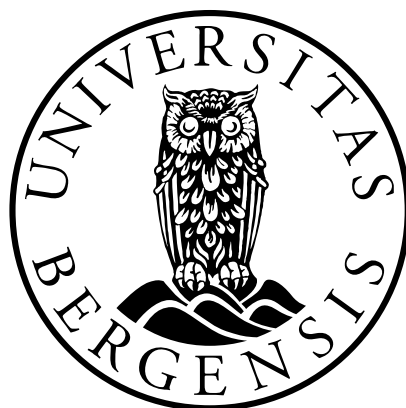


*Korleis skal omgrepet beneficial owner i OECD
si Mønsteravtale Artikkel 10-12 tolkast?*

Kandidatnummer: 201094

Veileder: Eivind Furuseth

Antall ord: 14 993



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[2. Juni 2014]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innleiing	3
1.1 Defineriing av problemstillinga	3
1.2 Omgrepsbruk	3
1.3 Oppgåva i perspektiv	3
1.4 Aktualitet	5
1.4.1 Internasjonal skatteplanlegging	5
1.4.2 Kor kommer beneficial owner inn?	6
1.5 Rettskjelder.....	7
1.5.1 Oversikt.....	7
1.5.2 Korleis blir rettskjeldebiletet når det ikkje er norske rettskjelder?	8
2 Eit tilbakeblikk på <i>beneficial owner</i>	11
3 Innhaldet av beneficial owner	15
3.1 Innleiing	15
3.2 Nasjonal eller internasjonal forståing av omgrepet?	18
3.3 <i>Beneficial owner</i> må tolkast i lys av "its object and purpose"	23
3.3.1 Generelt.....	23
3.3.2 Kva er formålet med <i>beneficial owner</i> ?	23
3.3.3 Kva kontekst skal ein tolke <i>beneficial owner</i> i?	25
3.4 "Agents, trusts, nominees and conduit-companies"	25
3.4.1 Generelt.....	25
3.4.2 Kan eit gjennomstrøymingsselskap vere <i>beneficial owner</i> ?	25
3.5 Juridisk eigar eller økonomisk eigar	27
3.6 Ligger det eit krav om substans i <i>beneficial owner</i>?	28
3.7 "The right to use and enjoy the dividends"	31
3.7.1 Generelt.....	31
3.7.2 Har selskapet full bestemmelsesrett over midlane?	32
3.7.3 Faktiske omstende	33
3.8 Er mottakaren av utbyttet forpliktet "by a contractual or legal obligation"?	34
3.8.1 Generelt.....	34
3.8.2 "Automatic flow of funds"	36
3.8.3 Kva grunnlag kviler forpliktinga til å betale utbyttet vidare på?	38
3.8.4 Nærmare om premissane i Velcro-dommen	39
3.8.5 Er ein utelukka frå å vere <i>beneficial owner</i> dersom det føreligg i kontraktsrettsleg forplikting?	41
3.9 Risiko.....	42
3.10 Kontroll.....	43
4 Skal det mykje eller lite til for å vere <i>beneficial owner</i>?	45
5 Er <i>beneficial owner</i> ein omgåing- eller tilordningsregel?.....	49
6 Avslutning.....	53

7	Kjeldeliste	0
8	Lister over figurer	0

1 Innleiing

1.1 Defineriing av problemstillinga

Oppgåva skal belyse og analysere kva som ligger i omgrepet *beneficial owner* slik det kommer til uttrykk i OECD Tax Model Convention Art. 10, 11 og 12, heretter kalla Mønsteravtala.

Kva som ligger i omgrepet *beneficial owner* er omtvista, og det er et av dei mest diskuterte internasjonale skattespørsmåla i dag. Oppgåva skal fastleggje kor terskelen ligg, for å oppfylle vilkåret om *beneficial owner*, og om det er ein omgåingsregel.

1.2 Omgrepsbruk

I oppgåva vil Art. 10 bli brukt når ein viser Mønsteravtala Art. 10,11 og 12. Det råder konsensus om at omgrepet skal tolkast likt etter desse tre artiklane.

”Mens det i internasjonal litteratur er nokså bred enighet om at beneficial ownership skal tolkes tilnærmet likt etter OECD MTC art. 10,11 og 12, jf. Vogel og Lehner (2008) s.821 og Baker (2012) s. 87, spriker forsøkene på å formulere en definisjon på beneficial ownership”¹

1.3 Oppgåva i perspektiv

Ein aksjonær som er heimehøyrende i utlandet, er skattepliktig til Noreg for aksjeutbytte som utdelast frå norsk selskap, jf. sktl. § 2-3 første ledd bokstav c, jf. § 10-13 første ledd. Skattesatsen følgjer av Stortingets skattevedtak§ 3-5 tredje ledd, og er på 25%. Dette er kjeldesatt eller *withholding tax* (WHT).²

¹ Ole Gjems-Onstad og Eivind Furuseth (red), *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Handelshøyskolen BI 2013, kap.7: "Kildeskatt på utgående aksjeutbytte" av Magnus Grøn Strømstad, s. 152. Tilsvarende "OECD MODEL TAX CONVENTION: REVISED PROPOSALS CONCERNING THE MEANING OF "BENEFICIAL OWNER" IN ARTICLE 10, 11 AND 12", 19.Oktober -15.Desember 2012 s.1-2, kan lesast på:

<http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf> (5.mai 2014).

² Frederik Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4.utgåve, Oslo 2009 s. 216.

Det følger vidare av ssv. § 3-5 tredje ledd, at dersom Noreg har skatteavtale med aksjonærens heimstat, så skal skattesatsen følgje skatteavtala. I dei fleste skatteavtaler Noreg har inngått er denne skattesatsen lågare enn lovas ordning på 25%.

I den nordiske skatteavtala som er utarbeidd etter prinsippa i Mønsteravtala, følgjer det av Art.10.3 at dersom "den virkelige rettighetshaver" er busett i ein stat som er part i skatteavtalen, så skal denne berre skattleggast med 15%. "Virkelige rettighetshaver" er den nordiske skatteavtalens oversettelse av *beneficial owner*.³ Føresegna inneberer, i likskap med Mønsteravtala Art.10, at dersom ein oppfyller vilkåret om å vere "virkelig rettighetshaver" og dei andre vilkåra er oppfylt, så får ein redusert kjeldesatt på utbytteutdelinga.

Konsekvensen av at ein ikkje er *beneficial owner*, er at kjeldestatens skattleggingsrett ikkje er avgrensa. Mottakaren av utbyttet kan då skattleggast fullt ut for utbyttet etter dei internrettslege reglane i kjeldestaten, jf. NSA Art.10.3 og Mønsteravtala Art. 10.2.

Når det gjelder selskapsaksjonærar er det eit unntak i sktl. § 2-38 første ledd bokstav a, som fritak selskap for å betale skatt på utdelt utbytte, føresetnaden er at det ikkje dreier seg om inntekt frå selskap heimehøyrande i låg-skatteland utanfor EØS eller porteføljeinvestering i selskap heimehøyrande utanfor EØS, jf. sktl. § 2-38 (2) og (3).⁴ Formålet bak føresegna er å unngå dobbeltskattlegging. Mangle land i EU operer med slike reglar. Men vilkåret for å få fritak er at selskapet er reelt etablert i utlandet, jf § 2-38 (5). I slike tilfelle er det formelt sett, ingen kjeldesatt å føreta redusering i.

Når det gjelder det praktiske liv, vel mange selskap å trekkje kjeldesatt etter nasjonale reglar, for å vere på den sikre sidan. I slike tilfelle kan selskapet rette seg mot nasjonale skattemyndigheiter å få tilbakebetalt kjeldesatt, dersom ein har betalt for mykje. Denne prosessen er heilt lik for tilfella der ein ikkje skulle ha betalt kjeldesatt i det heile tatt pga fritaksmetoden, og tilfelle der ein har rett til redusert kjeldesatt pga skatteavtale.

³ Sjå kapittel 1.4.2.

⁴ Arvid Aage Skaar m.fl, *Norsk skatteavtalerett*, Oslo 2006, s.588.

1.4 Aktualitet

1.4.1 Internasjonal skatteplanlegging

Internasjonal skatteplanlegging er at ein tilpassar seg ulike lands reglar og skatteavtaler for å oppnå redusert skatt.

”Internasjonal skatteplanlegging har alltid funne sted, men liberaliseringen av finansmarkedene og globaliseringen mer generelt i de senere år har medført at slik aktivitet har fått mye større omfang enn tidligere.”⁵

Internasjonal skatteplanlegging har i dei seinare år vert gjenstand for stor mediaomtale. Det har vert skrive om at store multinasjonale selskap, som til dømes Apple, Facebook, Starbucks, Google og Microsoft, betaler lite eller ingen skatt.⁶

På G20 møtet i 2012 ble alle landa einige om en felles politisk erklæring om å utarbeide og implementere en konkret handlingsplan for å førebyggje aggressiv internasjonal skatteplanlegging. Denne oppgåva blei tildelt OECD, og dei har i ettertid utarbeidd "Adressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)."⁷

”Internasjonal skatterett står overfor betydelige utfordringer. Dagens system bygger på prinsipper som ble formulert av Folkeforbundet i 1920-årene – for snart hundre år siden. Med internett og IT-teknologi er moderne grenseoverskridende næringsliv blitt dramatisk endret bare de siste 20 år. ... En del av utfordringene når gamle prinsipper møter en ny IT-verden, beskrives i OECDs rapport offentliggjort 12. Februar 2013, *Adressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*.⁸

⁵ Zimmer (2009a) s.17.

⁶ Gjems-Onstad/Furusest (2013) s.33, og Øyvind Hovland, "Internasjonale trender i selskapsskatten", *Revisjon og regnskap* nr.8 2013 s.54-60, s.54.

⁷ Heimesida for BEPS-prosjektet: <http://www.oecd.org/tax/beps.htm>.

⁸ Gjems-Onstad/Furusest (2013) s.33.

Problemet ligger i at det ikkje er ulovleg å tilpasse seg både nasjonale og internasjonale reglar for å spare skatt. Det går ei grense mellom den legitime skatteplanlegging, og den uakseptable skatteplanlegging. Grensa er uklår, og det er svært vanskeleg å komme opp med ein fasit på kva som er ulovleg skatteplanlegging. Verdens samfunnet er likevel einige om at lovlig aggressiv skatteplanlegging ikkje er ønskjeleg og må førebyggjast. Det er skadeleg for den globale økonomien at store multinasjonale selskap ikkje betalar skatt, og det forstyrrar den globale samhandelen.⁹

"Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)" blei godkjent på G20 i september 2013. I denne handlingsplanen er det lista opp 15 tiltak, som skal forhindre at internasjonale konsern betaler for lite eller ingen skatt.¹⁰ Hovland uttrykker dette som OECD sitt tiltak mot den lovlege aggressive skatteplanlegginga.¹¹ Hovudformålet med BEPS-planen er å "sikre mer rettferdige, konkurransenøytrale og effektive nasjonale skattesystemer."¹²

1.4.2 Kor kommer beneficial owner inn?

Skatteavtalar er bilaterale avtalar kor skattleggingskompetanse til ulik inntekt/betalingar er fordelt mellom kontraktstatane. Ein må først fastleggje om kjeldestaten har internrettsleg heimel til å skattleggje inntekta, for så i neste ledd sjå om skatteavtala set avgrensingar på den interne heimelen til å gi kjeldeskatte på utbytte, renter og royalty.¹³

Det følgjer som nemnt innleiingsvis av Mønsteravtala Art.10, at dersom ein er *beneficial owner*, så er kjeldestaten avgrensa frå å ileggje kjeldeskatte utover satsen som nemnt i skatteavtala. I slike tilfelle er gjennomstrøymingsselskap ofte blitt brukt som mellomledd for at selskapet skal oppfylle kriteriet for å få redusert kjeldeskatte. Aksjeutbyttet går frå selskapet som deler ut til dette mellomleddet, som etter Artikkel 10 får redusert kjeldeskatte. Det som skjer i etterkant er at mellomleddet betalar aksjeutbyttet vidare til den aksjeutbyttet eigentleg skulle vert utbetalt til, men som ikkje etter Artikkel 10 ville fått redusert kjeldeskatte.

⁹ "Internasjonale trender i selskapsskatten" (2013) s.54.

¹⁰ Sjå BEPS <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (5.Mai).

¹¹ "Internasjonale trender i selskapsskatten" (2013) s. 55

¹² *Ibid.*

¹³ Sjå kap. 1.3.

"Det kan således i ulike sammenhenger etableres lovlege internasjonale selskapsstrukturer/transaksjoner hvor samspillet mellom to lands interne skattessystemer, herunder i kombinasjon med inngåtte skatteavtaler, medfører lav eller ingen beskatning (assymetrisk skattemessig behandling). Dette gjelder bl.a bruk av hybride selskapsstrukturer og instrumenter, samt bruk av skatteavtaler med unntaksmetode for å unngå beskatning både i bosteds- og kildestaten og bruk av mellomliggende "tomme" selskaper uten substans (såkalt treaty shopping)."¹⁴

Eit av tiltaka OECD har lista opp i BEPS er "prevent treaty abuse"¹⁵. Utnytting/misbruk av skatteavtalar er utbreidd, og faller under kategorien ulovleg skatteplanlegging.

"(...) Nettet av skatteavtaler kan også unyttes for skatteplanleggingsformål, særleg med sikte på å unngå kildeskatter (treaty shopping)..."¹⁶

Det fremgår av at det reviderte forslaget til nye kommentarar at "the concept of "beneficial owner" deals with some forms of tax avoidance (i.e those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass the dividend to someone else".¹⁷ Omgrepet *beneficial owner* skal forhindre treaty shopping i den form som dei reviderte kommentarane listar opp. Det er grovt skissert der mottakaren av aksjeutbytte er forplikta til å gi utbyttet til nokon andre.

1.5 Rettskjelder

1.5.1 Oversikt

Det føreligg få norske rettskjelder om korleis *beneficial owner* skal tolkast. Det er ingen lover som brukar omgrepet, og det føreligg ingen dommar, verken i underrettspraksis eller Høgsterettspraksis. Omgrepet er omtalt i ein uttalelse frå finansdepartementet, publisert i Utv 2000/1235 FIN. Skrivet er av eldre dato og gir lite bidrag til tolkinga av omgrepet. Ei rekkje norske juridiske norske forfattarar, bl.a Eivind Furuseth, Arvid Aage Skaar og Magnus Grøn Strømstad, har skrive om *beneficial owner*.

¹⁴ "Internasjonale trender i selskapsskatten" (2013) s.56.

¹⁵ BEPS Action 6, s.19, sjå utfyllande om Action 6 i Public Discussion Draft frå OECD 14.Mars-9.April 2014 " BEPS ACTION 6: PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES", <http://www.oecd.org/ctp/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>. (26.Mai)

¹⁶ Zimmer (2009a) s. 119.

¹⁷ Revised proposals Paragraph 12.5. I originaldokumentet er det ein del uthevingar/kursiveringar, dette er ikkje overført i siteringane i avhandlninga.

Det verserer per dags dato ein straffe- og skattesak der problematikken rundt *beneficial owner* blir tatt opp. Saken er reist av staten ved økokrim mot selskapet Transocean. Saken har stor økonomisk betydning, og har vert mykje framme i media.¹⁸ Når det kommer dom i denne saken, vil ein forhåpentlegvis få den første norske rettskjelda om forståinga av *beneficial owner*.¹⁹

1.5.2 Korleis blir rettskjeldebiletet når det ikkje er norske rettskjelder?

Oppgåva skal tolke og fastleggje innhaldet av eit omgrep som førekjem i OECD si Mønsteravtale. Omgrepet er også brukt i FN si modellavtale. Avtala blir brukt, som namnet tilseier, som mønster for skatteavtaler land inngår seg i mellom.

I Noreg brukar vi i stor grad OECD si mønsteravtala ved inngåinga av skatteavtaler med i-land, og når vi inngår avtalar med u-land brukar vi nokon av prinsippa etter FN's si mønsteravtale, som i større grad har innslag av kjeldestatsskattlegging. Mønsteravtala er ikkje bindande for medlemsstatane når dei inngår biletarale skatteavtaler, men OECD har råda medlemslanda i å følgje Mønsteravtala.²⁰

I Rt.2008 s.577 *Sølvik*, som gjaldt spørsmålet om kor ein person hadde bustad etter skatterettens reglar, uttalte Høgsterett at

"Skatteavtalar skal tolkast i samsvar med folkerettslege reglar om tolking av traktatar. Sjølv om Noreg ikkje har ratifisert Wien-konvensjonen om traktatretten, må det leggjast til grunn at Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1 gir uttrykk for folkerettsleg sedvane, jf. Rt-2004-957."²¹

Når det gjelder tolking av Mønsteravtala er kommentarane²² av stor betydning for fastlegginga av innhaldet av dei enkelte artiklane, jf. *Sølvik*.²³ Høgsterett uttalte også i denne saken at :

¹⁸ <http://e24.no/naeringsliv/oekokrim-dropper-milliarder-i-transocean-tiltale/20373813>, (5.Mai 2014), http://www.hjort.no/transocean-sak-i-gang#.U2dO_sac8Wc (5.Mai 2014).

¹⁹ Opplysningar frå Furuset i forbinding med vegleing til masteroppgåva. Hovudforhandling i skattesaken er ferdig, og skattesaken skal komme opp.

²⁰ Zimmer (2009a) s.36.

²¹ Jf.Rt.2008 s.577[46].

²² "Commentaries on the articles of the model tax convention", 22.Juli 2010.

²³ Jf.Rt.2008 s.577[47].

"...Også kommentarar som er nyare enn den aktuelle dobbeltskatteavtalen blir tillagde vekt. (...) endringar i kommentarane ta sikta på å gi uttrykk for endra praksis mellom OECD-landa, også der sjølve artiklane blir ståande uendra."²⁴

Det vil i denne oppgåva i stor grad bli fokusert på det reviderte forslaget til nye kommentarar, i staden for dei eksisterande kommentarane til Art.10. Bakgrunnen for dette er at det reviderte forslaget til nye kommentarar, som OECD kom med 19.oktober 2012, er slik kommentarane med all sannsyn vil bli sjåande ut ved utløpet av 2014. Forslaget er meir utfyllande, og vil gi større bidrag til klarlegginga av innhaldet.

Det kan vidare påpeikast at Furuseth argumenter for at det reviderte forslaget må få vekt når ein skal fastleggje innhaldet av *beneficial owner* i dag. Han påpeikar at det har avgrensa rettskjeldevekt, men kan leggjast vekt på, etter som dei er meint som presisering av dei eksisterande kommentarane.²⁵ Ein må likevel ha i tankane at det reviderte forslaget ikkje har blitt vedtatt av medlemslanda i OECD, og at dette er ein formell prosess som må på plass før forslaget erstattar dei gamle.

I arbeidet med å fastleggje innhaldet vil dommar frå andre land stå sentralt. Dommane eg har sett på, er i hovudsak frå Canada, Danmark og England. Rettskjeldevekta av utanlandske dommar er avgrensa, og har i utgangspunktet liten overføringsverdi når det kommer til tolkinga. Andre lands rettspraksis om omgrepet kan likevel gi ein peikepinn på kva andre land legg i omgrepet, og dersom det blir føretatt gode analyser av dommane, kan det gi god hjelp ved tolkinga av omgrepet. Dommane oppgåva trekkjer fram har blitt gjenstand for merksemd, og det er tydelig at OECD har latt seg inspirere av nokon av dommane i arbeidet med nye kommentarar.

Zimmer uttrykkjer at rettskjeldevekta av utanlandske dommar er omdiskutert, men at utanlandsk rettspraksis kan bidra til å utvikle og presisere innhaldet av omgrep som går igjen i fleire skatteavtalar.²⁶ I Rt.2011 s. 1581 *Dell* uttrykkjer Høgsterett at "...Ved forståinga av skatteavtalar som byggjer på OECDs mønsteravtale, er det naturlegvis også av interesse

²⁴ Jf.Rt.2008 s.577[47].

²⁵ Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.181, sjå revised proposals siste side der arbeidsgruppa uttrykkjer at forslaget er ei presisering til dei eldre kommentarane.

²⁶ Zimmer (2009a) s.77-78.

korleis vedkomande artikkel er forstått i andre land. Og ikkje minst gjeld det tilfelle der det ligg føre avgjerder frå dei øvste domstolane i ein stat."²⁷

Strømstad viser til Skoghøy og uttrykkjer at: "...Selv om rettspraksis fra andre stater ikke er en avgjørende rettskildefaktor, har materialet stor verdi for å illustrere problemstillinger og argumenter, sml.Skoghøy(2007) s.564."²⁸

I den følgjande oppgåva vil dommar frå andre land bli brukt i stor grad for å fastleggje innhaldet av omgrepet. Vidare vil juridiske forfattarar sitt synspunkt stå sentralt. Det føreligg ei rekkje artiklar og bøker på området, noko som reflekterer aktualiteten av problemstillinga i den internasjonale skatteretten.

²⁷ Rt.2011 s.1511. Det kan argumenterast med at rettskjeldevekta av eldre dommar ikkje er så usikker lenger, etter som Zimmer si bok er 2 år eldre enn Høgsterettsdommen.

²⁸ Strømstad i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.139.

2 Eit tilbakeblikk på *beneficial owner*

Formålet med dette kapitlet er å gjere greie for historia bak *beneficial owner*, og kva bidrag dette kan gi til forståinga av omgrepet.

Beneficial owner blei brukt for første gang i skatteavtalen mellom Storbritannia og USA i 1966. Omgrepet kom inn i avtala i staden for "subject to tax" bestemmelsen for utbytte, renter og royalties.²⁹ Formålet til statane med å ta inn *beneficial owner* var todelt. For det første kom det inn for å sikre at det berre blei gitt redusert kildeskatt på utbytte frå dotterselskap til morselskap, når dotterselskapet var eit "real subsidiary"- ekte dotterselskap³⁰. Dette var ein del av tiltaka for å fjerne internasjonal dobbeltbeskatning av konserninterne utbytteoverføringar.

Noko som er verdt å merke seg i denne samanheng var at omgrepet ikkje blei brukt for å verne mot misbruk av skatteavtalen, men for å gi ein lågare skatt for konserninterne utbytteoverføringar.³¹

Det andre formålet med bruken av *beneficial owner* var å sikre at fordeler ved skatteavtalane, blei gitt til den personen som ein agent eller "nominee" tok i mot inntekta frå.³²

I dei påfølgande åra forhandla Storbritannia mange av sine skatteavtalar med sikte på å implementere *beneficial owner*. I eit notat frå forhandlingane med Australia er det uttrykt om *beneficial owner* at:

"The precise meaning of the words must depend on the context in which they appear, but, generally speaking, a beneficial owner of property may be said to be one who has the right to use and enjoyment of the property, including, on a sale, the right to the proceeds. A person who holds property for the use of another would not be the beneficial owner of it; and if a person so deals with his property that it ceases to be at his disposal, as by entering into a contract to sell it, he ceases to be its beneficial owner. Thus the beneficial owner of a dividend is the person who has the ultimate right to receive the dividend and do with it as he wishes.

²⁹ Michael Lang mfl, *Beneficial ownership: Recent Trends*, Vienna 2013 (IBFD): kapittel 19 "What Does History (and Maybe Policy) Tell Us" av Richard Vann, s.274.

³⁰ *Op.cit.* s.271.

³¹ *Op.cit.* s.272.

³² *Op.cit.* s.273-274.

The beneficial owner is not, therefore, necessarily the same person as the legal owner.”³³

Eivind Furuseth argumenter for at dette notatet er relevant for tolkinga av formuleringane som er vidareført i OECD-kommentarane til Art.10.³⁴ Dette har samanheng med at fleire av uttrykka brukt i notatet finn ein i kommentarane, bl.a. "right to use and enjoyment of the property". Dette viser at dei tidlige forsøka på å definere *beneficial owner* er relevant for å tolke omgrepet i dag.

Allereie på dette tidspunkt ser ein at det er fokus på at den som er *beneficial owner* ikkje må vere den som er juridisk eigar av til dømes utbyttet. Dette må klart leggjast vekt på ved tolkinga av omgrepet i dag.

I 1977 kom *beneficial owner* for første gang inn i Mønsteravtala. I arbeidet fram mot dette blei det oppretta fleire *Working Parties* som arbeidde med og revidere forslaget til Mønsteravtala frå 1963.³⁵ Ein delegasjon frå Storbritannia uttrykte uro for at ein "subject to tax"- bestemmelse ikkje var med i forslaget. Delegasjonen meinte dette ville opne for misbruk av skatteavtalane.

Working Party 27 (WP27) som arbeidde med renter og royalties, uttalte i sin første rapport i 1968 at:

" If it is the desire of the United Kingdom Delegation to make relief in the country of source dependent on effective liability to tax in the recipient's country of residence, then the suggestion would be contrary to the spirit and the general arrangement of the Draft Convention".³⁶

WP27 viser her til formålet bak forslaget til Mønsteravtala, og uttrykker med dette at misbruksaspektet ikkje er forenlig med det *beneficial owner* var meint og skulle ramme. WP27 er meir fokusert på situasjonen som oppstår når ein bruker agenter og nominees. Dette er eit interessant poeng sett med dagens auge, etter som *beneficial owner* i stor grad har blitt brukt som ein omgåingsregel som fanger opp mange ulike tilfelle av treaty shopping. Det er

³³ *Op.cit* s.278

³⁴ Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.173

³⁵ Vann i Recent Trends (2013) s.281.

³⁶ *Op.cit* s.283.

tydelig at dette ikkje har vert den opphavlege meininga til OECD, og at dette er ein tilnæringsmåte nasjonale skattemyndigheiter og domstoler har tatt.³⁷

Vann gir uttrykk for at OECD sitt formål med *beneficial owner* ikkje hadde noko å gjere med "holding and conduit companies, conflicts of attribution or related issues".³⁸ Det var først i 1986 at gjennomstrøymingsselskap vart gjenstand for merksemd av OECD. Dette var i relasjon til "The Conduit Companies Report":

"Articles 10 to 12 of the OECD Model deny the limitation of tax in the State of source on dividends, interest and royalties if the conduit company is not its "beneficial owner". Thus the limitation is not available when, economically, it would benefit a person not entitled to it who interposed the conduit company as an intermediary between himself and the payer of the income (...). The Commentaries mention the case of a nominee or agent. The provisions would, however, apply also to other cases where a person enters into contracts or takes over obligations under which he has a similar function to those of a nominee or an agent. Thus a conduit company can normally not be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner of certain assets, it has very narrow powers which render it a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties."³⁹

Dette blei ikkje tatt med i kommentarane til Art.10. Denne rapporten ilag med "Harmful Tax Competition" (OECD 1998) resulterte i kommentarane til Art.10 som kom i 2003. Vann er ueinig i at OECD utvida det opphavlege formålet frå agent/nominee-testen til og inkludere conduit-companies. Han uttrykker at ein slik tilnærming til omgrepet vil vere "...to retrofit the new policy change to existing tax treaties by interpretation which would seem to go beyond the legitimate sphere of interpretation..."⁴⁰

Slik eg tolkar Vann meiner han at ein ikkje kan fastslå at eit gjennomstrøymingsselskap stiller seg på lik linje med agenter og forvaltarar. Ein kan ikkje fastslå generelt at eit gjennomstrøymingsselskap automatisk ikkje er *beneficial owner*, som ein kan gjere dersom det er ein agent eller forvaltar som tek i mot utbyttebetalinga. Han grunnjev dette med at:

"This policy would on a strict view mean that *any legal entity will not be the beneficial owner as ultimately all legal entities act as a conduit* for another real flesh and blood person who receives the benefit of the income. This view would require beneficial ownership to be

³⁷ Vann i Recent Trends (2013) s.283.

³⁸ *Op.cit* s.288.

³⁹ *Op.cit* s.297.

⁴⁰ Vann i Recent trends (2013) s.299.

interpreted as meaning *the ultimate economic owner of the income which has never been the intended meaning for the term...*"⁴¹

Dersom ingen gjennomstrøymingsselskap kan få redusert kjeldeskatt på utbytte, vil det sei at *beneficial owner* er den endelege ("ultimate") eigaren av pengestrømmen utbyttebetalinga representerer. Dette meiner Vann er i strid med det opphavlege formålet bak Mønsteravtala.

Vann omtaler her at det til slutt vil vere ein aksjonær som har "the ultimate" råderett over utbyttebetalingane som det utdelande selskapet føretar. Eit selskap er avhengig av vedtak frå generalforsamlinga om ein kan utdele utbytte, og i den rolla vil den ultimate aksjonæren (kan vere eit selskap eller ein fysisk person) spele ei avgjerande rolle i om det skal bli utdelt utbytte. Dette vil likevel ikkje seie at den ultimate aksjonæren alltid er *beneficial owner*. Dette vil innebere at svært få selskap som tek i mot eit utbyttebetaling vil oppfylle vilkåret om *beneficial owner*. Ei slik tolking har aldri vert OECD sitt formål med *beneficial owner*.

Det vil heller ikkje vere i strid med prinsippet om å unngå dobbeltskattlegging, at eit gjennomstrøymingsselskap kan få redusert kjeldeskatt på utbytte. Dette er på bakgrunn av at utbyttet ikkje vil bli skattlagt i aksjonærens heimstat.

Det heile kan summerast opp med at det skulle vere relativt enkelt å oppfylle kravet om å vere *beneficial owner*. Det var opphavleg tale om ein låg terskel, og det var aldri snakk om at *beneficial owner* var ein klausul mot misbruk av skatteavtalane. OECD sine tidlige rapportar framstår som noko uklare, og det er mange ulike arbeid som er gjort rundt betydinga av omgrepet. Det er ikkje rart at omgrepet har gått på ville veger, og blitt tolka forskjellig. Historia bak *beneficial owner* vil likevel etter mitt syn vere viktig for å fastlegge ei forståing av omgrepet i dag.

⁴¹Vann i Recent trends (2013)s s.300.

3 Innhaldet av beneficial owner

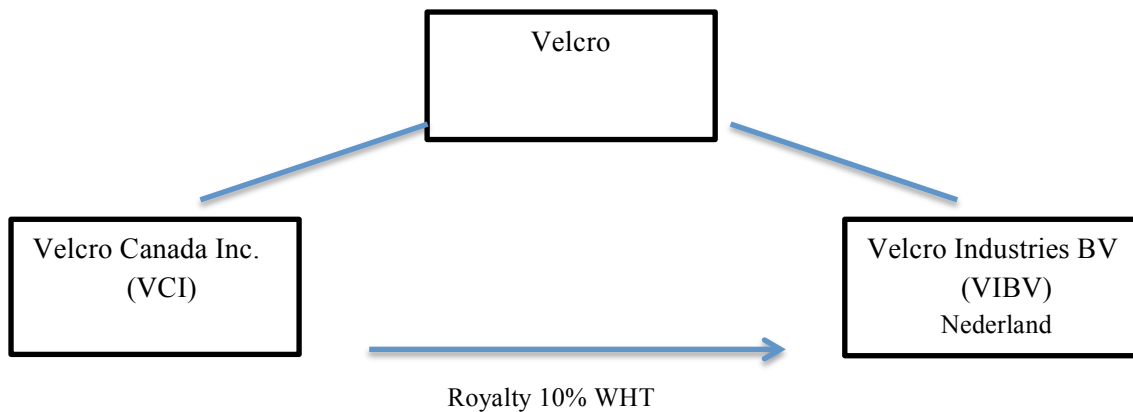
3.1 Innleiing

I dei kanadiske dommane Prévost og Velcro blir det sagt noko, som etter mi meining er eigna til å gi eit godt utgangspunktet for kva innhald ein kan leggje i *beneficial owner* .

"The Court is not likely to pierce the corporate veil unless the corporation has no discretion with regard to the use and application of the funds. The Court will look at whether the party in question exercised or held the attributes of beneficial ownership in regards to the royalty payments."⁴²

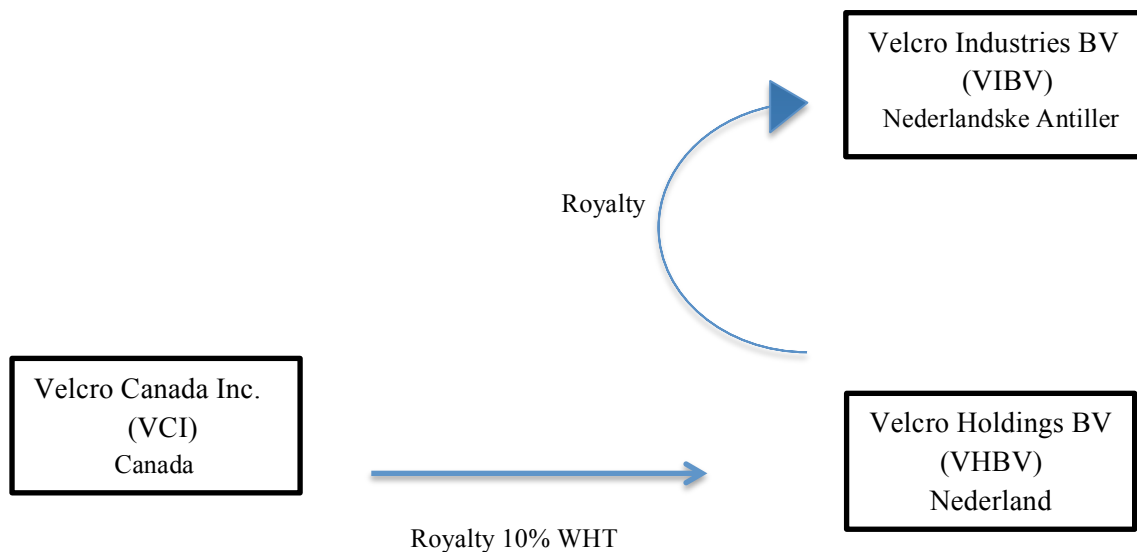
Figur 1. Velcro-dommen:

Før omstruktureringa:



⁴² "Velcro Canada Inc and Her Majesty The Queen" avsagt av Tax Court of Canada 24.februar 2012, heretter forkorta til Velcro , avsnitt 29, <http://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/en/item/30726/index.do?r=AAAAAQAGdmVsY3JvAAAAAAAE>, sjå tilsvarende i "Her Majesty The Queen and Prévost Car Inc" avsagt av Tax Court of Canada 22.april 2008, heretter forkorta til Prévost(TCC), avsnitt 100: <http://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/en/item/28612/index.do>

Etter omstruktureringa:

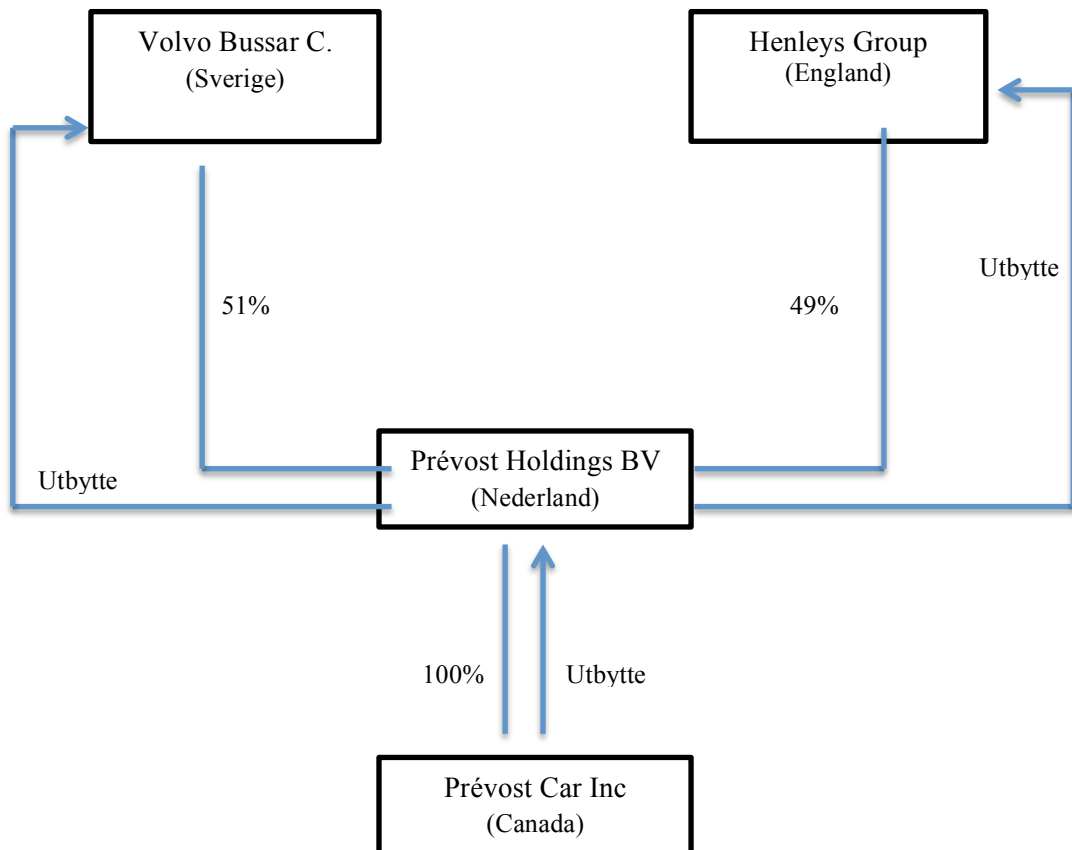


Velcro-dommen gjaldt eit kanadisk selskap Velcro Canada Inc. (VCI) som betalte royalties til Velcro Industries BV (VIBV), som tidlegare var heimehøyrande i Nederland. Selskapet flytta i 1995 til dei Nederlandske Antiller, og det blei då oppretta eit nytt morselskap i Nederland med namnet Velcro Holdings BV (VHBV), som det kanadiske VCI begynte å betale royalty-betalingane til, i staden for til VIBV. VHBV betalte imidlertid etter 30 dagar royaltybetalingane vidare til VIBV. Spørsmålet i saken gjaldt om VHBV var *beneficial owner* av royalty-betalingane. Dette hadde betydning for selskapet etter som Canada hadde skatteavtale med Nederland om 5% redusert kjeldesatt, men ingen avtale med dei Nederlandske Anitiller.

Det avgjerande for retten var om selskapet utøvde eller hadde i hende dei eigenskapane ein skal ha som *beneficial owner*. Det siste domstolen uttrykkjer er omtrent ein sirkeldefinisjon; den peikar berre tilbake til omgrepet i seg sjølv. Ein får likevel ei kjensle av kor ein skal starte, og setter ein dette i lag med fleire vurderingsmoment vil omgrepet kunne fastleggjast på ein god måte.

Prévost-dommen⁴³ gjaldt eit kanadisk selskap Prévost Car Inc.(Prévost) som delte ut utbytte til sitt holdingselskap i Nederland, Prévost Holding (PHBV). PHBV betalte utbyttebetalinga vidare til sine morselskap, Volvo Bussar Corporation, og Henleys Group.

Figur 2. Prévost-dommen:



Dette hadde betydning for kor mykje kjeldeskatt som skulle betalast. Nederland og Canada hadde ei skatteavtale som ga ein redusert kjeldeskatt på 5%, medan dersom det svenske selskapet Volvo, og det engelske selskapet Henleys henholdsvis hadde fått 15% og 10% redusert kjeldeskatt, etter dei respektive landa sine avtalar med Canada. Saken blei først behandla av Tax Court of Canada, deretter blei den anka til Federal Court of Appeal.

⁴³Prévost, Federal Court of Appeal, avsagt 26.februar 2009 (Prévost (FCA)), <http://decisions.fca-cf.gc.ca/fca-cf/decisions/en/item/36329/index.do?r=AAAAAQALRkNBIDU3IDIwMDkAAAAAAQ> (26.Mai 2014).

I ankebehandlingen av Prévost-saken meinte skattemyndighetene i Canada at domstolen i første instans (Tax Court of Canada, forkorta TCC) hadde tolka *beneficial owner* feil. Skattemyndighetene meinte at *beneficial owner* "is the person who can, in fact, ultimately benefit from the dividend".⁴⁴

I premissane uttrykte domstolen at "that proposed definition does not appear anywhere in the OECD documents and the very use of the word "can" opens up a myriad of possibilities which would jeopardize the relative degree of certainty and stability that a tax treaty seeks to achieve."⁴⁵

Synspunktet som kommer til uttrykk i Prévost-dommen reflekterer Vann (sjå kap.2) sitt syn på dette spørsmålet, og han meiner at OECD aldri har meint at det er den "ultimate" eigar som er *beneficial owner*. Furuseth støttar seg til dette og uttrykkjer:

"I tilknytning til dette kan det nevnes at det rent faktisk alltid vil være den øverste aksjonær i eierkjeden (den ultimate aksjonæren) som vil ha kontroll på hvordan utbyttet benyttes, og at selskapet rent faktisk aldri vil kunne benytte utbyttet uhindret. At aksjonærene til selskapet som har motatt utbyttet, rent faktisk utøver en slik kontroll over det motatte utbyttet gjennom generalforsamlingen, kan ikke være avgjørende. En tilsvarende tolkning er lagt til grunn i Prévost Car-dommen."⁴⁶

Furuseth støtter seg til tolkinga domstolen foretar i Prévost-dommen, og grunngir standpunktet sitt utifrå selskapsrettslege reglar. Furuseth uttrykkjer at det ikkje er utifrå dette synspunkt ein kan fastslå om selskapet er *beneficial owner* eller ikkje. Desse momenta vil bli gjennomgått i den følgjande oppgåva.

3.2 Nasjonal eller internasjonal forståing av omgrepet?

Det har i lengre tid vert eit omdiskutert spørsmål i internasjonal skatterett om omgrepet *beneficial owner*, skal tolkast etter ein nasjonal eller internasjonal forståing av omgrepet. Det følgjer av Mønsteravtala Art.3.2 at dersom eit omgrep ikkje er definert i Mønsteravtala så

⁴⁴ Prévost (FCA)[15].

⁴⁵ Prévost (FCA)[15].

⁴⁶ Furuseth i Gjems-Ostad/Furuseth (2013) s.185.

skal, med mindre samanhengen tilseier noko anna, "have the meaning that it has at that time under the law of that State".

Det er ingen definisjon av *beneficial owner* verken i Art.10-12 eller i kap.II⁴⁷ i Mønsteravtala. Det naturlege utgangspunktet jf.Art.3.2 er å gå til nasjonale reglar for å tolke omgrepet. Det følgjer imidlertid av det reviderte forslaget til nye kommentarar til Art.10 at omgrepet ikkje skal tolkast etter nasjonale reglar, men at ein skal søke etter ein autonom internasjonal forståing.

"Since the term "beneficial owner was added to address potential difficulties arising from the use of the words "paid to... a resident" in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and **not to refer to any technical meaning that i could had under the domestic law of a specific country**".⁴⁸ (uth)

Det reviderte forslaget har ikkje like stor rettskjeldevekt, som dei eksisterande kommentarane, og forslaget er utarbeidd av ei arbeidsgruppe slik at forslaget ikkje har vert til behandling av medlemsstatane. Det må likevel leggjast betydelig vekt på denne uttalinga, etter som det er slik dei nye kommentarane med all sannsyn kommer til å bli.

Omgrepet har imidlertid ikkje alltid blitt tolka etter ein internasjonal forståing av omgrepet, og dette er ikkje så rart sidan det har vert tvil rundt dette spørsmålet. I tillegg er det naturleg for nasjonale skattemyndigheiter og domstolar å tolke omgrepet etter nasjonale reglar, når det ikkje er nokon definisjon av omgrepet i avtala. Dette følgjer som nemnt av Art.3.2. Spørsmålet nasjonale myndigheiter imidlertid skulle ha vurdert, er om "the context otherwise requires"⁴⁹ at omgrepet skal tolkast etter ei anna meining enn det har etter nasjonal rett.

I Indofood-dommen⁵⁰ gir ankedomstolen uttrykk for at omgrepet må tolkast etter ein "international fiscal meaning" og støttar synspunktet i OECD-kommentarane frå 2003.⁵¹ Dommen er frå 2006, og kom før Prévost-dommen som arbeidsgruppa har brukt som

⁴⁷ Definisjonane av omgrep i Mønsteravtala står i kap.II, og det førekjem definisjonar i Art.10-22.

⁴⁸ Revised proposals paragraph 12.

⁴⁹ jf. Mønsteravtala Art.3.2.

⁵⁰ Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank NA [2006] EWCA Civ 158, S.T.L 1195 (Court of Appeal England/Wales).

⁵¹ Sjå Baker i Recent Trends (2013) s.32.

utgangspunkt for sitt arbeid. Dommen gir likevel støtte for at ein internasjonal forståing av omgrepet, er noko som har vert eit alternativ i lengre tid.⁵²

Dommen synleggjorde behovet for ein meir presis forståing av omgrepet, og var mest sannsynleg den utløysande faktoren, for at OECD satt i gang med arbeidet med utarbeiding av nye kommentarar til Mønsteravtala Art.10-12.⁵³

Arbeidsgruppa påpeiker i det første forslaget til nye kommentarar noko som etter mitt syn har stor betydning i det praktiske liv:

"This does not mean, however, that the domestic law meaning of "the beneficial owner is, automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that domestic law meaning is applicable to the extent that it is consistent with the general guidance included in this Commentary"⁵⁴

Utsegne blei sletta i det reviderte forslaget til nye kommentarar.⁵⁵ Det hadde komnt inn tilbakemeldingar etter det første forslaget, på at det ikkje kom klårt nok til uttrykk, om omgrepet skulle tolkast etter ein internasjonal forståing. Men etter mitt syn har arbeidsgruppa eit godt poeng i at ein kan ikkje unngå at det er nasjonale apparat, i form av skattemyndigheiter- og domstolar, som i hovudsak tolkar og brukar omgrepet. Ein kan vanskeleg unngå at nasjonale skattemyndigheiter tolkar omgrepet på sin eigen måte.

På den andre sidan vil ikkje dette vere eit argument som tilseier at ein ikkje skal tilstrebe ein autonom bruk av omgrepet. Utarbeiding av klare retningslinjer vil auke kunnskapen om omgrepet og lette nasjonale skattemyndigheitears arbeid med å bruke regelen på dei sakene dei skal vurdere. Dette vil på sikt gagne verdsøkonomien, etter som det vil auke samhandelen mellom landegrensene og få ein samhandling av juridiske problemstillingar som oppstår på tvers av landegrensene.

⁵² Indofood-dommen har eit komplisert saksfaktum, og det er ikkje hensiktsmessig å gi eit utfyllande saksreferat av dommen, sett ut ifrå kor lite dommen blir brukt i oppgåva.

⁵³ Sjø Baker i Recent Trends (2013) s.27.

⁵⁴ Sjø Paragraph 12.1:Clarification of the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention, *Discussion Draft*, 29.april 2011.

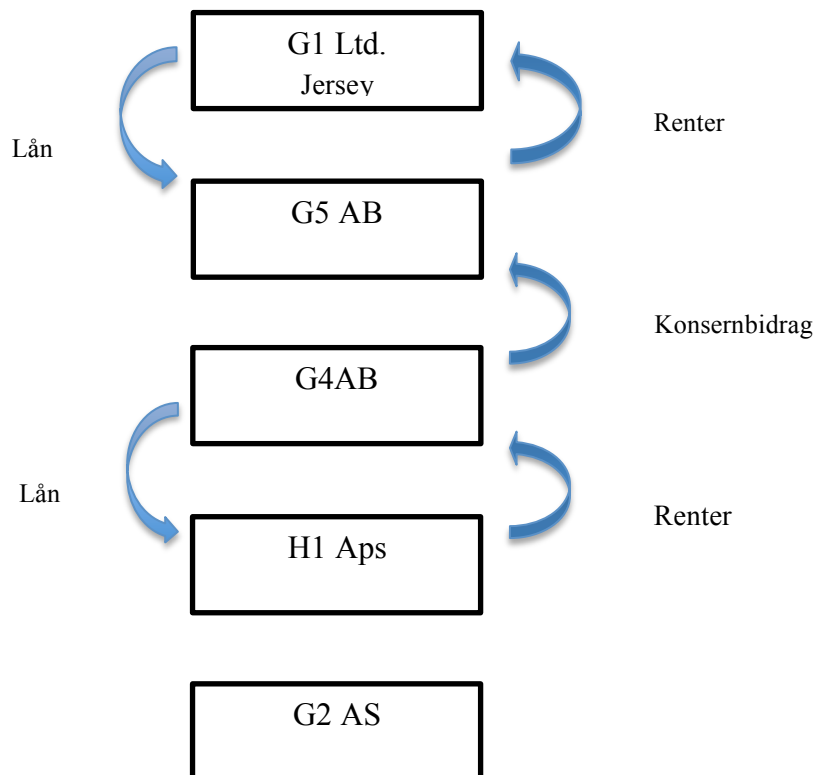
⁵⁵ Revised proposals under "comments received" til paragraph12.1.

Eit anna viktig poeng som den tyske juristen Vogel kommer med, er at *beneficial owner* ikkje er eit omgrep som førekommer i statanes nasjonale språk:

"The first and foremost reason why the term cannot be interpreted by reference to the domestic **law of the state applying the treaty** is that none of the national tax systems in question offer a precise definition of the terms "beneficial owner (...)".⁵⁶

Dette synspunktet kommer også til uttrykk i den danske HHU-saken frå landsskatteretten. Saken gjaldt spørsmålet om kjeldes katt på renter, frå eit dansk selskap til to mellomliggande svenske selskap. Lånet blei opphavleg gitt av G1Ltd frå Jersey til det danske selskapet. Jersey og Danmark hadde ikkje skatteavtale, men det har Danmark med Sverige, gjennom den nordiske skatteavtalen.

Figur 3. HHU-dommen:



⁵⁶ Klaus Vogel mfl, *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions, A Commentary to the OECD-, Un- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital With Particular Reference to german Treaty Practice*, Third Edition, University of Munich 1997, s.562.

Sverige har ikkje kjeldesatt på renter, så kjeldesatten gjeikk ved transaksjonen frå å vere 25% til 0. Domstolen viser til at omgrepet er eit common-law konsept som ikkje førekjem i dansk rett, og at: "... Ved fortolkningen af begrebet "beneficial owner" må indgå et hensyn til en harmonisert fortolkning af begrebet, jf. kommentarene i relation hertil".⁵⁷

Synspunktet frå Vogel og den danske domstolen støtter ytterlagre opp om omgrepet må tolkast etter ein autonom forståing. Dei fleste land har ingen definisjon eller forståing av omgrepet i nasjonale reglar, og ein nasjonal tolking av omgrepet vil føre til ulik bruk av skatteavtalane som er basert på prinsippa i Mønsteravtala. Dette fører til uheldige konsekvensar (som historia viser), og skaper lite forutberekelegheit for personer som skal bruke regelverket.

Ein internasjonal autonom forståing av omgrepet vil føre til at den globale samhandelen aukar, og dette er viktig for den globale økonomien (som allereie skrantar). Dette er også i samsvar med hovudformålet bak Mønsteravtala (sjå kap.3.3) Ein autonom forståing vil føre til lik bruk av reglane, og då vil det spele mindre rolle for selskap kor dei vel å plassere sine selskap.

Det siste er eit viktig omsyn i skatteretten; reglar skal ikkje leggje føringar for korleis selskap organiserer seg. Det er ikkje til å komme unna at selskap vil justere seg etter nasjonale reglar og skatteavtalar for å oppnå gunstige skattefordelar. Siktemålet må vere å ha regelverk som skapar nøytralitet for næringslivet, og dette vil føre til mindre aggressiv skatteplanlegging.

Det er etter mitt syn naturleg at omgrepet tolkast etter ein internasjonal forståing av omgrepet. *Beneficial owner* er eit vilkår for at eit skattesubjekt skal få redusert kjeldesatt etter skatteavtalar som er basert på Mønsteravtala. Det er derfor hensiktsmessig at innhaldet av omgrepet er likt i alle land som bruker Mønsteravtala som utgangspunkt for bilaterale skatteavtalar. Dersom ein skal tillate nasjonale tolkingreglar som retningslinjer, vil det føre

⁵⁷ HHU-saken, SKM.2011.57.LSR på s.10, <https://afg.tax.dk:8443/1924630.htm> (27.Mai), sjå tilsvarende SKM.2011.485.LSR, <https://afg.tax.dk:8443/1950070.htm> (27.Mai), s. 16: "Retmæssig ejerbegrebet kan således ikke uden videre antages at være sammenfaldende med dansk skatterets "rette indkomstmodtager"- begreb, jf. den nordiske dobbeltbesatningsoverenskomst art.3, stk. 2, hvorefter intern rets forståelse af et begreb finder anvendelse, når det er fastslået at begrebets indhold ikke kan fastlægges ud fra den sammenhæng begrebet optræder i."

til ulikskaper i bruken, noko som skaper uforutsigbarheit for skattebetalarane. Dette vil føre til mindre samhandel, som er uheldig for verdsøkonomien.

Det føreliggande internasjonale kjeldemateriale tilseier at omgrepet *beneficial owner*, må tolkast etter ein internasjonal forståing av omgrepet.

3.3 *Beneficial owner* må tolkast i lys av "its object and purpose"

3.3.1 Generelt

Etter Wien-konvensjonen, som har allmenn gyldigheit for tolking av traktatar, skal ein tolke traktat etter den naturlege forståing av ordlyden.⁵⁸

Beneficial owner er eit omgrep som stammar frå common-law, og omgrepet førekjem verken i Noreg eller sivil-lov land. Omgrepet er vagt og det er vanskeleg å kunne utleie noko konkret av ordlyden.

Ein skal i følgje Wien-konvensjonen ikkje berre tolke ordlyden etter den naturlege forståing, men ein må også ta omsyn til konteksten og formålet med føresegna.

3.3.2 Kva er formålet med *beneficial owner*?

Det følgjer av OECD-kommentarane at *beneficial owner*, skal tolkast i lys av "its object and purpose".⁵⁹ Formålet med dobbeltskattleggingsavtalar er:

"... to promote, by eliminating international double taxation, exchange of goods and services, and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion."⁶⁰

⁵⁸ Wien-konvensjonen(1969) Art.31: "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."

⁵⁹ OECD-kommentarane s.187, tilsvarande i Revised proposals, Art.10, paragraph 12.1.

⁶⁰ OECD-kommentarane s. 118.

Når ein skal fastleggje innholdet av *beneficial owner*, må ein tolke det i lys av at ein skal fremme samhandelen av varer og tenester, og rørsle av kapital og personar. Dette skal oppnåast ved å stoppe dobbeltkattlegging av personar og selskap. Det er også eit formål å hindre omgåing og unndraging av skatt.⁶¹

Dette støttast av Vogel som viser at når omgrepet kom inn i 1977, så var formålet "to help prevent tax avoidance."⁶² Historia er, som påpeikt i kap.2, viktig for fastlegginga av innholdet av omgrepet. Det faktum at dette formålet har vort framme heilt tilbake til omgrepets byrjing, tilseier at det må leggast betydelig vekt på ved tolkinga av omgrepet.

Det vil i den følgjande oppgåva bli vist til at ein ikkje må strekke det overordna formålet med Mønsteravtala for langt. Ein må ikkje bruke Art.10 på tilfelle det ikkje er meint å ramme. Kvar føresegn i Mønsteravtala skal til saman unngå dobbeltkattlegging, og hindre skatteomgåing-og unndraging. Det vil ikkje seie at kvar enkelt artikkel vil oppfylle alle desse formåla; kvar føresegn har sitt spesielle formål. Skaar uttrykkjer seg, etter mi meining, på ein god måte om kva formålet med Art.10 er:

"...har som formål å hindre utnyttelse av skatteavtaler ("*treaty shopping*")... Formålet er imidlertid å hindre at personer som ikke omfattes av en bestemt (gunstig) skatteavtale, benytter en mellommann for å oppnå vedkommende skatteavtales reduserte kildeskattesatser".⁶³

Ein må tolke omgrepet *beneficial owner* lys av at det skal hindre at ein konstruerer eit mellomledd, som etter ei skatteavtale med to land vil få redusert kjeldes katt. Ein vil unngå slike konstruksjonar fordi leddet som eigentleg skal betale kjeldes katt, ikkje kvalifiserer til å få redusert kjeldes katt, fordi dei til dømes ikkje har skatteavtale med vedkommande land.

⁶¹ Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.180.

⁶² Vogel (1997) s.561.

⁶³ Norsk skatteavtalerett (2006) s.580.

3.3.3 Kva kontekst skal ein tolke *beneficial owner* i?

Beneficial owner kom inn i Art.10.2 som ei presisering til Art.10.1: "dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State."

Det følger av Revised Proposals at "it was intended to be interpreted in this context".⁶⁴ Ein må altså tolke *beneficial owner*, i lys av at det er eit supplement til at det eigentleg er heimstaten som har skattleggingsretten, og at Art.10.2 er eit unntak frå hovudregelen.

Furuset viser til at ein må ta ei heilskapleg vurdering av forholdet for å fastleggje kven som er *beneficial owner*. Det sentrale er om utbyttet er "paid...to" aksjonærane eller dei bakanforliggende selskap/aksjonærer.⁶⁵

3.4 "Agents, trusts, nominees and conduit-companies"

3.4.1 Generelt

Det er på det reine at verken "agents", "nominees" eller "trusts" kan vere *beneficial owner*. Dette følgjer både av OECD-kommentarane og formålet bak omgrepet. Den opphavlege meininga med *beneficial owner* var at bruken av agenter og forvaltarar ikkje skal gi redusert kjeldes katt. Det ville vere i strid med formålet bak Artikkel 10 om slike mellomledd skulle få redusert kjeldes katt, då dei ikkje er dei som faktisk skal ha aksjeutbyttet.⁶⁶

3.4.2 Kan eit gjennomstrøymingsselskap vere *beneficial owner*?

Det kan stille seg noko undrande til at arbeidsgruppene som arbeidde med utforminga av Mønsteravtala ikkje hadde "conduit companies", altså gjennomstrøymingsselskap for auget i 1977 og i dei påfølgande åra. Det var først ved Conduit Company Report i 1986 at fokuset kom på slike proforma selskap. Likevel konkluderte også denne arbeidsgruppa med at conduit companies ikkje hadde noko med *beneficial owner* å gjere.

⁶⁴ Revised Proposals B. Paragraph 12.1, og OECD-kommentarane s.187.

⁶⁵ Furuset i Gjems-Onstad/Furuset(2013) s.184.

⁶⁶ Vogel (1997) s.562.

Gjennomstrøymingsselskap er i all hovudsak berre ein annan konstruksjon enn agenter, og forvaltarar. Ein dannar eit mellomledd som etter skatteavtalane oppfyller vilkåra, fordi den som ville kvalifisert som *beneficial owner*, ikkje får redusert kildeskatt pga andre forhold, som til døme at vedkommande bur i ein stat som ikkje har skatteavtale som gir redusert kildeskatt.

Formålet med Art.10 er nettopp å hindre at konstruerte selskap som operer berre som mellomledd ikkje skal få redusert kjeldeskatt. I Prévost-dommen blir det uttrykt at:

"The Commentary for Article 10(2) of the Model Convention explains that one should look behind "agents and nominees" to determine who is the beneficial owner. Also, a "conduit" company is not a beneficial owner. In these three examples, the person -- the agent, nominee and conduit company -- never has any attribute of ownership of the dividend. The "beneficial owner" is another person."⁶⁷

Det er gjennomstrøymingsselskap som gjennomgåande reiser problem for nasjonale skattemyndigheiter og domstolar. Ein må likevel merke seg at sjølv om eit selskap berre er eit gjennomstrøymingsselskap, så kan det oppfylle krava om å vere *beneficial owner*.

"Når det gjelder gjennomstrøymingsselskaper spesielt, kan slike selskaper normalt ikke anses som virkelig rettighetshaver, siden selskapet kun er et instrument for eierne. Når det gjelder selskaper som helt eller delvis er skattemessig transparente i henhold til hjemstatens skattelovgivning, vil dette også kunne tale for at enheten ikke er den virkelige rettighetshaver til inntekten. Hvert tilfelle må imidlertid vurderes for seg, og man må undersøke konkret om enheten helt eller delvis mangler rettslig handleevne eller opptrer helt eller delvis på vegne av andre."⁶⁸

I både Prévost og Velcro-dommen var det tale om selskap, som tilsynelatande berre opptredde som mellomledd, men begge selskapa oppfylte i følge domstolen krava til å bli sett som *beneficial owner*. Det må takast ei konkret vurdering i kvar enkelt sak, og ein må vurdere kriteria (som oppgåva seinare kjem innpå) kritisk.

Når det gjelder nominees, agenter og trust så vil det vere relativt klart at dei ikkje er *beneficial owner*, og det er ikkje der skoen trykker. I det følgjande vil det derfor bli eit fokus på gjennomstrøymingsselskap.

⁶⁷ Prévost (TCC)[96].

⁶⁸ Norsk skatteavtalerett (2006) s.581-582.

3.5 Juridisk eigar eller økonomisk eigar

Historia viser at OECD meinte frå tidleg av, at ein ikkje berre kunne sjå på kven som var den juridiske eigaren av utbyttebetalinga, for å fastleggje kven som er *beneficial owner*. Ein må sjå på dei reelle forholda, og det vil spele stor rolle kven som har den økonomiske råderetten over midlane (pengestrømmen).

I HHU-saken frå den danske landskatteretten uttrykkjer dommaren at "... Ved vurderingen må der herefter ud over den juridiske ejendomsret tillige indgå andre vurderingen, fx i relation til økonomisk ejendomsret mv." ⁶⁹ I Prévost-dommen uttrykkjer domstolen at:

"The word "beneficial" distinguishes the real or economic owner from the property from the owner who is merely a legal owner, owning the property for someone else's benefit, i.e., the beneficial owner."⁷⁰

Rettskjeldematerialet som føreligg viser at dette er viktig for å skilje kven som kan vere *beneficial owner*, og ikkje. Det er etter mitt syn naturleg at dette momentet er av betydning etter som formaliteter sjeldan gir uttrykk for korleis ting reelt sett er. Når ein ser på kven som får dei økonomiske fordelane av ei utbyttebetaling, så vil ein kunne stadfeste med større tryggleik at vedkommande faktisk er *beneficial owner*. Dette kommer også til uttrykk i norsk juridisk teori:

"En person vil være virkelig rettighetshaver hvis vedkommende har juridisk rådighet over objektet tilsvarende en eier, og han eller hun har den umiddelbare økonomiske risikoen som følger av eierskapet. Hvis mottakeren av utbytter har den juridiske rådigheten og den økonomiske risikoen som følger av eierskapet, er det en slik realitet over forholdet at det ikke er naturlig å betrakte mottakeren som en mellommann opprettet for å oppnå skattemessige gunstige virkninger".⁷¹

Etter mitt syn har forfattaren strukke omgrepet for vidt, når han seier at *beneficial owner* må vere den juridiske- og økonomiske eigaren av inntekta. Det er nok at vedkommande er økonomisk eigar av pengestrømmen, og dette kan støttast både i historia og formålet bak omgrepet. Til dømes viss ein ser for seg at ein forvaltar eller agent vil ha dei juridiske råderettane over inntekta, så vil ikkje det stå i vegen for at ein annan har dei økonomiske

⁶⁹ SKM.2011.57.LSR s.10.

⁷⁰ Prévost (TCC)[98]

⁷¹ Norsk skatteavtalerett (2006) s.581.

råderettane. I eit slikt tilfelle vil leddet som har dei økonomiske råderettane bli *beneficial owner* (viss dei andre vilkåra er oppfylt). Det er etter dette nok at ein berre er økonomisk eigar, og synspunktet over er etter mi meining feil.

Det er etter det føreliggande rettskjeldemateriale klart at det er den økonomiske eigaren som kan vere *beneficial owner*.

3.6 Ligger det eit krav om substans i *beneficial owner*?

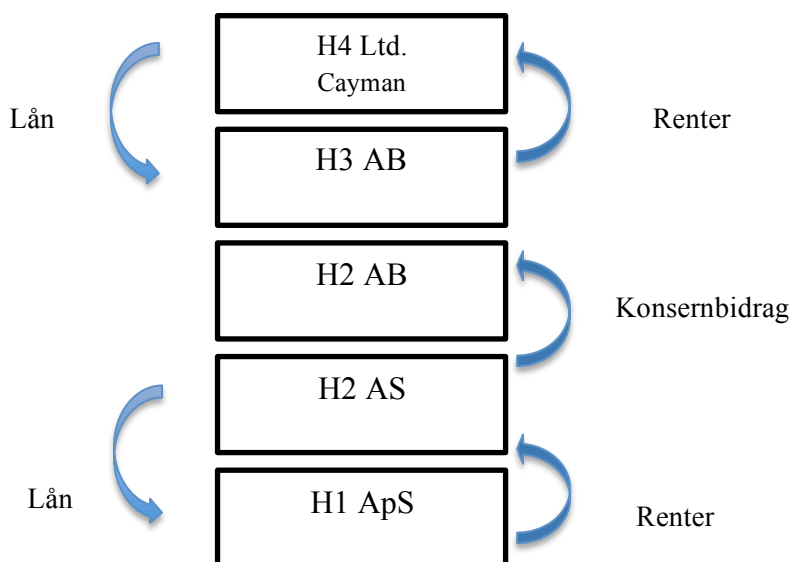
Eit krav om substans inneberer at den som er *beneficial owner*, må ha fysisk tilknytning til kjeldestaten. Eit slikt vilkår finn ein bl.a i sktl. § 2-38 femte ledd, som uttrykkjer at eit selskap må vere reelt etablert og drive reell økonomisk verksemd i kjeldestaten, for å få fritak for skatt. problemstillinga er om ein kan leggje eit tilsvarande krav om substans i *beneficial owner*.

I HHU-og Cook-dommane, som er nesten identiske i saksfaktum, hadde ikkje dei svenske selskapa tilsette eller kontor i kjeldestaten, og den daglege leiaren var leigd inn.⁷² Den einaste aktiviteten i selskapet var å ta i mot renteinntekter, for så å betale dei vidare til morselskapet same dag(den alternative *beneficial owner*). I tillegg hadde selskapet negativ renteinntekt.⁷³

⁷² HHU-saken SKM.2011.57.LSR, Cook-saken SKM.2011.485.LSR.

⁷³ Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.191-192.

Figur 4. COOK-saken:



Domstolen brukar i begge desse sakene, det faktum at dei svenske selskapa ikkje hadde nokon fysisk tilknytning til Sverige, som eit argument mot at selskapa var *beneficial owner*.

Til tross for at eg er einig i resultatet om at selskapa ikkje kvalifiserte til *beneficial owner*, meiner eg at det blir feil å bruke momentet som eit argument i denne samanheng. Når ein først skal fastleggje kva innhald ein kan leggje i eit omgrep, og danne klare retningsliner slik at forutberekelegheita blir større for skatteytarane, så vil det føre til usikkerheit om nasjonale skattemyndigheiter, kan bruke eit argument til fordel for sin sak, når ein i andre saker ikkje legg noko vekt på momentet.

I dommane bruker domstolane riktignok argumentet berre som eit støttemoment, og det var nokså opplagt at selskapa ikkje var *beneficial owner*. Det gjer domstolen sin bruk av argumentet mindre problematisk, enn viss det hadde vert eit avgjerande argument for at selskapet ikkje var *beneficial owner*. På den andre sidan fører bruken til forvirring for dei som skal bruke skatteavtalane, og det kan føre til at argumentet i seinare saker blir brukt som eit sjølvstendig argument.

I ein dansk sak frå 2012⁷⁴ grunngir domstolen sitt resultat i få ord, og omtrent det einaste som domstolen nemner er at selskapet ikkje hadde substans. Det kan etter dette sjå ut til at dansk rettspraksis er på veg inn i eit spor der dei legg for stor vekt på momentet, og dette er uheldig for framtidig bruk av omgrepet.

Den danske juristen Jakob Bundgaard meiner at spørsmålet om substans berre i liten grad spelar inn på vurderinga, og at ein må sjå på at det heile handlar om selskapet har råderett over betalingsstrømmen:

"... Kendelsen reduserer for mig at se den i rådgiverkredse megen fokusering på "substans" i holdingselskaber. Denne diskussion er i vis udstrækning forfejlet (eller medvirker i det mindste til at skævvride diskussionen), idet spørgsmålet kun i bægrenset omfang spiller ind ved vurderingen af beneficial ownership, som i højere grad omhandler rådighed over betalingsstrømme, og hvor holdingselskabets substans alene i denne sammenhæng udgør et element i den samlede bedømmelse."⁷⁵

Bundgaard uttrykkjer derimot på slutten at kravet om substans er eit moment i den samla vurderinga. Etter mitt syn må ein ikkje blande krav om substans, med *beneficial owner*. Det er ikkje formålet med *beneficial owner* å ramme selskap utan fysisk tilknytning til kjeldestaten. Dette regulerast av andre reglar som til dømes sktl. § 2-38 (5).⁷⁶

I det reviderte forslaget til nye kommentarar kommer det ikkje til uttrykk at det skal gjelde eit slikt vilkår, og sjølv om det framleis berre er eit forslag må dette leggjast betydelig vekt på, i retning av at det ikkje føreligg eit krav om substans. Ein må kunne rekne med at dersom dette hadde vert krav, så hadde arbeidsgruppa tatt dette med i det reviderte forslaget. Dette støttast også av Furuseth som viser til at sktl. § 2-38 (5) har karakter av ein omgåingsregel, og det er eit omdiskutert spørsmål om *beneficial owner* er det.

Det føreliggande rettskjeldemateriale tilseier at det ikkje kan leggjast eit krav om substans i *beneficial owner*. Ein kan etter mitt syn heller ikkje bruke argumentet som støtteargument i tilfelle der ein har andre argument som grunngir resultatet.

⁷⁴ SKM.2012.26.LSR, <https://afg.tax.dk:8443/1981807.htm> (14.Mai).

⁷⁵ "Første slag om "*beneficial ownership*" er udkæmpet—det endelige venter forude" av partner i Deloitte, lektor, Ph.D. Jakob Bundgaard publisert i SU 2010, 144 Skat Udland, Maj 2010.

⁷⁶ Etter EU-domstolen si avgjersle i Cadbury Schwppes(C-196/04) måtte Norge implementere ein regel som sktl. § 2-38(5) for å oppretthalde EU-rettslege forplikingar om å ikkje-diskriminere.

3.7 "The right to use and enjoy the dividends"

3.7.1 Generelt

Når ein skal vurdere om selskapet er *beneficial owner*, må ein ta stilling til kven som har rett til å bruke utbyttebetalinga. I både Prévost-og Velcro-dommen blir det vist til at ein må "determine who has received the payment for his/her own use and enjoyment."⁷⁷

I forslaget til dei nye kommentarane er "use and enjoyment" trekt fram som eit relevant tolkingsmoment for å fastleggje kven som er *beneficial owner*. Dette tyder på at arbeidsgruppa i OECD har latt seg inspirere av Prévost, og tydelig vert einig i dette utgangspunktet.

Når ein ser tilbake til historia bak omgrepet, og dei tidlige arbeidsgruppene sin rapportar (og skatteavtaleforhandlingane Storbritannia hadde med Australia i 1966⁷⁸) var dette med "use and enjoyment" tidlig framme. Dette understrekar at vurderingsmomentet er viktig i fastlegginga av innhaldet av omgrepet.

Vurderingsmomentet står også sentralt i den danske HHU-saken. Domstolen uttalte at selskapet var eit gjennomstrøymingsselskap utan "reelle beføyelser til/muligheter for at træffe afgjørelse om disposition af de modtagne overførsler".⁷⁹ Låna som utløyste rentebetalningane var identiske i størrelse og hadde heilt like lånevilkår.⁸⁰ Det hadde ingen betydning at overføringane av rentebetalningane skjedde i samsvar med svenske reglar om konsernbidrag. Ein måtte sjå på at selskapet faktisk ikkje hadde reell moglegheit til å bruke og nytte midlane.

Det har enno ikkje vert ein sak om *beneficial owner* som har gått til den danske høgsterett. Dette må ein ta omsyn til når ein leser dommane, og ein må vere varsam med å leggje for mykje vekt på dommane. Det kan likevel påpeikast at sakene mest sannsynleg hadde blitt behandla av den danske høgsteretten dersom resultatet var feil. Det er imidlertid ein svakheit

⁷⁷ Velcro-dommen[27].

⁷⁸ Sjå notatet attgjve under kap.2 og Gjems-Onstad/Furuseth s.173.

⁷⁹ SKM.2011.57.LSR s.10, tilsvarende i SKM.2011.485. LSR s.16 og SKM.2012.409.LSR, <https://afg.tax.dk:8443/2062841.htm> (14.Mai)

⁸⁰ Sjå Bundgaard i Recent Trends (2013) kap.6, s.108 og tilsvarende av Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.191.

ved dei danske dommane at dei i svært liten grad grunngir resultatane sine, og dei brukar få vurderingsmoment for å konstatere om vilkåret er oppfylt eller ikkje.

Den tyske forfattaren Vogel legger også betydeleg vekt på om midlane kan brukast av selskapet. Han har ein annan vinkling av problemstillinga, og listar opp tre forskjellige moglegheiter for at selskapet kan vere *beneficial owner*:

"Hence, the 'beneficial owner' is he who is free to decide (1) whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by others or (2) on how the yields therefrom should be used or (3) both."⁸¹

Vogel har eit viktig poeng i at det er rom for ulike måtar selskapet kan bruke midlane, og at ein ikkje berre kan sjå isolert på ein form for bruk. Skaar tolkar Vogel sin uttryksmåte på ein treffande måte:

"Mottakeren er altså virkelig rettighetshaver til inntekten hvis han har reell bestemmelsesrett med hensyn til hvordan formuesobjektet skal benyttes for å innbringe inntekt *eller* reell bestemmelsesrett med hensyn til hvordan *inntekten* skal anvendes"⁸²

Vogel si bok er imidlertid fra 1997, og det har skjedd ei stor utvikling på området i ettertid. Vogel treffer likevel godt med sine synspunkt, men momenta i vurderinga har endra seg.

3.7.2 Har selskapet full bestemmelsesrett over midlane?

Eit anna moment som går igjen i både *Prévost* og *Velcro* er om:

"...unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else's behalf to that person's instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients. This is not the relationship between PHB.V and its shareholders."⁸³

Domstolen er her inne på noko svært viktig for å fastleggje innholdet av *beneficial owner*. Dette går på om selskapet har noko form for skjønn ("discretion") for korleis dei skal bruke

⁸¹ Vogel (1997) s.562.

⁸² Sjø Norsk skatteavtalerett (2006) s.581.

⁸³ Sjø *Prévost* (TCC)[100], tilsvarende fråsegn i *Velcro*, og *Recent trends* (2013) s.42.

utbyttebetalinga som har dei har motteke. Vidare viser dommaren til at dersom det føreligg instruksjonar om korleis midlane skal brukast så trekker dette i retning av at selskapet ikkje er *beneficial owner*.

I Indofood-dommen uttrykkjer domstolen at "...the concept of beneficial ownership is incompatible with that of the formal owner who does not have "the full privilege to directly benefit from the income."⁸⁴ Dette er ei anna formulering enn i Prévost og Velcro, men viser tilbake på det same vurderingstemaet: om selskapet har full bestemmelsesrett over pengestrømmen.

3.7.3 Faktiske omstende

I Velcro-dommen stiller dommaren opp problemstillinga: "Did VHBV "use" the royalties in ordinary sense? Did it apply the royalty payments to its own benefit?"⁸⁵ Domstolen uttrykkjer at det er ingenting i avtalane VHBV er forplikta til som hindrar dei i å bruke royalty-utbetalingane. Det visast til at midlane ikkje var separert, og dei var "co-mingled" med selskapets andre midlar og dei var brukt "on an operational basis as VHBV saw fit". Det var altså ingen restriksjonar for korleis selskapet kunne bruke midlane.⁸⁶

Dommen viser at korleis midlane er brukt i selskapet gir ein peikepinn på om selskapet faktisk kan nyttiggjere seg av utbytteutdelinga. Dette ville vert lite sannsynlig at selskapet kunne bruke midlane som dei sjølv såg best, viss selskapet berre var brukt som eit gjennomstrøymingsledd.

⁸⁴ Indofood-dommen.

⁸⁵ Velcro-dommen[37].

⁸⁶ Velcro-dommen[38].

3.8 Er mottakaren av utbyttet forpliktet ”by a contractual or legal obligation”?

3.8.1 Generelt

Når ein skal vurdere om ein person eller eit selskap er *beneficial owner*, må ein ta stilling til om det føreligg ein kontraktrettslig forpliking til å betale utbyttet vidare. Når det føreligg slik restriksjon på selskapets disposisjonsrett over utbyttebetalinga kan det argumenterast for at selskapet berre er eit gjennomstrøymingsselskap som ikkje oppfyller vilkåret til *beneficial owner*.

I Prévost-dommen blei det uttrykt at Prévost Holdings "does not obligate to pay any dividend to its shareholders".⁸⁷ PHBV hadde altså ikkje nokon kontraktrettslig forpliking til å betale utbytte til Volvo og Henley som eigde aksjane i PHBV. Dette var eit sentralt tema i vurderinga av om Prévost Holdings var *beneficial owner* av utbyttebetalinga. I det reviderte forslaget til nye kommentarar, er dette også trekt fram som eit sentralt vurderingstema:

"In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the 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."⁸⁸

I Indofood-dommen uttrykkjer derimot domstolen at det ikkje hadde nokon betyding at Newco hadde ei kontraktsrettsleg forpliking til å betale rentene vidare til morselskapet sitt. Selskapet var *beneficial owner*, etter som dei nytta "full privilege" av rentene og ikkje berre var ein "administrator of income".⁸⁹ Domstolen baserer argumentasjonen på at selskapet hadde rett til å bruke midlane slik dei såg best, altså dei hadde full bestemmelsesrett over pengestrømmen.

⁸⁷ Prévost (TCC)[104].

⁸⁸ Revised Proposals Paragraph 12.4.

⁸⁹ Indofood[44], tilsvarende fråsegn i Prévost (TCC)[93].

Etter mitt syn blir domstolen i dette tilfellet for snevre i sitt argumentasjonsmønster. Når ein skal vurdere om eit selskap er *beneficial owner*, må ein føreta ei heilskapleg vurdering der alle relevante forhold får betydning. I denne samanheng er betydinga av ei kontraktsrettsleg forplikting svært viktig. Dette støttast av det reviderte forslaget til nye kommentararar, Prévost-og Velcro-dommane, samt Royal Dutch-saken⁹⁰, frå den nederlandske høgsterett.

I Royal-Dutch-saken fant domstolen det avgjerande at selskapet var kontraktsrettsleg forplikta til å betale midlane vidare til det bakanforliggende selskapet (den alternative *beneficial owner*). Dommen er frå 1994, og kan seiast å vere noko gammal. Det svekkjer imidlertid ikkje vekten av dommen, då dette gir momentet ytterlagare vekt etter som det har vert gjenstand for merksemd i over 20 år.

Indofood-dommen må etter dette seiast å avvike når det kommer til korleis omgrepet skal fastslåast. Historia viser at dette er ein gjenganger når det kommer til korleis nasjonale skattemyndigheiter og domstolar har brukt omgrepet. Det har ført til ulik praksis, og uforutsigbarheit for skatteytarane.

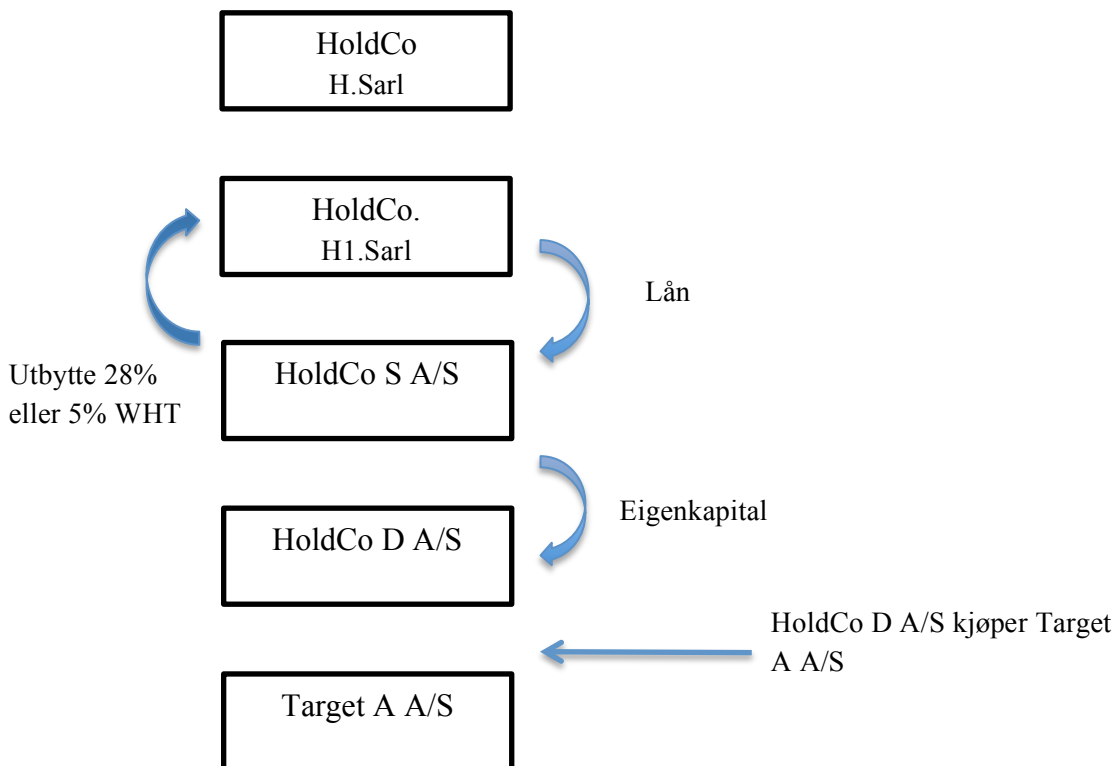
Ein sak som ytterlegare støtter opp om at momentet om kontraktrettsleg forplikting er viktig i fastlegginga av innhaldet av *beneficial owner*, er ISS-1 saken frå den danske østre landsskatterett.⁹¹ Saken gjaldt spørsmålet om eit selskap heimhøyrande i Luxemburg var *beneficial owner*. Selskapet hadde motteke ei utbyttebetaling frå sitt danske dotterselskap, som same dag hadde skutt inn som eit konvertibelt lån til det danske dotterselskapet. Det danske dotterselskapet ga dette beløpet vidare i eigenkapital til sitt danske datterselskap. Selskapet frå Luxemburg blei sett som *beneficial owner*.

Domstolen la avgjerande vekt på at midlane ikkje var vidareført frå selskapet (som meinte dei var *beneficial owner*) til morselskapet. Selskapet hadde ingen kontraktrettsleg forplikting til å vidarekanalisere beløpet, og ein kunne vanskeleg seie at selskapet ikkje var *beneficial owner* når dei kunne sjølv bestemme om utbyttet skulle betalast vidare. Dommen viser at momentet kan få avgjerande vekt i vurderinga av om selskapet er *beneficial owner*.

⁹⁰ Case 28.638, 6.april 1994(Dommen føreligg berre på nederlandsk, men det er skrive samandrag av dommen som ligger på IBFD-databasen)

⁹¹ SKM.2012.121.ØLR, <https://afg.tax.dk:8443/2035604.htm> (14.Mai 2014).

Figur 5. ISS-1 saken



I vurderinga av om det føreligg a "contractual or legal obligation" til å betale utbytteutdelinga vidare, vil fleire moment komme inn. Dette vil bli gjennomgått i det følgjande.

3.8.2 "Autotmatic flow of funds"

Eit av momenta som ein må ta stilling til når ein skal vurdere om det føreligg ei kontraktsrettslig forplikting til å betale utbyttebetalinga vidare er om midlane automatisk blir overført til neste ledd, altså det selskapet skattemyndigheitene meiner er *beneficial owner*. Ein automatisk overføring av midlane, vil sterkt trekke i retning av at selskapet har ein mellomleddsfunksjon, og at målet er å få redusert kjeldes katt.

I Prévost-dommen blei det uttrykt at

"however, there is no evidence that the dividends fro Prévost were *ab initio* destined for Volvo and henleys with PHB.V as a funnel of flowing dividends from Prévost... There was no

predetermined or automatic flow of funds to Volvo and Henleys even though Henleys' representatives were trying to expedite the process".⁹²

I Prévost kunne ein ikkje konstatere ein kontraktrettslig forplikting, då midlane verken var forhandsbestemt til Volvo eller Henleys, og heller ikkje berre blei direkte overført til aksjeeigarane. Det var eit av momenta som avgjorde at Prévost Holdings ikkje hadde ei kontraktrettslig forplikting til å betale utbyttebetalinga vidare til Volvo og Henleys.

I Velcro-dommen prøvde dei kanadiske skattemyndigheitene å vise at saken var annleis enn i Prévost. Dei viste til at VHBV hadde ein "contractual obligation" til å betale til VIBV innen ein bestemt tidsfrist på 30 dagar. Retten var einig i at det forelåg ein slik forplikting til å betale vidare til VIBV. Dette var likevel ikkje avgjerande for retten, då (i likskap med Prévost) det ikkje var tale om "automatic flow of funds."⁹³

I den danske Cook-saken uttrykkjer Landsskatteretten at:

"... 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 koncernselskaber. Dette må have været en fra starten forudsat præmis."⁹⁴

Domstolen uttrykkjer seg noko annleis enn i dei kanadiske dommane. Domstolen legger fokus på at det må ha vert ein premiss for etableringa av låna at rentebetalingsane skulle overførast til dei svenske selskapa, før dei tilslutt blei betalt til H4 Ltd.Cayman. Det førelåg ei kontraktrettsleg forplikting for dei svenske selskapa til å betale rentebetalingsane vidare med eingong dei tok i mot dei.

I HHU-saken blei rentebetalingsane betalt vidare frå G4AB til G5AB til G1 Ltd. Jersey på same dag med same rentesats og forfallsdato. Danske skattemyndigheiter meinte nokså klart at det med dette førelåg ein forplikting for begge dei svenske selskapa til å "viderekanalisere" rentebeløpet.⁹⁵ Domstolen uttrykkjer ikkje seg eksplisitt om selskapa hadde ein kontraktrettslig forplikting til å betale rentebetalingsane vidare, men det ligger implisitt i

⁹² Prévost (TCC)[102]

⁹³ Velcro-dommen[28].

⁹⁴ SKM.2011.485.LSR s.16.

⁹⁵ SKM.2011.57.LSR s.2.

premissane for dommen. Domstolen uttrykkjer bl.a at det ikkje hadde nokon betyding at overføringane skjedde i samsvar med dei svenske reglane om konsernbidrag.⁹⁶

Dei danske sakene viser at "automatic flow of funds" ikkje er eit bastant vilkår som må vere oppfylt, men eit moment som i enno større grad vill peike på at selskapet ikkje er *beneficial owner*. Det er tilstrekkeleg å konstatere at midlane faktisk blir overført.

3.8.3 Kva grunnlag kviler forpliktinga til å betale utbyttet vidare på?

Eit anna moment som er av betyding når det kommer til om selskapet har ein kontraktrettslig forplikting til å betale utbyttet vidare, er kva grunnlag forpliktinga kviler på. Det er klart at dersom selskapet har inngått ei avtale om å betale det vidare, så vil det føreligge ei kontraktrettsleg forplikting. Forslaget til nye kommentarar uttalar at:

"... Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right use and enjoy the dividend unconstrained..."⁹⁷

Det viktige er i følgje arbeidsgruppa i OECD, at grunnlaget for forpliktinga, om det er rettslege dokument eller faktiske omstende, viser klart at selskapet ikkje har rett til å bruke midlane.

I Prévost-dommen omtaler domstolen seg om ei aksjonæravtale kan etablere ei kontraktsrettsleg forplikting:

"...But neither [av aksjeeigarane] would have a *bona fide* action in law under the Shareholders' Agreement against a person not a party to that agreement..."⁹⁸

Domstolen uttrykkjer her at sidan selskapet ikkje var part i aksjonæravtalen, så er ikkje selskapet bunden av aksjonæravtalen. Ein kan etablere ei plikt til å utføre ei handling på ei avtale som selskapet ikkje sjølv har vert med på å inngå. Ein må ha eit kontraktrettsleg grunnlag for å ileggje ei slik forplikting.

⁹⁶ SKM.2011.57.LSR s.2.

⁹⁷ Revised Proposals paragraph 12.4.

⁹⁸ Prévost (TCC)[103].

Ei naturleg tolking av dette er, at dersom selskapet, som påberoper seg redusert kjeldesatt er part i ei aksjonæravtale som forpliktar dei til å betale utbyttet vidare, så vil det vere ei kontraktrettsleg forplikting som legger så sterke føringar på selskapets råderett over midlane at dei ikkje kan bli ansett for å vere *beneficial owner*. Det same vil gjelde andre former for kontraktsrettslege forpliktingar, men selskapet må vere part i avtalen.

Prévost-dommen grunnjev ytterlagere sitt syn på kvifor selskapet ikkje hadde ei kontraktrettsleg forplikting:

"PHB.V was a statutory entity carrying on business operations and corporate activity in accordance with the Dutch law under which it was constituted. PHB.V was not a party to the Shareholders' Agreement; neither Henleys nor Volvo could take action against PHB.V for failure to follow the dividend policy described in the Shareholders' Agreement."⁹⁹

Det blir understreka i Prévost-dommen dei ikkje hadde plikt etter loven til å betale utbytte til aksjeeigarane på grunnlag av ein aksjonæravtale. Ein har ikkje slik adgang etter selskapsrettslege reglar, og morselskapet kan derfor ikkje ta rettslige skritt for at Prévost Holding skulle betale utbyttet vidare.¹⁰⁰

Furusest påpeikar at ein ikkje berre kan sjå på om det føreligg ei avtale som bestemmer at utbyttet skal delast ut vidare. Han uttrykkjer at: "...Det må en mer helhetlig vurdering til, hvor det sentrale er om utbytte er "paid... to"aksjonærene eller de bakenforliggende selskapene/aksjonærene."¹⁰¹

3.8.4 Nærmare om premissane i Velcro-dommen

Velcro-dommen har ein grundig gjennomgang av kvifor VHBV var i "posession", altså besittelse av royaltyutbetalinga. Dette er ein annan uttrykksmåte for om selskapet hadde ei kontraktrettsleg forplikting til å betale utbytte vidare. Dommen har ei punktvis oppstilling av dei relevante momenta.¹⁰²

⁹⁹ Prévost (TCC)[103]

¹⁰⁰ Prévost (TCC)[103 og 104].

¹⁰¹ Furusest i Gjems-Onstad/Furusest s.184.

¹⁰² I dette kapitlet er alt henta frå Velcro avsnitt [35], listepunkt 1-13, og det vil for å forenkle framstillinga, ikkje bli vist til dette i fleire fotnoter.

Domstolen begynner med ei rein ordlydstolking av omgrepet etter kandiske ordbøker. Dommen viser til at i *Black's Law Dictionary* så betyr "possession" "the exercise of dominion over property".

Ei slik ordlydstolking gir liten verdi for tolkinga av omgrepet etter Mønsteravtala. Det er likevel interessant og sjå at ordlyden faktisk kan gi bidrag til tolkinga av omgrepet i dei enkelte skatteavtalane. I tillegg er det eit riktig metodisk utgangspunkt og starte med ei ordlydstolking, jf Wien-konvensjonen Art.31.

I det første listepunktet blir det uttrykt at gjennom avtalane som var inngått, så hadde VHBV rett til å motta royaltyutbetalingane. Vidare visast det til at utbetalingane var overført til ein konto VHBV eigde. Kontoen var i VHBV "possession and control". Utbetalingane blei blanda saman og flytta i lag med andre midlar frå VHBV sine kontoar.¹⁰³

Dei fire første punkta viser at VHBV hadde det formelle eigarskap til royaltyutbetalinga. Dette er klare faktiske omstende som trekker i retning av at VHBV var i besittelse av utbetalingane. Det kan verke noko underleg at ein legg så sterk vekt på desse punkta når ein rein juridisk eigar også ville vert i besittelse av ei royaltyutbetaling. Det som likevel skil seg frå ein juridisk eigar, er viss han ikkje er den reelle eigaren så vil han ikkje kunne disponere over midlane slik han fritt vil. Dette illustrerer samanhengen i momenta som inngår i vurderinga av om ein er *beneficial owner*. Ein kan ikkje berre slå fast at selskapet har utbetalingane i sin besittelse, ein må søkje vidare inn i materien før ein kan konkludere. Likevel i dette tilfellet vil momentet med at midlane er blanda saman med selskapets andre midlar vere eit moment som tyder på at VHBV faktisk var *beneficial owner*.

Domstolen trekker vidare fram at pengane typisk gjekk frå å vere kanadiske dollar til amerikanske dollar, og at dei etter konverteringa flytta midlane til amerikanske kontoar. Når midlane stod på konto var det VHBV som mottok rentefordelane ved dette, og ingen andre.

Eit viktig poeng domstolen trekker fram under vurderinga av om VHBV var i bestittelse av midlane var at VHBV "did not have to seek instructions on every step of the application of the

¹⁰³ Furuseth referer til listepunkta i Velcro-dommen[35], i Gjems-Onstad/Furuseth(2013) s.187- 188.

funds somewhere else". Det talar nokså sterkt i retning av at ein ikkje er noko mellomledd når ein kan bruke midlane som ein vil, utan instruksjer frå nokon andre. Dette momentet er også relevant ved vurdreinga av om selskapet har ei kontraktsrettsleg forplikting. Dette viser sentralt, er naturleg at det går igjen fleire plassar i ei heilskapleg vurdering.

Fleire av momenta Velcro-dommen listar opp under possession går igjen under vurderingstemane risiko og kontroll som oppgåva skal gå nærare innpå under. Det er vanskeleg å lage ei skjematisk oppstilling av momenta som er relevante då dei til ein viss grad vil gli over i kvarandre. Dette viser kor viktig det er å ta ein heilskapleg vurdering av saken før ein konkluderer om selskapet er *beneficial owner*.

Det kan bemerke at domstolen listar opp dette med automatisk overføring under "possession". Dette er eigna til å understreke kor viktig argumentet er for vurdreinga av om selskapet er *beneficial owner*.

3.8.5 Er ein utelukka frå å vere *beneficial owner* dersom det føreligg i kontraktsrettsleg forplikting?

Strømstad hevdar i sin artikkel at det ikkje er eintydig om det føreligg eit vilkår om at det neste leddet må ha ei kontraktsrettsleg forplikting til å betale utbyttet vidare. Han viser til at eit slikt vilkår støttast av Prévost-og Velcro-dommane, men at HHU-saken går i motsatt retning.¹⁰⁴

Etter mitt syn kan det vanskeleg lesast utav HHU-saken at dei ikkje stiller krav om at det føreligg ein kontraktrettsleg forplikting. Skattemyndigheitene omtalar det i si avgjersle, og Landsskatteretten uttrykkjer at selskapet ikkje er *beneficial owner*, fordi dei to svenske selskapa betalar midlane vidare same dag.

Ein kan ikkje skubbe under ein stol at momentet om det føreligg ei kontraktsrettsleg forplikting til å betale utbyttet vidare stor betydning ved fastlegginga av innholdet av *beneficial owner*. Strømstad meiner at ein ikkje kan sei at selskapet er utelukka frå å få reudsert kjeldeskatt dersom selskapet har ei slik forplikting.

¹⁰⁴ Strømstad i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.154.

Etter mitt syn kan ein vanskeleg oppfylle vilkåret om å vere *beneficial owner*, når ein er forplikta til å betale det vidare. Det kan imidlertid tenkast tilfelle, som i Velcro-dommen der VHBV ikkje måtte betale utbyttet vidare før 30 dagar. Dette viser at ein må ta ei konkret vurdering av kvar enkelt sak, og at momenta blir retningslinjer og at ein vanskeleg kan omtale det som vilkår eller krav.

3.9 Risiko

Eit moment som kan vippe argumentasjonen i den eine eller andre retninga, er om selskapet har risikoen ved utbyttebetalinga. Momentet om risiko gir eit bilete av dei faktiske forholda, og det blir vanskeleg for selskapa å konstruere opp selskapsstrukturarar, då ein ofte ikkje kan skjule kven som eigentleg bærer risikoen. Spørsmålet blir om det føreligg ein økonomisk risiko å sende utbyttebetalinga gjennom eit mellomledd før det går vidare til det bakanforliggende selskap. Dersom det mellomliggende selskapet bærer risikoen ved pengestrømmen, er dette eit argument som trekk sterkt i retning av at dei faktisk er *beneficial owner*. På den andre sidan så kan ein vanskeleg sei at selskapet er *beneficial owner*, dersom dei ikkje har noko risiko knytt til pengestrømmen.

I Prévost-dommen uttrykkjer domstolen at "...The dividends are an asset of PHBV and are available to its creditors..."¹⁰⁵ Domstolen gir her uttrykk for at når PHBV tok i mot utbyttebetalinga så var det ein ressurs for selskapet, og midlane blei tilgjengeleg for kreditorane deira. Dette er eit moment som trekk sterkt i retning av at PHBV hadde risikoen ved utbyttebetalinga.

Synspunktet om risiko finn ein også i Velcro-dommen . Domstolen tolkar først "risk" betyr etter *Black's Law Dictionary*, og uttrykker at det i denne samanheng vil vere referansen til "economic loss". Domstolen foretar deretter ei vurdering av om VHBV hadde risikoen for royalty-utbetalingane. Det essensielle domstolen her trekker fram er at midlane var tilgjengelige for VHBV sine kreditorer, og dei var vist "as such on their financial

¹⁰⁵ Prévost (TCC)[105]

statements"¹⁰⁶ Det blir også uttrykt at det var ingen avtalar som gjekk utpå og redusere risikoen og eksponeringa av VHBV.

I Velcro-dommen blei det også tillagt vekt at det løp ein valutarisiko ved transaksjonen. Beløpet blei motatt av selskapet i kanadiske dollar, og betalt vidare med amerikanske dollar. I eit slik tilfelle kan selskapet bli påført store økonomiske tap (eller få ein gevinst), då valutamarknaden varierer. Momentet må leggjast vekt på, og gir eit bilete av den risikoanalyse selskapet har føretatt når dei tok i mot utbyttet.

Oppsummeringsvis vil momentet om risiko gi eit godt bilde på om selskapet er *beneficial owner*, etter som det er eit moment som i stor grad henspeler på dei faktiske forhold rundt midlane.

3.10 Kontroll

Når ein skal vurdere om selskapet er *beneficial owner* vil det vere ei viktig rettesnor om selskapet har kontroll over dei aktuelle midlane. Kontrollaspektet vil vere eit handfast moment som i stor grad belyser dei reelle forholda rundt betalinga. Furuseth trekker dette fram som eit viktig moment, og viser til at dette var sentralt i både Prévost og Velcro-dommane. Han uttrykkjer at: "Spørsmålet her er om det mellomliggende selskapet, som beløpet strømmer gjennom, har kontroll på beløpet."¹⁰⁷

"In short the dividend is for the owner's own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend income".¹⁰⁸

I Prévost dommen hadde PHB.V kontroll på utbyttebetalingane etter som utbyttebetalingane blei overført til selskapets kontoar.

I Velcro-dommen uttrykker domstolen at kontoane som royaltyutbetalingane blei overført til blei brukt av VHBV til å betale løpande betalingsforpliktingar selskapet hadde, som telefonrekningar, lønn og låneforpliktingar. Dette er eit argument som trekk sterkt i retning av

¹⁰⁶ Velcro-dommen[40].

¹⁰⁷ Sjå Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.189.

¹⁰⁸ Prévost (TCC)[100].

at selskapet faktisk hadde kontroll på utbetalinga, og då er det lite truleg at selskapet fungerer som eit reint gjennomstrøymingsledd.

Momentet om selskapet har kontroll på utbyttebetalinga gir, i likskap med risikovurderinga, eit godt grunnlag for å fastleggje om selskapet er *beneficial owner*.

4 Skal det mykje eller lite til for å vere *beneficial owner*?

Formålet med dette kapittelet er å fastleggje om det er ein låg eller høg terskel for å oppfylle vilkåret om å vere *beneficial owner*. Fastleggjing av terskelen, vil gjere det enklare for nasjonale skattemyndene å bruke regelen. Det vil gi ein peikepinn på kor streng ein skal vere i vurderinga, og det vil skape betre forutbereknlegheit for skatteytarane. Undervegs i oppgåva har temaet blitt omtalt fleire gangar, men meir implisitt enn direkte. Dette kapittelet vil vere ein oppsummering, der linjene vil bli trekt saman for å fastleggje terskelen.

I forslaget til nye kommentarar uttrykkjer OECD at omgrepet ikkje skal bli brukt i ein "narrow technical sense", slik det har blitt brukt i mange common-law land.¹⁰⁹ OECD er klare i sitt utgangspunkt, og legger eit anna innhald i omgrepet ein korleis omgrepet ofte tolkast. Dette viser igjen til at omgrepet må forståast autonomt. I tillegg understrekar det at omgrepet ikkje er eit teknisk og snevert omgrep, som vanskeleg kan oppfyllast. Uttalinga kan takast til inntekt for at terskelen for å bli sett som *beneficial owner* er låg.

Vidare uttrykkjer arbeidsgruppa at omgrepet må tolkast i lys av at det er ei presisering til omgrepet "paid... to a resident" (sjå kap.3.3.3). Dette viser at det må takast ei heilskapleg vurdering av forholdet, der alle relevante moment kommer inn. Ein kan ikkje setje opp strenge rammer rundt omgrepet, for det vil stride mot formålet bak Mønsteravtala. Omgrepet skal avhjelpe skatteunndraging- og omgåing, men det viktigaste er at samhandelen mellom medlemslanda i OECD aukar. Dersom ein legg lista høgt for å bli sett som *beneficial owner*, vil dette formålet med føresegna vanskeleg kunne oppfyllast.

Ein kan finne støtte i at det skal vere ein låg terskel for å bli sett som *beneficial owner*, i historia bak omgrepet. Det opphavlege formålet med omgrepet var å hindre at mellomledd, som agentar og forvaltarar, ikkje skulle kunne oppfylle kriteria. Det skulle vere relativt lett å oppfylle vilkåret.

¹⁰⁹ OECD-kommentarane s.187, sjå tilsvarande i Revised Proposals Paragraph12.1.

I skatteavtaleforhandlingane Storbritannia hadde med Australia i 1967, blei det utarbeidd eit notat som er attgjeve i kap.2. Dette notatet har vert eit viktig dokument for OECD når dei implementerte omgrepet i Mønsteravtala i 1977. Notatet uttrykkjer at "... a beneficial owner ... may be said to be one who has the right to use and enjoyment". Dette vurderingstemaet er gjennomgått over i kap 3.7. Momentet er svært sentralt i fastlegginga av innhaldet av *beneficial owner*, og som Furuseth uttrykkjer viser dette at det skal vere relativt enkelt å oppfylle kravet til *beneficial owner*. Dette synspunktet er eg er samd i, etter som det ikkje skal så mykje til for å påvise at ein person eller eit selskap kan bruke utbyttebetalinga.

Vidare uttrykkjer notatet at *beneficial owner*, ikkje er den same som den juridiske eigaren. Ein må finne den økonomiske eigaren, og på denne bakgrunn konkludere med kven som er *beneficial owner*. Dette viser igjen til at terskelen ikkje er så høg, når ein ikkje krev at vedkommande er både juridisk og økonomisk eigar av pengestrømmen.

Ei analyse av dei kanadiske dommane Prévost og Velcro, viser at terskelen for å oppfylle vilkåret om *beneficial owner*, er låg. I desse tilfella var det tilstrekkeleg at selskapa som påberopte seg redusert kjeldesatt, var i besittelse av inntekta og kunne nyttiggjere seg av den, i tillegg til at dei hadde risikoen og kontrollen ved pengestrømmen.

Resultatet blei, til tross for at det førelåg ei aksjonæravtale som uttrykte at selskapet måtte betale utbyttet vidare, at selskapet i begge sakene var *beneficial owner*. Ei aksjonæravtale vil i stor grad kunne påverke om selskapet får nytte midlane eller ikkje. Domstolen valde å ikkje leggje vekt på momentet, etter som selskapet ikkje var part i avtalen. Dette viser at terskelen er låg, og at det ikkje kan krevjast for mykje før eit selskap oppfyller kriteria. Dommen har som påpeikt tidlegare fått støtte av OECD, og har stor rettskjeldevekt i dette perspektiv. Dommen har også fått tilslutning av sentrale norske juridiske forfattarar som har skrivet om emnet.¹¹⁰

I ISS-1 saken frå den danske landskatteretten uttalar domstolen at:

¹¹⁰ Furuseth listar opp i Gjems-Onstad/Furuseth(2013) på s.187-189 "Prévost Car-testen", og gir uttrykk for at dommen kan takast til inntekt for kva som er gjeldande rett når det kommer til innhaldet av omgrepet.

"Som følge heraf anses udbyttmodtagere, der er agenter, mellemænd og "gennemstrømningselskaber" ikke for retmæssige ejere af udbyttet. For så vidt angår "gennemstrømningselskaber" er det dog en betingelse, at selskabet har meget snævre beføjelser, som, i relation til udbyttet, gør det til en "nullitet" eller administrator. Det forhold, at en udbyttmodtager har meget snævre beføjelser i relation til udbyttet, kan ikke i sig selv medføre, at det ikke er retmæssig ejer."¹¹¹

Domstolen gir her sterkt uttrykk for at terskelen for å oppfylle vilkåret om å vere *beneficial owner*, ikkje er så høg. Ein kan ikkje krevje at selskapet innehar mange ulike beføyelser. Det viktige er at dei har kontroll på beløpsstrømmen. Ein må sjå vekk i frå selskapet sine generelle eigenskapar. Det vil seie at selskap som berre består av å eige aksjar (holding-selskap) i eit anna selskap, kan vere *beneficial owner*.

Når ein set grensa for kor tid ein er *beneficial owner*, mellom der selskapet er ein nullitet eller rein administrator, og "alt over dette", vil dette føre til at mange selskap vil kunne få redusert kjeldesatt etter bilaterale skatteavtalar basert på prinsippa i Mønsteravtala Art.10. Dette er i samsvar med forslaget til nye kommentarar:

"... 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."¹¹²

Det kommer klart til uttrykk at dersom ein er eit reint gjennomstrøymingselskap, så er ein ikkje *beneficial owner*. I eit slikt tilfelle vil ein berre vere ein nullitet, eller administrator. Det er slike tilfelle, på linje med agentar og forvaltarar, OECD opphavleg ville ramme. Ein kan ikkje leggje terskelen noko høgare enn dette, for det vil vere i strid med formålet bak Mønsteravtala.

I ISS-1 saken var det tilstrekkeleg og konstatere at selskapet ikkje hadde vidarekanalisert beløpet. I eit slik tilfelle hadde selskapet besittelse og rådigheita over inntekta, og selskapet hadde følgjeleg kontrollen og risikoen med pengestrømmen. Ein kan likevel neppe seie at

¹¹¹ SKM.2012.121.ØLR.

¹¹² Revised Proposals paragraph 12.3.

nokon av vilkåra framtrer som klart oppfylt.¹¹³ Det er til dømes ikkje så mykje som skal til før pengestrømmen er utanfor deira risiko- dei kan i etterkant overføre beløpet til morselskapet. Dette såg ein også i Velcro-dommen der det var tilstrekkeleg at selskapet hadde risikoen og kontrollen over beløpet i 30-dagar.

Det som framstår som det sentrale etter dette er om selskapet har er i besittelse av inntekta, har rådigheit over inntekta, og om selskapet har risikoen og kontrollen over pengestrømmen. Dette er moment som mange selskap kan oppfylle, og dette medfører at ein del holdingselskap og andre liknande gjennomstrøymingsselskap, vil oppfylle vilkåret om å vere *beneficial owner*.

Dette kan for mange verke underleg, og i internasjonal litteratur har mange stilt spørsmålet om dette ikkje opnar for at fleire får redusert kjeldesatt, utan å ha krav på det etter ein slags tankegang om at ein skal unngå skatteunndraging- og omgåing. Dette vil bli behandla i kapitlet nedanfor.

¹¹³ Furuseth uttrykkjer i Gjems-Onstad/Furuseth(2013) s.195 at "ISS 1-saken viser at det ikkje kan stilles så strenge krav til det mellomliggende selskapet for at det skal være å anse som *beneficial owner* av et utbytte."

5 Er *beneficial owner* ein omgåing- eller tilordningsregel?

Det har i internasjonal teori vert diskutert om Art.10 i Mønsteravtala og implementeringa av *beneficial owner*, er meint som ein omgåingsregel eller ein tilordningsregel. Dette er eit av kjerneproblema når det kjem til tolkinga av *beneficial owner*, og dette kapittelet skal belyse kva konklusjonen bør vere.

Eit omgåingsspørsmål kan definerast som "*at en privatrettslig form utnyttes for å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med(det man antar er) skattelovgivningens formål*".¹¹⁴ Ein omgåingsregel vil søkje å hindre at skattebetalaren kan oppnå dette. Tilordning er kva skattyter som skal skattleggjast for ei inntekt eller ein kostnad.

I internasjonal skatterettsleg teori er spørsmålet omdiskutert:

”Vogel og Lehner (2008) s. 283 påpeker at konseptet er utviklet for å forhindre misbruk av skatteavtalene, men hevder at det er uten betydning om misbruk foreligger i konkrete tilfeller..”¹¹⁵

Vogel og Lehner sitt standpunkt samsvarar etter mitt syn, ikkje med historia bak *beneficial owner*. I kap.2 blei det vist til at første gongen omgrepet blei brukt i ei skatteavtale mellom to land (Storbritannia/USA1966), var det for å sikre at det berre blei gitt redusert kjeldeskatt på utbytte frå dotterselskap til morselskap, når dotterselskapet var eit ekte dotterselskap. Formålet var å hindre at konserninterne utbytteoverføringar blei skattlagt for hardt. I tillegg ville ein sikre at ein ikkje brukte agentar og forvaltar for å oppnå den reduserte kjeldeskatten, i tilfelle der den som eigentleg er mottakar av utbyttebetalinga, ikkje kan få redusert kjeldeskatt.¹¹⁶

¹¹⁴ Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 6 utgåve, 2009, s.61.

¹¹⁵ Strømstad i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.158.

¹¹⁶ Jf.kap.2.

Ein ser her at statane ikkje hadde noko misbruksaspekt i tankane, når dei tok *beneficial owner* inn i skatteavtala. WP27 hadde tilbake i 1977 heller ikkje noko fokus på misbruk når dei tok inn *beneficial owner* i Art.10. Formålet var det same som Storbritannia/USA hadde i 1966.

Vogel og Lehner meiner også at misbruksaspektet ikkje har noko å seie for bruken av *beneficial owner*. På dette punkt er eg einig med forfattarane, ein kan ikkje sei at misbruk utelukkar at ein kan oppfylle vilkåret om å vere *beneficial owner*.

På den andre sidan blir det, etter mitt syn, rart å skulle seie at då har *beneficial owner*, komt inn i Mønsteravtala for å hindre misbruk. Dersom dette var meininga med *beneficial owner*, ville det vert naturleg at ein stilte opp eit vilkår om misbruk. Etter dette kan eg ikkje seie meg einig i synspunktet om at *beneficial owner*, kom inn i Mønsteravtala for å hindre misbruk.

Ein annan måte å forstå Vogel og Lehner på, er å bruke formålet med føresegna. Formålet er som vist i kap.3.3.2 overfor, å fremme samhandel av varer og tenester, og rørsle av kapital og personar. Det er også eit formål å hindre skatteomgåing-og unndraging. Ein må likevel ikkje trekkje dette siste formålet for langt. I Indofood-dommen uttrykkjer domstolen at:

"It is worth remembering that there are many forms of treaty shopping, and not all states have a uniform view on what constitutes abuse of a tax treaty relationship. The beneficial ownership limitation is intended to counter one – particularly abusive – form of treaty shopping: by the use of agents, nominees or conduits who are mere fiduciaries. If Contracting states wish to provide more extensive anti-abuse provisions, they are at liberty to agree to put these in their treaties (and many do so, which is strong proof that the beneficial ownership limitation is of only limited scope)."¹¹⁷

Det ein kan utleie av dommen og ei generell formålstolkning, er at *beneficial owner*, ikkje er ein generell omgåingsregel. Føresegna kan ramme ein bestemt type misbruk, og det er i tilfelle det blir konstruert eit mellomledd som er ein rein administrator utan noko form for reell disposisjonsrett, for å oppnå redusert kjeldesatt etter ei skatteavtale.

I det reviderte forslaget til nye kommentarar er det skrivet ein del om temaet, og det sjåast som hensiktsmessig at heile sitatet blir attgjeve:

"The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must

¹¹⁷ Indofood[48].

automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on "Improper use of the Convention" in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific treaty anti-abuse provisions in treaties, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of "beneficial owner" deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases."¹¹⁸

Arbeidsgruppa gir klårt uttrykk for at *beneficial owner* ikkje er ein omgåingsregel. Til tross for at Art.10 ikkje er ein omgåingsregel, så kan andre generelle omgåingsreglar brukast på forholdet. Ein kan til dømes, få tilfelle der selskapet oppfyller vilkåret om å vere *beneficial owner*, etter Art.10, men at forholdet blir ramma av enten misbruksreglar i skatteavtale eller etter ein stats nasjonale rett.

Dette kan i stor grad forklarast med at terskelen for å bli sett som *beneficial owner* er låg, og at Art.10 er ein regel som ska fremme global samhandel og kapitalflyt. Formålet med føresegna er å bestemme kven som skal skattleggjast for ei bestemt inntekt. Dette støttast av Eivind Furuseth. Han uttrykker at det er ein tilordningsregel, fordi det ikkje knyt seg noko vilkår om misbruk i *beneficial owner*-vurderinga.¹¹⁹

Vann går i ein annan retning, og skriver at *beneficial owner* ikkje opphavleg var tenkt på som ein tilordningsregel. Han seier at OECD ikkje hadde tenkt på "conflicts of attribution or related issues".¹²⁰ Etter mitt syn så kan dette vanskeleg foreinast med at *beneficial owner* ikkje er ein omgåingsregel. Vann meiner at testen ein skal utføre, ved vurderinga av om skattytaren er *beneficial owner*, er om vedkommande er agent/forvaltar. Dette er etter mitt syn ein god start for vurderinga, men eg tykkjer at vurderinga kan gå vidare. Ein må stille spørsmålet; kven skal skattleggjast for denne bestemte utbyttebetalinga? Dette er etter mitt syn ikkje noko som står i motstrid til at ein må foreta ein agent/nominee-test.

Ein omgåingsregel i norsk rett er sktl. § 2-38 (5). Vilkåret for at utanlandske aksjonærar skal falle under fritaksmetoden er at dei driver "reell og etablert virksomhet" i utlandet. I kap.3.6

¹¹⁸ Revised proposals paragraph 12.5.

¹¹⁹ Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) s.200-201.

¹²⁰ Vann i Recent trends (2013) s.288.

blei det argumentert for kvifor *beneficial owner* ikkje stiller krav om substans. Det er etter dette naturleg at *beneficial owner*, er ein tilordningsregel og ikkje ein omgåingsregel. Det ein foretar ein vurdering av ved *beneficial owner*, er kven som skal skattleggast for utbyttebetalinga.

Omgrepet har blitt brukt som ein omgåingsregel i mange land, og dette har ført til ein uheldig bruk av regelen. Det har skapt uforutsigbarheit for skattebetalarane, og kan ha ført til at selskap vegrar seg for å danne selskap i utlandet, etter som dei vanskeleg kan vite om må betale kjeldeskatt etter nasjonale reglar, eller om dei får den reduserte kjeldeskatten etter skatteavtalane. Dei nye kommentarane til Art.10 vil forhåpentlegvis avhjelpe på dette.

Etter mitt syn må det etter det føreliggande rettskjeldemateriale konkluderast med at *beneficial owner*, ikkje er ein omgåingsregel, men ein tilordningsregel.

6 Avslutning

Oppgåva sitt formål er å klarleggje kva innhald ein kan leggje i *beneficial owner*. Historia bak omgrepet viser at omgrepet opphavleg var meint å ramme tilfelle der ein brukte agentar og forvaltarar som mellomledd for å få redusert kjeldes katt. Vidare har mange selskap brukt gjennomstrøymingsselskap med einaste formål å få redusert kjeldes katt, der midlane i nær tid etter mottakinga blir ført vidare til eit anna selskap, som etter Mønsteravtala ville kvalifisert som *beneficial owner*, men som kanskje ikkje har skatteavtale med det aktuelle landet om redusert kjeldes katt. Ein opprettar då selskap som oppfyller kriteria.

Grensa mellom kva omgrepet er meint å ramme, og kva som fell utanfor kan vere vanskeleg å trekke opp. Historia viser at omgrepet har blitt brukt vidt, til å ramme alle tilfelle av misbruk av skatteavtalane. Dette er feil, og ikkje formålet med *beneficial owner*. Det skal vere relativt lett å oppfylle kriteria.

Dei sentrale vurderingsmomenta er om selskapet har rett til å bruke midlane, om ein har ein kontraktrettsleg forplikting til å betale utbyttet vidare, og om ein har risikoen og kontrollen over utbyttet.

Det er viktig når nasjonale skattemyndigheiter og domstolar bruker regelen, at dei tolkar regelen i lys av formålet, og at det er meint som ein presisering til "paid...to a resident" i Art.10.1. Det må takast ei heilskapleg vurdering av saksfaktum der alle vurderingsmomenta kommer inn.

Omgrepet har fått mykje merksemd i internasjonal skatterettsleg teori. Det har vert ei rekkje rettslege tvistar om emnet, i ei rekkje ulike land. Den første saken i norsk rettshistorie står for døra, i det avhandlinga skrivast. Det viktigaste arbeidet om temaet, er OECD sine reviderte kommentarar og BEPS. Nyleg kom eit nytt diskusjonsnotat frå OECD: "BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances".¹²¹ Vegne vidare for Art.10 og *beneficial owner*, ser lysare ut enn nokon sinne.

¹²¹ Public Discussion Draft, <http://www.oecd.org/ctp/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf>, (14.Mai 2014)

OECD anbefalar gjennom diskusjonsnotatet at statane avtalar ein spesiell misbruksregel basert på "limitation-on-benefits provisions", og ein generell misbruksregel som fanger opp andre tilfelle av treaty shopping.¹²² Etter mitt syn er det viktig at OECD påpeikar dette i diskusjonsnotatet. Dette viser kor viktig det er at spesielle misbruksreglar ikkje skal brukast utover sitt bruksområdet. Det same utgangspunkt gjeld for Art.10 og *beneficial owner*, ein skal ikkje bruke regelen utover sitt bruksområde for å ramme treaty shopping generelt. Dette må ein forsøke å ramme, ved å bruke nasjonale statars misbruksreglar eller å implementere generelle misbruksreglar i skatteavtalane.

¹²² Public Discussion Draft s.5.

7 Kjeldeliste

Litteratur:

- Baker i Recent Trends (2013) "Chapter 2: United Kingdom: Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank NA" av Philip Baker, *Recent Trends* (2013).
- Bundgaard (2010) Bundgaard, Jakob "Første slag om "beneficial ownership" er udkæmpet—det endelige venter forude" av partner i Deloitte, lektor, Ph.D. publisert i SU 2010, 144 Skat Udland, Maj 2010.
- Bundgaard i Recent Trends (2013) "Chapter 6: The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as a Companion" i *Recent Trends* (2013) av Jakob Bundgaard.
- Furuseth i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) Kap. 8 i *Praktisk internasjonal skatterett og internprising: "Beneficial owner"*, av Eivind Furuseth.
- Gjems-Onstad/Furuseth (2013) Gjems-Onstad, Ole og Furuseth, Eivind(red.), *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*. (Handelshøyskolen BI 2013).
- "Internasjonale trender i selskapsskatten" (2013) Hovland, Øyvind "Internasjonale trender i selskapsskatten", *Revisjon og regnskap* nr. 8 2013 s. 54-60
- Norsk skatteavtalerett (2006) Skaar, Arvid Aage m.fl, *Norsk skatteavtalerett* (Oslo 2006).

- Recent Trends (2013) Lang, Michael mfl, *Beneficial ownership: Recent Trends*, Vienna 2013 (IBFD). Tilgjengelig som e-bok på <http://www.ibfd.org>.
- Strømstad i Gjems-Onstad/Furuseth (2013) Kap. 7 i *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*: "Kildeskatt på utgående aksjeutbytte" av Magnus Grøn Strømstad.
- Vann i Recent Trends (2013) "Chapter 19: What Does History (and Maybe Policy) Tell Us" av Richard Vann, *Recent Trends* (2013).
- Vogel (1997) Vogel, Klaus mfl, *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions, A Commentary to the OECD-, Un- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital With Particular Reference to german Treaty Practice*, Third Edition, (University of Muich 1997)
- Zimmer (2009a) Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4.utgåve (Oslo 2009)
- Zimmer (2009b) Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 6. utgåve, 2009.

Internasjonale rettskjelder:

BEPS	Base Erosion and Profit shifting (BEPS), tilgjengelig på: http://www.oecd.org/ctp/beps.htm (14.Mai 2014)
Første forslag til nye kommentarer til Art.10-12	Clarification of the meaning of " <i>beneficial owner</i> " in the OECD Model Tax Convention, <i>Discussion Draft</i> , (29.april 2011).
OECD-kommentarane	Model Tax Convention on Income and Capital, OECD Committee of Fiscal Affairs. Introduction, Model Convention, Commentaries, Paris, 22. Juli 2010.
Public Discussion Draft	"Public Discussion Draft, BEPS ACTION 6: PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES", (14.Mars til 9.April 2014). Tilgjengelig på: http://www.oecd.org/ctp/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf . (26.Mai)
Revised Proposals	"OECD MODEL TAX CONVENTION: REVISED PROPOSALS CONCERNING THE MEANING OF "BENEFICIAL OWNER" IN ARTICLE 10, 11 AND 12" (19. Oktober til 15. Desember 2012). Tilgjengelig på: http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf (5.mai 2014).

Rettspraksis:

Norge:

Rt.2011 s.1511

Rt. 2008 s.577

Canada:

Prévost førsteinstans.2008 TCC 231

2009 FCA 57 Prévost ankesak.

2012 TCC 57 Velcro-dommen.

Dommer frå Federal Court of Appeal, Canada tilgjengelig på: http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/fca-caf_eng

Dommer frå Tax Court of Canada er tilgjengelig på: http://cas-ncr-nter03.cas-satj.gc.ca/portal/page/portal/tcc-cci_Eng/Index

Danmark:

SKM.2011.57.LSR HHU-dommen.

SKM.2011.485.LSR COOK-saken

SKM.2012.121.ØLR ISS-1-saken.

Danske dommer er tilgjengelig på: <http://search.tax.dk/afg/?ownq>

England:

Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank NA [2006] EWCA Civ 158, S.T.L 1195 (Court of Appeal England/Wales). Tilgjengelig på IBFD.

Nederland:

Royal Dutch

Elektroniske kjelder

<http://e24.no/naeringsliv/oekokrim-dropper-milliarder-i-transocean-tiltale/20373813>, (5.Mai 2014).

http://www.hjort.no/transocean-sak-i-gang#.U2dO_sac8Wc (5.mai 2014).

UTV 200/1235 FIN

http://abo.rettdata.no/browse.aspx?bid=direct&s_terms=Utv%202000%201235&sDest=gUTVz2D2000z2D1235 (12.mrs kl 11.10)

8 Lister over figurer

Side 15-16: **Figur 1.** Velcro-dommen, avsagt av Tax Court of Canada 24.februar 2012.

Side 17: **Figur 2.** Prévost-dommen, avsagt 26.februar 2009 av Federal Court of Appeal.

Side 21: **Figur 3.** HHU-saken, SKM.2011.57.LSR.

Side: 29: **Figur 4.** Cook-saken, SKM.2011.485.LSR.

Side 36: **Figur 5.** ISS-1 saken, SKM.2012.121.ØLR.