risikoen ikke har kontroll over risikoen og finansiell kapasitet til å bære den, skal risikoen tilordnes den som faktisk utøver kontroll og har finansiell kapasitet.<sup>133</sup>

Tilfellet kan være at rettslig eier av patentet i eksempelet i punkt 1.4, kontraktmessig har påtatt seg den operasjonelle risiko knyttet til utvikling av patentet til båtmotorene, så som at flere og dyrere forskere må ansettes, forskningsutstyr må kjøpes og deler av arbeidet må settes bort til uavhengige tredjeparter. Rettslig eier vil da kontraktmessig berettige seg avkastningen som knytter seg til den operasjonelle risikoen og at patentet blir suksessfullt. Avgjørende for at dette skal aksepteres er at rettslig eier oppfyller kravene om kontroll over den spesifikke risikoen og finansiell kapasitet til å bære risikoen.<sup>134</sup>

Spørsmålet i det følgende er dermed hva som ligger i vilkåret *kontroll over risiko* og hva som kreves for at en part anses å ha tilstrekkelig *finansiell kapasitet til å bære risikoen*.

## 7.2 Kontroll over risiko

I retningslinjene skilles det mellom kontroll over risiko og "risiko-ledelse".<sup>135</sup> Med "risiko-ledelse" siktes det til tre momenter, herunder (i) beslutningskompetanse til å ta på seg risiko og den faktiske gjennomføringen av slik kompetanse, (ii) kompetansen og den faktiske gjennomføringen av å håndtere risiko og (iii) kompetansen til og gjennomføringen av å imøtegå

---

<sup>130</sup> TPG 2015, art. 6.65.

<sup>131</sup> TPG 2015, art. 6.68.

<sup>132</sup> TPG 2015, art. 1.86, jf. 1.87.

<sup>133</sup> TPG 2015, art. 1.98.

<sup>134</sup> TPG 2015, art. 1.64–1.65.

<sup>135</sup> TPG 2015, hhv. art. 1.65 og 1.61.

risiko (dempe effekten av risikoen).<sup>136</sup> Tilsynelatende er punkt (ii) og (iii) overlappende. Vilåret om kontroll over risiko krever kun at parten oppfyller punkt (i) og (ii).<sup>137</sup>

Dette innebærer at funksjoner som demper effekten av risikoen kan outsources til en øvrig tilknyttet part uten at denne parten anses å utøve delvis kontroll over risikoen.<sup>138</sup> Den parten som utøver risikominimerende tiltak vil derfor ikke berette seg en del av overskuddet som skal kompenseres utover de funksjoner parten utøver.<sup>139</sup> Likevel må det kreves, slik som ved outsourcing av funksjoner, at parten som outsourcer har kontroll over de funksjoner som outsources.<sup>140</sup>

Spørsmålet er dermed hva som ligger i vilåret om kontroll over risiko.

Etter de reviderte retningslinjene er det et krav om at den parten som hevder å ha kontroll over risikoen faktisk har "the capability to make decisions to take on [...] or decline a risk-bearing opportunity" samt "capability to make decisions on whether and how to respond to the risk". I begge tilfeller kreves det at selskapet "[actually perform] that decision-making function".<sup>141</sup>

Bestemmelsen tilsier, som nevnt under punkt 6.2, at bestemmelsen oppstiller krav om *faktisk mulighet* til å fatte beslutninger knyttet til en spesifikk risiko og *faktisk gjennomføring* av denne beslutningsmyndigheten. Ordlyden "capability" til å fatte beslutninger tilsier at det først og fremst er krav om *kompetanse* til å fatte en beslutning relatert til risikoen.

Av retningslinjene om forretningsrestrukturering art. 9.23 fremgår det at kravet om kontroll over risiko innebærer å identifisere selskapet som "have people – employees or directors – who have *authority to, and effectively do, perform these control functions*" (min kursivering).<sup>142</sup> Ordlyden i bestemmelsen oppstilte vilkår om myndighet til å fatte beslutninger. Konsekvenshensyn taler for at et krav om myndighet eller fullmakt til å fatte beslutninger om å påta seg en risiko og hvordan man skal håndtere risikoen bør innfortolkes også i art. 1.65.

Videre tilsier en naturlig fortolkning av art. 1.65 at det ikke er tilstrekkelig at rettslig eier på tidspunktet transaksjonen ble inngått hadde mulighet til å beslutte å ta på seg risikoen, dersom parten på senere tidspunkt ikke har mulighet til å fatte beslutninger om å håndtere risikoen.

---

<sup>136</sup> TPG 2015, art. 1.61.

<sup>137</sup> TPG 2015, art. 1.65.

<sup>138</sup> *Ibid.*, sml. TPG 2015, art. 1.63.

<sup>139</sup> Sml. TPG 2015, art. 1.62.

<sup>140</sup> TPG 2015, art. 1.65.

<sup>141</sup> TPG 2015, art. 1.65.

<sup>142</sup> TPG 2010, art. 9.23.

Dette taler for at kravet om kontroll over risiko ikke bare må testes ut fra forholdene transaksjonen ble inngått, men også på justeringstidspunktet.

Etter de reviderte retningslinjene er det søkt å presisere ytterligere hvilke krav som stilles for at en part anses å ha effektiv beslutningsmyndighet. I retningslinjene uttales det at parten som hevder å ha kontroll og beslutningsmyndighet i relasjon til risikoen, bør ha "competence and experience in the area of the particular risk for which the decision is being made".<sup>143</sup>

En naturlig fortolkning av ordlyden tilsier at det ikke i seg selv er tilstrekkelig å ha personell som har kompetanse og erfaring med å håndtere risiko, dersom kompetansen ikke har en tilstrekkelig tilknytning til det konkrete fag- eller forretningsområde risikoen knytter seg til. En slik fortolkning innebærer at dersom rettslig eier skal ha kontroll over den operasjonelle risiko ved FoU-prosjektet, er det krav om at personellet som fatter beslutninger relatert til risikoen har både kompetanse og erfaring med å vurdere og håndtere operasjonell risiko ved FoU. Dette bør tolkes også å innebære at personellet har kompetanse og erfaring innen *den spesifikke bransjen* (industrielt, IT, mv.). Rettslig eier må altså ha ansatte med tilstrekkelig faglig kompetanse og fullmakt til å fatte beslutninger knyttet til den operasjonelle risikoen i den spesifikke sektoren.

En slik fortolkning vil innebære at dersom rettslig eier uten teknisk personell hevder å ha kontroll over den operasjonelle risikoen ved FoU-prosjektet, vil dette ikke anerkjennes for internprisingsformål da det vanskelig kan aksepteres at det ikke-tekniske personellet har *kompetanse* til å fatte beslutninger for å håndtere den operasjonelle risikoen. Kravet i art. 1.66 vil dermed ikke anses oppfylt, og risikoen skal da tilordnes den parten som faktisk utøver kontroll over risikoen.<sup>144</sup>

Videre oppramser retningslinjene tilfeller hvor en part ikke vil anses å ha kompetanse til å utøve beslutningsmyndighet, blant annet i de tilfeller hvor parten kun formaliserer en beslutning som de facto har blitt fattet andre steder.<sup>145</sup> Eksempelvis vil en rettslig eier som formelt fatter beslutninger relatert til den operasjonelle risikoen, etter å ha fått en grundig redegjørelse fra FoU-enheten, ikke anses tilstrekkelig til å kontrollere risikoen. Hvor mye substans skal da kreves?

---

<sup>143</sup> TPG 2015, art. 1.66.

<sup>144</sup> Jf. TPG 2015, art. 1.98.

<sup>145</sup> TPG 2015, art. 1.66.



Det har formodningen for seg at kontroll over den spesifikke risikoen vil variere mellom selskapene i foretaket utfra hvor stor og økonomisk betydelig risikoen karakteriseres som. Fortløpende beslutninger som innebærer en mindre grad av økonomisk risiko, vil ofte fattes av personellet i lokale enheter. Derimot vil større risiko som er økonomisk betydelig for større deler av foretaket presumptivt fattes av personell i morselskap eller lignende. Den praktiske utfordringen vil da være at sontringen mellom hvilke parter og personell som faktisk utøver kontroll over den spesifikke risikoen vil være uskarp.<sup>146</sup> Særlig kan dette skillet være uskarpt når en FoU-enhet foretar daglige risikominimerende tiltak etter en tjenesteavtale med rettslig eier.

Tilfellet kan eksempelvis være at rettslig eier av patentet til båtmotoren fatter majoriteten av beslutninger om den operasjonelle risiko, men ved noen få anledninger er "utviklingsenheten" gitt fullmakt til å fatte avgjørelser om den operasjonelle risiko innenfor avtalen om risikominimering. Av betydning i vurderingen av kontroll over risiko vil da være om utviklingsenheten fatter beslutninger om risiko som er økonomisk betydelig.

Det sentrale er at selskapet som hevder å ha kontroll, må ha personell som er i stand til å vurdere om man skal ta på seg risikoen *og* har kompetanse til å påvirke foreta risikohåndteringstiltak. Terskelen for å konstatere kompetanse til å fatte beslutninger om å påta seg og håndtere risiko bør tolkes dit hen at det selskap som hevder å ha kontroll over den spesifikke risikoen må ha personell som har *tilstrekkelig faglig kompetanse* til å vurdere den spesifikke risikoen basert på en analyse av tilgjengelig informasjon.<sup>147</sup> I de tilfeller rettslig eier kontraktmessig er allokert den operasjonelle risiko, men selv ikke har kontroll over viktige utviklingsfunksjoner, vil det vanskelig aksepteres at rettslig eier har kontroll over risikoen.

På bakgrunn av det ovenfor nevnte bør dermed kravet til kompetanse anses å være relativt i forhold til den spesifikke risikoen som skal vurderes og risikoens betydning for foretaket dersom den materialiseres, hvor kravet bør anses oppfylt i de tilfeller selskapets personell har tilstrekkelig faglig kompetanse til å vurdere den spesifikke risikoen.

---

<sup>146</sup> Verlinden 2016, s. 111.

<sup>147</sup> Jf. TPG 2015, art. 1.66.

## 7.3 Finansiell kapasitet til å bære risikoen

Etter at den spesifikke risikoen er identifisert, og man har konstatert om rettslig eier eller et annet selskap har kontroll over risikoen, er spørsmålet om rettslig eier eller det andre selskap har *finansiell kapasitet* til å bære risikoen.<sup>148</sup>

I retningslinjene er finansiell kapasitet definert som "access to funding to take on the risk or to lay off the risk, to pay for the risk mitigation functions and to bear the consequences of the risk if the risk materialises".<sup>149</sup> Videre er det uttalt at tilgangen til finansiering vurderes basert på selskapets eiendeler og alternativene "realistically available to access additional liquidity [...] to cover the costs anticipated to arise" hvis risikoen materialiserer seg.

Ordlyden tilsier at det i hovedsak er vurderingen av om selskapet har finansiell kapasitet til å bære konsekvensene av at risikoen materialiserer seg, som er det sentrale. Det synes inkonsekvent å akseptere at vilkåret om finansiell kapasitet er oppfylt hvis selskapet betaler for risikominimerende tiltak, men ikke har adgang til ytterligere likviditet til å dekke kostnadene ved at risikoen materialiserer seg.

En slik fortolkning støttes også av retningslinjene om forretningsrestrukturering art. 9.30 hvor det kun er uttalt at det er tvilsomt om kravet om finansiell kapasitet er oppfylt når selskapet som er allokert risiko "[do not] have the capacity to bear the consequences of the risk should it materialise and that it also does not put in place a mechanism to cover it".<sup>150</sup>

Selv om bestemmelsen om finansiell kapasitet tilknyttet forretningsrestruktureringer ikke er like absolutt som etter de reviderte retningslinjene om risikoallokering, så opererer bestemmelsen kun med ett vilkår. En kontekstuell fortolkning av retningslinjene, som vil sørge for størst konsekvens, er derfor å legge til grunn at det primære vilkår etter de reviderte retningslinjene er om parten har finansiell kapasitet til å dekke kostnadene dersom risikoen materialiserer seg.

Utgangspunktet for vurderingen av om parten har finansiell kapasitet til å dekke kostnadene ved at risikoen materialiserer seg, er de realistiske alternativer for å oppnå ytterligere kapital,

---

<sup>148</sup> Sml. her TPG 2010, art. 9.29-9.30, hvor finansiell kapasitet ikke var en avgjørende faktor for at risikoallokeringen skulle anerkjennes.

<sup>149</sup> TPG 2015, art. 1.64.

<sup>150</sup> TPG 2010, art. 9.30.

og vurderingen skal ta utgangspunkt i at parten som påtar seg risikoen anses som en uavhengig part.<sup>151</sup>

Allerede innledningsvis kan det reises noen spørsmål. Selv om parten som påtar seg risikoen skal vurderes som en uavhengig part, vil tilfelle ofte være at en tilknyttet part har adgang til ytterligere internfinansiering.<sup>152</sup> I tillegg vil en tilknyttet part ofte kunne oppnå større eksterntfinansiering fra en tredjepart basert på partens høye kredittverdighet (grunnet sitt "konsernmedlemskap") eller fordi en tilknyttet part stiller garantiansvar. Vil ikke tilfelle i praksis da være at en tilknyttet part som hevder å påta seg en risiko, nærmest i alle tilfeller har finansiell kapasitet til å bære risikoen grunnet adgangen til ytterligere kapital?<sup>153</sup>

I teorien er det hevdet at vurderingen om en part har finansiell kapasitet til å bære risikoen innehar tre implikasjoner. Først må det vurderes hvorvidt parten på *tidspunktet transaksjonen ble inngått* hadde finansiell kapasitet til å påta seg risikoen. Derneft er det de *forventede kostnader* dersom risikoen materialiseres som skal legges til grunn. Og til slutt må skattemyndigheten vurdere hvilke kostnader de tilknyttede parter *kunne forvente* på transaksjonstidspunktet.<sup>154</sup> Etter min mening bør disse betraktningene også anses relevant i tilknytning til de nye retningslinjene.

Basert på det ovennevnte kan det dermed ikke utledes noe krav om at parten på tidspunktet transaksjonen ble inngått hadde egen likviditet til å dekke forventede kostnader dersom risikoen materialiserer seg.<sup>155</sup> Dette innebærer at dersom parten på tidspunktet transaksjonen ble inngått hadde tilgang til intern eller eksternt finansiering som er egnet til å dekke kostnadene dersom risikoen materialiseres, så bør dette anses å oppfylle vilkåret. Om eksempelvis kredittverdigheten til selskapet mot formodning skulle svekkes med tiden, slik at parten ikke lenger har anledning til å låne et like stort beløp som forutsatt, så vil det kunne hevdes å være i strid med armlengdeprinsippet å legge en slik etterfølgende betraktning til grunn for vurderingen av finansiell kapasitet.<sup>156</sup>

---

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> Dersom parten oppnår internfinansiering vil tilfelle være at den finansierende part påtar seg finansiell risiko uten at vedkommende allokteres en del av den underliggende risiko finansieringen retter seg mot, sml. TPG 2015, art. 1.64.

<sup>153</sup> I teorien hevdes dette å være tilfellet siden spørsmålet er hvor mye kapital selskapet antas å ha tilgang til, se Hafkenschied 2017, s. 19–24 (s. 20).

<sup>154</sup> Se Andreas Bullen, *Arm's Length Transaction Structures*, Oslo 2011, s. 485-486.

<sup>155</sup> TPG 2015, art. 1.64, sml. Bullen 2011, s. 487.

<sup>156</sup> Sml. Bullen 2011, s. 485.

## 7.4 Betydning av at rettslig eier ikke oppfyller vilkårene

I de tilfeller rettslig eier eller øvrig selskap er kontraktmessig allokert risiko, men har verken kontroll over den spesifikke risikoen og finansiell kapasitet til å bære risikoen, skal risikoen allokeres til det selskapet som faktisk utøver kontroll over risikoen og har den finansielle kapasitet til å bære risikoen.<sup>157</sup> Dette innebærer også at tilhørende opp- og nedside ved risikoen skal allokeres selskapet.

Dersom det påvises at flere selskaper har kontroll over risikoen og finansiell kapasitet til å bære risikoen, allokeres risikoen til det selskapet "exercising the most control".<sup>158</sup> Ordlyden tilsier at det må foretas en faktisk bedømmelse av hvilket selskap som fatter majoriteten av beslutninger relatert til risikoen. Hvorvidt dette vilkåret gjelder kvalitative beslutninger, altså graden av viktighet over beslutningene, eller kvantitative beslutninger, antall beslutninger generelt, er ikke uten videre klart.

Hvis rettslig eier ikke kontrollerer en spesifikk risiko eller har finansiell kapasitet til å bære en spesifikk risiko knyttet til utvikling eller utnyttelse av den immaterielle eiendelen, vil rettslig eier ikke være berettiget noe av overskuddet som relaterer seg til den spesifikke risikoen.

---

<sup>157</sup> TPG 2015, art. 1.98.

<sup>158</sup> *Ibid.*

## 8 Avsluttende bemerkninger

Etter de reviderte retningslinjene er det sentrale formålet at inntekt fra utnyttelse av egenutviklet immateriell eiendel skal allokere til de selskapene som har utøvd de verdiskapende bidrag. Rettslig eierskap er avgjørende for eierskap til objektet, uten at dette i seg selv gir en ubetinget rett til overskuddet, jf. punkt 4.

Avgjørende for å tilkjenne rettslig eier alt residualoverskuddet fra den immaterielle eiendelen innebærer at rettslig eier må ha personell som er kompetent til å kontrollere alle de *viktige verdiskapende* utviklingsfunksjonene til den spesifikke immaterielle eiendelen, jf. punkt 5.3. Videre må rettslig eier ha finansiert utviklingen av den immaterielle eiendelen og har kontroll over risiko og finansiell kapasitet til å bære risiko relatert til alle disse funksjoner. Påvises det at øvrige selskaper har kontroll over viktige utviklingsfunksjoner, berettiger dette som utgangspunkt hele eller deler av residualoverskuddet knyttet til disse funksjonene. Fordelingen av overskuddet skjer basert på partenes *relative bidrag* til verdiskapningen. I de tilfeller de relative bidrag ikke kan konstateres, vil det være mest i tråd med retningslinjenes formål å fordele overskuddet likt mellom partene.

Finansiering av utviklingen innebærer at rettslig eier må ha kontroll over den finansielle risiko, jf. punkt 6.4. Videre er det av stor betydning å vurdere hvilken risikojustert avkastning som bør legges til grunn i det konkrete tilfellet.

Kontraktsmessig risikofordeling mellom selskapene relatert til utvikling og utnyttelse av den immaterielle eiendelen aksepteres kun i den utstrekning selskapene etterlever kontrakten og oppfylder vilkårene om kontroll over risikoen og finansiell kapasitet til å bære risikoen, jf. punkt 7.2-7.3. Oppfyller ikke selskapet kravene om kontroll og finansiell kapasitet, vil risikoen – og tilhørende opp- og nedside – allokere til parten som oppfylder vilkårene.

Samlet sett kan de reviderte retningslinjene anses effektivt å avskjære lite funksjonelle og kapitalrike selskaper som finansierer utviklingen av immaterielle eiendeler uten å kontrollere eller utøve viktige utviklingsfunksjoner. Imidlertid medfører retningslinjene mye kompleksitet. Det er de klare "sort-hvitt"-tilfellene som er adressert i retningslinjene, noe som gjør det vanskelig å vite når de ulike vilkår og krav kan være oppfylt i mer nyanserte saker. At dette kan skape grobunn for mange tvister mellom skattytere og skattemyndigheter i ulike jurisdiksjoner synes utvilsomt.

# Litteraturliste

## Nasjonale kilder

Skatteloven 26. mars 1999 nr. 14.

Dobbeltbeskatningsavtaleloven 28. juli 1949 nr. 15.

Rt. 2008 s. 577 ("Sølvik").

Rt. 2004 s. 957 ("PGS").

Rt. 2001 s. 1265 ("Agip").

Rt. 2002 s. 1144.

Rt. 1994 s. 132.

Rt. 1994 s. 752.

NOU 2014: 13 ("Scheel-utvalget") *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi*.

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

Uttalelse fra Finansdepartementet 04.05.2016 (<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/svar-pa-sporsmal-nr.-976-fra-stortingsrepresentant-arild-grande/id2499390/>) (åpnet 19.04.17).

Norges Bank, 10-årig statsobligasjon per 25. april 2017 (<http://www.norges-bank.no/Statistikk/Rentestatistikk/Statsobligasjoner-Rente-Daglige-noteringer/>) (åpnet 26.04.17).

## Internasjonale kilder

OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>).

OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>).

OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (<http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2010-en>).

OECD (2015), *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project ([www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf)).

OECD (2015), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD Publishing (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>).

United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23. may 1969.

Ikke-bindende uttalelse fra Skatteverket i Sverige 22.12.15

([http://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.16/331393.html#update\\_20151222143621](http://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.16/331393.html#update_20151222143621)) (åpnet 31.05.17).

## **Bøker**

Bjerke, Joachim M., *Internprissetting* (Oslo 1997).

Bullen, Andres, *Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and restructuring controlled transactions in transfer pricing* (Oslo 2011).

Christoffersen, Peter F., *Elements of Financial Risk Management*, Second Edition (Academic Press/Elsevier 2011).

Contractor, Farok J. (red.), *Valuation of Intangible Assets in Global operations* (Quorum Books/Greenwood Publishing Group 2001).

Naas, Henning m.fl., *Norsk internasjonal skatterett* (Oslo 2011).

Skaar, Arvid Aage m.fl., *Norsk Skatteavtalerett* (Oslo 2006).

Torvik, Oddleif, *Arm's length distribution of operating profits from intangible value chains* (Bergen 2016).

Wittendorff, Jens, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law* (Copenhagen 2010).

Zimmer, Fredrik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave (Oslo 2009).

## **Internett**

Andrus, Joe and Paul Oosterhuis, "Transfer Pricing After BEPS: Where Are We and Where Should We Be Going", MSW – Draft, October 2016, s. 14 (senere printet i *Taxes the Tax Magazine*) ([http://www.law.uchicago.edu/files/file/session\\_2\\_-\\_where\\_are\\_we\\_and\\_where\\_should\\_we\\_be\\_going\\_draft\\_paper.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/file/session_2_-_where_are_we_and_where_should_we_be_going_draft_paper.pdf)) (åpnet 29.05.17).

Ernick, David, "Integration, Fragmentation, and Global Value Chains – The Beginning of the End of the Arm's-Length Principle?", *reprint from Bloomberg BNA Tax Management International Journal*, 44 TMIJ 167, 2015, s. 1–5 (<http://www.pwc.com/us/en/tax-services/publications/assets/pwc-arms-length-principle-for-integration-fragmentation.pdf>) (åpnet 08.05.17).

Morrison, Philip, "BEPS 2015 Final Report Regarding Transfer Pricing of Intangibles", *Bloomberg BNA International Tax*, 2016 (<https://www.bna.com/beps-2015-final-n57982069495/>) (åpnet 27.05.17).

PwC og Norske Finansanalytikerens Forening (NFF), "Risikopremien i det norske markedet 2015", 2015 (<http://www.pwc.no/no/publikasjoner/deals/rapport/risikopremie-2015.pdf>) (åpnet 26.04.17).

Tobin, James J., "Intangible BEPS Risks", *Bloomberg BNA International Tax*, 2016 (<https://www.bna.com/intangible-beps-risks-n57982069567/>) (åpnet 02.05.17).

## **Tidsskrifter**

Bullen, Andreas og Fredrik Anfinsen, "Skatteloven § 13-1 fjerde ledd: OECDs retningslinjer for internprising som rettskildefaktor i norsk rett", *Skatterett*, nr. 2 2013, s. 159–203.

Hafkenschied, Rutger, "The BEPS Report on Risk Allocation: Not So Functional", *International Transfer Pricing Journal*, January/February 2017, s. 19–24.

Olbert, Marcel and Christoph Spengel, "International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?", *World Tax Journal*, February 2017, s. 3–46.

Pankiv, Marta, "Post-BEPS Application of the Arm's Length Principle to Intangibles Structures", *International Transfer Pricing Journal*, November/December, 2016, s. 463–476.



Parekh, Siddarth, "The Concept of "Options Realistically Available" under the OECD Transfer Pricing Guidelines", *International Transfer Pricing Journal*, September/October 2015, s. 297–307.

Saastad, Rolf, Trond Eivind Johnsen og Erling Prestholdt Selen, "Slik vil BEPS påvirke skattleggingen av store virksomheter", *Praktisk økonomi & finans*, nr. 4 2015, s. 280–288.

Schoueri, Luis Eduardo, "Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD", *Bulletin for International Taxation*, December 2015, s. 690–716.

Storck, Alfred m.fl., "Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-BEPS World", *International Transfer Pricing Journal*, May/June 2016, s. 216–222.

Verlinden, Isabel, David Ledure and Maxime Dessy, "The Risky Side of Transfer Pricing: The OECD Base Erosion and Profit Shifting Reports Sharpen the Rules on Risk Allocation under the Arm's Length Principle", *International Transfer Pricing Journal*, March/April 2016, s. 109–114.