

## 107

### Første offentliggjorte cash pool-afgørelse

Af advokat Eduardo Vistisen, Vistisen skatteadvokater

**Landskatteretten har offentliggjort den første transfer pricing-kendelse vedrørende en cash pool-ordning. Kendelsen bidrager til at kaste klarhed over området og måske lægge kimen til en skatteretlig praksis.**

#### De faktiske omstændigheder

Kendelsen vedrørte et dansk datterselskab, der var deltager i en cash pool-ordning i en multinational koncern.

Spørgsmålet i sagen var, hvilken rente det danske datterselskab skulle beskattes af, henholdsvis have fradragsret for.

Det danske datterselskab havde indgået en cash management-aftale med et schweizisk søsterselskab om håndtering af likviditet samt en rammeaftale for koncerninterne lån.

Det fremgik af cash management-aftalen, at det schweiziske søsterselskab skulle

- etablere cash pool-konto i eget navn
- dokumentere mellemregningskontiene
- forestå beregninger af renter på månedsbasis
- varetage likviditetsstyring, risikostyring, remburs, forsikring, bankgarantier og bogføring/regnskaber for europæiske holdingselskaber

Det danske datterselskab skulle fremsende cash flow forecasts til det schweiziske søsterselskab, og datterselskabet varetog selv kreditor- og debitorbogholderi og valutasikring.

#### Zero-balancing cash pool

I henhold til cash management-aftalen skulle det danske datterselskab placere al overskydende likviditet hos det schweiziske søsterselskab. Dette benævnes en zero-balancing cash pool-aftale.

En zero-balancing cash pool-aftale indebærer, at likviditeten i en koncern samles på én konto - normalt benævnt "topkontoen".

I en zero-balancing cash pool-ordning overføres saldiene på underkontiene for andre selskaber i koncernen fysisk til topkontoen ved afslutningen af hver bankdag, således at koncernens samlede nettolikviditet står på topkontoen. Topkontoen føres normalt af moderselskabet eller et treasury-selskab for koncernen.

Det normale modstykke til en zero-balancing cash pool-ordning er en notional cash pool-ordning, hvor der ikke sker fysisk overførsel til topkontoen.

I nærværende sag var der altså tale om en zero-balancing cash pool-ordning, hvor det danske datterselskab på daglig basis overførte alle saldi til konti, der blev ført i det schweiziske søsterselskabs navn.

#### Mulighed for aftalte ind- og udlån

Det danske datterselskab havde ret til at trække på placeret likviditet. Endvidere kunne det danske datterselskab placere overskydende likviditet i kortere (op til seks måneder) eller længere (mere end seks måneder) aftaleperioder. Derudover kunne det danske datterselskab inden for en vis ramme også låne hos det schweiziske søsterselskab.

Af cash management-aftalen fremgik, at det danske datterselskabs dag-til-dag-placeringer i euro i cash-poolen blev forrentet med en variabel basisrente på minus 0,50 pct., og dag-til-dag-lån i euro fra cash-poolen blev forrentet med en variabel basisrente med et tillæg på 1,15 pct.

For korte aftaleplaceringer/lån op til seks måneder anvendtes de respektive basisrenter med fradrag af 0,3 pct. Ved længerevarende aftaleplaceringer/lån på mindst 1 mio. euro blev renten aftalt.

Det danske datterselskab havde ikke udarbejdet nogen egentlig transfer pricing-dokumentation.

Det var dog oplyst, at det danske datterselskab modtog en rente svarende til en placering i en ubetinget kreditværdig bank, og at det schweiziske søsterselskab opnåede en koncernintern finansiering, der var mindst 1,5 pct. billigere end den eksterne kortfristede facilitet, som hele koncernen havde haft adgang til i perioden.

Det schweiziske søsterselskab stillede ikke sikkerhed for cash-pool- og aftalemellemværender og havde ikke en selvstændig credit rating.

Det schweiziske søsterselskabs aktiver bestod primært af usikrede udlån til koncernselskaber, og udlånene oversteg væsentligt det schweiziske søsterselskabs egenkapital.

Det danske datterselskab var på grund af forudbetalinger meget likvidt.

I perioden 2005-2009 - som var de år, der var genstand for ligningen - havde selskabet overskudslikviditet, dog

således at der i maj-juni 2006 blev lånt et mindre millionbeløb.

Det danske datterselskab anvendte ikke længerevarende aftalelån i perioden, men havde i enkelte perioder placeret for mange euro på kortere indlånsaftaler og måtte derfor låne euro i cash-poolen for at inddække disse aftaleplaceringer.

Dette var muligvis et udslag af svigtende likviditetsstyring.

### **Nettobalancen i cash pool-ordningen**

SKAT havde beregnet de gennemsnitlige månedlige cash pool-mellemværender og aftaleindskud og udlån.

Af denne oversigt fremgik, at det danske datterselskab i perioden 2005-2009, på nær to måneder i 2006, havde haft store beløb placeret i cash poolen eller på aftalevilkår hos det schweiziske søsterselskab, svarende til ca. 115 mio. kroner i gennemsnit hver måned. Kun i maj og juni 2006 havde det danske datterselskab været nettolåntager hos det schweiziske søsterselskab med henholdsvis ca. 6 og 19 mio. kroner.

### **Serviceaftale med moderselskabet**

Mellem koncernens moderselskab som serviceudbyder og det danske datterselskab som servicemodtager var der indgået en serviceaftale, hvor datterselskabet mod betaling kunne anmode moderselskabet om råd og bistand med hensyn til specificerede opgaver, herunder finansiering, regnskabsmæssig assistance og it.

Indholdet af de enkelte ydelser var ikke yderligere defineret.

Betalingen for disse serviceydelser var så vidt ses baseret på en omkostningsfordelingsaftale (cost contribution arrangement), hvilket SKAT ikke anfægtede.

### **Koncernens kreditværdighed**

Koncernens moderselskab havde i hele den omhandlede periode haft langfristet bankfinansiering suppleret med kortfristede kreditfaciliteter og havde ifølge databasesøgninger betalt rentemarginaler på mellem 1,1 og 3 pct.

Koncernen havde i hele perioden haft uændrede credit ratings på Ba2/BB.

Det schweiziske søsterselskab var ikke selvstændigt kreditvurderet og havde ikke egne kreditfaciliteter, men selskabet kunne trække på moderselskabets eksterne kortfristede faciliteter.

### **SKATs afgørelse**

SKAT ændrede det danske datterselskabs selvangivelse på tre punkter: 1) samme rente på indskud, der afdække-

de lån, 2) forhøjede indkomsten med yderligere renteindtægter på nettoplaceringen af likviditet med en marginal på 1,18 pct., og 3) fastsatte et service fee til cash pool-administratoren til 0,25 pct. af bruttobeløbene.

SKAT anførte, at det danske datterselskab ikke havde udarbejdet den lovpligtige transfer pricing-dokumentation for de omhandlede indkomstår. Selskabets skattepligtige indkomst blev derfor fastsat skønsmæssigt.

### **Nettobetragtning**

Formentlig som følge af den manglende likviditetsstyring havde det danske datterselskab lånt i cash poolen til basisrenten plus 1,15 pct., samtidig med at selskabet havde placeret endnu større beløb i cash poolen til en rente på basisrenten minus 0,5 pct. uden modpartsrisiko på udlånene.

Det var derfor SKATs vurdering, at det schweiziske søsterselskab ikke havde en reel kreditrisiko ved udlånene til det danske datterselskab under cash poolen, da risikoen var afdækket ved mulighed for modregning i det danske datterselskabs samtidige placering af et større indskud.

Det danske datterselskab havde ifølge SKAT i den omhandlede periode haft en nettokreditrisiko-position på det schweiziske søsterselskab, og i de perioder, hvor datterselskabet havde lånt i cash poolen, var disse lån - set fra søsterselskabets side - risikomæssigt afdækket af enten endnu større placeringer i cash poolen og/eller af aftaleplaceringer. Det var således ifølge SKAT det danske datterselskab, der i det væsentligste havde haft kreditrisikoen i samhandlen med det schweiziske søsterselskab. Det danske datterselskab havde derfor ikke haft behov for at skaffe ekstra likviditet, men derimod et behov for at placere ekstra likviditet med henblik på at opnå afkast.

SKAT traf derfor afgørelse om, at det danske datterselskab ikke skulle betale risikomarginaler på de afdækkede lån i cash poolen og heller ikke skulle have et fradrag i forhold til basisrenten på de placeringer, der svarede til afdækningen, dvs. reelt samme rente på indlån og udlån i cash pool-ordningen, der afdækkede hinanden.

Jeg har valgt at kalde det en nettobetragtning.

### **Renten på nettoplaceringen**

Det var yderligere SKATs vurdering, at det danske datterselskab havde en kreditrisiko på nettoplaceringer hos det schweiziske søsterselskab, da der ikke var stillet sikkerhed for mellemregningerne.

SKAT lagde til grund, at det schweiziske søsterselskabs kreditværdighed måtte være på linje med hele koncernens kreditværdighed.

SKAT henviste bl.a. til den norske sag ConocoPhillips (2010-01-1 1. LB-2009-081881), som SKAT fortolkede således, at forrentningen af positive saldi i cash pools skal afspejle den kreditrisiko, som *indskyder* påtager sig.

SKAT foretog herefter en selvstændig databaseundersøgelse med følgende parametre:

- credit rating på Ba1+ Ba2+ Ba3,
- selskaber
- facilitets-løbetid på 1-12 måneder
- forfaldsperiode 1/1 2006 til 31/12 2010
- lånetype, 364 dages facilitet

Hvorefter SKAT beregnede en gennemsnitlig marginal på 1,18 pct.

Det var SKATs opfattelse, at det danske datterselskabs nettoplacing hos det schweiziske søsterselskab var et udlån, hvor det schweiziske søsterselskabs credit rating (dvs. hele koncernens credit rating) var bestemmende for den risikomarginal, som det danske datterselskab skulle have for den påtagede risiko. SKAT fastsatte derfor datterselskabets rentemarginal på nettoindlån til 1,18 pct.

### Nettolån

Som nævnt var der kun to måneder (maj og juni 2006), hvor det danske datterselskab havde været nettolåntager hos det schweiziske søsterselskab.

SKAT godkendte, at det schweiziske søsterselskabs nettolån til det danske datterselskab blev forrentet med en basisrente plus 1,15 pct., idet SKAT anførte, at denne marginal i henhold til SKATs undersøgelser stemmer meget fint overens med den marginal, som et selskab med en rating på Ba2 må betale for sammenlignelige eksterne faciliteter.

### Service fee til cash pool-administrator

Det var endvidere SKATs opfattelse, at de finansielle ydelser, som det schweiziske søsterselskab gav det danske datterselskab, skulle aflønnes med et cash pool-administrator service fee.

SKAT ansatte dette fee til 0,25 pct. af det danske datterselskabs bruttoplacinger og lån hos det schweiziske søsterselskab.

Ved fastsættelsen af de 0,25 pct. havde SKAT henset til på den ene side:

- Det danske datterselskab blev faktureret særskilt for visse finansielle ydelser, f.eks. operationel ekspertrådgivning vedrørende håndtering af free cash flows.
- Det danske datterselskab varetog beregningen af

egen likviditet til indtastning i et Cash Planner modul

- Det schweiziske søsterselskab havde 18 ansatte og servicede 70 selskaber.

Og på den anden side:

- Det schweiziske søsterselskab varetog likviditetsstyring, risikostyring, remburs, forsikring, bankgarantier og bogføring/regnskaber for europæiske holdingselskaber.

### Klage til Landskatteretten

Det danske datterselskab påklagede SKATs afgørelse til Landsskatteretten og gjorde bl.a. gældende:

- Man ikke kan betragte indlån- og udlånstransaktioner som en kombineret/samlet transaktion.
- SKAT havde foretaget en fejlagtig omklassificering af indlånstransaktionerne.

### Landskatterettens afgørelse

Landskatteretten gav hovedsaglig SKAT medhold.

Landskatterettens udgangspunkt var selvsagt, at medlemværendet skulle forrentes i overensstemmelse med, hvad uafhængige parter ville have aftalt i tilsvarende situationer.

Der skulle således for indlånt likviditet fastsættes en markedsrettet forrentning, ligesom der for udlånt likviditet tilsvarende skulle betales en markedsrettet forrentning.

Herefter udtalte Landsskatteretten, at da der ikke var udarbejdet dokumentation for fastsættelsen af renterne, service fee mv., var det med rette, at der var foretaget et skøn over renterne mv.

Landskatteretten forholdt sig herefter til SKATs beregning af renterne og udtalte, at der ikke var fremlagt oplysninger om forhold, som kunne begrunde væsentlig forskelsbehandling som følge af forskelle i valuta eller placering som indskud i cash pool-ordningen/kortfristede aftaleindlån mv., ligesom det ikke kunne kritiseres, at der var taget hensyn til hele koncernens samlede credit rating mv.

Landskatteretten tiltrådte SKATs afgørelse for så vidt angår punkt 1 og 3, dvs. 1) samme rente på indskud, der afdækkede lån (nettobetragtingen) og 3) service fee på 0,25 pct. af bruttobeløbene.

For så vidt angår punkt 1) spørgsmålet om renten på indskud, der afdækkede lån, bemærkede Landsskatteretten, at det schweiziske søsterselskab i tilfælde af det danske datterselskabs konkurs vil have en ubegrænset modregningsadgang mellem udlån og indlån, hvorfor der ikke vil være nogen risiko, eller i hvert fald en meget begrænset risiko, forbundet med disse udlån og således

heller ikke grundlag for opkrævning af marginaler for disse udlån.

Landsskatteretten var endvidere enig med SKAT i, at der med afgørelsen ikke var tale om anfægtelse af de foretagne dispositioner, men om en vilkårskorrektur.

For så vidt angår punkt 2 i SKATs afgørelse, ændrede Landsskatteretten SKATs afgørelse, således at forrentningen af det danske datterselskabs nettolån til det schweiziske søsterselskab blev nedsat til en basisrente på plus 1,15 pct.

Landsskatteretten udtalte i den forbindelse:

*“Herved er henset til, at denne marginal er godkendt for [det schweiziske søsterselskabs] nettolån til [det danske datterselskab], og til at der i sagen ikke er fremlagt oplysninger, der kan give grundlag for en anden marginal for [det danske datterselskabs] nettolån til [det schweiziske søsterselskab].”*

### Kommentarer

Dette er den første offentlige danske kendelse om transferprisen på en cash pool-ordning.

Der er derfor ingen tvivl om, at kendelsen vil blive retningsgivende for udviklingen af administrativ praksis.

### Samme rente på ind- og udlån

Landsskatteretten valgte at stadfæste, at renten på modgående ind- og udlån i en cash pool-ordning bør være den samme.

Dette er den enkleste metode at opgøre en cash pool-ordning.

Kendelsen giver således et meget klart og enkelt svar, som både nettoindskydere og nettolåntagere i en cash pool-ordning kan fæste lid til.

SKAT betragter således en cash pool-ordning med modgående ind- og udlån som en kassekredit i stedet for at værdiansætte hvert enkelt aftaleindlån og -udlån, uanset aftaleperiode og beløb.

Når renten på ind- og udlån er den samme i en cash pool-ordning, behøver skatteyderne ikke bekymre sig om at indgå koncernterme aftaleindlån af kortere eller længere varighed eller foretage koncernterme likviditetsstyring af skattemæssige årsager. Rente er den samme.

Man kan i den forbindelse argumentere for, at datterselskaberne i et sådant tilfælde ikke skal betale et service fee for decideret likviditetsstyring til cash pool-administratoren.

I den konkrete sag var der ikke betalt fee for bl.a. likviditetsstyring, men likviditetsstyringen havde da også vist sig ikke at være god nok.

### Renteberegningen

Landsskatterettens kendelse kaster også lys over størrelsen af renten, og hvorvidt renten skal beregnes som en indlåns- eller udlånsrente.

Normalt er der forskel på en indlåns- og udlånsrente, da mellemmanden (normalt banken, der påtager sig kreditrisikoen) skal have betaling.

Landsskatterettens kendelse eliminerer mellemmandens avance. Ikke kun for afdækkede ind- og udlån, men også for nettoplaceringer.

SKAT havde i afgørelsen fastsat forskellige ind- og udlånsrenter, således at det danske datterselskabs udlånsrente var basisrenten plus en marginal på 1,15 pct., mens indlånsrenten blev fastsat til basisrenten plus 1,18 pct.

Tilsyneladende havde det danske datterselskab ikke anfægtet det faktum, at SKATs afgørelse havde resulteret i en indlånsrente, der var højere end udlånsrenten, hvilket ikke er normalt i Danmark.

Det kan ikke udelukkes, at denne anomali var en af grundene til, at SKATs indlånsrente på 1,18 pct. ikke blev stadfæstet af Landsskatteretten.

Derudover havde det betydning, at det danske datterselskabs oprindelige udlånsrente på plus 1,15 pct. var blevet accepteret af SKAT.

Landsskatteretten udtalte således, at da SKAT havde accepteret en marginal på plus 1,15 pct. på udlån til det danske datterselskab, og da der i sagen ikke var fremlagt oplysninger, der kunne give grundlag for en anden marginal, skulle renten være den samme.

På baggrund heraf kan man argumentere for, at hvis renten i en cash pool-ordning bør være den samme på ind- og udlån, så skal rentesatsen beregnes på grundlag af udlånsrenten, som SKAT havde taget udgangspunkt i (de plus 1,15 pct.).

Det er i den forbindelse bemærkelsesværdigt, at Landsskatteretten på trods af manglende transfer pricing-dokumentation tilsidesætter SKATs skøn.

Det er fastsat ved lov, at foreligger der ikke transfer pricing-dokumentation, kan SKAT udøve et værdiskøn, hvilket flytter bevisbyrden over på skatteyder.

På trods af, at skatteyderen havde bevisbyrden i sagen, tilsidesætter Landsskatteretten SKATs værdiskøn.

Dette bestyrker kun ovenstående postulat, at renten skal fastsættes på baggrund af udlånsrenten, når ind- og udlånsrenten skal være ens.

### Koncernens kreditværdighed

Landsskatterettens kendelse fastslår endvidere, at der skal tages udgangspunkt i kreditværdigheden for hele koncernen.

Som nævnt havde SKAT lagt til grund, at det

schweiziske søsterselskabs kreditværdighed måtte være på linje med hele koncernens kreditværdighed.

Dermed havde de danske skattemyndigheder baseret værdiskønnet på koncernkreditværdigheden.

Landskatteretten udtalte specifikt, at SKAT ikke kunne kritiseres for, at der var taget hensyn til hele koncernens samlede credit rating mv.

Dette er så vidt ses første gang, at Landsskatteretten fastslår, at kreditvurderingen skal baseres på en koncernkreditvurdering, hvilket synes at stemme overens med OECD's Transfer Pricing Guidelines, afsnit 7.13.

### **Sammenligning med den norske ConocoPhillips cash pool-dom**

Resultatet i nærværende sag er meget forskellig fra fremgangsmåden i den norske ConocoPhillips cash pool-dom.

I den norske dom var udlåns- og indlånsrenter forskellige, hvilket de stridende parter var enige om.

Endvidere blev rentemarginalen på nettoindlån baseret på den relative forhandlingsstyrke for det enkelte datterselskab.

I SKATs afgørelse og Landsskatterettens kendelse bliver spørgsmålet om relativ forhandlingsstyrke slet ikke berørt. I stedet blev renterne fastsat til det samme beløb.

Dette kan ikke bare give transfer pricing-problemer i forhold til cash pool-ordninger, der involverer dansk-norske koncerner, men indikerer også, at for så vidt angår cash pool-ordninger, er der endnu ingen safe harbours eller konsensus om, hvordan multinationale virksomheder skal undgå dobbeltbeskatning ved de meget udbredte cash pool-ordninger.

Vi må derfor desværre forvente, at der fortsat vil være risiko for dobbeltbeskatning ved anvendelse af cash pool-ordninger, uanset at Landsskatterettens kendelse er med til at lægge kimen til dansk praksis.