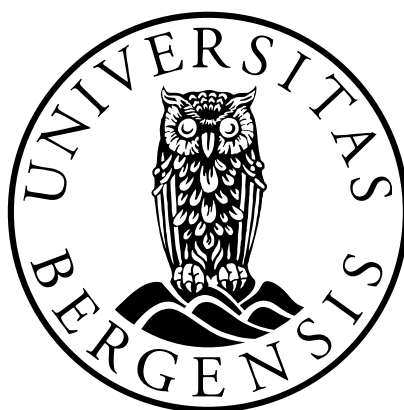


Om ”beneficial owner”-begrepet innhold og rekkevidde som virkemiddel mot treaty shopping

Kandidatnummer: 98

Antall ord: 14 950



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2016

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| Innholdsfortegnelse..... | 1 |
| 1 Innledning..... | 3 |
| 1.1 Tema og bakgrunn..... | 3 |
| 1.2 Problemstilling..... | 5 |
| 1.3 Rettskilder og metode..... | 5 |
| 1.3.1 Metodisk tilnærming..... | 5 |
| 1.3.2 OECD-kommentarene..... | 6 |
| 1.3.3 Rettspraksis og teori..... | 7 |
| 1.4 Opplegget..... | 7 |
| 2 Begrepets innhold. Hva ligger i kravet om at mottakeren må være ”beneficial owner” av inntekten?..... | 9 |
| 2.1 Innledning. Kort om begrepets utvikling i skatteavtalesammenheng..... | 9 |
| 2.2 Den språklige betydningen av ordlyden. Forankringen i trust-instituttet..... | 11 |
| 2.3 Ordlyden i lys av formålet. Forholdet til treaty shopping..... | 12 |
| 2.4 Ordlyden i lys av konteksten. Forholdet til tilordning og omgåelse..... | 13 |
| 2.5 Sammenfatning..... | 14 |
| 3 Begrepets innhold forts. Sentrale retningslinjer..... | 15 |
| 3.1 Overordnet om vurderingen..... | 15 |
| 3.2 Tilnærmingen i OECD-kommentarene: Det neste leddet har et rettskrav på midlene 16 | |
| 3.2.1 Oversikt..... | 16 |
| 3.2.2 <i>”to pass on the payment recieved”</i> | 17 |
| 3.2.3 <i>”a contractual or legal obligation”</i> | 20 |
| 3.2.4 <i>”right to use and enjoy”</i> | 27 |
| 3.2.5 Sammenfatning..... | 27 |
| 3.3 Tilnærmingen i rettspraksis om steppingstone conduits: Den innbyrdes sammenhengen mellom betalingene til og fra mottakeren..... | 28 |
| 3.3.1 Rettslig grunnlag og overordnet om tilnærmingen..... | 28 |
| 3.3.2 Momentene..... | 29 |
| 3.4 Særlig om betydningen av aksjonæravtaler for direct conduits..... | 35 |
| 3.5 Nærmere om betydningen av risiko..... | 38 |
| 4 Sammenfatning og veien videre for ”beneficial owner”..... | 42 |

| | | |
|-----|--|----|
| 5 | Kilder | 44 |
| 5.1 | Lover og konvensjoner | 44 |
| 5.2 | OECD-kommentarer mv..... | 45 |
| 5.3 | Rettspraksis fra nasjonale domstoler | 46 |
| 5.4 | Litteraturliste..... | 47 |
| 5.5 | Nettdokumenter..... | 50 |

1 Innledning

1.1 Tema og bakgrunn

Ved internasjonale transaksjoner er det stor sjanse for at en person er skattepliktig for samme inntekt i flere stater. Det er alminnelig enighet om at slik dobbeltbeskatning er skadelig for internasjonal handel. Gjennom skatteavtaler kan statene unngå dobbeltbeskatning ved å gi gjensidig avkall på skattleggingsretten til en bestemt inntekt.¹

Nettverket av skatteavtaler har imidlertid samtidig vist seg å legge til rette for *treaty shopping*, dvs. skatteplanleggingsopplegg der skattyter velger et bestemt transaksjonsmønster primært ut fra hensynet til å spare skatt. Kort fortalt går treaty shopping ut på at skattyteren overdrar retten til en bestemt inntekt til en person som er bosatt i en stat som har en mer gunstig skatteavtale med kildestaten.² Konsekvensen er at lempingen i kildestaten kommer den bakenforliggende eieren³, og ikke den umiddelbare mottakeren, til gode.⁴

Treaty shopping brukes særlig for å unngå kildeskatter på aksjeutbytte, renter og royalty. I mønsteravtalens art. 10, 11 og 12⁵ er det derfor tatt inn et vilkår om at kildestaten bare må lempe beskatningen hvis mottakeren er "the beneficial owner" av inntekten.⁶ Spørsmålet om hva som nærmere bestemt ligger i "beneficial owner"-begrepet, er blant de mest uklare og kontroversielle i internasjonal inntektsskatterett.⁷

Grunnen er dels at begrepet bygger på et rettsinstitutt – trust law – som de fleste stater nok ikke er fortrolig med. Som vi skal se er det ikke uten videre lett å overføre den betydningen

¹ Den staten som skattlegger en inntekt fordi den skriver seg fra inntektskilder der blir omtalt som "kildestat", mens "hjemstat" er den staten hvor skattyteren er bosatt/hjemmehørende. Skatteavtalene er i praksis resultatet av et kompromiss mellom hjemstats- og kildestatsbeskatning. Se nærmere Zimmer (2009) s. 34-36. Jeg bruker "tredjestat" som betegnelse på en stat som i den aktuelle sammenhengen verken er hjem- eller kildestat (og som dermed ikke har hatt med inntektsoptjeningen å gjøre, jf. note 4).

² Zimmer 2009 s. 44.

³ Jeg bruker "den bakenforliggende eieren" kun som en betegnelse på den som står bak skatteplanleggingsopplegget; det er ikke tilsiktet noe annet meningsinnhold i begrepet.

⁴ At inntekten skattlegges i en tredjestat, er i strid med det grunnleggende prinsippet i internasjonal inntektsskatterett om at *inntekter bør skattlegges der inntektsoptjeningen finner sted*. Se nærmere om dette i BEPS Action 6 s. 3.

⁵ Alle henvisninger til skatteavtalebestemmelser i teksten gjelder OECDs mønsteravtale med mindre noe annet fremgår uttrykkelig.

⁶ Zimmer (2009) s. 45.

⁷ Furuseth (2013) s. 169 og Jiménez (2010) s. 35.

”beneficial owner”-begrepet har innen trust-instituttet til en skatteavtalerettslig kontekst.⁸ I tillegg kommer at OECD ikke har lyktes med å kommunisere klart til medlemslandene hvilken rolle ”beneficial owner”-begrepet har i skatteavtalesammenheng. Begrepet har aldri vært definert i mønsteravtalen, og de forklaringer som er gitt i OECD-kommentarene er stort sett så vage at de uansett gir rom for flere tolkingsalternativer.⁹

”Beneficial owner” ble for første gang et tema for norske domstoler i 2014 i *Transocean-saken*¹⁰. Et hovedspørsmål var om det skulle vært trukket og innbetalt 25 pst kildeskatt til Norge av utbytte betalt fra et norsk selskap (THAV) til et dansk morselskap (TOHA), og deretter videre til to caymanske selskapsaksjonærer (TOL/TOIVL). Det springende punktet var om TOHA kunne anses som ”den virkelige rettighetshaveren” til aksjeutbyttet, jf. NSA art. 10 (3).¹¹ Selv om den overordnede konsernledelsen hadde den reelle styringen med utbytteutdelinger fra både det norske og danske selskapet, kom tingretten til at dette ikke gikk ut over hva som må anses som normal styring i et konsern. Med henvisning til OECD-kommentarene¹² ble det lagt avgjørende vekt på at TOHA ikke var rettslig forpliktet til å overføre utbyttet til aksjonærene. Konklusjonen var derfor at TOHA var ”beneficial owner”.¹³

Saken illustrerer at ”beneficial owner” reiser en rekke uavklarte spørsmål.¹⁴ Hva er det nærmere innholdet i begrepet? Er det en tilordnings- eller omgåelsesregel? Er det avgjørende om mottakeren er rettslig forpliktet til å videreutdele utbyttet, eller kan også andre tilnærminger være relevante? Hva er de relevante momentene? Hvilken betydning har vurderinger av risikoen ved opplegget? Fordi termen har en sentral plass i tre av skatteavtalenes viktigste fordelingsregler, skaper slike spørsmål betydelig usikkerhet for

⁸ Se punkt 2.2.

⁹ Se nærmere avsnitt 2.1.

¹⁰ Oslo tingretts dom av 02. juli 2014 (TOSLO-2011-191007). Avgjørelsen ble anket, og lagmannsretten traff frifinnende dom uten ankeforhandling, jf. Borgarting lagmannsretts dom av 14. januar 2016 (LB-2014-197809-2). Se avsnitt 1.3.3 straks nedenfor om rettskildeværdien av en tingrettsdom.

¹¹ På samme måte som tingretten, legger jeg til grunn at ”beneficial owner” og ”den virkelige rettighetshaver” sikter til samme begrep. Jeg kommer først og fremst til å bruke den engelske språktermen.

¹² OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.4.

¹³ At ”beneficial owner”-begrepet ikke har vært mer fremme i norsk rettspraksis (og teori), kan nok iallfall delvis forklares med at Norge kun har hjemmel for kildeskatt for aksjeutbytte, jf. lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt (skatteloven) § 10-13 (1) jf. § 2-3 (1) bokstav c. Derimot mangler Norge hjemmel for kildeskatt mht. renter og royalties (vederlag for immaterielle eiendeler). Dermed slipper Norge å bekymre seg for tapping av skattefondamentene i relasjon til disse inntektskildene. På den annen side gjør dette Norge til et attraktivt gjennomstrømningsland. Forslag til hjemmel for kildeskatt for renter og royalties ble senest diskutert, men ikke tatt til følge, i Meld.St.4 (2015-2016) *Bedre skatt* (hhv. pkt. 8.4.4 og 8.5.4), der også disse problemene blir nærmere drøftet.

¹⁴ Jeg kommer tilbake til denne avgjørelsen flere steder i oppgaven.

skattytere som opererer over landegrensene. Temaet for denne oppgaven er innholdet i og rekkevidden av ”beneficial owner”-begrepet som virkemiddel mot treaty shopping.

1.2 Problemstilling

Hovedproblemet som skal drøftes er innholdet i og rekkevidden av ”beneficial owner”-begrepet. Fokuset vil ligge på å identifisere de mest sentrale momentene, og videre på *hvorfor* og *hvordan* disse spiller inn ved vurderingen. Formålet er å klargjøre de enkelte momentenes relevans og vekt i konkrete situasjoner. Dette vil kunne bidra til å gi skattemyndighetene et mer treffsikkert virkemiddel, og skattyterne større forutberegnelighet mht. regelens virkeområde.

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Metodisk tilnærming

Formålet er å redegjøre for gjeldende rett for spørsmålet om hva som ligger i skatteavtalenes ”beneficial owner”-begrep. Det krever at man identifiserer og fortolker de relevante rettskildene i lys av alminnelig juridisk metode. Ettersom skatteavtalene er folkerettslige traktater, må analysen av ”beneficial owner” skje med utgangspunkt i den folkerettslige tolkingsregelen slik denne er nedfelt i Wien-konvensjonens art. 31 (1):

”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Fra dette utgangspunktet gjelder riktignok et unntak for ord og uttrykk som ikke er definert i skatteavtalen, som iht. skatteavtalens metoderegulering i art. 3 (2) skal gis den betydningen de har i internretten ”unless the context otherwise requires”. Der ”beneficial owner” ikke er definert i skatteavtalen, oppstår derfor spørsmålet om man skal gå til internretten ved tolkingen.¹⁵ Selv om ordet ”requires” tilsier at konteksten må tale forholdsvis sterkt for at bruk av internrettslige begreper skal være avskåret,¹⁶ synes det likevel i dag å være alminnelig antatt at ”beneficial owner” er et skatteavtalerettslig, og ikke internrettslig begrep. Grunnen er for det første at de fleste nasjonale domstoler legger til grunn en autonom skatteavtalerettslig

¹⁵ Fordi ”beneficial owner” sjelden er definert i skatteavtalene, vil spørsmålet ofte være aktuelt.

¹⁶ Zimmer (2009) s. 81.

forståelse av begrepet.¹⁷ For det annet var et av hovedformålene med endringen av OECD-kommentarene i 2014 å klargjøre at begrepet ”was intended to be interpreted in this context [dvs. som en presisering av ”paid... to”] and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country”.¹⁸ I denne oppgaven vil jeg derfor tolke ”beneficial owner” ut fra Wien-konvensjonens tolkingsregel.¹⁹

Et særpreg ved oppgaven er at det, foruten ordlyden tolket i lys av formålet og konteksten med skatteavtalene, ikke finnes autoritative rettskilder å basere drøftelsene på. De sentrale rettskildene ved tolkingen av ”beneficial owner” er OECD-kommentarene, rettspraksis fra nasjonale domstoler og juridisk teori. I fortsettelsen vil jeg derfor knytte noen kommentarer til hvilken betydning disse rettskildene er tillagt i denne oppgaven.

1.3.2 OECD-kommentarene

Ettersom de ikke lett passer inn i noen av Wien-konvensjonens tolkingsartikler, har OECD-kommentarene en noe uklar status som folkerettslig rettskilde.²⁰ I utgangspunktet er det tilstrekkelig å peke på at nasjonale domstoler som regel følger uttalelser i kommentarene.²¹ Dette fordi kommentarene er – foruten ordlyden i mønsteravtalen – det nærmeste man kommer OECDs syn på et bestemt spørsmål. Derfor antar man også at statene slutter seg til relevante uttalelser i kommentarene med mindre de uttrykkelig velger å ta avstand fra disse.²² Tendensen i rettspraksis er at OECD-kommentarene står helt sentralt ved tolkingen av ”beneficial owner”, og danner utgangspunktet for fastleggingen av begrepets innhold. Et eksempel er *Transocean*, der retten straks etter å ha konstatert at begrepet ikke er definert i den nordiske skatteavtalen (NSA), vendte blikket mot kommentarene.

¹⁷ Sml. særlig nevnte *Transocean*, samt *Indofood*, *Cook* og *HHU* som er omtalt senere i oppgaven.

¹⁸ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.1. Sml. Vallada (2015) s. 29.

¹⁹ Som Grøn Strømstad (2013) s. 158-159 påpeker, er det mulig man må trekke et skille mellom civil law og common law. Stater som bygger på sistnevnte rettstradisjon har gjerne kjennskap til begrepet ”beneficial owner” fra sin interne rett (se punkt 2.2), og vil nok derfor – tross uttalelsen i OECD-kommentarene – være mer tilbøyelige til å vende blikket mot den internrettslige betydningen av begrepet. I denne oppgaven vil jeg fokusere på det skatteavtalerettslige ”beneficial owner”-begrepet.

²⁰ Zimmer (2009) s. 78.

²¹ Se f.eks. Zimmer (2002) s. 948-950.

²² Da formålet med oppgaven er å redegjøre for ”beneficial owner”-begrepet mer generelt, er det for øvrig ikke nødvendig å ta stilling til det mer tvilsomme spørsmålet om hvilken betydningen nyere kommentaruttalelser har for eldre skatteavtaler. Det er likevel verdt å merke seg at de fleste nasjonale domstoler synes å legge til grunn at utviklingen av OECD-kommentarene har innebåret en presisering, og ikke en utvidelse av ”beneficial owner”-begrepet. I tråd med dette legges også nyere kommentaruttalelser ofte til grunn ved tolkingen av ”beneficial owner” i eldre skatteavtaler. Se nærmere Jiménez (2010) s. 50 med videre henvisninger.

På den annen side er kommentarene uansett ikke blant de primære rettskildefaktorer etter Wien-konvensjonens art. 31. Selv om de *reelt* har stor påvirkningskraft, er de derfor *formelt* ikke bindende. Dette har som konsekvens at slutninger fra kommentarene ikke uten videre kan legges til grunn; de må forstås på bakgrunn av ordlyden tolket i lys av formålet og konteksten, og ses i sammenheng med tendenser i rettspraksis og teori.

1.3.3 Rettspraksis og teori

Både nasjonale domstolars rettspraksis og juridisk teori regnes som sekundære rettskilder i folkeretten, jf. ICJ-statuttene art. 38 (1) bokstav d.²³ Det henger først og fremst sammen med statssuverenitetsprinsippet; verken en nasjonal domstol i en tredjestat eller skatteteoretiker bør alene ha muligheten til å påvirke innholdet i statens forpliktelser i altfor stor grad.²⁴ Dessuten vil det nok ofte være tilfeldig hvilke av disse rettskildene man får kunnskap om i konkrete tilfeller, noe som i seg selv taler mot å tillegge de for stor vekt.²⁵ Som utgangspunkt vil jeg derfor bruke argumenter fra rettspraksis og teori i lys av deres argumentasjonsverdi. Dermed skal det mindre til for å se bort fra slike argumenter enn om de hadde blitt presentert i en høyesterettsdom eller annen tilsvarende autoritativ rettskilde.

Hensynet til internasjonal harmonisering taler likevel for å tillegge nasjonal rettspraksis – særlig fra øverste domstol – selvstendig vekt ved vurderingen.²⁶ Siden ”beneficial owner” bare sjelden har vært behandlet i øverste instans, må fremmed rett tillegges vekt selv om praksis er fra lavere instanser.²⁷ Er rettspraksis tilstrekkelig konsekvent, kan det for øvrig ha utkrystallisert seg en bestemt løsning på et gitt spørsmål, og da vil oppgaven i større grad bestå i å systematisere argumentene.

1.4 Opplegget

I hovedavsnitt 2 skal jeg redegjøre for noen sentrale rettslige utgangspunkter for tolkingen av ”beneficial owner”-begrepet. Videre skal jeg (i hovedavsnitt 3) gå nærmere inn på selve

²³ Jf. Cassese (2005) s. 183. Selv om ICJ-statuttene formelt bare binder Den internasjonale domstolen (ICJ), er det alminnelig antatt at de på dette punktet gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett, jf. eks. Cassese (2005) s. 156.

²⁴ Cassese (2005) s. 156.

²⁵ I samme retning Zimmer (2009) s. 77.

²⁶ Jf. Rt.2011.1581 avsnitt 51. Se nærmere Zimmer (2002) s. 956.

²⁷ Jeg skiller i utgangspunktet ikke mellom vekten av norsk og fremmed underrettspraksis i denne sammenhengen, men det er likevel naturlig at en norsk rettsavgjørelse – som *Transocean* – får en mer fremtredende plass i en norsk kontekst.

hovedspørsmålet om innholdet i og rekkevidden av begrepet. Det sentrale spørsmålet er i hvilken utstrekning ”beneficial owner” kan fungere som et tiltak mot treaty shopping. Avslutningsvis skal jeg (i hovedavsnitt 4) forsøke å samle trådene, for å se hvilken rekkevidde ”beneficial owner” har, og hvorvidt begrepet fortsatt vil være relevant i lys av nyere utviklingslinjer fra OECD.

2 Begrepets innhold. Hva ligger i kravet om at mottakeren må være ”beneficial owner” av inntekten?

2.1 Innledning. Kort om begrepets utvikling i skatteavtalesammenheng

Vilkåret ”beneficial owner” kom inn i mønsteravtalens art. 10-12 i 1977. Uttrykket ble ikke definert i mønsteravtalen, og kommentarene uttalte den gangen bare at ”the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State.”²⁸ Tanken var altså at kildestaten skulle ha et virkemiddel for å nekte å redusere skattesatsen når den umiddelbare mottakeren kun hadde svak tilknytning til inntekten fordi denne skulle overføres til en tredjeperson, men utover dette ga kommentarene begrenset veiledning.

Kommentarene ble endret i 2003. Da tok OECD inn en uttalelse om at ”[t]he term ”beneficial owner” is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance”. Videre ble det presisert at ”a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.”²⁹

Det fremgår klart av disse uttalelsene at ”beneficial owner” skal anvendes som virkemiddel mot treaty shopping, noe som bl.a. bidrar til å forklare hvorfor begrepet har kommet opp for nasjonale domstoler langt oftere etter 2003 enn før dette tidspunktet.³⁰ På den annen side manglet kommentarene fremdeles mer konkrete retningslinjer for tolkingen, noe som førte til

²⁸ Jf. OECD-kommentarene (1977) art. 10, kommentar 12. Kommentarene til art. 10-12 er (og har alltid vært) likelydende på alle de punkter som er relevante for drøftelsene i oppgaven. Jeg henviser for enkelthets skyld kun til kommentarene til art. 10.

²⁹ Jf. OECD-kommentarene (2003) art. 10, kommentar 12.

³⁰ Duff (2013) s. 2.

store sprik i ulike nasjonale domstolars tolkinger av begrepet. I sum har dette medført betydelig usikkerhet for virksomheter og selskaper som opererer på tvers av landegrensar.³¹

Kommentarene ble derfor endret igjen i 2014 for å styrke forutberegneligheten for skattyterne.³² Det gjorde OECD ved å presisere at mottakeren ikke skal regnes som ”beneficial owner” bare hvis hans ”right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person”.³³ Der det ikke foreligger en slik forpliktelse, skal mottakeren motsetningsvis anses som ”beneficial owner”.³⁴

Fordi OECD-kommentarene nylig har gått langt i å oppstille konkrete kriterier for ”beneficial owner”-vurderingen, vil disse danne det naturlige utgangspunktet for en fremstilling av begrepets innhold og rekkevidde.³⁵ På den annen side forklarar ikke kommentarene *hvorfor* det er relevant å spørre om mottakeren er rettslig forpliktet til å overføre inntekten for å avgjøre om han er ”beneficial owner”. Som vi skal se, er det ikke alltid klart hvordan dette kravet skal forstås.³⁶ Dessuten viser rettspraksis at det kan tenkes alternative tilnærmingar for vurderingen, dvs. at det kan være aktuelt å konstatere at mottakeren ikke er ”beneficial owner” selv om han ikke er rettslig forpliktet til å overføre inntekten til en tredjeperson.³⁷ Et spørsmål blir derfor hvilken plass det er for eldre rettspraksis ved siden av tilnærmingen i OECD-kommentarene.

Siden kommentarene ikke redegjør for de generelle premissene som ligger bak de konkrete uttalelsene, gir de begrenset veiledning for disse og andre spørsmål de ikke direkte uttaler seg om. For å sette de konkrete drøftelsene i en større sammenheng, vil jeg derfor først avklare noen prinsipielle utgangspunkter for tolkingen. Her står Wien-konvensjonens tolkingsregel helt sentralt; de slutningar som kan trekkes av ordlyden i lys av formålet og konteksten, bør danne utgangspunktet for fastleggingen av begrepets innhold.

³¹ Samme sted.

³² OECD (2011) s. 2.

³³ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.4.

³⁴ Se nærmer avsnitt 3.2.3.1.

³⁵ Se avsnitt 3.2.

³⁶ Sml. avsnitt 3.2.3.2.

³⁷ Se nærmer avsnitt 3.3.

2.2 Den språklige betydningen av ordlyden. Forankringen i trust-instituttet

Utgangspunktet for tolkingen av traktater er ”the ordinary meaning” av de ord og uttrykk som er brukt, jf. Wien-konvensjonens artikkel 31 (1). Formuleringen sikter ikke nødvendigvis til den alminnelige språklige forståelsen av ordlyden; der det finnes en etablert juridisk forståelse, må denne legges til grunn.³⁸ Problemet er imidlertid nettopp at det ikke finnes noen etablert enighet om hva ”beneficial owner” betyr i skatteavtalerettslig sammenheng.

For å finne frem til ordlydens meningsinnhold, kan det da være nyttig først å søke veiledning i leksika.³⁹ Uttrykket ”beneficial owner” blir blant annet definert som ”[a] person who enjoys the benefits of ownership even though title is in another name”⁴⁰, og som ”[e]ntity that enjoys the possession and/or benefits of ownership (such as receipt of income) of a property even though its ownership (title) is in the name of another entity (called a 'nominee' or 'registered owner')”⁴¹.

Definisjonene indikerer at ordlyden ”beneficial owner” rent språklig forutsetter et skille mellom hhv. formelt og reelt eierskap. Bakgrunnen for dikotomien er termens historiske forankring i trust-instituttet, som stammer fra common law.⁴² Rettsordningen har ingen parallell i norsk rett,⁴³ men kjennetegnes av at en person (”trustee”) eier og forvalter eiendom til fordel for en annen (”beneficiary”). Forvalteren har i egenskap av å være formell eier ”legal interest” i formuesgodet, mens ”the beneficiary” eller ”*the beneficial owner*” er den som skal nyte de økonomiske fordelene av det.⁴⁴

Det følger uttrykkelig av OECD-kommentarene at man ikke kan bygge direkte på den betydningen ”beneficial owner”-begrepet har innen trust-instituttet.⁴⁵ På den annen side har OECD valgt nettopp denne termen for å formulere regelen, og det må derfor antas at betydningen innen trust-instituttet gir iallfall noe veiledning for innholdet i regelen. Et foreløpig utgangspunkt kan derfor være at ordlyden legger opp til en vurdering av hvem som

³⁸ Vogel (1986) s. 35.

³⁹ Tilsvarende Rynänen (2003) s. 15.

⁴⁰ <http://www.investopedia.com/terms/b/beneficialowner.asp#ixzz3xfyMqCjf> (31. mai 2016).

⁴¹ <http://www.businessdictionary.com/definition/beneficial-owner.html#ixzz3xcrwFgIM> (31. mai 2016).

⁴² Jain (2013) s. 54.

⁴³ Jf. Rt.2002.747 på side 762.

⁴⁴ Se nærmere Avery Jones mfl. (2006) s. 246. Se også Rt.2002.747 (på side 757), med videre henvisninger til både norsk og engelsk litteratur.

⁴⁵ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.1.

nyter de økonomiske fordelene av inntekten, og ikke (nødvendigvis) hvem som formelt eier den etter privatrettens regler.

2.3 Ordlyden i lys av formålet. Forholdet til treaty shopping

Ifølge Wien-konvensjonens art. 31 (1) må ordlyden tolkes i lys av formålet. Formålet er med andre ord ikke et selvstendig tolkningsmoment, men en retningslinje ved fastleggingen av ordlydens meningsinnhold.⁴⁶ En lojal anvendelse av folkerettslige traktater forutsetter at man klargjør statenes intensjoner slik de er kommet til uttrykk i traktatteksten.⁴⁷

Det følger av OECD-kommentarene at ”beneficial owner” må forstås ”in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and *the prevention of fiscal evasion and avoidance*”.⁴⁸ Ut fra sammenhengen i art. 10-12 er det klart at vilkåret ”beneficial owner” tar sikte på å hindre lemping av kildeskattesatsen i tilfeller der mottakerens tilknytning til den aktuelle inntekten er for svak. I samme retning uttaler Baker at ”[i]t is pretty clear that the BO limitation was introduced to counter treaty shopping by the channelling of the relevant income through a resident of a state with a suitably attractive treaty provision.”⁴⁹ Det legges etter dette til grunn at hovedformålet med ”beneficial owner” er å virke som et tiltak mot treaty shopping.

Det er imidlertid verdt å merke seg at denne formålsangivelsen er forholdsvis vag, og derfor ikke angir mer enn et utgangspunkt for rettsanvendelsen. Dette fordi termen ”treaty shopping” ikke refererer seg til et presist begrep som det er knyttet rettsvirkninger til, men er snarere en samlebetegnelse på en rekke ulike tilfeller med det fellestrekket at de svekker skattefundamentene i kildestaten fordi inntekter derfra blir overført til en tredjestat uten skattlegging i hjemstaten. På den annen side er det klart nok ikke meningen at kildestaten skal nekte å lempe beskatningen i alle tilfeller der mottakerselskapet utbetaler midler til eventuelle utenlandske eiere. Den sentrale tolkingsoppgaven består derfor i å identifisere karakteristiske trekk ved denne typen skatteplanleggingsopplegg, og utpensle retningslinjer som fanger opp i seg grensen mellom legitime transaksjoner og uakseptabel skatteplanlegging.

⁴⁶ Cassese (2005) s. 179: ”Thus, great weight was attributed to *the purpose pursued by contracting parties, as laid down in the text of the treaty.*” (Min kursivering.)

⁴⁷ Vogel (1986) s. 35.

⁴⁸ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.1 (mine kursiveringer).

⁴⁹ Baker (2007) s. 15.

2.4 Ordlyden i lys av konteksten. Forholdet til tilordning og omgåelse

Ved traktattolkningen må man videre se hen til konteksten. Konteksten er nærmere definert i Wien-konvensjonens art. 31 (2), og omfatter traktatens øvrige tekst, fortale og vedlegg. Tanken er at enkeltbestemmelser i traktaten ikke kan forstås uavhengig av den sammenhengen de står og skal virke i.⁵⁰

Det følger av OECD-kommentarene at termen ”beneficial owner” er ment å presisere ordene ”paid... to”, og at den må forstås ut fra denne konteksten.⁵¹ At inntekten må være ”paid... to” en person som er bosatt i den andre staten, tilsier rent språklig at det kreves en viss tilknytning mellom inntekten og den personen som krever skatteavtalens fordeler. Dette beror i utgangspunktet på tilordningsprinsippene etter internretten, jf. art. 3 (2). Det avgjørende i første omgang er altså hvem inntekten tilordnes iht. den internrettslige skattehjemmelen.⁵²

At ”beneficial owner” presiserer dette vilkåret, tyder for det første på at det har karakter av en tilordningsregel. Det tilsier videre at begrepet stiller minstekrav til tilknytning mellom en inntekten og den personen som krever skatteavtalens fordeler som går lenger det som kreves etter internretten. Dette må ses i sammenheng med at nasjonale tilordningsregler ikke synes å være egnet til å ramme denne typen internasjonale skatteplanleggingsopplegg.⁵³

Videre må det ifølge kommentarene tas hensyn til at det finnes alternative tiltak for å motvirke treaty shopping.⁵⁴ Kommentarene sikter i den forbindelse til internrettslige (generelle) omgåelsesregler og *limitation on benefits*-klausuler.⁵⁵ Tanken er at man ved fastleggingen av innholdet i ”beneficial owner”-begrepet må undersøke om det finnes andre virkemidler som er bedre egnet til å regulere det aktuelle typetilfellet. Et eksempel kan være et heleid holdingselskap som foretar løpende utbytteutbetalinger til en utenlandsk aksjonær.

⁵⁰ Mao, må konteksten forstås som noe videre enn bare en henvisning til *teksten*; det som primært interesserer, er de *begrepene* som teksten gir uttrykk for.

⁵¹ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.

⁵² Sml. Wheeler (2013) s. 76. Se også Danon (2008) s. 96. I tilfeller der Norge er kildestat, er det f.eks. skatteloven § 10-13 (1) første punktum, jf. formuleringen ”som utdeles til aksjonær”, som bestemmer tilordningen, også på skatteavtalenivå.

⁵³ Jf. f.eks. Avery Jones, Vann og Wheeler (2011) s. 5: ”Domestic law is often not a good guide in this respect, as the policy aim of domestic law (to prevent persons from avoiding taxation by transferring their income to another person) is different from the policy aim of treaties (to prevent treaty shopping by paying income through a treaty-entitled person).”

⁵⁴ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.5.

⁵⁵ Samme sted. Der henviser kommentarene til ”the section on ”Improper use of the Convention” in the Commentary on Article 1”, som er inntatt i kommentar 9-20 til art. 1.

Et slikt opplegg kan potensielt fanges opp av LOB-klausuler som bygger på *the channel approach*, noe som kan tale mot å strekke ”beneficial owner”-begrepet til å omfatte det.⁵⁶

2.5 Sammenfatning

Kjernen i ”beneficial owner”-begrepet er å motvirke treaty shopping. Konteksten klargjør at det sentrale vurderingstemaet er tilknytningen mellom mottakeren og inntekten, og at skatteavtalene i visse tilfeller stiller strengere krav til tilknytning enn internrettslige tilordningsregler. Hvem som eier inntekten etter privatrettens regler, er med andre ord ikke ubetinget avgjørende; formalitetene kan settes til side hvis det ikke ligger tilstrekkelig realitet bak disse. Ordlyden antyder at retten til å nyte de økonomiske fordelene av inntekten, herunder muligheten til å reinvestere midlene mv., står sentralt ved denne vurderingen.

⁵⁶ Se nærmere hhv. avsnitt 3.2.3.3 og 3.2.3.4.

3 Begrepets innhold forts. Sentrale retningslinjer

3.1 Overordnet om vurderingen

Spørsmålet om mottakeren er ”beneficial owner” oppstår typisk fordi skattemyndighetene (i kildestaten) oppdager en spenning mellom den rettslige form og den økonomiske realitet.⁵⁷ Forutsetningen er at det skjer betaling fra person A i kildestaten (kildeselskapet) til person B i hjemstaten (mottakerselskapet), som deretter foretar utbetalinger til person C i en tredjestat som ikke har skatteavtale med kildestaten (den bakenforliggende eieren).⁵⁸ I utgangspunktet vil det ikke være et problem at B bruker midler som opprinnelig kommer fra kildestaten til å utdele utbytte eller betale renter på lån, vederlag for immaterielle eiendeler eller andre løpende forpliktelser (finansieringskostnader) til en aksjonær/kreditor C som er bosatt i en tredjestat; dette er legitim utøvelse av næringsvirksomhet.

For at dette utgangspunktet skal være i tråd med skatteavtalenes formål, er det imidlertid en grunnleggende forutsetning at B mottar og overfører inntekter som er et resultat av egen, og ikke Cs investering. Med andre ord må det trekkes en grense mellom tilfeller der betaling skjer først til B og så til C i samsvar med en investeringskjede, og tilfeller der B i realiteten kun mottar inntekter fra A for å utbetale disse videre til C. I de sistnevnte tilfeller kan man gå ut fra at det er *en faktisk forutsetning* ved betaling til B at han må overføre inntekten videre til C, og B kan derfor ikke anses som ”beneficial owner”.⁵⁹ Med denne inngangen til vurderingen får man frem at mottakerens tilknytning til inntekten står sentralt ved bedømmelsen.⁶⁰

Formålet med den følgende gjennomgangen er å redegjøre for ulike måter å operasjonalisere dette vurderingstemaet på. En plausibel hypotese, som vil bli undersøkt nærmere, er at vurderingen til en viss grad må differensieres ut fra hvordan inntekten overføres fra

⁵⁷ Tilsvarende NOU 2016: 5 s. 64 (annen spalte) om skatteomgåelse generelt.

⁵⁸ Tilsvarende gjelder hvis tredjestaten har skatteavtale med kildestaten, men lempingen i kildestaten ikke går like langt som i skatteavtalen med hjemstaten.

⁵⁹ Tilsvarende Vallada (2015) s. 37: ”One of the reasons behind denying beneficial owner status to conduits is that the flow of the dividends from the subsidiary to the conduit and from the conduit to the ultimate parent, *would represent the same income*, and that party that would truly ”enjoy” it is the parent.” (Min kursivering.)

⁶⁰ Jf. avsnitt 2.4.

mottakerselskapet B til den bakenforliggende eieren C.⁶¹ Den sentrale forskjellen består i om betaling fra B til C skjer i form av enten aksjeutbytte (*direct conduits*) eller løpende, fradragsberettigede forpliktelser som f.eks. renter eller royalties (*steppingstone conduits*).⁶²

Jeg tar som nevnt utgangspunkt i en fremstilling av tilnærmingen i OECD-kommentarene; jeg skal undersøke hva denne går ut på, og hvor langt den rekker (avsnitt 3.2).⁶³ Vi skal bl.a. se at mens kommentarene ikke gir tilstrekkelig veiledning for *steppingstone conduits*, finnes det betydelig rettspraksis som oppstiller mer presise retningslinjer og som derfor supplerer kommentarene på dette punktet (3.3). Deretter behandler jeg særspørsmål som oppstår for aksjonæravtaler (3.4), og redegjør nærmere for betydningen av risiko for ”beneficial owner”-vurderingen (3.5).

3.2 Tilnærmingen i OECD-kommentarene: Det neste leddet har et rettskrav på midlene

3.2.1 Oversikt

Det følger av OECD-kommentarene at mottakeren ikke er ”beneficial owner” hvis han er rettslig forpliktet til å overføre inntekten til en tredjeperson:

”...the direct recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because *that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person*. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person.”⁶⁴ (Min kursivering.)

Etter ordlyden må tre vilkår være oppfylt for at mottakeren skal havne utenfor ”beneficial owner”-begrepets rekkevidde. For det første må mottakeren (B) foreta utbetalinger til C med midler mottatt fra A, jf. formuleringen ”*to pass on the payment received*” (3.2.2). For det

⁶¹ Furuseth (2013) s. 195-196 synes å være inne på dette når han skriver at ”[d]et kan kanskje hevdes at det lettere kan tenkes tilfeller der et lånearrangement er konstruert slik at det mellomliggende kreditorselskapet ikke har besittelse, rådighet, risiko eller kontroll over mottatte renter.”

⁶² OECD (2015) R(6)-2 nr. 4-5. For en tilsvarende differensiering av spørsmålet se Danon (2008) s. 99, Gooijer (2014) s. 205 og Wheeler (2005) s. 478.

⁶³ Jf. begrunnelsen i avsnitt 2.1.

⁶⁴ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.4.

andre må slike utbetalinger skje med grunnlag i ”*a contractual or legal obligation*” (3.2.3). Og for det tredje må mottakerens ”*right to use and enjoy the dividend*” være begrenset som følge av den rettslige forpliktelsen (3.2.4). Gjennom en fremstilling av hver av de tre vilkårene skal jeg nedenfor redegjøre for tilnærmingen i OECD-kommentarene.

3.2.2 ”to pass on the payment received”

Mottakeren må bruke inntekter som kommer fra kildestaten til å foreta utbetalinger til en person i en tredjestat, jf. uttrykksmåten ”*to pass on*”. Dette avspeiler først og fremst en praktisk forutsetning for at spørsmålet om ”beneficial owner” skal komme på spissen: mottakeren må faktisk ha overført midlene videre til en annen person.

I forlengelsen av dette reiser vilkåret spørsmål om det går en grense for hvor lenge midlene må ha vært hos B før de overføres til C. Prinsipielt er det ikke grunnlag for å operere med noen grense; det avgjørende er om midlene faktisk er blitt overført. I praksis vil det imidlertid kunne ha stor betydning for vurderingen om det går lang eller kort tid mellom utbetalingene. Grunnen er dels at lang tid mellom utbetalingene kan gjøre det vanskelig for skattemyndighetene å oppdage forholdet, og dels vanskelig å vurdere hvorvidt de midler som går ut, er de samme som kom inn.

Spørsmålet om betydningen av at midlene er blandet sammen med mottakerens egne stod sentralt i *Velcro-dommen*⁶⁵. Bakgrunnen var at et selskap fra De nederlandske Antiller (VIBV) hadde lisensiert retten til å utnytte immaterielle rettigheter til et nederlandsk holdingselskap (VHBV), som i sin tur lisensierte denne retten til et canadisk datterselskap (VCI). VHBV pliktet i henhold til oppdragsavtalen inngått med VIBV (”Assignment Agreement”) å overføre en viss prosentandel av inntektene til morselskapet innen 30 dager etter at å ha mottatt disse fra det canadiske selskapet.⁶⁶ For å oppnå lavere kildeskattesats måtte VHBV kunne anses som ”the beneficial owner” av royalty-inntektene.⁶⁷ Retten pekte særlig på at royalty-inntektene som VHBV innkrevet fra VCI, ble blandet sammen med selskapet øvrige inntekter, og til at ikke hele beløpet, men kun 90 pst av det, ble overført til

⁶⁵ CA: TaxCC/CCI, 24. februar 2012, *Velcro Canada Inc. v. Canada*.

⁶⁶ Avtaleforholdet mellom partene er nærmere beskrevet i dommens avsnitt 2-14.

⁶⁷ Jf. art. 12 (2) i skatteavtalen mellom Canada og Nederland.

VIBV.⁶⁸ Konklusjonen ble derfor at det nederlandske holdingselskapet var ”beneficial owner”.

Etter mitt syn kan det reises innvendinger mot både begrunnelsen og resultatet. Den aktuelle bestemmelsen i oppdragsavtalen lød som følger:

”6. *Royalties.* VHBV shall collect royalties from the third party licensee under the Subject Agreement and VHBV shall pay to VIBV an arm’s length percentage of ”Net Sales” of ”Licensed Products” as those terms are defines in the first Article of the Subject Agreement [...]”⁶⁹

En alminnelig språklig forståelse tilsier at betalingsplikten gjaldt royalty-inntektene fra VCI, og at VIBV dermed hadde krav på disse midlene.⁷⁰ Den funksjonelle sammenhengen mellom lisens- og oppdragsavtalen støtter denne tolkingen. At det kun var ”an arm’s length percentage” som skulle utbetales videre, må ses på bakgrunn av at VHBV pliktet å avsette og betale 10 pst kildeskatt i Canada.⁷¹

Disse momentene var riktignok fremhevet av domstolen, som imidlertid la avgjørende vekt på at holdingselskapet blandet royalty-inntektene sammen med sine egne midler. Dette innebar at de betalingene som gikk ut, ikke var de samme som kom inn:

”These monies are *not necessarily identified as specific monies*, they may be identified as a percentage of a certain amount received by VHBV from VCI, but there is no automated flow of specific monies because *of the discretion of VHBV with respect to the use of these monies.*”⁷² (Mine kursiveringer.)

Det kan reises flere innvendinger mot denne argumentasjonen. For det første er penger fullstendig fungible. Derfor er det nesten aldri mulig å peke nøyaktig på *hvilke* penger som brukes i en bestemt sammenheng. Ved å legge vekt på hvorvidt pengene er blandet sammen med mottakerens egne, trekker man i realiteten inn et moment som sier noe om eiendomsretten til pengene. I disse tilfellene treffer imidlertid et slikt vurderingstema mindre godt; med mindre mottakerselskapet B opptrer i egenskap av forvalter/mellommann, vil C

⁶⁸ Dommens avsnitt 43.

⁶⁹ Jf. punkt 6 i oppdragsavtalen (”Assignment, Assumption and License Agreement”), inntatt som vedlegg til dommen.

⁷⁰ Tilsynelatende tilsvarende Gooijer (2014) s. 212.

⁷¹ Se nærmere Arnold (2013) s. 47.

⁷² Dommens avsnitt 45.

aldri ha eiendomsretten til pengene før disse er overført til ham.⁷³ I forlengelsen av dette er sammenblanding av midler, som Arnold er inne på, ”completely within the control of the recipient”.⁷⁴ Skulle dette momentet være relevant, ville mottakeren i prinsippet alltid kunne oppfylle vilkåret ”beneficial owner”, og begrepet ville bli stående igjen uten reelt innhold.

Et annet praktisk spørsmål er om mottakeren bare kan settes ut av betraktning hvis betaling både til og fra ham utføres samme type inntekt, eller om dette også er aktuelt hvis inntekter f.eks. kommer inn som utbytte og betales videre som renter.

Ordlyden i mønsteravtalens fordelingsregler er taus, men utelukker iallfall ikke en slik løsning. *V SA-dommen*⁷⁵ viser at det heller ikke er utelukket i rettspraksis. Det luxembourgske selskapet V SA kjøpte alle aksjene i sveitsiske I SA ved hjelp av et lån fra sine to britiske morselskaper. Utbytte som ble utbetalt fra I SA, ble i sin helhet overført til aksjonærene som renter på lånet. Den sveitsiske domstolen kom frem til at V SA ikke var ”beneficial owner” av utbyttet, selv om betaling til og fra selskapet altså skjedde som hhv. aksjeutbytte og renter.⁷⁶

Spørsmålet er ikke direkte omhandlet i OECD-kommentarene. Det er likevel verdt å merke seg at Furuseth synes å forstå kommentarene slik at det ikke er relevant for vurderingen av om mottakeren av utbytte er å anse som ”beneficial owner”, om han er ”enten rettslig eller kontraktsrettslig forpliktet til å betale utbytte videre, men da for eksempel i form av renter på lån eller andre typer kostnader”. Hvis inntekten mottas som utbytte og utbetales som renter, taler det altså ifølge ham for at mottakeren er ”beneficial owner”.⁷⁷

Det er ikke helt klart hvilken uttalelse Furuseth trekker denne slutningen fra, men den følgende fremstår som mest nærliggende ut fra den aktuelle sammenhengen:

”...it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to the payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those obligations.”⁷⁸

⁷³ Tilsvarende Grøn Strømstad (2013) s. 153.

⁷⁴ Arnold (2013) s. 47.

⁷⁵ Sak 28. februar 2001, VPB 65.86.

⁷⁶ Jf. art. 10 (2) bokstav b i skatteavtalen mellom Sveits og Luxembourg.

⁷⁷ Furuseth (2013) s. 182-183. Merk at Furuseth kun drøfter eksplisitt tilfellene der betaling til og fra mottakeren består av hhv. utbytte og renter. Det er ikke klart om han mener stillingen ville være den samme hvis dette var omvendt, dvs. hvis inntekten mottas som renter og utdeles som utbytte.

⁷⁸ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.5.

I motsetning til Furuseth kan jeg imidlertid ikke se at uttalelsen er relevant for spørsmålet. Den presiserer riktignok at en rettslig forpliktelse til å overføre inntekten må være knyttet til en bestemt inntektspost hos mottakeren, men sier ikke noe om at det må dreie seg om samme *type* inntekt som går videre til C. En slik forståelse av kommentarene har også gode grunner for seg, da både mottaker- og kildeselskapet i praksis ofte eies av samme konsern. Som morselskap i begge har konsernspissen mulighet til å kontrollere både tidspunkt for og størrelse på utbytteutbetalinger, og risikoen ved kanaliseringen vil derfor være omtrent den samme hva enten mottakerselskapet B mottar pengene i egenskap av aksjonær eller kreditor i kildeselskapet A.⁷⁹ Da går det gjerne ut på ett hvorvidt betalinger til og fra selskapene skjer som faste finansieringskostnader eller som utbytte. Siden vilkåret ”beneficial owner” ellers ville vært forholdsvis lett å omgå, taler derfor hensynet til å motvirke treaty shopping for å omfatte også tilfeller der betaling til og fra mottakeren skjer ved forskjellige typer inntekter.

Det legges etter dette til grunn at det ikke er aktuelt å begrense ”beneficial owner”-vurderingen til tilfeller der betaling til og fra mottakeren utføres med samme type inntekt.

3.2.3 “a contractual or legal obligation”

3.2.3.1 Generelt

For at mottakeren skal settes ut av betraktning, må inntekter overføres fra kildestaten til en tredjestat med grunnlag i en rettslig forpliktelse. Gjennom dette kriteriet trekker OECD-kommentarene grensen mellom legitime transaksjoner og uakseptable skatteplanleggingsopplegg. Tanken er at en slik forpliktelse vil klart begrense mottakerens rett til å råde økonomisk over inntekten, herunder reinvestere midlene mv. Da vil mottakeren ha så svak tilknytning til inntekten at det ikke er i samsvar med skatteavtalens formål å lempe beskatningen i kildestaten, og han kan derfor ikke anses som ”beneficial owner”.⁸⁰

I utgangspunktet kan man tenke seg et videre eller snevrere ”beneficial owner”-begrep alt etter som fokuset ligger på formalitetene eller på de reelle forholdene.⁸¹ Med ”de reelle forholdene” sikter jeg til tilfeller der en nærmere undersøkelse av opplegget avdekker at mottakeren *rent faktisk* har begrenset tilknytning til inntekten. Motsetningsvis innebærer en vektlegging av formalitetene at kun rettslige bånd på mottakerens råderett/investeringsfrihet

⁷⁹ Se nærmere om betydningen av risiko i avsnitt 3.5 nedenfor.

⁸⁰ Jf. avsnitt 3.1.

⁸¹ Tilsvarende Baker (2007) s. 16.

er relevant for vurderingen. Ved å fokusere på hvorvidt mottakeren er rettslig forpliktet til å overføre inntekter til en tredjeperson, har OECD – iallfall som utgangspunkt – valgt å legge avgjørende vekt på formalitetene. Dette kan illustreres nærmere ved hjelp av *Transocean*:

Som nevnt gjaldt saken utbytteutbetalinger fra norske TOHA til danske THAV, og videre til to caymanske selskaper.⁸² Det var ikke tvil om at ”TOHA var å betrakte som et selskapsrettslig redskap, som var under full styring og kontroll av konsernspissen”. På den annen side var det ”uomtvistet at det ikke forelå noen kontraktsrettslig eller annen rettslig forpliktelse til å videreutdele utbyttet”, noe som innebar at THAV hadde ”full selskapsrettslig autonomi, og i utgangspunktet stod fritt til å disponere over midlene”.⁸³ Konklusjonen ble derfor at THAV var ”den virkelige rettighetshaver” jf. NSA art. 10 (2).

Ved vurderingen la tingretten avgjørende vekt på at generalforsamlingen i THAV ikke var rettslig forpliktet til å treffe beslutning om utbytte. Det er imidlertid vanskelig å se hvorfor konsernledelsen skulle ha forpliktet generalforsamlingen til å treffe beslutning om utbytteutdeling, når den i praksis allerede er generalforsamlingen i selskapet og dermed kontrollerer både tidspunkt for og størrelse på utbytteutdelinger.

For å oppfylle vilkåret synes det etter dette tilstrekkelig å unngå avtaler, vedtektsbestemmelser mv. som pålegger mottaker(selskapet) plikt til å videreutdele inntekter mottatt fra kildestaten til aksjonæren.⁸⁴ Så lenge slik utbytteutdeling skjer innenfor rammene av vanlig konsernstyring, havner ikke opplegget i faresonen. Ut fra dette kriteriet synes det med andre ord forholdsvis enkelt for skattytere å gå klar av vilkåret om at mottakeren må være ”beneficial owner”. Dette gjør at begrepet ikke fremstår som et særlig vidtgående virkemiddel mot treaty shopping.

3.2.3.2 ”facts and circumstances” – et unntak?

Spørsmålet er imidlertid om kravet om at mottakeren må være rettslig forpliktet til videreutdelingen er en absolutt forutsetning for at han skal settes ut av betraktning, eller om B kan falle utenfor ”beneficial owner”-begrepets rekkevidde selv om han ikke er rettslig forpliktet til å overføre inntekten. Hvis kravet ikke er absolutt, har ”beneficial owner”-

⁸² Faktum er nærmere beskrevet foran i avsnitt 1.1.

⁸³ Min kursivering.

⁸⁴ Se nærmere avsnitt 3.4 om betydningen av aksjonæravtaler der mottakerselskapet ikke er part.

begrepet større rekkevidde som virkemiddel mot treaty shopping enn det OECD-kommentarene umiddelbart synes å forutsette.

Det fremgår av OECD-kommentarene at "[w]here the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the "beneficial owner" of that dividend."⁸⁵ Uttalelsen tilsier at mottakeren *skal* anses som "beneficial owner" med mindre han er rettslig forpliktet til å videreutdele inntekten, noe som tyder på at dette må forstås som et absolutt vilkår.

Neste setning synes imidlertid å modifisere dette utgangspunktet:

"Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist *on the basis of facts and circumstances showing that, in substance*, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person."⁸⁶ (Mine kursiveringer.)

Det første spørsmålet er hva en vurdering basert på "facts and circumstances" nærmere innebærer. Man kan enten forstå formuleringen "facts and circumstances" som i) et *bevismiddel* som sikter til det generelle bevisstemaet "a contractual or legal obligation", eller som ii) et alternativt (materielt) grunnlag for å konstatere at mottakeren ikke er "beneficial owner".⁸⁷ Det må være klart at OECD-kommentarene ikke kan ha ment å gi "beneficial owner" så stor rekkevidde som sistnevnte tolkingsalternativ ville ha innebåret; at "facts and circumstances" er en bevisregel, fremtrer av siste leddsetning i sitatet foran, og er også lagt til grunn i teorien av Vallada.⁸⁸ Men også denne – mer restriktive – tolkingen av kommentarene tyder på at kravet om en rettslig forpliktelse ikke er absolutt, da mottakeren kan settes ut av betraktning hvis omstendighetene *rent faktisk* indikerer at partene opptrer på grunnlag av en rettslig forpliktelse.⁸⁹ Ut fra tilnærmingen basert på "facts and circumstances" kan f.eks. gjentatt og konsekvent utbetaling av utbytte til utenlandsk aksjonær, raskt havne i faresonen. Med denne passusen ser det med andre ord ut som om kommentarene har beveget seg noe i

⁸⁵ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.5 .

⁸⁶ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.4.

⁸⁷ Tilsvarende Grøn Strømstad (2013) s. 154.

⁸⁸ Vallada (2015) s. 45.

⁸⁹ Jf. forutsetningsvis OECD (2014) s. 2: "the Working Party concluded that the sentence was appropriate because contracts and formal legal obligations may not always reflect reality and this was therefore an area where it was appropriate to look at facts and circumstances."

retning av en mindre formalistisk betraktning enn det uttrykksmåten ”a contractual or legal obligation” umiddelbart legger opp til.

Selv om andre tilnærminger dermed i prinsippet kan være relevante, oppstår likevel spørsmålet om det er praktisk behov for å utvide ”beneficial owner”-begrepets rekkevidde gjennom en tilnærming basert på ”facts and circumstances”. Hovedgrunnen for å ta inn et krav i kommentarene om at mottakeren må være rettslig forpliktet til å overføre inntekten, og dermed legge opp til en formalistisk tilnærming, var hensynet til forutberegnelighet.⁹⁰ For at det skal være aktuelt å gi ”beneficial owner” større rekkevidde, må dette derfor ha forholdsvis sterk støtte i formålet om å motvirke aggressiv skatteplanlegging og skatteomgåelse.

På grunn av faktiske og rettslige forskjeller mellom tilfellene vil jeg nedenfor drøfte spørsmålet for hhv. *direct* og *steppingstone conduits* hver for seg.

3.2.3.3 Er kravet om en rettslig forpliktelse absolutt? *Direct conduits*

I disse tilfellene står man i praksis overfor utdeling av utbytte innen et internasjonalt konsern, der mottakerselskapet B typisk er et holdingselskap. Selv om konserner utgjør en samlet økonomisk og organisatorisk enhet, er de enkelte selskapene rettslig sett selvstendige rettssubjekter.⁹¹ Konsernspissen vil ha rettslig kontroll over holdingselskapet, og derfor kunne bestemme tidspunktet for og størrelsen på de enkelte utbytteutbetalingene.⁹² Et eksempel er *Transocean-saken*, der videreføring av inntekter fra mottakerselskapet TOHA skjedde som utdeling av utbytte til TOL/TOIVL.

Ifølge en tilnærming basert på ”facts and circumstances” vil B ikke være ”beneficial owner” hvis han overfører utbytte løpende slik at man nærmest kan skjelne et fast mønster for utbytteutdelingene. I så fall vil de faktiske forholdene indikere at B i realiteten mottar inntekter fra A på vegne av C, og at det er en faktisk forutsetning ved betaling til ham at han før eller senere må overføre midlene til C.

En innvending mot denne tilnærmingen er at den skaper betydelig usikkerhet, da det er vanskelig å utpeke mer presise retningslinjer for vurderingen. At mottakerselskapet reelt er et selskapsrettslig redskap som er under full styring og kontroll av konsernspissen, er på den ene

⁹⁰ OECD (2011) s. 2.

⁹¹ NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning s. 86.

⁹² Jf. lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) § 1-3 (2) jf. (1).

siden ikke nok, jf. eks. *Transocean-saken*. Hva som kreves utover dette, som f.eks. hvor omfattende utbetalinger mv, er imidlertid usikkert.

Som nevnt i avsnitt 2.3 gir dessuten OECD-kommentarene anvisning på alternative tiltak mot treaty shopping, herunder limitation on benefits-klausulen som bygger på the channel approach.⁹³ Denne går – kort fortalt – ut på at et selskap som er hjemmehørende i en av skatteavtalestatene likevel ikke omfattes av skatteavtalen hvis i) personer som ikke er bosatt i noen av skatteavtalestatene utøver bestemmende innflytelse eller kontroll over selskapet og ii) mer enn 50 pst av selskapets inntekter brukes til å oppfylle forpliktelser overfor disse.⁹⁴ Ettersom the channel approach kommer til anvendelse hvis C har over 50 pst av de stemmeberettigede aksjene i mottakerselskapet B, fanger den opp de tilfeller der faren for kanalisering av inntekter er særlig presserende.⁹⁵

Argumentet har støtte i rettspraksis. I *Transocean-saken* påpekte retten at ”i OECD-kommentarene er partene i en skatteavtale gjort oppmerksomme på muligheten for å avtale særordninger for å unngå treaty shopping / stepping stones, og norske myndighetene [sic] var oppmerksom på de danske reglene.” Siden skattemyndighetene har muligheten til å fremforhandle spesielle omgåelsesregler som regulerer nettopp denne typen skatteplanleggingsopplegg, konstaterte altså retten at ikke var behov for å ramme de gjennom en (noe vidtgående) tolking av ”beneficial owner”-begrepet. Blant annet på denne bakgrunn ble det lagt til grunn at ”kravet om at det skal foreligge en rettslig forpliktelse til å sende utbyttet videre, synes nokså sterkt.”

Etter dette er det ikke tilstrekkelig tungtveiende grunner til å gjøre unntak fra hovedregelen om at mottakeren er ”beneficial owner” med mindre han er rettslig forpliktet til å foreta videreutdelinger i tilfeller der overføring av inntekter skjer ved utbytteutdeling (direct conduits).

3.2.3.4 Er kravet om en rettslig forpliktelse absolutt forts.? Steppingstone conduits

Overføring av midler skjer i disse tilfellene som ledd i løpende, fradragsberettigede utbetalinger fra mottakerselskapet til kreditor C. Grunnlaget for en slik utbetaling kan være et pengelån som går gjennom flere ledd, eller leie og fremleie av immaterielle rettigheter. Selv

⁹³ OECD-kommentarene (2014), art. 1, kommentar 17.

⁹⁴ Samme sted. Se Skaar (red.) (2006) s. 867 flg. for en grundig omtale av the channel approach.

⁹⁵ Se særlig om minoritetsaksjonærer i avsnitt 3.4.

om B i slike tilfeller i og for seg vil være rettslig forpliktet til å foreta de løpende utbetalingene til C, er det likevel klart at en slik forpliktelse i seg selv ikke er nok. I tråd med dette presiser OECD-kommentarene uttrykkelig at den aktuelle forpliktelsen må knytte seg til konkrete inntekter fra kildestaten:

”This type of obligation would not include contractual or legal obligations *that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient* such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a party to financial transactions...”⁹⁶ (Min kursivering.)

Kommentarene sier imidlertid ikke hva som nærmere ligger i at betalingsforpliktelsen må være ”dependent on the receipt of the payment by the direct recipient”; i praksis vil det være en glidende overgang fra tilfeller der forpliktelsen klart knytter seg til konkrete inntekter, til tilfeller der den klart ikke gjør det. Hvor nær sammenheng som kreves mellom mottakerens inntekt og den aktuelle betalingsplikten for å kunne si at denne er ”dependent on the receipt of the payment from the direct recipient”, vil etter dette fortsatt være et åpent spørsmål.⁹⁷

At kommentarene legger opp til en vurdering basert på ”facts and circumstances”, må derfor i disse tilfellene forstås mer som en presisering av vurderingstemaet, enn som et unntak fra en hovedregel. Selv om kommentarene ikke sier det direkte, synes de gjennom denne formuleringen å henvise til tilnærmingen i rettspraksis om steppingstone conduits, som her kan illustreres ved hjelp av *Indofood-dommen*⁹⁸:

Det indonesiske selskapet Indofood tok opp et syndikert banklån gjennom et mauritisk datterselskap. Renter ble utbetalt fra Indofood til datterselskapet og deretter videre til den britiske banken. Noen år senere sa Indonesia opp skatteavtalen med Mauritius, noe som førte til at Indofood måtte svare full indonesisk kildeskatt på renteutbetalingene. Ifølge låneavtalen kunne Indofood da velge å gjøre opp lånet med banken med mindre det fantes rimelige tiltak for å begrense kildeskatten. Indofood ville benytte seg av denne klausulen, men banken innvendte at det ville være et rimelig tiltak å betale renteinntektene gjennom et nederlandsk holdingselskap. Den engelske Court of Appeal⁹⁹ måtte derfor (prejudisielt) ta stilling til om det nederlandske selskapet – gitt samme vilkår og funksjoner som det mauritiske – ville kunne

⁹⁶ OECD-kommentarene (2014) art. 10, kommentar 12.4.

⁹⁷ Tilsvarende Grøn Strømstad (2013) s. 157.

⁹⁸ [2006] EWCA Civ 158.

⁹⁹ Partene hadde avtalt engelsk vernetting.

anses som ”beneficial owner” av renteinntekter mottatt fra Indofood.¹⁰⁰ Retten fant at mottakerselskapet ”is bound to pay on to the Principal Paying Agent [banken] that which it received from the Parent Guarantor [Indofood] because it is precluded from finding the money from any other source by the Note Conditions, in particular conditions 3(i) and (j)”.¹⁰¹ Selskapet ble derfor ikke ansett som ”beneficial owner”.

Betalingsplikten var riktignok ikke var knyttet direkte til renteinntektene. Likevel var det klart at disse *rent faktisk* ville gå til dekning av tilsvarende rentekostnader på gjelden overfor banken. Man kan se det slik at retten sluttet fra de faktiske omstendigheter til at mottakerselskapet i realiteten var bundet til å videreutbetale de mottatte rentene, dvs. at det mellomliggende selskapets betalingsforpliktelse var ”dependent on the receipt of the payment” fra Indofood.

Tilnærmingen i *Indofood* er også lagt til grunn i en rekke andre dommer med tilsvarende faktum, jf. f.eks. *Aiken Industries, Del Commercial, Cook, HHU* m.fl.¹⁰² I alle dommene var avgjørelsen basert på en helhetsvurdering av avtaleforholdet og alle andre faktiske omstendigheter som kunne kaste lys over spørsmålet, noe som minner sterkt om formuleringen ”facts and circumstances”.¹⁰³ Hva som nærmere ligger i denne tilnærmingen vil jeg redegjøre for i avsnitt 3.3 nedenfor.

I denne sammenhengen er det verdt å merke seg at the channel approach ikke et like effektivt virkemiddel mot steppingstone conduits.¹⁰⁴ Grunnen er særlig at disse tilfellene som nevnt ikke forutsetter at C har bestemmende innflytelse over mottakerselskapet B.¹⁰⁵ Dessuten får klausulen bare anvendelse hvis minst 50 pst av mottakerselskapets inntekter kanaliseres til en tredjestat. Der mottakerselskapet har store inntekter legger derfor klausulen i praksis små begrensninger på denne typen skatteplanleggingsopplegg.

¹⁰⁰ Jf. art. 11 (2) i skatteavtalen mellom Indonesia og Nederland.

¹⁰¹ Avsnitt 43.

¹⁰² Se nærmere avsnitt 3.3.

¹⁰³ Merk dessuten passusen ”[r]egard is to be had to the substance of the matter” fra *Indofood-dommen*, som også er reflektert i kommentar 12.4 (til art. 10), jf. formuleringen ”in substance”.

¹⁰⁴ Sml. motsetningsvis OECD-kommentarene (2014) art. 1, kommentar 18.

¹⁰⁵ Tilsvarende Skaar (red.) (2006) s. 869-870.

3.2.4 “right to use and enjoy”

For det tredje må den rettslige forpliktelsen ifølge OECD-kommentarene ha som konsekvens at mottakeren mangler rett til å råde over eller nyte de økonomiske fordelene av inntekten. Fordi en rettslig forpliktelse som klar hovedregel vil innebære at mottakerens råderett er tilsvarende begrenset, er det ikke lett å se den praktiske betydningen av vilkåret; det bærer først og fremst preg av en beskrivelse av rettsvirkningen. Likevel vil vilkåret antakelig kunne fungere som sikkerhetsventil i tilfeller der retningslinjen i kommentarene tatt på ordet ville føre for langt. Kommentarene nevner som eksempel at kreditor C tar arrest i debtors Bs bankkonto.¹⁰⁶

3.2.5 Sammenfatning

For at mottakeren ikke skal anses som ”beneficial owner” må han ifølge OECD-kommentarene være rettslig forpliktet til å overføre inntekten til en tredjeperson. Kommentarene må i utgangspunktet forstås slik at den rettslige forpliktelsen må være knyttet direkte til inntekter fra kildestaten.

Fra dette utgangspunktet må det gjelde et unntak for tilfeller der overføring av midler skjer ved løpende utbetalinger til C (steppingstone conduits). Dette dels fordi det kan være uklart hvor nær sammenheng mellom betalingene som kreves for at den rettslige forpliktelsen må anses ”dependent on the receipt of the payment by the direct recipient”, og dels fordi faren for treaty shopping rent faktisk er større i disse tilfellene. OECD-kommentarene reflekterer dette ved å legge opp til en faktumbasert tilnærming (”facts and circumstances”) ved siden av den mer formalistiske hovedregelen.

Som nevnt er ”beneficial owner” først og fremst en tilordningsregel, der det sentrale vurderingstemaet er mottakerens tilknytning til inntekten.¹⁰⁷ Derfor er det ikke overraskende at begrepet har større rekkevidde som virkemiddel mot treaty shopping i tilfeller der skatteplanleggingsopplegget forutsetter at C kontrollerer inntektsstrømmene (steppingstone conduits) enn der forutsetningen er at C kontrollerer mottakerselskapet (direct conduits).¹⁰⁸ Ved steppingstone conduits vil rettsforholdet mellom partene oftere være lagt opp slik at

¹⁰⁶ Jf. OECD (2012) s. 7. Tilsvarende Vallada (2015) s. 43.

¹⁰⁷ Se avsnitt 2.4.

¹⁰⁸ Se nærmere Wheeler (2013) s. 84-88.

mottakeren B har svak tilknytning til inntekten mottatt fra A. I neste avsnitt skal jeg se nærmere på hva som ligger i dette.

3.3 Tilnærmingen i rettspraksis om steppingstone conduits: Den innbyrdes sammenhengen mellom betalingene til og fra mottakeren

3.3.1 Rettslig grunnlag og overordnet om tilnærmingen

Forutsetningen i disse tilfellene at B overfører en inntekt mottatt fra A til C som ledd i oppfyllelse av en løpende betalingsforpliktelse. Hvis det er nær sammenheng mellom betalingene til og fra B kan det tyde på at den aktuelle inntekten er mottatt som et resultat av Cs, og ikke Bs investering i A. Det vil i så fall indikere at B ikke har mulighet til å nyte de økonomiske fordelene av inntekten, og at han derfor ikke er ”beneficial owner”.¹⁰⁹

I *Indofood-dommen* kom retten som nevnt til at det mellomliggende nederlandske holdingselskapet ikke ville være ”beneficial owner” fordi vilkårene på de aktuelle lånene var identiske.¹¹⁰ Tilsvarende var det i den danske *HHU-dommen*¹¹¹ inngått identiske låneavtaler mellom et dansk og et svensk selskap, og mellom et annet svensk selskap og et selskap hjemmehørende på Jersey. Midlene ble overført mellom de svenske holdingselskapene gjennom konsernbidrag.¹¹² Landsskatteretten uttalte at de svenske holdingselskapene ”må anses som gjennomstrømmingsselskaber uden reelle beføjelser til/muligheder for at træffe afgørelse om disposition af de modtagne overførsler”.¹¹³

*Real Madrid-sakskomplekset*¹¹⁴ kan brukes som eksempel på et tilfelle der betaling både til og fra mottakeren skjedde med royalties. Den spanske fotballklubben Real Madrid betalte vederlag for leie av immaterielle rettigheter knyttet til sine fotballspillere til et ungarsk holdingselskap, som utbetalte disse inntektene videre til nederlandske og kypriotiske

¹⁰⁹ Se avsnitt 3.1.

¹¹⁰ Se nærmere avsnitt 3.2.3.4.

¹¹¹ SKM2011.57.LSR.

¹¹² Retten synes å ha sett på betalingen til og fra de svenske selskapene i sammenheng, idet den påpekte at det ”[a]t overførslerne mellem de svenske selskaber sker i form af konsernbidrag og ikke som rente er i den forbindelse uden betydning”. Se nærmere Furuseth (2013) s. 191.

¹¹³ Min kursivering.

¹¹⁴ Jf. bl.a. JUR/2006/204307, JUR/2007/8915 og JUR/2007/101877. Se flere henvisninger hos Jiménez (2010) s. 38.

selskaper.¹¹⁵ Det ungarske selskapet kunne ikke anses som ”beneficial owner” fordi utbetalingene til og fra selskapet skjedde omtrent samtidig, og selskapet kun holdt tilbake mellom 0,5 og 2 pst av betalingene.

Alle dommene synes å bygge på en slik tilnærming som nevnt foran. Samtidig er det en rekke momenter som går igjen, noe som tyder på at domstolene – tross enkelte uoverensstemmelser – bygger på et felles argumentasjonsmønster.¹¹⁶ I det følgende skal jeg skissere de mest sentrale momentene.

3.3.2 Momentene

1. For det første vil det kunne trekke i retning av at det er for nær sammenheng mellom de to betalingene om lånevilkårene er like, herunder om rentesatsen er lik.¹¹⁷ Like vilkår indikerer at inntektene strømmer rett gjennom mottaker(selskapet), uten at mottakeren kan nyte de økonomiske fordelene ved f.eks. å foreta reinvesteringer mv. Dette viser at mottakerens tilknytning til den aktuelle inntekten er begrenset. De amerikanske dommene *Aiken Industries*¹¹⁸ og *Del Commercial*¹¹⁹ kan brukes som eksempel:

Bakgrunnen for *Aiken* var at et selskap fra Bahamas finansierte sitt heleide amerikanske datterselskap (*Aiken Industries*) med et lån på USD 2,25 millioner. *Aiken* utstedte et gjeldsbrev for pengeforpliktelsen. USA hadde ingen skatteavtale med Bahamas, og et nytt selskap (*Industrias*) ble derfor opprettet i Honduras. Gjeldsbrevet utstedt av *Aiken* ble tiltransportert *Industrias* i bytte mot ni gjeldsbrev på USD 250 000 hver. Det var avtalt lik rentesats på de to lånene. US Tax Court konkluderte med at *Industrias* ikke hadde krav på lemping etter skatteavtalen mellom USA og Honduras.¹²⁰ Retten uttalte:

”*Industrias obtained exactly what it gave up in a dollar-for-dollar exchange. Thus, it was committed to pay out exactly what it collected, and it made no profit on the acquisition of MPI's note in exchange for its own... In effect, Industrias, while a valid Honduran corporation,*

¹¹⁵ Skatteavtalen med Ungarn var, foruten den med Bulgaria, den eneste der Spania hadde gitt helt opp beskatningsretten til royalties, jf. Jiménez (2010) s. 38.

¹¹⁶ Tilsvarende Duff (2013) s. 22-23.

¹¹⁷ Tilsvarende Grøn Strømstad (2013) s. 156 og Furuset (2013) s. 191.

¹¹⁸ USTC, 5. august 1971, *Aiken Industries Inc. v. Commissioner of Internal Revenue* 56 TC 925 (1971).

¹¹⁹ USTC, 20. desember 1999, *Del Commercial Properties Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, TC Memo 411 (1999).

¹²⁰ Skatteavtalen mellom USA og Honduras hadde riktignok ikke noe eksplisitt krav om at mottakeren av renter måtte være ”beneficial owner”, men US Tax Court synes å ha innfortolket et tilsvarende krav, jf. formuleringen ”*Industrias had no actual beneficial interest in the interest payments it received*” (min kursivering).

was a collection agent with respect to the interest it received from MPI. Industrias was merely a conduit for the passage of interest payments from MPI to ECL, and it cannot be said to have received the interest as its own.” (Mine kursiveringer.)

I *Del Commercial* var lånevilkårene ikke helt identiske, men konklusjonen ble likevel den samme. Et amerikansk eiendomsselskap (Del Commercial) hadde behov for lånefinansiering. Den canadiske konsernspissen (Delcom) lånte derfor penger fra en canadisk bank, og lånte midlene videre til Del Commercial gjennom flere ledd. Et nederlandsk holdingselskap (Del BV) var siste ledd i denne finansieringsstrukturen, og derfor kreditor overfor Del Commercial. Den amerikanske Court of Appeals (District of Columbia District) uttalte bl.a. at ”the interest rates and repayment schedules of the two loans [hhv. lånet fra banken og DEL BV] closely correspond”, og vektla dette som et moment for å nekte DEL BV fordelene etter skatteavtalen mellom Nederland og USA.¹²¹

Sett i sammenheng tilsier de to dommene at jo likere lånevilkår, desto mer vil det trekke i retning av at det er for nær sammenheng mellom de to betalingene. Når vilkårene er helt identiske viser rettspraksis at dette momentet alene kan lede til at mottakeren ikke er ”beneficial owner”, jf. eks. *Indofood* og *Aiken*.

At lånevilkårene er ulike, bør derimot etter mitt syn ikke uten videre tale for at mottakeren er ”beneficial owner”. Det er ingen motsetning mellom det forholdet at lånevilkårene er ulike, og at mottakeren ikke har retten til å nyte de økonomiske fordelene av inntekten. I prinsippet kan det derfor være aktuelt å skille ut til vurdering den delen av inntekten som tilsvarer det mottakerselskapet har utbetalt videre til det neste leddet.

*SDI Netherlands*¹²² synes riktignok å trekke i motsatt retning. Saken gjaldt et nederlandsk holdingselskap som lisensierte retten til en programvare fra morselskapet SDI Bermuda, og lisensierte den videre ut til SDI USA. Royalties ble altså betalt fra det amerikanske til det nederlandske selskapet, og deretter videre til Bermuda. Rentesatsene var ganske like, men ikke helt identiske. Tax Court konkluderte med at SDI Netherlands hadde krav på redusert

¹²¹ Heller ikke denne skatteavtalen hadde krav om ”beneficial owner”. Det primære rettsgrunnlaget for å nekte lemping i dette tilfellet var den (internrettslige) amerikanske *step transaction-doctrine*. Etter denne læren kan man se bort fra en del av et skatteplanleggingsopplegg hvis denne ble valgt kun for å spare amerikansk skatt, og skattyteren kunne ha oppnådd det samme resultatet uten denne delen. Dommen har likevel overføringsverdi fordi domstolen formulerte det sentrale vurderingstemaet som ”the nexus between the original Royal Bank loan and the loan from Del BV to appellant”, dvs. sammenhengen mellom to transaksjoner.

¹²² USTC, 2. oktober 1996, *SDI Netherlands BV v. Commissioner*, 107 TC 161.

kildeskattesats i USA, blant annet fordi "the two license agreements had separate and distinct terms".

Avgjørelsen bygget imidlertid på en streng parallelltolking av rettspraksis. Retten uttalte at "on a percentage basis, it [SDI Netherlands] earned between 5 and 6 percent, compared to the 1 percent earned by that finance subsidiary in Northern Indiana." En annen relevant forskjell ifølge retten var at saken gjaldt royalties, og ikke renter som i tidligere relevant rettspraksis (som f.eks. *Aiken*). Brauner påpeker derfor at "[t]his case represents one of the most straightforward blunt treaty shopping transactions of exactly the kind that was disallowed by *Aiken Industries*" og at avgjørelsen derfor antakelig har begrenset overføringsverdi.¹²³ Iallfall må det etter mitt syn gjelde hvis den nye saken gjelder renter.¹²⁴

2. Om C har foretatt investeringer i B basert på As kredittverdighet, kan det trekke i retning av at B ikke er "beneficial owner". I f.eks. *Del-saken* påtok Del Commercial seg en rekke forpliktelser direkte overfor banken i sammenheng med lånet til konsernspissen (Delcom). For det første stilte selskapet en eiendom som sikkerhet for lånet. For det andre skulle Del Commercial ikke utdele noe utbytte til sine aksjonær mens låneforholdet varte. Og for det tredje skulle banken få innsyn i årsregnskapet. Riktignok må en kredittvurdering ta hensyn til selskapets aktiva og passiva, men i denne saken var det flere forhold som tilsa at bankens långivning var basert direkte på Del Commercial, og ikke Delcoms evne til å betjene lånet.

Betraktninger rundt kredittverdighet synes også å ha vært fremme i *Cook-saken*¹²⁵ – om enn mer indirekte. Et dansk selskap (H1) utbetalte opprinnelig renter på lån direkte til konsernspissen H4 hjemmehørende på Cayman Islands. Som ledd i omorganisering ble det opprettet to nye svenske selskaper (H2 og H3) mellom H1 og H4. Renter ble utbetalt fra H1 til H2, som overførte midlene gjennom konsernbidrag til H3. Fra H3 ble renter utbetalt videre til H4. Den danske landsskatteretten konkluderte med at svenske holdingselskapet H2 ikke var "den virkelige rettighetshaveren" til rentene, med bl.a. følgende begrunnelse:¹²⁶

¹²³ Brauner (2013) s. 154: "A reasonable reading of the case law should probably lead to a conclusion that unless carefully replicated, reliance on *SDI Netherlands* is risky and consequently it adds little to the relevant applicable law."

¹²⁴ En annen sak er at konkrete avgjørelser uansett har begrenset overføringsverdi utenfor sin internrettslige kontekst; det som interesserer her er først og fremst generelle tendenser.

¹²⁵ SKM 2011.485 LSR.

¹²⁶ Jf. NSA art. 11 (1). Retten synes å ha sett bort fra det forholdet at midlene ble overført mellom de to svenske selskapene gjennom konsernbidrag.

”Ingen af de ved omstruktureringen etablerede selskaber havde anden aktivitet end holdingvirksomhed, hvorfor deres forventelige fremtidige indtægter alene var de, der naturligt er knyttet til holdingaktivitet. Ved etableringen af gældsforholdene i forbindelse med omstruktureringen må det derfor have været en forudsætning - såfremt debitorselskaberne skulle kunne opfylde de herved påtagne forpligtelser - at disse selskaber ville få tilført midler fra øvrige concernselskaber. Dette må have været en fra starten forudsat præmis.”

Retten påpeker at lånet fra det caymanske til det svenske selskapet var gitt alene fordi de svenske selskapene hadde en tilsvarende fordring på det danske selskapet. De svenske selskapenes evne til å betjene gjelden var med andre ord direkte avhengig av inntektene fra det danske selskapet, noe som i sin tur berodde på det danske selskapets evne til å betjene gjelden.

Et fellestrekk ved dommene er at retten la vekt på at Cs lån til B var direkte basert på at B mottok bestemte inntekter fra A. As mulighet til å betale til B var derfor direkte avgjørende for Cs utsikter til å motta inntektene fra B. Dette kommer klarere frem i *Del Commercial*, der det fremtrer av lånevilkårene at partene hadde basert långivningen på As kredittverdighet.

3. Videre har rettspraksis vektlagt hvorvidt inntekten rent faktisk kommer til beskatning i mottakerens hjemstat. Klarest kommet dette kanskje til uttrykk i de danske dommene. I *Cook* uttalte retten at siden det etter ”de dagældende svenske skatteregler ikke kom nogen skattepliktig nettoindkomst til beskatning i Sverige, overførtes de Selskabet påhvilende rentebetalinger således ubeskåret til H4 Ltd. via de svenske selskaber.” Tilsvarende uttalte retten i *HHU-saken* at mottakerselskapets ”beskatning af rentebetalinger fra det danske selskab [ville] blive neutraliseret af selskabets rentebetalinger til kapitalfondene, hvorfor der ikke ville være skattepliktig nettoindkomst af de samlede transaktioner til beskatning i selskabet”.¹²⁷

Det er imidlertid verdt å merke seg at skattyteren har krav på skatteavtalens fordeler allerede i egenskap av å være ”resident” i en av statene.¹²⁸ Dette vilkåret knytter an til internrettens bosteds-/hjemmehørendebegrep, og da er effektivt skattenivå uten betydning.¹²⁹ At skattyteren på grunn av fradragberettigede kostnader (bl.a. til utlandet) rent faktisk forblir ubeskattet i hjemstaten, kan derfor ikke i seg selv være avgjørende, da dette like gjerne kan

¹²⁷ I tillegg går momentet igjen i alle de amerikanske dommene som er nevnt hittil.

¹²⁸ Jf. mønsteravtalens art. 4 (1) første setning.

¹²⁹ Jf. eks. Zimmer (2009) s. 128. F.eks. er det avgjørende for skatteplikt til Norge om vedkommende oppfyller vilkårene i sktl. §§ 2-1 eller 2-2.

følge av legitime transaksjoner.¹³⁰ Man kan f.eks. tenke seg en internasjonal bedrift som i en oppstartfase kanskje går med negativ skattepliktig inntekt.

I både de danske sakene og *Real Madrid-sakskomplekset* synes domstolene å ha gått (for) langt i å anta at mottakeren ikke er ”beneficial owner” fordi de kunne påvise at inntekter rent faktisk kanaliseres til en tredjestat.¹³¹ Som dommene illustrerer, kan dette potensielt gå på bekostning av en nærmere vurdering av mottakerens tilknytning til inntekten, som bør stå sentralt ved bedømmelsen.¹³² At inntektene forblir ubeskattet i mottakerens hjemstat må derfor kanskje helst forstås som en pekepinn på at det er aktuelt å vurdere forholdene i den aktuelle saken mer inngående, og ikke som et selvstendig moment.

4. Hvis betalinger skjer direkte fra A til C, og ikke gjennom B, vil det tale sterkt i retning av at B ikke er ”beneficial owner”. I *Indofood* påpekte retten at ”what had happened in fact was that the Parent Guarantor [Indofood] paid the sums due to the noteholders direct to the Trustee [banken] as Principal Paying Agent.”¹³³ Dette var et tydelig tegn på at partene selv anså banken som den virkelige rettighetshaveren til rentene utbetalt fra Indofood.¹³⁴ Det understreker samtidig at banken mottok renter som både faktisk og reelt var et resultat av investering i Indofood, og ikke i det mellomliggende selskapet.

I *Del Commercial* var lånet som nevnt overført gjennom flere ledd. Canadiske Delcom var debitor overfor banken, mens Del Commercial var debitor overfor nederlandske Del BV. Mellom disse var det en rekke andre holdingselskaper registrert i ulike land. De to første årene ble både renter og avdrag på lånet betalt fra Del Commercial gjennom hvert enkelt ledd til banken. Etter to år begynte imidlertid Del Commercial å utbetale direkte til konsernspissen (Delcom). Retten vektla dette i retning av at Del BV ikke hadde krav på redusert kildeskattesats på rentene,¹³⁵ idet den som ledd i helhetsvurderingen blant annet fremholdt at ”appellant [Del Commercial] made payments on the loan directly to Delcom Financial at Royal Bank's request”. At man hopper over flere ledd viser tydelig at det mellomliggende selskapet (in casu Del BV) ikke har rett til å nyte de økonomiske fordelene av inntekten. Det viser samtidig at partene selv anser den aktuelle finansieringsstrukturen som unødvendig

¹³⁰ Tilsvarende Danon (2008) s. 101 og Grøn Strømstad (2013) s. 158.

¹³¹ Jf. eks. Grøn Strømstad (2013) s. 155 og Bundgaard (2013) s. 102.

¹³² Jf. eks. Jiménez (2010) s. 40.

¹³³ Dommens avsnitt 44, jf. avsnitt 13.

¹³⁴ Se nærmere Baker (2007) s. 25, som påpeker det mellomliggende selskapet ”had so little function that, according to the Court of Appeal, the actual flows of money missed it out completely.”

¹³⁵ Jf. skatteavtalen mellom Nederland og USA.

komplisert ut fra et forretningsmessig perspektiv, og at de ønsker å unngå risikoen forbundet med å kanalisere inntektene gjennom flere ledd.¹³⁶

5. Rettspraksis synes også å vektlegge hvorvidt kanaliseringen skjer i tråd med en samlet, forutbestemt plan, jf. eks. *Del Commercial* der retten innledningsvis påpekte at midlene ble overført gjennom flere ledd (og land) i løpet av 1-2 virkedager.

*V SA-dommen*¹³⁷ er et annet eksempel. Den gjaldt som nevnt to britiske selskaper som opprettet et datterselskap i Luxembourg (I SA), som kort tid etter kjøpte et sveitsisk selskap (V SA). Kjøpet ble finansiert gjennom lån fra de to britiske aksjonærene. Det luxembourgske selskapet ble ikke ansett som ”beneficial owner”¹³⁸ av utbytte mottatt fra V SA. Premissene er noe knappe, men det avgjørende synes å ha vært at opprettelsen av og långivningen til I SA, og oppkjøpet av V SA, inngikk som ledd i en samlet plan der eneste formål var å unngå sveitsisk kildeskatt på utbytte.¹³⁹ Dette peker i retning av at det er (for) nær sammenheng mellom aksjeutbyttet fra V SA og forpliktelsen til å betale renter til de britiske aksjonærene.¹⁴⁰

I den grad det, som her, er aktuelt å legge vekt på skattyters formål, er vurderingstemaet ikke subjektivt. Det rettspraksis gjennomgående synes å vektlegge, er hvilke formål man kan slutte seg til ut fra objektive omstendigheter.

6. I flere av dommene blir det lagt vekt på manglende substans som et argument mot at mottakerselskapet er ”beneficial owner”. Dels gjelder det mangel på kontorer, ansatte mv. i hjemstaten, og dels mangel på reell økonomisk aktivitet. Momentet er særlig trukket frem i dansk rettspraksis. Som nevnt uttalte retten i *Cook-saken* at ”[i]ngen af de ved omstruktureringen etablerede selskaber havde anden aktivitet end holdingvirksomhed”. Tilsvarende påpekte retten i *HHU-saken* at de to svenske holdingselskapene ”ud over

¹³⁶ Se nærmere avsnitt 3.5 om risiko.

¹³⁷ Dommen er omtalt i avsnitt 3.2.2.

¹³⁸ Art. 10 (2) bokstav b i skatteavtalen mellom Sveits og Luxembourg bruker riktignok ordet ”beneficiary”, men den sveitsiske skattedomstolen mente at dette kun er en språklig omskriving av ”beneficial owner”.

¹³⁹ Sml. særlig uttalelsen ”la recourante a été constituée en janvier 1995 par deux sociétés du Royaume-Uni et le seul actif d'importance qu'elle ait détenu au 31 décembre 1995 était sa participation dans I. SA, acquise d'un résident américain” sett i sammenheng med ”les charges, dont la nature n'est pas précisée, couvrent exactement les bénéfices et... la société n'a pas d'autre actif significatif que la participation dans I. SA” (mine kursiveringer).

¹⁴⁰ Danon (2008) s. 101.

aktiebesiddelse er uten erhvervsmessig aktivitet”. Videre hadde selskapene ikke egne lokaler, ingen egne ansatte, og daglig leder var i begge tilfeller leid inn.¹⁴¹

Om betydningen av momentet uttaler Bundgaard at ”spørsmålet kun i begrenset omfang spiller inn ved vurderingen av beneficial ownership, som i høyere grad omhandler rådighet over betalingsstrømme, og hvor holdingselskabets substans alene i denne sammenheng utgjør et element i den samlede bedømmelse.”¹⁴²

Jeg deler Bundgaards syn på betydningen av momentet. Som nevnt står mottakerens tilknytning til inntekten sentralt ved ”beneficial owner”-vurderingen. Skal det være relevant å legge vekt på at selskapet f.eks. mangler egne ansatte mv., må det derfor først og fremst være egnet til kaste lys over dette vurderingstemaet. Et eksempel er *Cook*, der manglende aktivitet som nevnt foran pekte i retning av at konsernspissens investering i de svenske selskapene var basert på det danske selskapets evne til å betjene gjelden.

I de fleste tilfeller vil denne typen forhold imidlertid sjelden si noe om mottakerselskapets tilknytning til inntekten. Da er det ikke grunn til å tillegge momentet selvstendig betydning. I denne sammenhengen er det verdt å merke seg at manglende etablering og aktivitet ikke er et nødvendig kjennetegn for gjennomstrømningselskaper på samme måte som for basisselskaper, der spørsmålet om substans i større grad kommer på spissen.¹⁴³ Dette viser seg ved at en uavhengig tredjemann som driver reell økonomisk aktivitet, som f.eks. en bank, også fint kan fungere som gjennomstrømningselskap.¹⁴⁴ Momentet gir derfor samlet sett begrenset veiledning for spørsmålet om mottaker(selskapet) er ”beneficial owner”.

3.4 Særlig om betydningen av aksjonæravtaler for direct conduits

Som nevnt i avsnitt 3.2.3.3 er det klare utgangspunktet at mottakeren må være rettslig forpliktet til å videreutdele midlene for at han ikke skal anses som ”beneficial owner” ved direct conduits. En slik forpliktelse må som regel fremgå av selskapets vedtekter eller en avtale med selskapet.¹⁴⁵ Det kan imidlertid tenkes at aksjonærene omgår dette ved å inngå en

¹⁴¹ Tilsvarende Furuseth (2013) s. 191 og 192.

¹⁴² Bundgaard (2010) s. 144.

¹⁴³ Se nærmere Jain (2012) s. 135-137.

¹⁴⁴ Se f.eks. omtalen av *Bank of Scotland-saken* i avsnitt 3.5 nedenfor.

¹⁴⁵ Sml. avsnitt 3.2.3.1.

aksjonæravtale om at deler av inntektene skal overføres som utbytte.¹⁴⁶ Spørsmålet er hvilken betydning en aksjonæravtale har for ”beneficial owner”-vurderingen når selskapet ikke er part i avtalen, og den rettslige forpliktelsen til å utdele utbytte derfor ikke retter seg direkte mot selskapet.

Ifølge fordelingsreglene i art. 10-12 er det mottakeren som må være ”beneficial owner”. Etter prinsippet om rettssubjektivitet anses selskapet og aksjonæren som selvstendige rettssubjekter.¹⁴⁷ I utgangspunktet trekker derfor ordlyden kanskje helst i retning av at forpliktelsen må være rettet mot selskapet. På den annen side utelukker ordlyden ikke at en aksjonæravtale kan ha betydning for vurderingen; det sentrale vurderingstemaet ved ”beneficial owner” er som nevnt mottakerens tilknytning til inntekten.¹⁴⁸ Aksjonæravtalen bør derfor være relevant hvis den etter omstendighetene kan kaste lys over dette vurderingstemaet, selv om forpliktelsen ikke retter seg mot selskapet direkte.

OECD-kommentarene tar ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet. Når de stiller krav om en rettslig forpliktelse som vilkår for at mottakeren ikke skal anses som ”beneficial owner”, synes de likevel å bygge på en forutsetning om at den rettslige forpliktelsen er rettet direkte mot selskapet. Denne forståelsen er mest i tråd med den formalistiske tilnærmingen som denne delen av kommentarene bygger på.¹⁴⁹

Spørsmålet om betydningen av aksjonæravtaler er behandlet i den canadiske *Prévost-dommen*¹⁵⁰. Et nederlandsk holdingselskap (PHB.V) mottok utbytte fra sitt canadiske datterselskap, og delte det videre ut til sine svenske (Volvo, 51 pst) og britiske (Henlys, 49 pst) eiere. Spørsmålet var om PHB.V var ”beneficial owner” av utbytte mottatt fra datterselskapet, og den canadiske domstolen måtte blant annet ta stilling til betydningen av en aksjonæravtale mellom de to eierne om at minst 80 pst av overskuddet i Prévost skulle overføres til aksjonærene som utbytte. Domstolen konstaterte at holdingselskapet ”was not party to the Shareholders' Agreement; neither Henlys nor Volvo could take action against PHB.V. for failure to follow the dividend policy described in the Shareholders'

¹⁴⁶ Det er bl.a. verdt å merke seg at the channel approach ikke gir tilstrekkelig vern mot treaty shopping i disse tilfellene fordi minoritetsaksjonæren nettopp har mindre enn 50 pst av de stemmerettsberettigede aksjene i selskapet, sml. avsnitt 3.2.3.3.

¹⁴⁷ Jf. f.eks. Ryynänen (2003) s. 362.

¹⁴⁸ Jf. avsnitt 2.5.

¹⁴⁹ Jf. avsnitt 3.2.3.1.

¹⁵⁰ CA: TaxCC/CCI, 28. april 2008, *Prévost Car Inc v. Canada*.

Agreement.”¹⁵¹ Videre uttalte dommeren at ”I cannot find any obligation in law requiring PHB.V. to pay dividends to its shareholders on a basis determined by the Shareholders' Agreement.”¹⁵² Aksjonæravtalen hadde med andre ord ingen betydningen fordi selskapet ikke var part i den.

Som Fururseth er inne på, harmonerer standpunktet i Prévost-dommen godt med situasjonen der C er eneaksjonær i mottakerselskapet B.¹⁵³ Det bør ikke være avgjørende for Cs stilling om han etter omstendighetene er eneaksjonær, eller en majoritetsaksjonær som har inngått avtale med andre aksjonærer om videreutdeling av utbytte. I begge tilfeller vil han ha over 50 pst av stemmene i selskapet og dermed kontrollere tidspunkt for og størrelse på utbytteutdelinger fra selskapet, uavhengig av en eventuell aksjonæravtale.

Spørsmålet er imidlertid om dette standpunktet må nyanseres mht. minoritetsaksjonærer, som – i motsetning til majoritetsaksjonærer – i utgangspunktet ikke kontrollerer tidspunkt for og størrelse på utbytteutdelinger fra selskapet. Ved å inngå en aksjonæravtale om utdeling av utbytte kan minoritetsaksjonæren oppnå en viss kontroll over kanaliseringen gjennom f.eks. å sikre seg løpende utbytteutbetalinger.

En slik avtale forplikter riktignok selskapet kun indirekte, ved at det begrenser de øvrige aksjonærers beslutningsfrihet på generalforsamlingen.¹⁵⁴ En rent formalistisk tilnærming taler derfor for ikke å ta aksjonæravtalen i betraktning. På den annen side kan formalitetene som nevnt settes til side hvis det ikke ligger tilstrekkelig realitet bak disse.¹⁵⁵ Siden en aksjonæravtale etter omstendighetene kan indikere at mottakerselskapets mulighet til å nyte de økonomiske fordelene av inntekten og f.eks. reinvestere midlene er reelt innskrenket, bør det etter mitt skjønn kunne ha betydning for vurderingen. Man kan f.eks. tenke seg at (minoritets)aksjonæren C1 – i tillegg til å sikre seg løpende utbetalinger fra selskapet gjennom aksjonæravtale med (majoritets)aksjonær C2 – forplikter majoritetsaksjonæren eller (i en separat avtale) mottakerselskapet B til å investere i et bestemt selskap (A). I så fall vil det samlede avtaleforholdet kunne tyde på at C1 mottar inntekter direkte fra A, og at mottakerselskapet B derfor har så begrenset tilknytning til inntekten at det ikke kan anses som ”beneficial owner”.

¹⁵¹ Avsnitt 102.

¹⁵² Avsnitt 103.

¹⁵³ Fururseth (2013) s. 184.

¹⁵⁴ Merk at dette er en obligasjons-, og ikke selskapsrettslig begrensning.

¹⁵⁵ Sml. avsnitt 2.5.

Det legges etter dette til grunn at en aksjonæravtale etter omstendighetene kan ha betydning for ”beneficial owner”-vurderingen, selv om (mottaker)selskapet ikke er part i avtalen.

3.5 Nærmere om betydningen av risiko

Som det fremgår av gjennomgangen foran, er risiko et sentral element ved ”beneficial owner”-vurderingen; flere av de retningslinjene som er vektlagt i OECD-kommentarene og rettspraksis, kan (også) forstås i lys av risikofordelingen mellom partene. Hvis forholdene indikerer at mottakeren kun bærer liten risiko knyttet til den aktuelle inntekten, kan det tale i retning av at han ikke er ”beneficial owner”. I det følgende skal jeg redegjøre nærmere for hva en slik risikoanalyse går ut på, og hvilke implikasjoner det har for ”beneficial owner”-vurderingen.

For det første ser rettspraksis på *markedsrisikoen*, herunder valuta- og renterisikoen ved den aktuelle transaksjonen. I *Transocean-saken* pekte retten på at ”det utdelte utbyttet, i form av fordringer mot TSF og THAV, ble inntektsført hos TOHA”, og at ”[i] disse tretten dagene hadde TOHA - på selskapsnivå - renteinntektene, og hadde også valutarisikoen målt mot DKK.” I *Indofood* og *Del Commercial* ble midlene som nevnt etter hvert overført direkte til hhv. banken og den canadiske konsernspissen. Man kan se det slik at partene søkte å unngå den økte markedsrisikoen forbundet med å sende inntektene gjennom flere ledd.

For det andre er *kredittrisikoen* relevant. Også dette var fremhevet i *Transocean*, idet retten uttalte at ”det mellomliggende selskapet, TOHA, selv hadde insolvensrisikoen. Hadde TOHA gått konkurs før utbyttet ble videreført, ville TOL og TOIVL ikke hatt noen form for fortrinnsrett.” Det er verdt å merke seg at en kreditor har sterkere stilling enn aksjonærene hvis selskapet går konkurs.¹⁵⁶ Derfor er kredittrisikoen som regel mindre der C sikrer seg løpende utbetalinger som kreditor i mottakerselskapet B, enn hvis midlene overføres gjennom utbytteutdelinger. Dette bidrar til å forklare hvorfor ”beneficial owner” generelt har større rekkevidde som virkemiddel mot treaty shopping ved *steppingstone* enn ved *direct conduits*.¹⁵⁷ Samtidig forklarer det også tilnærmingen i OECD-kommentarene: Hvis C har et rettskrav på midlene, er både markeds- og kredittrisikoen redusert.

¹⁵⁶ Jf. motsetningsvis aksjeloven § 2-10 (1) tredje punktum om registrering som skjæringspunkt for aksjetegners mulighet til å gjøre ugyldighetsinnsigelser gjeldende overfor selskapet.

¹⁵⁷ Sml. avsnitt 3.2.5.

For det tredje ser domstolene også på *motpartsrisiko*. Tiltak som partene gjør for å redusere denne risikoen, kan tale for at mottakeren ikke er ”beneficial owner”. Særlig betydning har momentet der den bakenforliggende eieren og mottakerselskapet ikke er i et interessefellesskap. Et eksempel er *Del Commercial*, der det amerikanske selskapet garanterte for at konsernspissen Delcom ville gjøre opp renteforpliktelsen ved bl.a. å stille en eiendom som sikkerhet overfor banken. Et annet eksempel er aksjonæravtaler; minoritetsaksjonæren kan begrense risikoen for at majoritetsaksjonæren bruker aksjeutbytte fra A som svarer til minoritetsaksjonærens investering i mottakerselskapet B, til andre formål enn videreutdeling.¹⁵⁸

Det foregående viser at en grunnleggende forutsetning for ”beneficial owner”-begrepet er at mottakeren bærer (en viss) risiko knyttet til inntekten; jo mer partene gjør for å overføre denne risikoen til en tredjeperson (C), desto mindre tilknytning har mottakeren til inntekten.

Risikovurderinger kommer først og fremst på spissen der C og B ikke er i et interessefellesskap, som f.eks. i *Del Commercial* eller *Indofood*. Der C er ene- eller majoritetsaksjonær i mottakerselskapet B, er B formelt utsatt for både kreditt- og markedsrisikoen, men denne er – som påpekt i *Transocean-saken* – eliminert på konsernnivå.¹⁵⁹ Derfor er det heller ikke nødvendig å overføre denne risikoen til C. Der C mottar inntekter i form av av løpende (fradragsberettigede) utbetalinger fra B vil kredittrisikoen som nevnt likevel være noe redusert i utgangspunktet, og dette forklarer hvorfor denne typen skatteplanleggingsopplegg – som vi har sett i avsnitt 3.3.2, og som Furueth er inne på¹⁶⁰ – rent faktisk oftere havner i faresonen selv om partene er i et interessefellesskap, som f.eks. *Cook* og *Aiken*.

I forlengelsen av dette viser rettspraksis at der B og C ikke er i et interessefellesskap, og overføring av inntekter skjer ved mer atypiske transaksjoner enn de som er behandlet til nå, kan ”beneficial owner”-vurderingen bero på en mer eksplisitt risikoanalyse av rettsforholdet mellom partene. *Bank of Scotland*¹⁶¹ kan brukes som eksempel:

¹⁵⁸ Se avsnitt 3.4.

¹⁵⁹ Dette forklarer hvorfor tilnærmingen i OECD-kommentarene ikke gjør ”beneficial owner” til et særlig effektivt virkemiddel i direct conduits: Partene har liten grunn til å redusere risikoen gjennom å sikre C et rettskrav på midlene i disse tilfellene.

¹⁶⁰ Furueth (2013) s. 196.

¹⁶¹ CE, 29.12.2006, 283314, *Sté Bank og Scotland*, 4 Revue de Droit Fiscal.

Et amerikansk selskap (Merrel Dow) solgte retten til utbytte for tre år i et heleid fransk datterselskap (Marion) til en britisk bank (Bank of Scotland). Fransk kildeskatt ved utbytteutbetalinger til amerikanske aksjonærer var på 25 pst, men i skatteavtalen med Storbritannia var denne redusert til 15 pst. Banken betalte et engangsvederlag som tilsvarte summen av utbytteutdelinger for disse årene, med et pålegg for utnyttelse av bankens kapitalstruktur, og justert for forventet kildeskatt. Merrel Dow påtok seg å holde banken skadesløs både hvis Marion ikke utbetalte utbytte etter planen, og hvis skattesatsen ble høyere enn forventet. I tillegg måtte selskapet kjøpe tilbake aksjene hvis Marions kvartalsresultater var lavere enn anslått. På denne bakgrunn mente Conseil d'Etat at banken i realiteten hadde gitt et lån til Merrel Dow, og at sistnevnte brukte aksjeutbyttet fra Marion til å tilbakebetale lånet overfor banken. Siden aksjeutbytte ble ansett utbetalt til den amerikanske aksjonæren, kunne banken ikke regnes som "beneficial owner".¹⁶²

På den ene siden kan retten kritiseres for å ha gått for langt i retning av omgåelsesbetraktninger. Det synes som om retten omklassifiserte salgsvtalen mellom partene som et låneforhold, og deretter anvendte skatteavtalens bestemmelser på det rekarakteriserte rettsforholdet; det er vanskelig å se at denne rettsvirkningen kan utledes av "beneficial owner".¹⁶³ Det sentrale her er imidlertid at den franske domstolen baserte avgjørelsen på en undersøkelse av risikofordelingen mellom partene.¹⁶⁴ Retten konstaterte at banken påtok seg mindre risiko enn vanlig i denne typen forretningstransaksjoner, noe som var avgjørende for ikke å anse banken som "beneficial owner".¹⁶⁵

Den sveitsiske *total return swap (TRS)*-saken¹⁶⁶ er også illustrerende: En dansk bank inngikk en avtale om aksjeswap (TRS) med en rekke utenlandske investorer knyttet til avkastning fra sveitsiske aksjeselskaper. Kundene kunne dermed investere i de sveitsiske selskapene uten å fremgå som eiere av aksjene. Som vederlag for avtalen mottok banken en premie beregnet etter flytende rentesats (LIBOR). For å unngå egen risiko knyttet til kursutviklingen i de sveitsiske selskapene, foretok banken i tillegg en sikringstransaksjon ved å kjøpe opp en tilsvarende aksjepost i selskapene som det TRS-avtalen gjaldt.

¹⁶² Jf. art. 9 (6) i skatteavtalen mellom Frankrike og Storbritannia.

¹⁶³ Se nærmere Gutmann (2013) s. 170-173 og Jiménez (2010) s. 46-47.

¹⁶⁴ Gutmann (2013) s. 168.

¹⁶⁵ Jf. formuleringen "la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire serait anormale dans le cadre d'une transaction internationale de ce type".

¹⁶⁶ BGE 141/447, 5. mai 2015.

Den sveitsiske høyesterett konkluderte med at banken ikke var ”beneficial owner” av mottatt aksjeutbytte. Kjernen i begrunnelsen var at banken ved TRS-avtalen og den påfølgende sikringstransaksjonen overførte all markeds- og kredittrisiko knyttet til investeringen på aksjene til motpartene, noe som tilsa at banken manglet nødvendig tilknytning til aksjeutbyttet.¹⁶⁷

For å oppsummere: Både tilnærmingen i OECD-kommentarene og i rettspraksis om steppingstone conduits tar opp i seg vurderinger av risikoen knyttet til inntekten. Det viser seg først og fremst ved at ”beneficial owner” har størst rekkevidde som virkemiddel mot treaty shopping ved steppingstone conduits. Skatteplanleggingsopplegget har da lettere for å være lagt opp slik at noe av risikoen er overført fra B til C. Dette i motsetning til direct conduits, der B i større grad alene bærer risikoen knyttet til inntekten. Risikovurderinger trer mer eksplisitt i forgrunnen der partene ikke er i et interessefelleskap, og er ofte direkte utslagsgivende der overføring av inntekter fra B til C skjer gjennom mer atypiske transaksjonstyper, som f.eks. investering i derivater (*TRS-saken*) eller salg av utbytteretten i selskapet (*Bank of Scotland*).

¹⁶⁷ Retten konstaterte i tillegg at banken var rettslig forpliktet til å videreutbetale utbyttet i OECD-kommentarenes (2014) forstand. Selv om det riktignok forelå en betalingsforpliktelse, er det likevel vanskelig å se at denne var direkte knyttet til mottatt utbytte. Det partene i realiteten blir enige om under en swapavtale, er å utveksle betalingsstrømmer beregnet på grunnlag av forskjellige satser, jf. Zimmer (red.) (2014) s. 230. Det dreier seg mao. om en betalingsforpliktelse som er utledet av, men ikke bestående av, mottatt utbytte. Dermed er det vanskelig å være enig i at betalingsforpliktelsen er ”dependent on the receipt of the payment by the direct recipient”, jf. art. 10 kommentar 12.4.

4 Sammenfatning og veien videre for ”beneficial owner”

”Beneficial owner” er et sentralt vilkår i tre av mønsteravtalens viktigste fordelingsregler. Uklarheter mht. begrepets innhold skaper derfor stor usikkerhet for skattytere som opererer over landegrenser. OECD-kommentarene gikk i 2014 langt i retning av å definere ”beneficial owner”-begrepet ved å presisere at det avgjørende for vurderingen er om det neste leddet har et rettskrav på midlene. Dermed gir kommentarene et klarere utgangspunkt for vurderingen, både for domstoler og i det praktiske rettsliv.

Problemet med et vagt begrep som ”beneficial owner” er at det vanskelig å fange opp essensen i det gjennom en generell definisjon. En innvending mot kommentarenes tilnærming er at den synes å gå lenger i å legge formalitetene til grunn enn det som umiddelbart følger av en tolking av ordlyden i lys av formål og konteksten. Innen rammene av gjeldende rett er det fremdeles rom for forskjellige rettslige tilnærminger til spørsmålet.

Ovenfor (i avsnitt 3.2) har jeg antydnet at vurdering til en viss grad må differensieres ut fra faktiske trekk ved typetilfellet. Dette reflekterer riktignok også kommentarene gjennom uttalelsen om at vurderingen i visse tilfeller må bero på ”facts and circumstances”. Etter mitt syn burde imidlertid kommentarene ha gitt klarere føringer for hva en slik vurdering går ut på. En mulighet kunne være å innta en momentliste etter tilsvarende mønster som jeg har gjort i avsnitt 3.3.2 foran. Ved en eventuell senere revisjon bør OECD også understreke tydeligere at det sentrale for ”beneficial owner”-vurderingen er *tilknytningen til inntekten*, og at momenter som ikke eller bare i liten grad refererer seg til dette vurderingstemaet, derfor gjennomgående bare har begrenset betydning. Etter dette har begrepet størst gjennomslagskraft som virkemiddel mot treaty shopping i tilfeller der inntekter overføres til den bakenforliggende eieren gjennom utbetalinger som ledd i et løpende rettsforhold; i disse tilfellene vil forholdet mellom partene oftere være lagt opp slik at mottakerens tilknytning til inntekten er liten. Særlig hvis partene ikke er i et interessefellesskap, vil opplegget raskt kunne havne i faresonen.

Det skjer endringer internasjonalt som iallfall delvis berører ”beneficial owner”-begrepet. Gjennom BEPS-prosessen, som ble initiert av G20-landene i 2012, tar OECD sikte på å stramme opp regler i både internretten og skatteavtaler for å gjøre det vanskeligere for

multinasjonale konserner å overføre inntekter til lavt beskattede stater gjennom aggressiv skatteplanlegging. Prosessen er delt opp i 15 Action Plans.¹⁶⁸ Action 6, som handler om treaty shopping, vil trolig resultere i at både en omfattende limitation on benefits-klausul¹⁶⁹ og en skatteavtalerettslig omgåelsesregel blir tatt inn i alle eksisterende skatteavtaler.¹⁷⁰

I lys av denne utviklingen er det særlig viktig å være klar over funksjonsfordelingen mellom de tre regelsettene. Limitation on benefits-klausulen setter primært fokus på tilknytningen mellom (gjennomstrømnings)selskapet og hjemstaten (økonomisk aktivitet, reelt skattenivå mv.).¹⁷¹ Som vi har sett kan mottakerselskapet imidlertid kanalisere inntekter som ledd i treaty shopping selv om det er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet i hjemstaten. Klausulen passer derfor ikke like godt der det er tilknytningen mellom skattyteren og inntekten som settes på spissen, og suppleres derfor naturlig av ”beneficial owner”-vilkåret på dette punktet.¹⁷² Omgåelsesregelen må riktignok også antas å omfatte disse tilfellene, men den reiser i sin tur mange vanskelige tolkingsspørsmål, og det er bl.a. uklart hvor langt den rekker.¹⁷³ En fordel med ”beneficial owner”-begrepet er at det etter hvert er blitt forholdsvis mye behandlet i rettspraksis, noe som gjør det mulig å utpensle mer presise retningslinjer for vurderingen. En viktig side ved denne rettspraksisen er at den illustrerer grensen mot uakseptabel skatteplanlegging slik den oppfattes av OECD-medlemslandene, og kan dermed gi veiledning for hvordan denne grensen skal trekkes også etter omgåelsesregelen. Et velutviklet ”beneficial owner”-begrep vil på denne bakgrunn fortsatt ha verdi i årene som kommer.

¹⁶⁸ Se Explanatory Statement (2015) for en offisiell beskrivelse av innholdet i BEPS-prosessen. Se også Hovland (2013) for en oversiktspreget fremstilling i et norsk perspektiv.

¹⁶⁹ Klausulen er ”omfattende” i den forstand at den bygger på en kombinasjon av de ulike tilnærmingene som er foreslått i OECD-kommentarene (2014) art. 1, kommentar 9-20.

¹⁷⁰ Jf. BEPS Action 6. En endring av hele det eksisterende skatteavtalenettverket ville i utgangspunktet ta flere tiår å gjennomføre. Gjennom den særlige implementeringsmekanismen som er foreslått i BEPS Action 15 legger OECD opp til at en slik endring kan skje i løpet av bare noen få år.

¹⁷¹ Se nærmere BEPS Action 6 s. 20-55. Selve klausulen er fremstilt på side 21.

¹⁷² Se nærmere avsnitt 3.2.3.4.

¹⁷³ Se Báez Moreno (2015) for en kritisk gjennomgang av problematiske aspekter ved den nye omgåelsesregelen.

5 Kilder

5.1 Lover og konvensjoner

| | |
|--|--|
| Aksjeloven | Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper |
| Skatteloven | Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt |
| Wien-konvensjonen | Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 29 May 1969 |
| ICJ-statuttene | Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26 June 1945 |
| OECDs mønsteavtale | Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 |
| Skatteavtale mellom de nordiske land (NSA) | Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue, 23. september 1996 |
| Skatteavtale mellom USA og Honduras | Convention Between the United States of America and the Republic of Honduras for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income (opphevet) |
| Skatteavtale mellom USA og Nederland | Convention Between the United States of America and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, 30 December 1965 (opphevet) |
| Skatteavtale mellom Frankrike og Storbritannia | Convention between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, 22 May 1968 (opphevet) |

| | |
|--|--|
| Skatteavtale mellom Indonesia og Nederland | Agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, 1 January 2004 |
| Skatteavtale mellom Canada og Nederland | Convention Between Canada and the Kingdom of the Netherlands for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income, 27 May 1986 |
| Skatteavtale mellom Spania og Ungarn | Convenio entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Popular de Hungría para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio Y Protocolo, el 9 de julio de 1984 |
| Skatteavtale mellom Sveits og Danmark | Overenskomst mellem Kongeriget Danmark og Det schweiziske Forbund til undgåelse af dobbeltbeskatning vedrørende skatter af indkomst og formue, 23. november 1973 |
| Skatteavtale mellom Sveits og Luxembourg | Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Confédération suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenue et sur la fortune, 21 janvier 1993 |

5.2 OECD-kommentarer mv.

| | |
|--------------------------|--|
| OECD-kommentarene (1977) | OECD (2014), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 1977</i> , OECD Publishing. |
| OECD-kommentarene (2003) | OECD (2003), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003</i> , OECD Publishing. |

| | |
|------------------------------|--|
| OECD-kommentarene (2014) | OECD (2014), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014</i> , OECD Publishing. |
| OECD (2015) | OECD (2015), “R(6). Double taxation conventions and the use of conduit companies” in <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Full Version 2014</i> , OECD Publishing, Paris. |
| Explanatory Statement (2015) | OECD (2015), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD. |
| BEPS Action 6 | OECD (2015), <i>Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report</i> , OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. |
| BEPS Action 15 | OECD (2015), <i>Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report</i> , OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. |

5.3 Rettspraksis fra nasjonale domstoler

| | |
|------------------------------|--|
| Aiken (USA) | USTC, 5. august 1971, <i>Aiken Industries Inc. v. Commissioner of Internal Revenue</i> 56 TC 925 (1971). |
| Bank of Scotland (Frankrike) | Conseil d’Etat, 29.12.2006, 283314, <i>Sté Bank og Scotland</i> , 4 Revue de Droit Fiscal. |
| Cook (Danmark) | SKM 2011.485 LSR. |
| Del Commercial (USA) | USTC, 20. desember 1999, <i>Del Commercial Properties Inc. v. Commissioner of Internal Revenue</i> , TC Memo 411 (1999). |

| | |
|--------------------------|--|
| HHU (Danmark) | SKM2011.57.LSR. |
| Indofood (Storbritannia) | [2006] EWCA Civ 158. |
| Prévost (Canada) | CA: TaxCC/CCI, 28. april 2008, <i>Prévost Car Inc v. Canada</i> . |
| Real Madrid (Spania) | JUR/2006/204307, JUR/2007/8915 og JUR/2007/101877. |
| SDI Netherlands (USA) | USTC, 2. oktober 1996, <i>SDI Netherlands BV v. Commissioner</i> , 107 TC 161. |
| Transocean (Norge) | Oslo tingretts dom av 02. juli 2014 (TOSLO-2011-191007) |
| TRS (Sveits) | BGE 141/447, 5. mai 2015. |
| Velcro (Canada) | CA: TaxCC/CCI, 24. februar 2012, <i>Velcro Canada Inc. v. Canada</i> . |
| V SA (Sveits) | VPB 65.86, 28. februar 2001. |

5.4 Litteraturliste

| | |
|-------------------------|--|
| Arnold (2013) | Arnold, Brian J., "The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties" i <i>Beneficial Ownership: Recent Trends</i> , Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2013) s. 39-50. |
| Avery Jones mfl. (2006) | Avery Jones, John mfl., "The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States", <i>Bulletin for International Taxation</i> , 2006 s. 220-254. |

- Baker (2007) Baker, Philip, "Beneficial Ownership: After Indofood", *Grays Inn Tax Chamber Review*, 2007 s. 15-28.
- Brauner (2013) Brauner, Yariv, "Beneficial Ownership in and outside US Tax Treaties" i *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2013) s. 143-160.
- Bundgaard (2010) Bundgaard, Jakob, "Første slag om "beneficial ownership" er udkæmpet: Det endelige venter forude", *Skat Udland*, 2010 s. 340-348.
- Bundgaard (2013) Bundgaard, Jakob, "The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as a Companion" i *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2013) s. 91-118.
- Cassese (2005) Cassese, Antonio, *International Law*, 2. udgave (New York 2005).
- Danon (2008) Danon, Robert, "Beneficial Ownership of Interest Income – Article 11 (2) OECD Model Convention" i *Source versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2008) s. 93-105.
- Furusest (2013) Furusest, Eivind, "Beneficial Owner" i *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Ole Gjems-Onstad og Eivind Furusest (red.) (Oslo 2013) s. 169-204.
- Gooijer (2014) Gooijer, Jan, "Beneficial Owner: Judicial Variety in Interpretation Counteracted by the 2012 OECD Proposals?", *Intertax vol. 42 iss. 4*, 2014 s. 204-217.
- Gutmann (2013) Gutmann, Daniel, "Beneficial Ownership as Anti-Abuse Provision: The *Bank of Scotland* Case" i *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2013) s. 167-174.

- Grøn Strømstad (2013) Grøn Strømstad, Magnus, ”Kildeskatt på utgående aksjeutbytte” i *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Ole Gjems-Onstad og Eivind Furuseth (red.) (Oslo 2013) s.137-168.
- Hovland (2013) Hovland, Øyvind, ”Internasjonale trender i selskapsskatten”, *Revisjon og regnskap nr. 8*, 2013 s. 54-61.
- Jain (2012) Jain, Saurabh, *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases* (Wellington 2012).
- Jiménez (2010) Jiménez, Adolfo Martin, ”Beneficial Ownership: Current Trends”, *World Tax Journal*, 2010 s. 35-63.
- Ryynänen (2003) Ryynänen, Olli, ”The Concept of a Beneficial Owner in the Application of Finnish Tax Treaties”, *Scandinavian studies in Law vol. 44*, 2003 s. 345-366.
- Skaar (red.) (2006) Skaar, Arvid Aage (red.), *Norsk skatteavtalerett* (Oslo 2006).
- Vallada (2015) Vallada, Felipe, ”Beneficial Ownership under Articles 10, 11 and 12 of the 2014 OECD Model Convention” i *The OECD Model Convention and its Update 2014*, Michael Lang mfl. (red.) (Wien 2015) s. 25-51.
- Vann (2013) Vann, Richard, ”Beneficial Ownership: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us” i *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2013) s. 267-332.
- Vogel (1986) Vogel, Klaus, ”Double Tax Treaties and Their Interpretation” i *Berkeley Journal of International Law vol. 4 iss. 1*, 1986 s. 1-85.

- Wheeler (2005) Wheeler, Joanna, "The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes", *Bulletin for International Taxation* 2005 s. 477–488.
- Wheeler (2013) Wheeler, Joanna, "Persons qualifying for treaty benefits" i *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka (red.) (New York 2013) s. 51-108.
- Zimmer (2002) Zimmer, Frederik, "Høyesterett som skatteavtaletolker" i *Retts teori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith*, Peter Lødrup mfl. (red.) (Oslo 2002) s. 939-956.
- Zimmer (2009) Zimmer, Fredrik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave (Oslo 2009).
- Zimmer (red.) (2014) Zimmer, Frederik (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 6. utgave (Oslo 2014).

5.5 Nettdokumenter

- Avery Jones, Vann og Wheeler (2011) Avery Jones, John, Richard Vann og Joanna Wheeler, OECD Discussion Draft "Clarification of the Meaning of „Beneficial Owner“ in the OECD Model Tax Convention" – Response by, 2011. Tilgjengelig på <http://www.oecd.org/tax/treaties/48420432.pdf>. (Sist besøkt 31. mai 2016.)
- OECD (2011) OECD, "Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention: Discussion Draft", 2011, OECD Publishing. Tilgjengelig på <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>. (Sist besøkt 31. mai 2016.)

- OECD (2012) OECD, "Revised Proposals Concerning the Meaning of "Beneficial Owner" in Articles 10, 11 and 12", 2012, OECD Publishing. Tilgjengelig på <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>. (Sist besøkt 31. mai 2016.)
- OECD (2014) OECD (2014), "The 2014 Update to the OECD Model Tax Convention", 2014, OECD Publishing. Tilgjengelig på <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>. (Sist besøkt 31. mai 2016.)
- Báez Moreno (2015) Báez Moreno, Andrés, "GAARs and Treaties. From the Guiding principle to the Principal Purpose Test. What have we gained from BEPS Action 6?", 2015. Tilgjengelig på: <http://ssrn.com/abstract=2722459>. (Sist besøkt 31. mai 2016.)