

Regulering frem for usikkerhed

Prisfastsættelse og dokumentation af koncerninterne lån og garantistillelser

SKAT| Af Christian Plesner Rossing, PhD med speciale i international transfer pricing

Indledning

Transfer pricing (TP) handler om at prisfastsætte koncerninterne transaktioner med henblik på at opnå en række organisatoriske målsætninger. Disse målsætninger kan vedrøre optimering af koncernintern ressourceallokering, performancemåling af forretningsområder og medarbejdere, integrering af koncernaktiviteter, implementering af forretningsstrategier samt overholdelse af skatteregulering.

Hvordan og i hvilken grad multinationale virksomheder (i det følgende: MNV) i praksis prioriterer og integrerer alle disse målsætninger er et spørgsmål, som ikke vil blive berørt i denne artikel. I stedet vil jeg benytte lejligheden til at sætte fokus på to koncerninterne transaktioner, der indtil nu har levet et relativt stille liv, men som skattemyndigheder i flere lande, herunder Danmark, er begyndt at udvise interesse for¹:

- Forrentning af lån mellem koncernforbundne selskaber
- Betalinger knyttet til garantistillelser ydet af et koncernforbundet selskab.

Nu ville det være oplagt at fortsætte i det traditionelle spor og opfordre de MNV'er til at sikre, at de afregner koncerninterne renter og garantier i overensstemmelse med armslængde-princippet (ligningslovens § 2), og at der foreligger behørig dokumentation herfor (skattekontrollovens § 3B). Men det er i min optik en anden vinkel, der forekommer mere oplagt. En vinkel der i stedet retter fokus mod de institutioner, der skaber rammebetingelserne for, i hvilken grad og med hvilken kvalitet MNV'er i Danmark prisfastsætter og dokumenterer koncerninterne transaktioner, herunder renter og garantistillelser.

I den forbindelse må Folketinget som lovgivende magt, Skatteministeriet, og SKAT som ligningsmyndighed anses for at være de mest betydningsfulde nationale aktører. De har hver især gjort og gør fortsat et stort og vigtigt stykke arbejde med henblik på at give MNV'er en række værktøjer til bedre at kunne styre deres skattemæssige eksponering på koncerninterne afregningspriser.

Eksempler på dette er den danske dokumentationsvejledning for TP²: vejledning til værdiansættelse af virksomheder og virksomhedsandele³ samt muligheden for at lave såkaldte 'Advance Pricing Arrangements'⁴ med andre landes skattemyndigheder. Generelt kan siges, at Danmark må anses for at være fuldt på højde med de lande, vi normalt sammenligner os med, når det gælder de materielle nationale regler på TP-området, samt det administrative apparat der skal sikre, at reglerne overholdes.

Når det kommer til renter og garantistillelser, er det dog min opfattelse, at der er mulighed for at gøre det endnu bedre. Mere konkret kunne det være hensigtsmæssigt at få en mere eksplisit stillingtagen fra myndighedernes side til, hvordan disse transaktioner forventes prisfastsat og dokumenteret. Vi har i øjeblikket en udmærket vejledning fra SKAT, baseret på OECD's Transfer Pricing Guidelines, der kommer godt omkring de 'traditionelle' koncerninterne transaktionstyper, nemlig fysiske varer, serviceydelser og brug af immaterielle aktiver. Men en grundig stillingtagen til renter og garantistillelser ses ikke, uagtet at SKAT udviser et stigende fokus på netop koncerninterne lån og garantier. Jeg medgiver, at der er en veludviklet retspraksis på dele af dette område, men den kan i min optik ikke stå alene, ikke mindst fordi praksis på området er noget ujævn og derfor i sig selv medvirker til at skabe usikkerhed om, hvad der anses for

rigtigt og forkert⁵. Dertil kommer, at retspraksis i sagens natur ikke kan indeholde alle de tekniske beregninger og teoretiske ræsonnementer, der ligger til grund for de afgørelser, der træffes.

Heller ikke daværende skatteminister Kristian Jensens ministersvar⁶ vedrørende fastsættelse af koncerninterne renter giver efter min opfattelse det tilstrækkelige grundlag for i praksis at udføre denne komplekse og ganske tekniske øvelse. I ministersvaret anføres ganske vist forslag til metoder (CUP og lånemarginmetoden⁷) samt faktorer, der bør medtages, når långivers risiko ved lånet skal vurderes⁸. Men både anvendelse af metoderne samt mulige øvrige faktorer til vurdering af långivers risiko bør underkastes en mere grundig gennemgang, end tilfældet er i dag. Ydermere kan tilføjes, at ministersvaret ikke behandler garantistillelser.

Det er egentlig overraskende, at vejledningen i disse transaktioner ikke er mere eksplicit. Det var trods alt Højesterets bemærkninger vedrørende adgangen til at foretage rentekorrektion, der var en væsentlig motivering for at indføre LL § 2⁹. Alligevel har fokus i den danske TP-vejledning rettet sig mod andre transaktionstyper. Det skal i den forbindelse nævnes, at OECD Transfer Pricing Guidelines heller ikke beskæftiger sig indgående med renter og garantier, bortset fra enkelte bemærkninger om service fees i tilknytning til rentebetaling (section 7.15) samt service fees ved såkaldt 'passive association' (section 7.13). Der er således ikke noget internationalt anerkendt framework, der kan trækkes på, hvilket i sagens natur gør udviklingen af en dansk vejledning udfordrende. En lang række spørgsmål står således ubesvaret tilbage.

Konkrete eksempler fra praksis

En række problemstillinger gør sig gældende. Jeg skal i det følgende give nogle eksempler herpå, baseret på en række konkrete retslige tvister. To af sagerne vedrører rentebetaling og er afsagt ved danske retsinstanter (SKM2008.250.SR og SKM2010.607.ØLR). Den tredje vedrører betaling for garantistillelser og er afsagt ved den canadiske skattedomstol, TCC¹⁰. (GE Capital Canada Inc. vs. Her Majesty the Queen, 2009 TCC 563).

Rentebetaling

SKM2008.250.SR: Sagen vedrørte et moderselskab, der påtænkte at yde et femårigt stående lån til et datterselskab på 650 mio. kr. Moderselskabets bank havde i den forbindelse skriftligt tilkendegivet, at den kunne tilbyde et femårigt stående lån på 650 mio. kr. til en fast rente på 4,34 % uden sikkerhedsstillelse. Låneforespørgslen havde ikke været kreditmæssigt behandlet i banken.

Moderselskabet forespurgte SKAT (Kontoret for International Selskabsbeskatning), om denne rente kunne anvendes som aproksimation af markedsrenten på det pågældende lån, hvilket SKAT svarede nej til. I stedet svarede SKAT, at en rente på 4,6 % (en afvigelse på 26 basispoint) kunne anvendes. SKAT havde til

grund for sin vurdering fremlagt oplysninger om forrentning af et sikkert lån baseret på obligationer: fx Danske Stat 6 pct., ink, stående lån 2011, effektiv rente 3,66 pct. og Danske Stat 4 pct., ink, stående lån 2010, effektiv rente 3,60 pct. I tillæg hertil havde SKAT fremført, at man efter en konkret vurdering skønnede, at et risikotillæg på 100 basispoint til den 'sikre' rente på 3,60 % - 3,66 % ville afspejle en armslængderente, dvs. en rente på 4,6 %.

SKM2010.607.ØLR: Sagen vedrørte udlån til et udenlandsk kontrolleret selskab, der havde til formål at drive udlejning af en ejendom i Sydafrika. Der var over en årrække foretaget udlån til selskabet fra dets hovedaktionær med henblik på at afholde de nødvendige løbende driftsomkostninger forbundet med ejendommen. Da der ikke var foretaget rentetilskrivning på mellemregningen mellem hovedaktionær og selskabet, foretog SKAT rentefiksering med diskontoen + 4 % for perioden 2000-2005. Appellanten (hovedaktionæren) gjorde bl.a. gældende, at den manglende forrentning var forretningsmæssigt begrundet, hvilket blev afvist. Appellanten gjorde desuden gældende, at SKAT's fiksering var for høj set i forhold til en armslængderente. Til støtte for påstanden fremlagde appellanten et brev fra appellansens faste bankforbindelse. I brevet anførte appellansens bankrådgiver, at banken, forudsat at en række betingelser var opfyldt, ville have været villig til at yde det udenlandske selskab et udlån med en variabel rente på 3,48 % p.a.

Retten fandt ikke grundlag for at tilsidesætte den fikserede rentesats på diskontoen + 4 pct., bl.a. med den begrundelse, at erklæringen/lånetilbuddet fra banken ikke blev anset for at udgøre dokumentation for, at selskabet, uafhængigt af sagsøgeren, kunne have opnået et tilsvarende lån til en væsentlig lavere rente end den af myndighederne fastsatte.

Sagerne er interessante af flere grunde. For det første afviger SKAT i SKM2008.250.SR fra en ellers ret udbredt praksis om brug af diskontoen plus 4 %, mens man i SKM2010.607.ØLR igen gør brug af denne metodik. At undlade brugen af diskontoen + 4 % giver i min optik isoleret set god mening, for udgangspunktet i OECD Transfer Pricing Guidelines, såvel som den danske TP-vejledning, er generelt, at der skal anlægges en konkret vurdering ved prisfastsættelsen af koncerninterne transaktioner. SKAT har dog ifølge ministersvaret omtalt ovenfor og Ligningsvejledningen¹¹ mulighed for at anvende diskontoen + 4 % i de situationer, hvor det ikke er muligt at fastlægge en armslængderente med rimelig sikkerhed – typisk i sager vedrørende mindre lån, hvor de systemer, der anvendes til at fastsætte armslængde-rentesatser, ikke er velegnede. Muligheden for at gøre brug af diskontoen + 4 % må siges at være bekvem for myndighederne, især i de sager hvor lånets størrelse og dermed den tilknyttede skatterisiko er lav. Fremgangsmåden er dog efter min opfattelse ikke i tråd med de internationalt anerkendte TP-principper, hvor de særlige karakteristika for transaktionen (fx lånerisikoen) skal vurderes i forbindelse med prisfastsættelsen, dvs. renten.

En række øvrige spørgsmål og problemstillinger af mere generel karakter står tilbage såsom:

- Kan banktilbud anvendes som dokumentation for en armslængderente, såfremt låneforespørgslen gennemgår en kreditmæssig behandling i banken, og banken forventer at yde lånet og i øvrigt besidder den nødvendige økonomiske styrke?
- Hvilke krav stilles til obligationsrenter, for at de kan anvendes som udtryk for en 'sikker' rente, dvs. den risikofri præmie?
- Hvilke typer af renter fra internationale rentemarkeder accepteres?
- Hvilke generelle krav stilles til fremgangsmåden ved fastlæggelse af risikopræmien, der tillægges den risikofrie rente?
- Hvilke faktorer - hvis nogen – er relevante ved vurderingen af lånets karakteristika, udover dem der anføres i Ministersvar nr. 356 af 30. maj 2006?
- Hvad er kriteriet for, hvornår et lån kan siges at være 'forretningsmæssigt begrundet'?
- Hvorledes skal lånemarginmetoden konkret anvendes i praksis udover de få bemærkninger, der er anført i Ministersvar nr. 356 af 30. maj 2006?
- Hvad er det konkret for omkostningsarter, der tillades henført til cost-basen ved brug af lånemarginmetoden, og hvilke principper for omkostningsallokering anerkendes til dette formål?
- Hvorledes skal det generelle stand alone-princip i OECD Transfer Pricing Guidelines anvendes i relation til prisfastsættelse af koncerninterne rentebetaling, herunder i forbindelse med kreditvurdering af individuelle selskaber i en koncernstruktur?

Garantistillelser

Der ses også en stigende interesse hos de danske myndigheder og myndighederne på globalt niveau¹² for garantier, der ydes som led i finansieringen af selskaber i en koncernstruktur. Det kan eksempelvis være den situation, hvor et dansk moderselskab yder en garanti over for en ekstern bank i Tyskland, der skal finansiere et tysk datterselskab, hvorefter banken accepterer at yde lånet og typisk yder dette på mere favorable låne- og aftalevilkår, end hvis garantien ikke var afgivet. Lidt populært kan man sige, at datterselskabet 'låner' moderselskabets kreditværdighed til at få adgang til kapital fra eksterne finansieringskilder – oftest på væsentligt bedre vilkår end datterselskabets individuelle kreditværdighed vil kunne afstedkomme.

Man skelner i den forbindelse normalt mellem *eksplicite* og *implicitte* garantier. En *eksplicit* garanti er en garanti, hvor der opstår en reel juridisk forpligtelse for garanten (fx moderselskabet) i tilfælde af at skyldner (fx datterselskabet) misligholder. En *implicit* garanti er en garanti, der ikke juridisk set binder garanten, men som alligevel antages at påvirke långivers vurdering af risikoen ved det pågældende lånearrangement. Det kan eksempelvis være et velkonsolideret moderselskab, der yder en hensigtserklæring eller blot har tradition for at understøtte de datterselskaber, der ikke kan servicere ekstern gæld.

På området for garantier kunne det ligeledes være hensigtsmæssigt med vejledning i, hvorvidt og i givet fald hvorledes, der skal ske en koncernintern betaling.

Med hensyn til den eksplicite garanti må det grundlæggende anses for at være i tråd med de generelle principper og OECD Transfer Pricing Guidelines, såfremt garanten modtager en betaling fra det selskab, der drager nytte heraf. Garantien påtager sig jo en reel risiko og udfører normalt også en række funktioner i forbindelse med oprettelse og vedligeholdelse af garantien. Et af problemerne i praksis er at få defineret en eller flere acceptable fremgangsmåder, herunder TP-metoder, til prisfastsættelse af garantien. Af flere grunde kan man nemlig ikke basere sig på de almindelige anerkendte TP-metoder i OECD Transfer Pricing Guidelines.

For den implicitte garanti eksisterer der ligeledes en række usikkerhedsmomenter; dog har OECD Transfer Pricing Guidelines faktisk nogle få bemærkninger hertil. I forhold til betaling for garantier nævnes det nemlig specifikt i Guidelines kapitel 7¹³ om intra-group services, at der *ikke* anses at foreligge en service, der skal ske særskilt betaling for i den situation, hvor et koncernforbundet selskab opnår en bedre credit-rating hos en ekstern långiver alene som følge af medlemskab af en koncern, hvor den aggregerede credit-rating er bedre end datterselskabets (låntagers) egen credit-rating. Dette fænomen betegnes ofte som en såkaldt 'incidental benefit', dvs. at datter potentielt har en såkaldt 'tilfældig nytte' som følge af koncernmedlemsskabet. Alligevel er en række forhold fortsat uafklaret.

Konkret eksempel fra praksis

Den såkaldte 'General Electric sag' er den vel nok mest kendte sag om garantistillelser. Jeg vil i det følgende skitsere problemstillingen.

General Electric-sagen¹⁴

General Electric Capital Canada Inc. (GECC) havde i perioden 1996-2000 afregnet et garanti fee på 1 % (100 basispoint) til dets amerikanske moderselskab GE General Electric Capital Corp. (GECUS). Garanti fee'et var betaling for en eksplicit garanti stillet af GECUS over for en række af GECC's kreditorer.

De canadiske skattemyndigheder (CRA)¹⁵ anerkendte ikke fradrag for GECC's garantibetaling til GECUS på ca. 136 mio. canadiske dollars. CRA's begrundelse var, at GECC kunne have

skaffet finansieringen på de samme vilkår uden garantistillelsen som følge af GECC's medlemskab af GE-koncernen. De canadiske myndigheder antog i den forbindelse, at GECUS havde en forretningsmæssig interesse i at yde støtte til nødlidende datterselskaber, eftersom en manglende støtte ville få betydelige negative konsekvenser for selskabets credit-rating. Det var i det hele taget CRA's opfattelse, at GECC ikke havde haft en reel nytte af den eksplicitte garanti, hvorfor den ikke var fradragsberettiget.

GECC argumenterede for, at selskabet havde haft reel nytte af den eksplicitte garantistillelse fra GECUS, idet der var opnået lånevilkår hos eksterne långivere, der ikke ville have været mulige uden afgivelsen af GECUS' eksplicitte garanti. Selskabet anførte desuden, at der var anlagt en 'stand-alone'-betragtning på GECC og garantibetalingen efter de almindelige anerkendte TP-principper¹⁶.

Retten i Canada gav GECC medhold i, at der skulle betales et fee til GECUS for den eksplicitte garantistillelse med den begrundelse, at GECC havde haft en reel nytte af den eksplicitte garanti. I den forbindelse gjorde retten gældende, at det ville have betydet en væsentlig ændring i lånevilkårene mellem GECC og tredjemand, såfremt GECUS havde annulleret garantien. Retten anerkendte dog CRA's argument om, at den implicitte garanti var til stede og ansås for at have en reel indflydelse; dog ikke tilstrækkelig til at kunne udligne en reel nytte fra den eksplicitte garanti, hvorfor betaling herfor var sket i overensstemmelse med armslængde-princippet. CRA var faktisk af den opfattelse, at nytten kunne kvantificeres til 183 basispoint, dvs. 83 basispoint over det faktisk betalte garanti fee.

Der blev endvidere lagt vægt på, at beslutningen om at stille garanti for GECC fra og med 1989 var en forretningsmæssigt begrundet garantistillelse, uagtet at GECC først påbegyndte betalingerne på et senere tidspunkt (1996).

Samlet set ville det være ønskværdigt at få myndighedernes holdning til garantibetalinger mellem koncernforbundne selskaber, herunder:

- Hvorledes mener myndighederne, at garantier skal karakteriseres (service, forsikring, lån etc.)?
- Hvilke metoder kan anvendes til prisfastsættelse af garantier, herunder

a) CUP

b) nytteprøve, fx sparet renteomkostning

c) et estimat for garantens sandsynlige tab (såkaldt 'loss given default')

- Hvorledes skal det generelle stand alone-princip i OECD Transfer Pricing Guidelines anvendes i relation til prisfastsættelse af koncerninterne garantistillelser, herunder i forbindelse med kreditvurdering af individuelle selskaber i en koncernstruktur?
- Hvornår er en eksplicit garanti efter myndighedernes opfattelse 'forretningsmæssigt begrundet'?
- Hvis myndighederne anerkender et nytte-approach, hvorledes skal denne nytte så kvantificeres, herunder en eventuel nytte knyttet til implicitte garantier?
- Hvilke kapitalkrav stilles til garanten, for at garantien, og dermed betalingen fra datter til moder for dennes påtagelse af risiko, anerkendes?

Perspektivering

Hvordan kommer vi videre herfra? Som jeg ser det, er der flere muligheder. En af dem er, at der rent nationalt udarbejdes et rente- og garantitillæg til den nuværende TP-vejledning. Fordelen ved dette er, at det må formodes at kunne gennemføres forholdsvis hurtigt. Ulempen er, at det potentielt ikke konvergerer med de principper, som andre landes myndigheder måtte anvende på disse transaktioner. I den forbindelse er det netop en styrke, at de danske regler og den nuværende vejledning baserer sig på et bredt anerkendt metodeapparat (OECD Transfer Pricing Guidelines), hvilket efter min opfattelse bør videreføres.

Alternativt kan man afvente, at der udarbejdes noget brugbart i internationalt regi, herunder OECD eller i EU Joint Transfer Pricing Forum. Sidstnævnte har for nylig færdiggjort en rapport vedrørende udarbejdelse af dokumentation for såkaldte 'Low value adding intra-group services'¹⁷, og noget tilsvarende kunne være brugbart i relation til renter og garantistillelser. Der er dog, så vidt jeg er orienteret, endnu ikke noget formelt internationalt arbejde i gang om renter og garantistillelser. Henset i øvrigt til den grundige men noget langstrakte proces det i sagens natur medfører, når mange landes skattemæssige interesser og synspunkter skal samordnes, bør det overvejes, om et rent nationalt initiativ på området vil give mening i den konkrete situation, dvs. på kort sigt. Der er næppe noget til hinder for, at det vil kunne tilpasses til et eventuelt internationalt framework, der måtte se dagens lys på et senere tidspunkt.

Ovenstående er ment som et positivt oplæg til debat om behovet for at styrke service- og informationsniveauet på de skatteområder, man ønsker en særlig adfærd på. Det lader til, at det også for den nye regering er et fokusområde at sikre en korrekt skattebetaling fra MNV'erne, ikke mindst på området for koncerninterne renter og garantistillelser¹⁸. For mig at se vil det derfor give god mening, at der udarbejdes en 'rente- og garantivejledning', der giver svar på, hvorledes man fra skattemyndighedernes side anskuer de mange og komplekse problematikker, der knytter sig til koncerninterne lån og garantistillelser. Eller kort sagt: hvis man vil have MNV'erne til at

udvise en bestemt adfærd, er det vel fornuftigt, at man redegør for, hvad den adfærd helt konkret består i, og hvordan den i praksis forventes gennemført. Overordnet er det min opfattelse, at MNV'er godt kan leve med streng regulering – det er usikkerheden, og den risiko den bringer med sig, de gerne vil undgå.

Det er min forhåbning, at de institutioner, der må have en naturlig interesse i at øge kvaliteten i vejledningen på dette område, vil gøre deres indflydelse gældende. Det gælder ikke mindst myndighederne, herunder SKAT, der utvivlsomt også kan få en mere effektiv ligningsproces, såfremt der er mere klarhed om kravene og ræsonnementerne for armslængdebaseret pris-sætning vedrørende renter og garantistillelser, samt hvad der konstituerer behørig dokumentation.

Noter

¹ Se SKAT's 'Indsats- og Indrivelsesplan 2012', herunder afsnit 1.4.2.G. vedrørende koncernfinansiering.

² Bekendtgørelse nr. 42 af 24. januar 2006.

³ Offentliggjort 21. august 2009, www.skat.dk

⁴ 'Advance Pricing Arrangements' er en aftale mellem en eller flere konkrete skattemyndigheder og en MNV. En APA giver MNV en sikkerhed for, at fremtidige beregninger af koncerninterne afregningspriser accepteres af myndighederne, såfremt de følger principperne i aftalen. De kan både oprettes i uni-, bi- og multilateral form.

⁵ Se fx Oreby & Andersen (2008) afsnit 13.9, 'Transfer Pricing i Praksis', Forlaget Magnus.

⁶ Skatteudvalget 2005-06 SAU alm. del svar på spørgsmål nr. 356 af 30. maj 2006.

⁷ CUP-metoden (Comparable Uncontrolled Price) anvendes, når der kan identificeres renter for sammenlignelige lån i markedet (ekstern CUP), eller når lån er ydet fra en uafhængig part til den samme låntager som i det koncerninterne lånearrangement (intern CUP). Lånemarginmetoden anvendes ved, at man tager udgangspunkt i de omkostninger, långiver har ved at stille kapitalen til rådighed, fx omkostninger til rente forbundet med tilvejebringelse af ekstern kapital samt administrative omkostninger. Til disse omkostninger pålægges en margin, der afspejler långivers funktioner og risici vedrørende videregående til koncernforbundet selskab.

⁸ I ministersvaret anføres følgende faktorer ved vurdering af lånets karakteristika: a) Sikret eller usikret, b) lånets størrelse, c) lånets valuta, d) sanktioner ved misligholdelse af lånet, e) lånets tilbagebetalingsprofil.

⁹ Se hertil TfS 1998, 199 samt bemærkninger til L101 af 2. juni 1998.

¹⁰ Tax Court of Canada

¹¹ Se Ligningsvejledningen, Selskaber og aktionærer 2012-1, afsnit S.I.1.3.2.

¹² Michel E.P. van der Breggen (2006). Intercompany Loans: Observations from a Transfer Pricing Perspective. *International Transfer Pricing Journal*, November/December.

¹³ Se OECD Transfer Pricing Guidelines, section 7.13.

¹⁴ GE Capital Canada Inc. vs. Her Majesty the Queen, 2009 TCC 563 (TCC: Tax Court of Canada).

¹⁵ The Canadian Revenue Agency.

¹⁶ Canada Income Tax Act, Section 247.

¹⁷ Se Philip Noes i Skat Udland, Maj 2011, s 356-363 for en gennemgang.

¹⁸ Se SKAT's 'Indsats- og Indrivelsesplan 2012', herunder afsnit 1.4.2.G. vedrørende koncernfinansiering.

Om forfatteren

Christian Plesner Rossing er uddannet cand.merc.aud og PhD fra CBS med speciale i international transfer pricing. Christian er adjunkt på Institut for Revision & Regnskab, CBS. Hans forskningsmæssige interesserer vedrører international transfer pricing, tax compliance, og skattemæssig risikostyring i multinationale virksomheder.