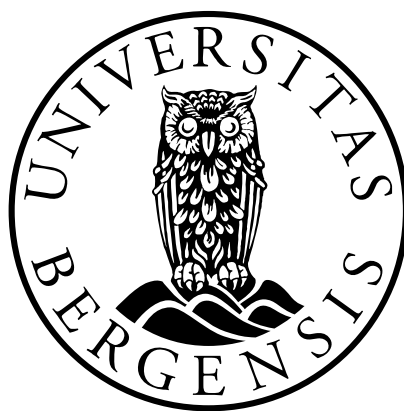


**Vilkåret «Beneficial Owner» som virkemiddel mot «Treaty Shopping» i lys av «Base Erosion and Profit Shifting» prosjektet.**

Kandidatnummer: 164

Antall ord: 13641



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 10.05.2022

## Innhold

1	Liste over forkortelser: .....	4
2	Innledning.....	5
2.1	Tema og oppgavens aktualitet .....	5
2.2	Oppgavens problemstilling.....	6
2.3	Rettskilder og metode .....	6
2.3.1	Metodisk tilnærming og tolkning av traktater i skatteavtaleretten.....	6
2.3.2	Rekkevidden av OECD kommentarene som tolkningsmoment.....	8
2.3.3	Vekten av rettspraksis og teori .....	9
2.4	Begrepsavklaring .....	10
2.4.1	“Base Erosion and Profit Shifting” (BEPS) .....	10
2.4.2	OECD MTC .....	10
2.4.3	Treaty shopping.....	11
2.4.4	Conduit companies .....	11
2.4.5	OECD LoB .....	12
2.4.6	OECD PPT .....	12
2.5	Opplegget videre.....	12
3	«Beneficial owner», begrepets innhold, og vilkår.....	13
3.1	Innledning og historisk tilbakeblikk .....	13
3.2	Ordlyden og hvordan den skal tolkes. ....	15
3.3	Begrepets ordlyd i lys av formålet og forholdet til skatteomgåelse .....	18
3.4	B.O i lys av konteksten, tilordnings- eller omgåelsesregel. ....	19
3.5	Oppsummering .....	20
4	“Beneficial owner” vurderingen.....	21
4.1	Vurderingen på overordnet plan .....	21
4.2	Vurderingen I lys av OECD kommentarene og <i>Prevøst Car dommen</i> .....	21
4.3	«to pass on the payment received» .....	23
4.3.1	Generelt .....	23
4.3.2	Er det et krav om tid .....	23
4.3.3	Foreligger det et krav om at det skal være akkurat de samme midlene .....	23
4.3.4	Samme type inntekt.....	25
4.4	«a contractual or legal obligation» .....	27
4.4.1	Overordnet.....	27
4.4.2	Formelle eller reelle forhold.....	27

4.4.3	«Facts and circumstances» .....	29
4.4.4	“Right to use and enjoy” .....	30
4.4.5	Sammenfatning.....	31
5	Utfordringen med å anvende “beneficial owner” på saker som omhandler “conduit companies” .....	32
5.1	Rettslig tilnærming .....	32
5.2	Økonomisk tilnærming .....	33
5.3	Effekten av en økonomisk tilnærming.....	34
6	Overordnet om BEPS prosjektet .....	35
7	Er det nødvendig med «beneficial owner» for å håndtere «treaty shopping» i «conduit companies» strukturer, i lys av BEPS prosjektet?.....	37
7.1	Generelt .....	37
7.2	<i>Principal Purpose Test/GAAR</i> .....	38
7.2.1	Overordnet.....	38
7.2.2	Hvordan en GAAR/PPT fungerer, med sammenligning I norsk rett. ....	39
7.2.3	«Any arrangement or transaction» .....	40
7.2.4	«A benefit» .....	41
7.2.5	«One of the principal purposes».....	41
7.2.6	«Object and purpose of the relevant provisions» .....	43
7.2.7	Sammenfatning.....	44
8	Limitation on Benefits klausuler .....	45
8.1	Formålet bak LoB klausuler og historien bak .....	45
8.2	Limitation on Benefits klausulen I OECD MTC art. 29.....	45
8.3	Vilkårene i OECDs LoB klausul .....	46
8.3.2	LoB klausuler og gjennomstrømnings strukturer.....	47
9	Mønsteravtalens nye <i>ingress</i> og dens effekt på “beneficial owner” .....	48
10	Sammenfatning og konklusjon.....	50
11	Kildeliste: .....	52

# 1 Liste over forkortelser:

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BO	Beneficial Owner
MTC	Model Tax Convention (Mønsteravtalen)
PPT	Principal Purpose Test
LOB	Limitation on Benefits test
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
NSA	Nordisk skatteavtale
RT	Retstidende
FN	Forente Nasjoner

## 2 Innledning

### 2.1 Tema og oppgavens aktualitet

OECDs mønsteravtale for mellomstatlige skatteavtaler er den mest brukte standardmalen for skatteavtaler i den vestlige verden. Mønsteravtalen ble til gjennom samarbeid og har som formål å motarbeide dobbeltbeskatning og legge til rette for effektiv drift på tvers av landegrensner.

Denne masteravhandling vil ta utgangspunkt i mønsteravtalen slik som den er per 2022. Tema er hvordan begrepet «beneficial owner» fungerer som virkemiddel mot «treaty shopping» i lys av OECD BEPS prosjekt. Dette prosjektet er særdeles viktig for hvordan de kontraherende statene som bruker mønsteravtalen skal motarbeide skatteomgåelse ved hjelp av skatteavtaler mellom ulike land.

Som følge av BEPS prosjektet ble det gjort en omfattende endring av mønsteravtalen i 2017 der både forskriften ble endret, og det ble lagt til en ny artikkel, nr. 29 som gjennomfører en minstestandard for virkemidler mot «treaty shopping», sammen med at *ingressen* til mønsteravtalen ble endret.<sup>1</sup> Denne endringen medfører at de kontraherende statene må gjennomføre enten en generell omgåelsesregel, en forenklet spesiell omgåelsesregel sammen med en generell regel, eller en detaljert spesiell omgåelsesregel sammen med nasjonale regler som tilsvarer en generell regel.

Denne endringen er basen for avhandlingens vurdering. Hvordan påvirkes «beneficial owner» begrepet, som til nå ha blitt brukt for å motarbeide uærlige «conduit companies» strukturer for å redusere eller eliminere kildeskatt på utbytte, renter og royalties.

Effekten av endringen som kom i 2017 er ennå usikker, dette begrunnes i at begrepet «beneficial owner» selv nå nesten 50 år etter at begrepet først dukket opp i mønsteravtalen er tilsynelatende uavklart.<sup>2</sup> Det har videre ikke før nå blitt gjennomført en generell PPT regel i

---

<sup>1</sup> Det legges til regler om LoB og PPT i mønsteravtalen som resultat av BEPS prosjektet, se OECD BEPS Final Report (2015).

<sup>2</sup> «Beneficial owner» dukket først opp i mønsteravtalen i 1977, men fikk ikke noe særlig betydning før etter 2003, da det manglet en forklaring hva begrepet faktisk skulle mene. I de senere årene har begrepet fått mer og mer tid i rampelyset, spesielt som et virkemiddel mot «treaty shopping».

mønsteravtalen. Vil denne endringen medføre at «beneficial owner» blir verdiløs og illusorisk, eller er det fortsatt en plass til B.O i «conduit companies» strukturer?

## **2.2 Oppgavens problemstilling**

Oppgavens hovedproblemstilling omhandler innholdet og rekkevidden av begrepet «Beneficial Owner», sett i lys av endringen av OECDs mønsteravtale i 2017, som følge av Base Erosion and Profit Shifting prosjektet, spesielt prosjektets *Action 6*. Som implementerer en ny generell minstestandard for å motarbeide «Treaty Shopping».

Det vil bli tatt utgangspunkt i hvordan begrepet «beneficial owner» er å forstå, hvordan vurderingen fungerer, og deretter hvordan BEPS prosjektet påvirker verdien begrepet har i dagens rettstilstand.

## **2.3 Rettskilder og metode**

Målet for oppgaven er som nevnt å forklare og redegjøre for hva som ligger i begrepet «beneficial owner» i skatteavtaleforstand for deretter å analysere endringen som fulgte BEPS action 6. Som følge av dette er det nødvendig å klargjøre hvordan skatteavtaler skal tolkes, hvordan retten skal identifiseres og hvordan en skal fortolke de ulike rettskildene i lys av den alminnelige metode.

### **2.3.1 Metodisk tilnærming og tolkning av traktater i skatteavtaleretten**

Tolkningen av skatteavtaler er styrt av reglene i folkeretten og spesielt av reglene i Wien-konvensjonens artikkel 31 (1). Denne artikkelen forklarer at traktater skal tolkes i lys av sin «ordinary meaning» og i «context of their object and purpose».<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Hele teksten er som følger: «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».

Skatteavtaler er bi- eller multilaterale avtaler med formål på generell basis om å forsøke å unngå dobbel skattlegging. Skatteavtalene fungerer derfor ved at de ulike statene gir fra seg rettigheter til kildeskatt til motparten av avtalen for å oppnå dette.<sup>4</sup>

Som resultat av Wien-konvensjonens art. 31 (1) er det klart at skatteavtalene skal tolkens i lys av en objektiv ordlyd, noe som medfører at formålet ikke er å finne frem til hva partene mente ved inngåelsen av avtalen. Dette medfører at ikke bare den alminnelige språklige forståelsen av begrepene er av betydning, men også de mer tekniske og allmenn forståtte betydningene av ordene må legges til grunn, jf. «the context»<sup>5</sup> Denne tolkningen har også støtte i Wien-konvensjonens art. 31 (4).<sup>6</sup>

Videre er det viktig å påpeke at tolkningen av ordlyd etter Wien-konvensjonens regler ikke utføres på samme måte som i norsk rett, der den naturlige språklige forståelsen av ordlyden skal legges til grunn. Etter konvensjonens regler skal ordlyden tolkes «in good faith», med hensyn til «context» og i lys av dens «object and purpose», som nevnt over. Dette medfører at det ikke skal gjøres noen konkret bokstavtolkning av ordlyden, men heller en mer helhetlig vurdering, der også andre momenter kan og skal vurderes.<sup>7</sup>

Da oppgaven omhandler begrepet «beneficial owner» og begrepet som nevnt over, ikke kan sies å ha en konkret definisjon i OECDs mønsteravtale, åpner det for et spørsmål om hvilket utgangspunkt en vurdering skal ha. Skal begrepet vurderes ut fra en nasjonal forståelse etter internretten til hver av de kontraherende statene, eller skal begrepet utelukkende forstås på bakgrunn av internasjonal rett.

Det følger av mønsteravtalens artikkel 3 (2) at konvensjonsbegreper skal ha den betydning det har i internretten til de ulike kontraherende statene, «unless the context otherwise requires».

Dette spørsmålet har vært oppe for diskusjon flere ganger, og «beneficial owner» har sjelden vært definert i de ulike skatteavtalene.<sup>8</sup> Likevel etter endringen av mønsteravtalen i 2014 og oppdateringen i 2017, har det blitt lagt til grunn i OECD kommentarene at begrepet

---

<sup>4</sup> Zimmer (2017) - s. 61.

<sup>5</sup> Zimmer (2017) - s. 80.

<sup>6</sup> Her kommer det frem at også en «special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended».

<sup>7</sup> Zimmer (2017) - s. 80.

<sup>8</sup> Begrepet «beneficial owner» har som regler ikke hatt en konkret definisjon i de ulike bi-laterale skatteavtalene mellom medlemsland, slik at det historisk sett har vært vanskelig å trekke ut tolkningsalternativer av skatteavtalene, slik som situasjonen har vært i OECDs mønsteravtale.

«beneficial owner» skal tolkes etter internasjonale retningslinjer og ikke etter internretten.<sup>9</sup> Dette medfører at art. 3 (2) ikke får anvendelse på tolkningen av «beneficial owner» om OECD kommentarene legges til grunn.

Som følge av dette legges det til grunn at tolkningen av «beneficial owner» vil gjøres ut fra Wien-konvensjonen regler om tolkning av internasjonale traktater.

### **2.3.2 Rekkevidden av OECD kommentarene som tolkningsmoment**

Nærmere om betydningen av OECD kommentarene, og rekkevidde ved tolkning, i lys av Wien-konvensjonen.

Det er klart at OECD kommentarene ikke bærer legitimitet som folkerettslig rettskilde, og som følge av dette er det svært usikkert hvilken vekt disse kommentarene vil få i tolkningen av skatteavtalens artikler, samt om kommentarene faktisk skal kunne falle inn under Wien-konvensjonen.<sup>10</sup>

Likevel er det slik at OECD kommentarene ofte er brukt av nasjonale myndigheter ved tolkningen av skatteavtaler og det fremstår som at mange har en felles forståelse om at kommentarene bærer vekt i vurderingen. Dette kan videre begrunnes at siden det ikke finnes noen legitime konkrete kilder utenom OECD kommentarene, blir det svært vanskelig å tolke skatteavtalene uten disse, utenom kun en konkret ordlydsvurdering av artiklene selv.

Videre kan det bemerkes at i rettspraksis er det tydelig at kommentarene har utbredt bruk, et eksempel fra norsk rett er Transocean saken,<sup>11</sup> der retten begrunnet sine vurderinger konkret i OECD kommentarene, etter å ha konstatert at begrepet «beneficial owner» ikke var forklart i NSA<sup>12</sup>. Videre påpekes det at i norsk rett at kommentarene til mønsteravtalen spiller en stor rolle i praksis og er viktige for å oppnå en ensartet tolkning av skatteavtalene.<sup>13</sup> Eksempler på denne er Rt. 2008. s. 577 Sølvik (av. 49) der det påpekes at «mønsteravtalen, og ... også kommentarene til denne, må vege tungt». Videre også i Rt. 2011 s. 1581 Dell (av. 41).

---

<sup>9</sup> OECD kommentarene (2017) til art 10 nummer 12.1: «It was intended to be interpreted in this context and *not refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country*» (min kursivering)

<sup>10</sup> Zimmer (2017) - s. 84.

<sup>11</sup> TOSLO-2011-191007

<sup>12</sup> NSA-Skatteavtale mellom de nordiske land.

<sup>13</sup> Zimmer (2017) - s. 84. - punkt. 11.2.3.



Det kan også kommenteres at flere teoretikere mener at Wien-konvensjonen i seg selv ikke er uttømmende, men må suppleres med «principles of logic and good sense»<sup>14</sup> Hvis dette legges til grunn, vil kommentarene til mønsteravtalen klart falle innenfor rekkevidden av dette.

Sammenholdt er det klart at kommentarene til mønsteravtalen brukes flittig og blir tillagt betydelig vekt i flere omstendigheter. Likevel er det viktig å bemerke at kommentarene ikke er bærer av legitimitet, er skrevet og utformet av representanter for de ulike medlemslandenes finansdepartementer.<sup>15</sup> Som følge av dette er det viktig å ikke legge kommentarene helt ukritisk til grunn.

### **2.3.3 Vekten av rettspraksis og teori**

Når vekten av rettspraksis og teori skal vurderes er det viktig å påpeke at denne type kilder etter folkeretten anses som sekundære rettskilder, med noe begrenset rettskildemessig vekt, jf. ICJ-statuetten art. 38 (1) bokstav d.<sup>16</sup>

Denne tolkningen støttes opp av Zimmer, som hevder at rettskildevekten av utenlandske dommer er omdiskutert, men at slike avgjørelser likevel kan være med på å utvikle og presisere begrepet som vil kunne være felles for alle skatteavtaler.<sup>17</sup>

Tolkningen begrunnes hovedsakelig med statssuverenitetsprinsippet, hverken en nasjonal domstol i en tredjestat eller en teoretiker burde alene ha muligheten til å påvirke innholdet i en stats forpliktelser i noen utstrakt grad.<sup>18</sup> Videre kan det påpekes at denne type rettskilder kan bli tilfeldig brukt av en rettsanvender, slik at det er tilfeldig hvilken vekt den får på et konkret spørsmål, disse to momentene taler for at en skal være forsiktig med å ilegge rettspraksis og teori for stor vekt i vurderingene som gjøres.

Til tross for dette taler hensynet til internasjonal harmonisering for å ilegge ulik nasjonal praksis, spesielt dersom den kommer fra landets høyeste instans, vekt i vurderingen.<sup>19</sup> Denne

---

<sup>14</sup> Zimmer (2017) - s. 85, det er Ward med flere som legger til grunn denne tolkning, slik at det åpner for at kommentarene til MTC kan ilegges vekt i lys av deres bakgrunn.

<sup>15</sup> Zimmer (2017) - s. 85.

<sup>16</sup> Cassese (2005) - s. 183.

<sup>17</sup> Zimmer (2017) - s. 82.

<sup>18</sup> Cassese (2005) - s.156 .

<sup>19</sup> Zimmer (2017) - s. 83.

tolkningen støttes også i norsk høyesterettspraksis gjennom uttalelsen i Rt. 2011 s. 1581 *Dell*, der Høyesterett generelt uttalte:

«Ved forståinga av skatteavtalar som byggjer på OECDs mønsteravtale, er det naturlegvis også av interesse 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.»<sup>20</sup>

## 2.4 Begrepsavklaring

### 2.4.1 “Base Erosion and Profit Shifting” (BEPS)

BEPS prosjektet ble startet av OECD for å kartlegge og produsere en plan for å oppdatere reglene som regulerer internasjonal skattlegging. Formålet med prosjektet var å produsere et nytt og oppdatert sett med regler for å sørge for at inntekt blir skattlagt der handel foregår og verdi skapes.<sup>21</sup>

Prosjektet ble startet i 2013 og fullført to år senere i 2015, mens forslagene ble gjennomført i OECDs mønsterskatteavtale i oppdateringen i 2017. BEPS prosjektet medførte at det ble produsert 13 ulike *actions* som tar for seg ulike utfordringer. I denne oppgaven er det hovedsakelig *action 6* som har relevant betydning.

### 2.4.2 OECD MTC

OECD *Model Tax Convention* eller OECDs Mønster(skatte)avtale, er en modellavtale for land som ønsker å inngå hovedsakelig bi-laterale skatteavtaler. Mønsteravtalen er resultatet av langvarig samarbeid mellom stater, og behøver konstant oppdatering for å vurdere ulike nye utfordringer som kommer som resultat av den stadige utviklingen av globaløkonomien.

---

<sup>20</sup> Zimmer (2017) - s. 83 og Rt. 2011 s. 1581 avsnitt 51.

<sup>21</sup> BEPS Project Explanatory Statement (2015) - s. 4.

### 2.4.3 Treaty shopping

«Treaty shopping» referer til tilfeller der en person eller selskap som ikke er bosatt i en kontraherende stat forsøker å oppnå fordeler som en skatteavtale gir en person eller et selskap som er bosatt eller hjemmehørende i vedkommende stat.<sup>22</sup>

Begrepet «treaty shopping» er ikke direkte brukt i OECD MTC, men kommer frem i kommentarene til mønsteravtalen, videre brukes begrepet, og defineres i BEPS prosjektet.

OECD i BEPS *Final report 2015*, definerer «treaty shopping» som et forsøk som «typically involve persons who are residents of third States attempting to access indirectly the benefits of a treaty between to Contracting States»<sup>23</sup> Med andre ord, der en person enten fysisk eller juridisk bruker sine midler gjennom ulike metoder for å unngå kildebeskatning ved hjelp av skatteavtaler mellom to eller flere land.

Denne måten å unngå kildeskatt på er ansett som lite fordelaktig, da dette fjerner muligheten for kildestaten å få skattlagt inntekten som er skapt i staten.<sup>24</sup> OECD har gjennom «Base Erosion and Profit Shifting» (BEPS) prosjektet laget en plan for en rekke minstestandarder som skal være med på å motvirke misbruk av fordelaktige skatteavtaler på måten forklart over.

### 2.4.4 Conduit companies

På et overordnet plan kan «conduit companies» eller gjennomstrømmingsselskaper beskrives som et selskap som er innskutt som en mellommann, mellom to eller flere andre selskaper, der dette selskapet betaler passiv inntekt fra en kildestat der gjennomstrømmingsselskapet har en fordelaktig skatteavtale. Et annet selskap, vanligvis et morselskap som mottar denne betalingen er hjemmehørende i en stat som direkte ikke kan benytte seg av skatteavtalen mellom gjennomstrømmingsselskapet og selskapet i kildestaten.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Jiang (2015).

<sup>23</sup> OECD BEPS Final Report (2015) section A – 17.

<sup>24</sup> OECD BEPS Final Report (2015) kommer inn på de mulige negative konsekvensene av denne type skattesvik. Eksempler som gis på mulige effekter er; færre skatteavtaler mellom land, som følge av at avtalene ikke fungerer som forventet, slik at statene ikke får skatteinntekten som de forventet, videre at skatteomgåelse på denne måten normal sett ikke var formålet med skatteavtalen.

<sup>25</sup> Jain (2012) - s. 26.

## 2.4.5 OECD LoB

*Limitation on Benefits* testen foreslått i BEPS action 6 bygger på den allerede godt utbredte praksisen i skatteavtaler med USA som part.<sup>26</sup> LoB defineres av IRS<sup>27</sup> som en:

«anti-treaty shopping provision intended to prevent residents of third countries for obtaining benefits under a treaty. Residents in a country whose income tax treaty with the United States contains a «Limitation on Benefits» article *are eligible for benefits only if they satisfy one of the tests* under the Limitation on Benefits article» (min kursivering)<sup>28</sup>

Med andre ord fungerer en LoB test som en sikkerhetsventil, som kan brukes for å finne ut av om en *resident* har rett på skatteavtalebeskyttelse.

## 2.4.6 OECD PPT

En PPT eller *Principal Purpose Test*, sikter til å sørge for at transaksjoner som gjøres med hovedformål om å oppnå skatteavtalebeskyttelse, ikke skal kunne gis slik beskyttelse.<sup>29</sup> Denne testen kan sammenlignes med den norske skatteloven § 13-2, om gjennomskjæring i skatteomgåelsestviser.

## 2.5 Opplegget videre

For å kunne svare på avhandlingens problemstilling er det nødvendig å gjøre et dypdykk i begrepet «beneficial owner», begrepets historie og hvordan det opp til nå har fungert på skatteavtaleomgåelse ved «conduit companies» strukturer. Deretter vil det gjøres en gjennomgang av resultatet av BEPS action 6. Til slutt vil det vurderes hvordan BEPS action 6 og artikkel 29 endrer dagens rettsstilstand, og om «beneficial owner» fortsatt har reell selvstendig betydning.

---

<sup>26</sup> Baker (Deloitte), samt Sasseville og Barret (2015)

<sup>27</sup> Skattemyndighetene i USA

<sup>28</sup> Tax Treaty Table

<sup>29</sup> Taboada (2015)

# 3 «Beneficial owner», begrepets innhold, og vilkår

## 3.1 Innledning og historisk tilbakeblikk

Beneficial ownership kan sees på som et konsept brukt for å bestemme om mottakeren av en viss type inntekt, normalt utbytte, renter eller royalties, er den *virkelige rettighetshaveren*<sup>30</sup> og som følge av dette kan være berettiget til de goder som følger av ulike skatteavtaler mellom land.

Begrepet i seg selv har vært utsatt for massiv diskusjon blant teoretikere og definisjonen er fortsatt per i dag ikke fullt opplyst, og kan anses som vagt og flertydig, noe som har medført at avgjørelser der tolkningen av begrepet har vært avgjørende, til en viss grad motsier hverandre.

Vilkåret «beneficial owner» ble først introdusert i OECD MTC i 1977, med formål om å treffe enkle (treaty shopping) saker der midler er betalt til en mellommann i et land omfattet av en fordelaktig skatteavtale, der denne mellommannen ikke er den reelle eieren av inntekten og er pliktet til å betale pengene videre til en tredjemann normal basert i et land som ikke har en skatteavtale med opprinnelseslandet.<sup>31</sup>

Selve begrepet ble på dette tidspunktet ikke definert konkret i MTC og kommentarene forklarte kort at «the limitations of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the *beneficial owner* is a resident of the other Contracting State” (min kursivering).<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> «Beneficial owner» er som regel oversatt til *virkelig rettighetshaver* i norsk rett. Denne oversettelsen er for eksempel brukt i Høyesterettspraksis.

<sup>31</sup> OECD BEPS Final Report (2015) Section A – 17

<sup>32</sup> OECD-kommentarene (1977) – s. 86, nr. 12.

Formålet med dette var at kildestaten skulle ha en mulighet til å nekte å redusere kildeskatten i henhold til skatteavtalen dersom mottakeren ikke hadde en tilstrekkelig tilknytning til inntekten. Slik som i tilfeller der inntekten var øremerket utbetalt til en tredjeperson.

Mønsteravtalen ble klargjort i 1995/1997, ved at ordlyden til artikkel 10,11 og 12 ble noe endret, men denne klargjøringen medførte ikke at det ble gitt noen forklaring på hva vilkåret «beneficial owner» faktisk innebærer<sup>33</sup>.

Denne manglende defineringen medførte at det ble usikkert hvordan vilkåret skulle tolkes og brukes, og som følge av dette ble kommentarene til mønsteravtalen endret i 2003. «The term «beneficial owner» is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance».<sup>34</sup> Formålet med denne endringer var at for å klargjøre meningen av ordene «paid ... to a resident» som brukt i paragraf 1 i artikkelen. Målet var å gjøre det klart at en stat ikke var pliktig å gi opp retten til skatt, kun fordi mottakeren eller mottakerne er lokalisert i en stat som har en fordelaktig skatteavtale med kildestaten.<sup>35</sup>

Det ble i det neste også inntatt en kommentar om at «a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, a very narrow powers which renders it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties».<sup>36</sup>

Det er viktig å bemerke at ordet «normally» brukes her, dette medfører at det ikke utelukkes at et «conduit company» kan være «beneficial owner» i traktatens forstand av 2003.

I 2012 ble det gjort endringer til artikkel 10 og 11 for å klargjøre språket, men formålet var ikke å endre den reelle betydningen av ordlyden. Det ble tatt inn et vilkår om at gjennomstrømmingsselskaper skulle bli nektet fordelene ved å være «beneficial owner» hvis de opptrådte på samme måte som en «agent or nominee» ville opptrådd.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 33.

<sup>34</sup> OECD-kommentarene (2003), art. 10, kommentar 12.

<sup>35</sup> OECD-kommentarene (2003), kommentar 12 til artikkel 10.

<sup>36</sup> OECD-kommentarene (2003), kommentar 12.1 til artikkel 10.

<sup>37</sup> OECD Revised Discussion Draft (2012)

Videre ble det i 2014 utgaven gjort ytterligere klargjøringer, problemstillingen med hvordan begrepet skulle tolkes ble tatt opp og det ble inntatt i kommentarene at «beneficial owner does not have the narrow technical meaning it may have under domestic law of a specific country»<sup>38</sup> Denne formuleringen løser et av de vanskelige spørsmålene om internrett eller internasjonal tolkning av skatteavtalene skulle legges til grunn.

I den siste versjonen av OECDs mønsteravtale fra 2017 ble det igjen gjort ytterligere endringer, noen som viser at OECD jobber kontinuerlig med forståelsen av begrepet «beneficial owner».

I den nye ingressen til mønsteravtalen påpekes et av hovedproblemene med skatteavtale utnyttelse, den nye innledningen står i stil med resultatet av OECDs BEPS prosjekt action 6, som arbeider for en løsning av «treaty shopping» utfordringene.<sup>39</sup>

En annen viktig endring var opprettelsen av artikkel 29, som omhandler evnen en stat har gjennom mønsteravtalen til å motvirke skatteomgåelse og «treaty shopping». Denne nye artikkelen fastsetter at en minstestandard skal iverksettes for å motarbeide skatteavtalemisbruk.

Dette medfører at det iverksettes to nye modeller for å unngå at skatteavtalemisbruk, en «principal purpose test» og en «limitation of benefits» test.<sup>40</sup> Spørsmålet som oppstår etter denne endringen er om disse to nye modellene medfører at «beneficial ownership» testen blir avleggs. Oppgaven videre vil ta for seg dette spørsmålet på overordnet nivå.

## 3.2 Ordlyden og hvordan den skal tolkes.

Da OECD MTC ikke inneholder en konkret definisjon av hva begrepet «beneficial owner» innebærer, skal man gå til den gjeldende internrett i landet der begrepet skal tolkes.<sup>41</sup> Dette medfører konkret at det er kildestatens gjeldende rett som skal legges til grunn i vurderingen om hva innholdet i begrepet er.<sup>42</sup> Dette har likevel blitt en utfordring som følge av unntaket i art. 3 (2) som forklarer at det ovennevnte kun gjelder dersom «the context otherwise requires

---

<sup>38</sup> OECD-kommentarene (2014), kommentar 12.1 til art. 10.

<sup>39</sup> OECD *Update to the OECD MODEL TAX CONVENTION 2017*.

<sup>40</sup> Buriak (2015/18) og OECDs mønsteravtale (2017) art. 29 følgende.

<sup>41</sup> OECDs mønsteravtale (2017) art. 3 (2)

<sup>42</sup> Furuseth (2013) - s. 174.

[it]». Dette betyr med andre ord at dersom sammenhengen tilsier noe annet, skal en ikke gå til internretten i kildestaten.

Dette unntaket har medført store diskusjoner opp gjennom årene om hva som ligger i ordlyden til «the context otherwise requires [it]».

OECD kommentarene fra 2017 ikke kan sies å åpne for tvil i tilfellet, det klart at det skal legges til grunn en internasjonal tolkning av begrepet.<sup>43</sup>

Når det i 2017 er klart lagt til grunn at begrepet skal tolkes i lys av internasjonal rett blir det noe enklere å legge til grunn en definisjon på bakgrunn av Wien-konvensjonens tolkningsprinsipper for tolkning av folkerettslige traktater.

Det klare utgangspunktet for tolkning av traktater er at de skal tolkes i «good faith in accordance with the ordinary meaning» av ord og uttrykk i traktaten samt i traktatens «context and in light of its object and purpose», jf. Wien-konvensjonens artikkel 31 (1).<sup>44</sup>

Formuleringen av «the ordinary meaning» i konvensjonen vil ikke nødvendigvis sikte til at det er den naturlige språklige forståelsen av begrepet som skal legges til grunn, der det finnes gjennomført allmenn akseptert juridisk forståelse skal dette legges til grunn.<sup>45</sup> Dette vil i mange sammenhenger løse de fleste utfordringer, men i spørsmålet om hva «beneficial owner» skal bety, medfører det en ny utfordring, da det som nevnt over ikke finnes en allmenn godtatt felles forståelse av hvordan begrepet skal tolkes i skatteavtalesammenheng.

Som følge av dette vil det være lurt å ta utgangspunkt i definisjoner i den leksikalske forståelsen av begrepet. Begrepet blir forklart som «an owner who is entitled to the possession and use of land or its income for his own benefit»<sup>46</sup> eller som “a person who enjoys the benefits of ownership even though the title to some form of property is in another name”.<sup>47</sup>

Den leksikalske forståelse bidrar til å utdype forståelsen av begrepet, for gjennom å trekke linjer vil man oppnå å se at det ordlyden til «beneficial owner» åpner for et konkret skille

---

<sup>43</sup> OECD-kommentarene (2017) til art. 10 nr. 12.1 åpner ikke for tvil ved at det står at ordene «paid to ... a resident» in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context ant not refer to any technical meaning that it could have had under domestic law of a specific county(in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have any precise meaning in the law of many countries)” Det er som følge av denne kommentaren ingen tvil om at det er internasjonal rett som skal legges til grunn I vurderingen av hva begrepet inneholder.

<sup>44</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 6.

<sup>45</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 6 med videre referanse til Vogel/Rust.

<sup>46</sup> Oxford Reference

<sup>47</sup> Chen (2020)



mellom hvem som er den virkelige eieren «virkelig rettighetshaver», og hvem som kun har et formelt eierskap.

For å utdype forståelsen ytterligere er det rimelig å se til internasjonal rettspraksis. I de kanadiske avgjørelsene «Prèvest» og «Velcro»<sup>48</sup>.

I Prèvest avgjørelsen som gjaldt et kanadisk selskap som delte ut utbytte til et holdingselskap i Nederland, som igjen sendte denne utbyttebetalingen videre til sine moderselskap, skulle anses som «beneficial owner» av utbyttebetalingen og på den måten få skatteavtalebeskyttelse.

I vurderingen det lagt til grunn at den som skal anses som «beneficial owner» er «the person who receives the dividends for his or hers own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received», videre at «the beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership».<sup>49</sup>

En lignende tolkning legges frem i Velcro avgjørelsen som omhandlet royalties noen år senere. Her kommer det frem at forståelsen av hvem som er «beneficial owner» etter Prèvest er «possession; use; risk; and control», samt at «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».<sup>50</sup>

Som følge av disse uttalelsene virker det rimelig å si at vurderingen av hvem som skal anses som «beneficial owner» baserer seg på om selskapet har en faktisk reell mulighet til å bruke midlene som sine egne, derav at de har fullstendig kontroll over hvordan midlene skal brukes.

Dette medfører at dersom et selskap har en reell mulighet til å bestemme over midlene vil de som regel anses som «beneficial owner».

---

<sup>48</sup> Prèvest (Canada) og Velcro (Canada)

<sup>49</sup> Prèvest av. 100.

<sup>50</sup> Velcro av. 29.

### 3.3 Begrepets ordlyd i lys av formålet og forholdet til skatteomgåelse

Som nevnt over i 2.1 følger det av Wien-konvensjonen og OECD MTC kommentarene at begreper i folkerettslige traktater skal tolkes i lys av «its object and purpose»,<sup>51</sup> samt at man skal jobbe for å unngå «double taxation» og jobbe for «the prevention of fiscal evasion and avoidance».<sup>52</sup> Videre følger det av BEPS action 6 at formålet er å unngå «treaty shopping».<sup>53</sup>

Det følger av OECD kommentarene at «a main objective of tax treaties is the avoidance of double taxation in order to reduce tax obstacles to cross-border services, trade and investments».<sup>54</sup>

Som resultat av dette er det klart at formålet til begrepet «beneficial owner» tar sikte på å forsøke å forhindre at tredjemenn utnytter skatteavtalene for å unngå rettmessig skattelegging av utbytte, royalties og renter i de tilfeller tredjemannen ikke oppnår tilstrekkelig beskyttelse. Dette kan også trekkes ut av sammenhengen i mønsteravtalens artikkel 10,11 og 12.

Denne tolkningen støttes også av Baker som forklarer:

«It is pretty clear that the BO limitation was introduced to counter treaty shopping by the channeling of the relevant income through a resident of a state with a suitably attractive treaty provision»<sup>55</sup>

Det ovennevnte må være tilstrekkelig for å legge til grunn at hovedformålet med begrepet «beneficial owner» er å virke som et middel eller tiltak mot «treaty shopping».

En må likevel merke seg at formålet trukket ut fra det ovennevnte kan sies å være forholdsvis vag, og ikke gir mer innsikt enn at utgangspunktet for rettsanvendelsen av «beneficial owner» skal ta utgangspunkt i å motarbeide «treaty shopping». Dette har grunnlag i at termen «treaty shopping» ikke refererer til et presist avklart begrep, men heller en samlebetegnelse på en rekke tilfeller med et fellestrekk. Fellestrekket er at tilfellene på en eller annen måte svekker

---

<sup>51</sup> VLCT art. 31 (1).

<sup>52</sup> OECD-kommentarene (2017) til art. 12 nr. 12-1

<sup>53</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - s. 15.

<sup>54</sup> OECD-kommentarene (2017) – s. 13 nr. 15.2.

<sup>55</sup> Baker (2007) - s. 15.

skattefundamentene i kildestaten som følge av at inntekter blir overført til en tredjestat uten skattlegging i kildestaten.

### **3.4 B.O i lys av konteksten, tilordnings- eller omgåelsesregel.**

Som nevnt over skal det i traktatstolkning tas hensyn til konteksten. Hva dette innebærer er forklart i Wien-konvensjonens art. 31 (2) og innebærer at en skal ta hensyn til traktatens øvrige tekst, fortale og vedlegg. Formålet bak dette er å sørge for at ulike traktater ikke kan tolkes mot sin hensikt og uavhengig av den totale sammenhengen.

Et annet spørsmål av betydning i denne sammenhengen er om «beneficial owner» er en tilordning eller generell omgåelsesregel.

Det følger av kommentarene til OECDs mønsteravtale at B.O er ment å presisere ordene «paid ...to», samt at begrepet skal forstås ut fra denne kontekst.<sup>56</sup> Ordlyden av «paid ...to» tilsier at det må være en viss tilknytning mellom inntekten det gjelder og mottakeren som hevder skatteavtalebeskyttelse. Dette utgangspunktet kan sies å bero på tilordningsreglene i internretten jf. MTC art. 3 (2).

Videre er det kommet frem gjennom en tolkning av domspremissene i *indofood* avgjørelsen at begrepet «beneficial owner» ikke er en generell omgåelsesregel.<sup>57</sup>

I forslaget til reviderte kommentarer fra 2012 til art. 10,11 og 12 i mønsteravtalen kommer det også klart frem at formålet bak «beneficial owner» er ikke å være en generell omgåelsesregel, men heller at begrepet fokuserer på noen konkrete former for omgåelse. Det presiseres at andre omgåelsesregler, i internretten og nå etter revisjonen i 2017 i mønsteravtalen, kan treffe andre ulike «treaty shopping» tilfeller.<sup>58</sup> Dette vil medføre at «beneficial owner» kan suppleres eller erstattes med reglene som følger av den nye art. 29, i 2017 revisjonen.

---

<sup>56</sup> OECD-kommentarene (2017) til art. 10, kommentar 12

<sup>57</sup> INDOFOOD, «*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)*» av. 48. (min kursivering)

<sup>58</sup> OECD Revised Discussion Draft (2012).

## 3.5 Oppsummering

Det er klart at kjernen i «beneficial owner» er å motvirke forsøk på «treaty shopping». Det relevante under vurderingen om begrepet kommer til anvendelse, er vurderingen om tilknytningen mellom mottaker og inntekt er tilstrekkelig, samt at de ulike skatteavtalene i noen tilfeller stiller strengere krav til tilknytning enn internrettslige tilordningsregler.

For å bli ansett som «beneficial owner» er det derfor ikke alltid tilstrekkelig å kun være eier av inntekten etter privatrettslige regler, dersom det ikke kan påvises at det foreligger tilstrekkelig realitet bak eierskapet. Ordlyden av begrepet kan antyde at momenter slik som retten til å nyte de økonomiske fordelene av inntekten, muligheten til å reinvestere og annet står sentralt i vurderingen.

Videre vil avhandlingen gå dypere inn i de sentrale retningslinjene for vurderingen av begrepet «beneficial owner».

## 4 “Beneficial owner” vurderingen

### 4.1 Vurderingen på overordnet plan

Vurderingen oppstår vanligvis når en nasjonal skattemyndighet oppdager en uregelmessighet mellom den rettslige form og den økonomiske realitet.<sup>59</sup> Kravet her er det det skjer en betaling fra selskap A som er hjemmehørende i Kildestaten (også kalt kilde-selskapet), til selskap B i hjemstaten (mottakerselskapet). Selskap B gjør deretter en ny utbetaling til selskap C som er hjemmehørende i en tredjestat som ikke har en skatteavtale med kildestaten, der selskap A er hjemmehørende.

### 4.2 Vurderingen I lys av OECD kommentarene og *Prevòst Car dommen*

Det følger av OECD-kommentarene at for å kunne bli ansett som «beneficial owner» må personen ikke være forpliktet til å overføre midlene til en tredjeperson. Det følger av kommentarene at:

«The direct recipient of the dividend is not the «beneficial owner» because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person.»<sup>60</sup>

Ordlyden stiller her opp et krav om tre ulike vilkår for at en mottaker av inntekt skal ikke skal anses som «beneficial owner». «To pass on the payment received» tilsier at mottakeren av inntekten må gjennomføre en overføring av disse midlene mottatt fra kildestaten til en annen person, vanligvis til morselskapet. Videre må overføringen av disse midlene være basert på «a contractual or legal obligation», og sist må mottakeren (gjennomstrømmingsselskapet) sin «right to use and enjoy the dividend» være begrenset av den forpliktelsen som nevnt over.

Vilkårene bygger på hverandre, og kan anses som kumulative.

---

<sup>59</sup> NOU 2016: 5 s. 64 andre av.

<sup>60</sup> OECD-kommentarene (2017) til art. 10 nr. 12.4.

I *Prevost Car*<sup>61</sup> dommen, kom spørsmålet om B.O også på spissen. Avgjørelsen gjør en omfattende gjennomgang av hva som må til for at et selskap i en gjennomstrømningsstruktur skal kunne være «beneficial owner».

Saken omhandlet et kanadisk selskap *Prevost Car Inc* som overførte inntekter som utbytte til et sitt morselskap, et holdingselskap i Nederland, *Prevost Holdings*. Dette selskapet overførte deretter utbyttet i sin helhet til sine to morselskap i Sverige, *Volvo Bussar*, og i Storbritannia, *Henlys Group plc*.

Det springende spørsmålet i denne saken var om *Prevost Holdings* kunne anses som «beneficial owner» av utbyttet mottatt fra *Prevost Car*, eller om *Prevost Holdings* kun var et gjennomstrømningselskap, slik at den reelle eier mottaker av utbyttet var de to morselskapene, *Volvo Bussar* og *Henlys Group plc*.

Retten kom frem til at holdingselskapet var å anse som «beneficial owner»

Ut fra *Prevost Car* avgjørelsen kan det utledes fire (4) vilkår som må være oppfylt for at et selskap skal kunne anses som «beneficial owner» etter OECD mønsteravtale art. 10 (2).<sup>62</sup>

- (1) Mottakeren må være i *besittelse* av utbytte/betalingen.
- (2) Mottakeren må ha *rådighet* over utbyttet/betalingen.
- (3) Mottakeren må ta på seg *økonomisk risiko* for utbyttet/betalingen.
- (4) Mottakeren må overta *kontrollen* over utbyttet/betalingen.

Disse vurderingsmomentene samsvarer godt med de vilkår som kan trekkes ut fra OECD kommentarene.

Fremstillingen videre vil gå nærmere inn på hva som skal til for at hver av de tre(fire) vilkårene er oppfylt eller ikke.

---

<sup>61</sup> CA: TaxCC/CCI, 28. april 2008, *Prevost Car Inc v. Canada*.

<sup>62</sup> *Prevost (Canada)* av. 100.

## **4.3 «to pass on the payment received»**

### **4.3.1 Generelt**

Som nevnt over må mottakeren av inntekten bruke disse til å gjennomføre utbetalinger til en person i en tredjestat, vanligvis morselskapet. Ordlyden oppstiller med andre ord et krav om at inntekten må ha blitt overført på en eller annen måte. Det kommer ikke konkret frem av ordene om det er et krav om at inntekten må overføres på samme måte som den ble mottatt.

Vilkåret reiser flere spørsmål om tolkning, først om det foreligger et tidsperspektiv. Må midlene overføres innen en viss tid, eller er dette ubetydelig for vurderingen. Er det et krav om at betalingen skal være av samme type. Slik at et selskap kan bli ansett som «beneficial owner» dersom det mottar utbytte og deretter betaler det videre som renter, samt om det har noe å si om midlene som overføres må være konstaterbart de samme.

Disse tre utfordringene vil bli nærmere diskutert under.

### **4.3.2 Er det et krav om tid**

Spørsmålet som reises her er om det går en grense for hvor lenge inntekten må ha vært hos gjennomstrømmingsselskapet før det sendes videre til morselskapet. Dersom det oppstilles en slik grense vil dette kunne åpne for at et selskap velger å holde på midlene over en viss periode og på den måten blir ansett som “beneficial owner”. Dette er etter min mening ikke en god løsning da det åpner for illojal bruk av skatteavtalene. Dette vil da stride mot formålet til mønsteravtalen. Det vil være rimelig å konkludere med at det viktige er ikke når midlene blir overført, kun at de har blitt overført.

### **4.3.3 Foreligger det et krav om at det skal være akkurat de samme midlene**

Dette spørsmålet var oppe for domstolene i *Velcro-avgjørelsen*<sup>63</sup>. Saken gjaldt et Nederlandsk selskap (heretter VIBV) som hadde lisensiert retten til immaterielle rettigheter til et annet

---

<sup>63</sup> CA: TaxCC/CCI, 24. februar 2012, *Velcro Canada Inc. v. Canada*

nederlandsk selskap (som var et holdingselskap, hetter VHBV), som deretter igjen lisensierte disse rettighetene til et Kanadisk selskap (heretter VCI).

Gjennom avtalen forpliktet VHBV seg gjennom kontrakt å overføre en andel av beløpet mottatt gjennom denne avtalen til morselskapet VIBV, innen 30 dager etter å ha mottatt pengene.<sup>64</sup>

Spørsmålet i dommen var om VHBV var å anse som «beneficial owner» av inntekten fra royalty betalingene. Spørsmålet om fungibilitet kom på spissen når det retten tok stilling til at inntekten mottatt ble blandet inn i selskapets andre midler, for deretter å bli utbetalt fra en samlekonto.

Retten påpekte i sin avgjørelse at de la vekt på akkurat dette, pengene var ikke å skille fra resten av selskapets midler og som følge av dette kom de frem til at VHBV var å anse som «beneficial owner» i dette tilfellet.

Dersom man tar direkte utgangspunkt i avgjørelsen, vil dette tale for at det er et krav om at midlene må være fullstendig adskilt fra resten av et selskaps driftsmidler.

Konklusjonen basert på argumentasjonen i dommen medfører noen motsetninger. Domstolen la som nevnt avgjørende vekt på at pengene betalt til VIBV ikke kunne skilles ut fra resten av pengene VHBV hadde på konto.

«These monies are not necessarily identified as specific monies, they may be identified as a percentage of a certain amount received by VHBV from VCI, but there is no automated flow of specific monies because of the discretion of VHBV with respect to the use of these monies.»<sup>65</sup>

Utfordringen med rettens argumentasjon over er at penger som middel er fungible. Dette medfører at det er tilnærmet umulig å skille ut de nøyaktig samme pengene ved en utbetaling. Som følge av dette vil det at retten legger avgjørende vekt på at pengene var blandet sammen med andre penger i teorien føre til en umulighet. Dersom denne argumentasjonen legges til grunn vil en sammenblanding av midler, et valg som er «completely within the control of the recipient»<sup>66</sup>, raskt medføre at «beneficial owner» begrepet uthules ved at mottakeren av

---

<sup>64</sup> Velcro (Canada) av. 2-12.

<sup>65</sup> Velcro (Canada) av. 45.

<sup>66</sup> Arnold (2013) – s. 47.



inntekten sammenblender midlene med egne, og på den måten alltid kan anses som «beneficial owner».

#### **4.3.4 Samme type inntekt**

Et annet spørsmål som reises er om mottakeren av inntekten kun kan anses som «beneficial owner» dersom betalingen til og fra vedkommende gjennomføres med samme type inntekt. I motsetning til for eksempel om inntekt mottas som royalties og utbetales som et vanlig utbytte til eier.

Mønsteravtalen og kommentarene til den gir ingen konkret anvisning for løsningen av dette spørsmålet. Gjennom en motsetningstolkning vil dette medføre at det i hvert fall ikke utelukkes at betalingene også kan gjøres i ulik form. Denne tolkningen støttes også i rettspraksis gjennom *V SA* avgjørelsen.<sup>67</sup>

I denne avgjørelsen kjøpte det luxembourgske selskapet *V SA* alle aksjene i det sveitsiske selskapet *I SA*, med lån fra sine to britiske morselskaper. Utbytter som ble betalt fra *I SA* til *V SA* ble overført som rentebetalinger i sin helhet til de to britiske morselskapene. Resultatet i rettssaken ble at *V SA* ikke kunne anses som «beneficial owner» av utbyttet fra *I SA*, selv om betalingen av utbyttet ble gjort som rentebetaling på lån.

Denne avgjørelsen åpner derfor for at det ikke har betydning om hvordan utbyttet betales videre, bare at det gjøres. Slutningen i *V SA* står dermed i hypotetisk strid med domspremissene i *Velcro* dommen ved at rentebetalingene på samme måte ikke kan skilles fra de resterende midlene til selskapet, forskjellen i avgjørelsene virker å være at i *Velcro* ble ikke alle midlene utbetalt, mens i *V SA* ble hele inntekten overført som renter.

Om resultatet i *V SA* er å anse som riktig, vil det medføre at et selskap ikke vil kunne være «beneficial owner» selv om de betaler inntekten videre gjennom en annen metode enn de mottok den.

Det kan virke som Furueth ikke er enig med dette ved at han skriver at det ikke er relevant for vurderingen om mottakeren er «beneficial owner», om han er;

---

<sup>67</sup> VPB 65.86, 28. februar 2001.

«enten rettslig eller kontraktsrettslig forpliktet til å betale utbytte videre, men da for eksempel i form av renter på lån eller andre typer kostnader. Dersom det mottatte utbytte blir benyttet til å betale selskapets løpende kostnader, er dette et moment som trekker sterkt i retning av at mottakeren av utbyttet er å anse som *beneficial owner*.»<sup>68</sup>

Denne vurderingen fra Furuseth tolkes til å begrunnes i OECD kommentarene, men den konkrete kilden er ikke enkelt funnet. Konteksten i hans tekst taler for at det er OECD kommentarene til art. 10 kommentar 12.4<sup>69</sup>

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

Tolkningen Furuseth gjør av kommentarene kan ikke nødvendigvis legges til grunn. Kommentarene forklarer at en rettslig forpliktelse til å overføre inntekt, må være tilknyttet en konkret post hos mottakeren, men kommentaren forklarer ikke at det er et krav om at inntekten må være samme type.

Ved å tolke kommentarene slik vil tolkningen passe bedre inn i ulike strukturer, mottaker og kildeselskapene er ofte eid av samme konsern, slik at konsernspissen i realiteten har mulighet til å velge og kontrollere hvordan utbetalingene fra datterselskapet skal gjøres. Både i form av tidspunkt, hvor mye som skal betales og hvordan det skal betales.

Dette medfører at hvis tolkningen til Furuseth legges til grunn, vil det være temmelig enkelt for en konsernspiss å unngå restriksjonene i «beneficial owner» vurderingen. Hensynet til å motvirke «treaty shopping» taler derfor for å også omfatte tilfeller der betaling gjøres med ulike midler.

---

<sup>68</sup> Furuseth (2013) - s. 183.

<sup>69</sup> OECD-kommentarene (2014) kommentar til art. 10 nr. 12.4. Ordlyden er uendret i 2017 versjonen av mønsteravtalen.

## **4.4 «a contractual or legal obligation»**

### **4.4.1 Overordnet**

Det følger av OECDs mønsteravtale at det foreligger et krav om at inntekten et selskap mottar fra kildeselskapet og deretter betaler videre til sitt morselskap ikke kan være forpliktet av «a contractual or legal obligation». Dersom selskapet som mottar inntekt fra kildeselskapet skal kunne anses som «beneficial owner». <sup>70</sup>

Ved å stille opp et slik kriterium skiller OECD kommentarene mellom legitime transaksjoner og illojal skatteplanlegging. Effekten blir at en forpliktelse til å overføre midlene videre medfører en sterk begrensning på den økonomiske råderetten selskapet har over inntekten. Som følge av dette vil da mottakeren få en særlig svak tilknytning til inntekten, slik at det ikke er i samsvar med skatteavtalenes formål å tilkjenne beskyttelse for å lempe kildestatsbeskatningen.

### **4.4.2 Formelle eller reelle forhold**

Når det skal vurderes om det faktisk foreligger en «contractual or legal obligation», reises det et spørsmål om hvordan dette skal vurderes. Spørsmålet begrunner seg i om det er de formelle forholdene som skal legges til grunn, altså om det faktisk foreligger en konkret avtale eller rettslig forpliktelse, eller om det er de faktiske reelle forholdene, som skal legges til grunn i vurderingen.

Med de reelle forhold siktes det til tilfeller der det gjennom en undersøkelse avdekkes at selskapet som mottar inntekten reelt sett er forpliktet til å sende inntekten videre, eller har en faktisk redusert tilknytning til inntekten selv om det ikke foreligger en konkret formell avtale. På den andre siden vil en vektlegging av det formelle aspektet medføre at det kun er de eventuelle rettslige bånd på mottakerens råderett som er relevant for vurderingen.

---

<sup>70</sup> OECD-kommentarene (2017) til art. 10 nr. 12.4.

Under denne vurderingen virker det som OECD har valgt å i utgangspunktet legge avgjørende vekt på den faktisk formelle vurderingen. Den norske *Transocean*<sup>71</sup> avgjørelsen kan være med på å belyse dette.

I avgjørelsen overførte datterselskapet *Transhav (TOHA)* utbytte til et holdingselskap *THAV* i Danmark, som deretter overførte pengene videre til sine morselskap *TOIVL* og *TOL* basert på Cayman-øyene.<sup>72</sup> Selskapet oppnådde ved å strukturere betalingene på denne måten en besparelse på 412 millioner NOK, i kildeskatt.

Spørsmålet i saken var om TOHA, holdingselskapet i Danmark var å anse som *virkelig rettighetshaver*<sup>73</sup> slik at Norge skulle gi avkall på kildeskatten i henhold til NSA art 10.3. Dersom TOHA ikke var B.O ville det medført 25% kildeskatt på utbytte mellom Norge og Cayman-øyene.

Resultatet i dommen ble at tingretten kom frem til at THAV ble anset som *den virkelige rettighetshaveren* til utbyttet fra TRANSHAV, selv om konsernledelsen i Cayman-øyene hadde den faktiske kontrollen over utbytteutdelingene fra de to underordnede selskapene i Norge og Danmark, og det ikke var tvil om at «TOHA var å betrakte som et selskapsrettslig redskap, som var under full styring og kontroll av konsernspissen», selv om det var «*uomtvistet at det ikke forelå noen kontraktsrettslig eller annen selskapsrettslig forpliktelse til å videreutdele utbyttet*», noe som medførte at THAV hadde «*full selskapsrettslig autonomi, og i utgangspunktet stod fritt til å disponere over midlene*»<sup>74</sup>

Det ble av tingretten lagt avgjørende vekt på daværende OECD<sup>75</sup> kommentarer og at TOHA ikke var rettslig forpliktet til å overføre utbyttet til aksjonærene.

Som følge av dette holder det for et konsernselskap å sørge for at de unngår formelle avtaler, vedtektsbestemmelser og lignende som pålegger mottaker å videreutdele inntekter mottatt fra kildestaten og samtidig sørger for å ha tilstrekkelig stemmerett under en eventuell generalforsamling.

---

<sup>71</sup> TOSLO-2011-191007

<sup>72</sup> TOSLO-2011-191007

<sup>73</sup> Tingretten legger til grunn at *virkelig rettighetshaver* og «beneficial owner» sikter til samme begrep.

<sup>74</sup> Min kursivering.

<sup>75</sup> OECD kommentarene (2014) til art. 10, kommentar 12.4

Med andre ord, så lenge utbytteutdeling holder seg innenfor rammene av vanlig konsernstyring, vil ikke opplegget havne i risiko under dette vurderingsmomentet. Dette medfører at det ikke skal særlig mye til for å bli ansett som «beneficial owner» etter dette kriteriet.

#### **4.4.3 «Facts and circumstances»**

Dersom forståelsen i 4.4.2 legges til grunn, tilsier dette at det er et absolutt krav om at mottakeren av inntekten må være rettslig forpliktet til å videreutdele inntekten, om vedkommende ikke skal kunne bli ansett som «beneficial owner» etter OECD kommentarene. Spørsmålet som reises er derfor om det også uten en konkret rettslig forpliktelse også i noen tilfeller kan medføre at et selskap kan falle utenfor begrepets rekkevidde.

Hvis kravet om rettslig forpliktelse ikke er å anse som absolutt, vil dette medføre at rekkevidden til «beneficial owner» som virkemiddel mot «treaty shopping» er betydelig større enn hva OECD-kommentarene synes å forutsette.<sup>76</sup>

Videre kommer det frem av OECD-kommentarene at, i de tilfeller der mottakeren av inntekten er ikke «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»<sup>77</sup>

Denne uttalelsen tilsier at det ikke er mulig å bli ansett som «beneficial owner» dersom det foreligger en rettslig forpliktelse. Likevel virker det som OECD-kommentarene i samme kommentar åpner opp for at denne rettslige forpliktelsen ikke nødvendigvis må være formell.

«Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of *facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person.*»<sup>78</sup>

Spørsmålet som reises er hvordan en vurdering basert på «facts and circumstances» faktisk innebærer. Det kan sies å være to relevante muligheter, det første er å forstå kommentarene som et bevismiddel, der det generelle bevistemålet er «facts and circumstances», eller så kan

---

<sup>76</sup> Denne tolkningen kan trekkes ut fra OECD-kommentarene (2017) til art.10 nr. 12.5, som påpeker at «the concept «beneficial owner» deals with some forms of tax avoidance, it does not deal with other cases of abuses.»

<sup>77</sup> OECD-kommentarene (2017) til art. 10 kommentar 12.4.

<sup>78</sup> OECD-kommentarene (2017), art. 10 kommentar 12.4 (min kursivering).

kommentarene forstås som et alternativt grunnlag for å bevis at mottakeren av inntekten ikke er «beneficial owner». Det sistnevnte alternativet kan neppe være meningen med ordlyden, da en slik forståelse ville gitt «beneficial owner» en svært stor rekkevidde.<sup>79</sup>

Dersom denne mer restriktive tolkningen av kommentarene legges til grunn, vil det likevel ikke medføre at kravet om en rettslig forpliktelse er absolutt. Dette er også hva arbeidsgruppen la til grunn når kommentarene skulle revideres.

«the Working Party concluded that the sentence was appropriate because contracts and formal legal obligations may not always reflect reality and this was therefore an area where it was appropriate to look at facts and circumstances.»<sup>80</sup>

Som følge av dette er det rimelig å legge til grunn at selv om det ikke foreligger en formell rettslig forpliktelse, kan et selskap settes ut av betraktning dersom omstendighetene rent faktisk tilsier at partene opptrer på grunnlag av en rettslig forpliktelse.

Eksempelvis kan dette være at et selskap konsekvent og gjentatt gjennomfører utbetalinger til en tredjemann.

#### **4.4.4 “Right to use and enjoy”**

Det tredje og siste vilkåret etter mønsteravtalen er at mottakeren må ha rett til å råde over eller nyte de økonomiske fordelene som følger av en inntekt. Dette vilkåret korrelerer godt med kravet om *rådighet* over inntekten som følger av Prevost dommen<sup>81</sup>. Vilkåret i seg selv kan ikke sies å ha så stor selvstendig betydning, da en eventuell rettslig forpliktelse automatisk svekker råderetten til et selskap.

Likevel har det i 4.4.3 blitt bekreftet at kravet til formell rettslig forpliktelse ikke er absolutt, og dette *rådighetsvurderingen* kan i tilfeller som nevnt der komme på spissen som en slags sikkerhetsventil der tolkningen av retningslinjen «facts and circumstances» blir tatt for langt.

---

<sup>79</sup> Vallada (2015) - VI-E

<sup>80</sup> OECD Revised Discussion Draft (2012)- til kommentar 12.4.

<sup>81</sup> Et av de viktige vurderingsmomentene i dommen var at en må «determine who has recieved the payment for his or her own use and enjoyment»- Prévost (Canada) av. 100.

#### **4.4.5 Sammenfatning**

Dersom mottakeren av en inntekt skal kunne anses som «beneficial owner» etter reglene i OECDs mønsteravtale, må han ikke være rettslig forpliktet til å overføre midlene videre til en tredjeperson.

Alt tatt i betraktning må det antas at det gjelder et unntak for tilfeller der overføringen av midler skjer gjennom løpende betalinger til en tredjemann, eller annen konstaterbar gjentakende handling. Slik at det er mulig å se et konkret mønster.

Spørsmålet videre i oppgaven omhandler hvilke utfordringer som OECDs mønsteravtale har når det kommer til anvendelsen av «beneficial owner» på gjennomstrømningsstrukturer, og hvordan eller om rettstilstanden endrer seg som følge av BEPS action 6 og den nye artikkel 29 i mønsteravtalen.

# 5 Utfordringen med å anvende “beneficial owner” på saker som omhandler “conduit companies”

Kan egentlig reglene om «beneficial owner» som brukt i OECDs mønsteravtale faktisk anvendes i saker som omhandler «conduit companies».

## 5.1 Rettslig tilnærming

Måten en skattlegger selskaper for sin inntektsskatt avhenger mye av hvordan forholdet mellom selskaper og selskapets aksjonærer anses.

Fra et juridisk perspektiv ser man på selskapene som en juridisk person, med de samme rettighetene som privatpersoner. Dette stammer fra ideen om «entity theory»<sup>82</sup> Med andre ord er et selskap en juridisk enhet helt fraskilt sine eventuelle eiere eller aksjonærer. Dette medfører at et selskap kan eie egen eiendom, gå til sak, bli saksøkt og inngå kontrakter i eget navn, helt uavhengig av aksjonærene.

Dette medfører at fra et rettslig synspunkt kan selskaper være *virkelig rettighetshaver* av sine eiendeler og inntekter, som følge av at de er separert rettslig fra sine aksjonærer.

Et godt eksempel som illustrerer denne tankegangen, er aksjelovens §§ 1-1 og 1-2 i norsk rett. En aksjeeier eller deltaker er adskilt fra selskapet i sin helhet. Både «overfor kreditorene»<sup>83</sup> og gjennom at «deltakerne [ikke] har personlig ansvar for selskapets forpliktelser»<sup>84</sup>.

Dette medfører at aksjeeierne ikke på noen måte kan identifiseres med selskapet som en enkel enhet, og som følge av dette må selskapet ha evne til å eie og forvalte sine egne eiendeler.

---

<sup>82</sup> «Entity theory» eller «separate entity theory» defineres som at all «business activity conducted by any company or limited liability business is separate from that of its owners» jf. Hayes (2021)

<sup>83</sup> asl. § 1-2

<sup>84</sup> asl. § 1-1



## 5.2 Økonomisk tilnærming

Den økonomiske tilnærmingen tilsier at forholdet mellom selskaper og deres aksjonærer forutsetter at skattleggingen av selskapet skal sammenholdes sammen med skattleggingen av selskapets aksjonærer. Dette medfører at i lys av denne tilnærmingen vil ikke selskapet anses som totalt økonomisk separert fra sine aksjonærer.

Hvis dette legges til grunn kan ikke et selskap anses på noen måte å være *virkelig rettighetshaver* av noen av sine verdier, da aksjonærene i sin egenskap av aksjonærposisjonen vil ha den overordnede kontroll.

I både *Aiken Industries*<sup>85</sup> og *N Ag*<sup>86</sup> kan avgjørelsens synspunkter tale for at tolkningen av «beneficial owner» i OECDs mønsteravtale skal gjøres fra en økonomisk tilnærming. Dette vil i så fall medføre at det foreligger en motstridende sammenheng mellom OECD praksis og virkeligheten. Etter dette perspektivet vil ingen selskaper kunne bli ansett som «beneficial owner» etter OECDs mønsteravtale.

*Aiken Industries* gjaldt en sak der et selskap fra Bahamas finansierte sitt heleide amerikanske datterselskap med det lån på 2,25 millioner USD, som deretter utstedte et gjeldsbrev for denne forpliktelsen. Det forelå ingen skatteavtale mellom landene og som følge av dette ble et nytt selskap opprettet i Honduras. Gjeldsbrevet ble derfor overført til det nye selskapet i bytte mot ni (9) nye gjeldsbrev pålydende USD 250 000 hver. Spørsmålet ble derfor om det nye selskapet i Honduras hadde rett på skatteavtalebeskyttelse.

Når avgjørelsen ble lagt frem var ikke begrepet «beneficial owner» tatt inn i OECDs mønsteravtale eller i skatteavtalen mellom USA og Honduras, men retten tolket avtalen mellom landene og kom frem til at ordlyden av «received by» i skatteavtalen skulle forstås som:<sup>87</sup>

«As [utilised] in the context of article IX, we interpret the terms —received by‖ to mean interest received by a corporation of either of the contracting States as its own and not with the obligation to transmit it to another. The words —received by‖ refer not merely to the obtaining of physical possession on a temporary basis of funds

---

<sup>85</sup> *Aiken Industries Inc v Commissioner of Internal Revenue*

<sup>86</sup> *N AG v Regional Tax Officer for Upper Austria*

<sup>87</sup> *Aiken Industries Inc v Commissioner of Internal Revenue* 56 TC 925 (1971) s. 933.

representing interest payments from a corporation of a contracting State, but *contemplate complete dominion and control over the funds.*» (min kursivering)

Retten brukte ordene «complete dominion and control» noe som tilsier at dersom et selskap skal kunne nyte fordelene av skatteavtalen må mottakeren av inntekten være en person som har rett på inntekten fra et økonomisk ståsted.<sup>88</sup>

Den samme ideen følger av *N ag* saken, noe som igjen tilsier at vurderingen skal baseres på en økonomisk tilnærming, og ikke en juridisk tilnærming.

### 5.3 Effekten av en økonomisk tilnærming

Skatteavtaler er traktater basert på finanspolitiske holdninger, og som følge av dette basert en materiell økonomisk forståelse, dette er begrunnet med at statene ønsker å sørge for at skattefordelene avtalene gir kun skal være tilgjengelige for beboere i de ulike landene. Som tidligere nevnt er selskaper juridiske personer, som ikke kan identifiseres med sine aksjonærer, selskapene bruker aksjonærer for å tjene penger, men aksjonærene har ingen direkte kontroll over selskapers handlinger. Som følge av dette vil det være korrekt å skatlegge inntekt på aksjonærnivå i stedet for på selskapsnivå. Dette medfører at OECDs konkrete valg om å åpne for at selskaper kan nyte skatteavtalebeskyttelse virker motstridene.<sup>89</sup>

Ved at OECDs mønsteravtale krever i art. 10,11 og 12 at mottakeren av inntekt er «beneficial owner», etter forklaringen ovenfor vil dette teknisk sett være en umulighet.

Til tross for dette er det gjennom OECDs «Conduit Companies Report»<sup>90</sup> og gjennom mønsteravtalens kommentarer åpnet for en slik tilnærming.

Spørsmålet videre blir derfor om begrepet «beneficial owner» fortsatt har betydning som virkemiddel mot «treaty shopping», gitt at det legges til grunn at begrepet faktisk kan brukes, etter at endringen av mønsteravtalen 2017 etter BEPS prosjektet innførte en minstestandard for omgåelsesregler i skatteavtalene.

---

<sup>88</sup> Jain (2012) – s. 45.

<sup>89</sup> Jain (2012) - s. 36.

<sup>90</sup> OECD Conduit Companies Report (1986).

## 6 Overordnet om BEPS prosjektet

«Base Erosion and Profit Shifting» prosjektet ble ferdigstilt i 2015 med BEPS Final Report, og reglene som ble foreslått i denne rapporten ble iverksatt i OECDs mønsteravtale versjon 2017.

Det følger av innledningen til prosjektet at et av de viktigste formålene med arbeidet er å lage nye retningslinjer for å motarbeide misbruk av skatteavtaler, som igjen er temaet i prosjektets *action 6*, der OECD påpeker at skatteavtalemisbruk, spesielt «treaty shopping» er et av de viktigste momentene av betydning i BEPS prosjektet<sup>91</sup>

Arbeidet med *action 6* har medført at OECD innfører nye *anti-abuse* regler som har som formål å beskytte stater mot misbruk av skatteavtaler, og de nye reglene medfører større fleksibilitet i utførelsen, i motsetning til mønsteravtalen slik den var å forstå ut ifra 2014 utgaven.<sup>92</sup>

De nye reglene medfører tre (3) konkrete endringer/tillegg til mønsteravtalen. Først og fremst legges det til et krav i ingressen om at skatteavtaler, enten bi-laterale eller multi-laterale, skal gjøre det klart at statene som blir med i en slik anordning;

«intend to avoid creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty shopping arrangements»<sup>93</sup>

Dette medfører at det skal bli et overordnet poeng at et av formålene med skatteavtalen skal være å motvirke slike anordninger, noe som er viktig med tanke på endring to og tre.

Videre legges det opp til at en «specific anti-abuse rule, the limitation-on-benefits (LOB) rule» skal gjennomføres i mønsteravtalen. Denne regelen skal begrense skatteavtalebeskyttelse til organisasjoner som møter konkrete betingelser. Disse betingelsene bygger på ulike regler har som formål å sørge for at organisasjonene som mottar fordeler gjennom skatteavtalene har tilstrekkelig tilknytning til hjemstaten.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - s. 9.

<sup>92</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - s. 9.

<sup>93</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - s. 9. og s. 92.

<sup>94</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - s. 9.

Den tredje endringen er at det tilføyes en overordnet regel som er ment å treffe tilfeller av avtalemisbruk som LOB regelen ikke nødvendigvis omfatter. Denne regelen er mer generell og er basert på «the principal purposes of transactions or arrangements», også kjent som en PPT-test. I denne testen blir det vurdert om hovedformålet med transaksjonene er å sørge for å oppnå skatteavtalebeskyttelse, og dersom dette viser seg å være tilfellet, skal fordelene med skatteavtalen nektes.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - s. 9.

# 7 Er det nødvendig med «beneficial owner» for å håndtere «treaty shopping» i «conduit companies» strukturer, i lys av BEPS prosjektet?

## 7.1 Generelt

Som forklart over, har “beneficial owner” testen original gått fra å være en inntektsfordeling regel, til å bli en snever anti misbruksregel hovedsakelig brukt på gjennomstrømmingsselskapsstrukturer, for å forhindre skatteavtalemisbruk.<sup>96</sup>

Selv om B.O har ofte blitt anvendt for å ekskludere mange gjennomstrømmingsselskapsstrukturer fra skatteavtalefordeler, er det ingen konkrete holdepunkter for at formålet var å ekskludere slike strukturer fra fordelene skatteavtalene medførte, da gjennomstrømmingsselskaper er en egen juridisk person og ikke kan anses som klassiske *agents* eller *nominees*<sup>97</sup>. Dette medfører at som en separat juridisk person skal disse selskapene og strukturene uansett skattlegges på normal måte, men gjennom ulike fradrag og andre ordninger er det liten sannsynlighet for at det blir dobbel skattlegging.<sup>98</sup>

På den motsatte siden av vurderingen er det spørsmål om B.O kan brukes for å håndtere skatteavtalemisbruk i tilfeller som omhandler gjennomstrømmingsselskapsstrukturer. Det er klart at det foreligger markant risiko for skatteunndragelse gjennom «treaty shopping», men OECD har selv nevnt i *Conduit Companies Report* at B.O ikke klarer å motvirke annet enn de mest grunnleggende gjennomstrømningsstrukturene.<sup>99</sup>

Dette sammenholdt med at B.O teknisk sett ikke kan brukes for å motarbeide slike selskapsstrukturer, se punkt 5.3. Blir spørsmålet om de nye anti-misbruksreglene inntatt i OECDs mønsteravtale artikkel 29, sammen med den nye *ingressen* til OECDs mønsteravtale,

---

<sup>96</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 341.

<sup>97</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 343.

<sup>98</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 343.

<sup>99</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 343.

medfører at B.O ikke lenger har noen særlig verdi i motarbeidelsen av skatteavtalemisbruk gjennom slike selskapsstrukturer.

Som følge av BEPS action 6 ble det i 2017 lagt til en ny artikkel i mønsteravtalen og ingressen ble endret, der det legges til grunn at statene skal gjennomføre en såkalt minstestandard for anti-misbruk, gjennom at statene må gjennomføre en av de følgende i sine skatteavtaler:<sup>100</sup>

(1) En *Principal Purpose Test*;

(2) En kombinasjon av en (forenklet) *Limitation on Benefits* klausul og en *PPT* regel; eller

(3) En detaljert *Limitation on Benefits* klausul komplimentert med andre konvensjonsbaserte eller nasjonale anti-gjennomstrømningsselskaps regler.

Formålet med disse nye reglene var å sørge for at traktatstatene har tilstrekkelige virkemidler for å fange opp i tilfeller som tidligere ikke ville falt inn under B.O.

I det følgende vil det gås gjennom de PPT og LoB klausulene, og det vil gjøres et forsøk på å se hvordan reglene vil påvirke effekten og fremtiden til «Beneficial owner» på gjennomstrømningsstrukturer. Samtidig vil det også gjøres et forsøk på å vurdere effekten av den endrede *ingressen* til mønsteravtalen i samme stil.

## **7.2 *Principal Purpose Test/GAAR***

### **7.2.1 Overordnet**

Gjennom BEPS prosjektet ble det lagt frem et forslag om å gjennomføre en *principal purpose test* med hovedformål om å treffe tilfellede av *treaty shopping* mønsteravtalen per nå ikke treffer.<sup>101</sup> Denne testen nå tatt inn i OECD MTC art. 29.9,<sup>102</sup> er en generell anti-misbrukshjemmel som kan brukes for å hindre at uærlige transaksjoner med skattefordeler som formål, oppnår skatteavtalebeskyttelse. BEPS action 6 final report stadfestet at denne

---

<sup>100</sup> Da Silvia (2018) punkt. 8.2.

<sup>101</sup> Buriak (2015/18) punkt. 2.1.1.

<sup>102</sup> OCEDs mønsteravtale (2017) art. 29.9.

type regel har evnen til å forhindre visse situasjoner der en person/selskap forsøker å omgå de begrensninger skatteavtalen har satt.<sup>103</sup>

## **7.2.2 Hvordan en GAAR/PPT fungerer, med sammenligning I norsk rett.**

Ordlyden av regelen i MTC art. 29.9 lyder:

«Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement.»<sup>104</sup>

Ut fra ordlyden til paragrafen kan det trekkes frem fire vurderingsmomenter for å kunne vurdere om reglen kan anvendes på den gjeldende saken; (1) Det må være snakk om «any arrangement or transaction», (2) det er et krav om saken må omhandle «a benefit» i en skatteavtale, (3) skattefordelen transaksjonen eller tilordningen gir, må være «one of the principal purposes» av handlingen, og (4) dersom handlingen har skattefordeler som hovedformål kan dette ikke være i samsvar med «the object and purpose of the relevant provisions».

Disse fire vilkårene overlapper med den nåværende «beneficial owner» vurderingen, og kan være med på å svekke den fremtidige verdien til «beneficial owner» som virkemiddel mot «treaty shopping». Dette vil bli nærmere forklart under.

---

<sup>103</sup> OECD BEPS Final Report (2015) - paragraf 5-6.

<sup>104</sup> OCEDs mønsteravtale (2017) art. 29.9

### 7.2.3 «Any arrangement or transaction»

Etter kommentarene til artikkel 29.9 kommer det frem at ordlyden til «any arrangement or transaction» skal tolkes bredt og at det inkluderer «any agreement, understanding, scheme, transaction or series of transactions, whether or not they are legally enforceable»<sup>105</sup>.

Dette medfører at bruken av PPT regelen er tilnærmet åpen for bruk på alle mulige scenarier av uærlig skatteavtalemisbruk. Noe som støttes opp av formålet bak BEPS prosjektet.<sup>106</sup> Dette er også spesielt viktig for å sørge for at den nye omgåelsesregelen faktisk får anvendelse.

I lys av vurderingsmomentene til «beneficial owner» vurderingen medfører en inkludering av en PPT regel en kraftig utvidelse av virkeområdet til omgåelsesregelen. Det er ikke lenger et krav om at transaksjonen oppfyller vilkårene i art. 10, 11 og 12, slik som å sende betalingen videre til en tredjemann, eller at betalingen er rettslig forpliktet.

Så lenge det er snakk om en transaksjon eller selskapsstruktur vil en stat nå kunne gjennomføre en PPT test. Dette reiser et spørsmål om i hvilken rekkefølge testene skal gjøres, eller om det holder med å kun gjennomføre en PPT. I gjennomstrømningsstrukturer (conduit companies) er det en klar overlapping.

I mønsteravtalen virker det som det legges opp til at en først skal vurdere om «beneficial owner» kan anvendes på scenarioet, for deretter å vurdere om transaksjonstrukturen bryter med PPT regelen.<sup>107</sup> Denne tolkningen har også støtte i kommentarene til art. 10, 11 og 12.<sup>108</sup>

Som følge av dette er det rimelig å anta at «beneficial owner» vil fortsatt være med på å begrense i hvert fall noen av gjennomstrømningsstrukturer, men hvis en ser på kommentarene til den nye PPT regelen i mønsteravtalen, ser en raskt at dette ikke egentlig er tilfellet.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> OECD-kommentarene (2017) Full Version kommentarer til art. 29.9 kommentar 177 (C (29)-88

<sup>106</sup> OECD BEPS Final Report (2015)

<sup>107</sup> OECD-kommentarene (2017) Av. 175, kommentarer til art. 29.9.

<sup>108</sup> OECD-kommentarene (2017) FV, kommentar 12.5 til art. 10. “The provisions of article 29 and the principles put forward ... will apply to prevent abuses, including treaty shopping situations where the recipient is the beneficial owner of the dividends.”

<sup>109</sup> OECD-kommentarene (2017) FV, kommentar 187 til art. 29.9 i mønsteravtalen 2017. Eksemplene viser oss at implementeringen av PPT regelen medfører en reell begrensning av «beneficial owner» sin verdi i conduit companies strukturer. Danon (2020). Punkt 15.3.2.



#### **7.2.4 «A benefit»**

Kravet om en fordel eller «benefit» gjør det klart at den disposisjonen som gjøres må føre til en begunstiging for skatteyder, og er en viktig del av prosessen når det skal vurderes om disposisjonen er å klassifisere som misbruk av skatteavtalen.

Begrepet «benefit» under OECDs PPT inkluderer alle tilegninger «in respect of income or capital», spesielt henvises det til «all limitations (e.g. a tax reduction, exemption, deferral or refund) on taxation imposed on the State of source under Articles 6 through 22 of the Convention, the relief from double taxation provided by Article 23, and the protection afforded to residents and nationals of a Contracting State under Article 24 or any other similar limitations»<sup>110</sup>

Begrepet henviser til formålet med å skaffe seg en fordelaktig skatteposisjon, ved hjelp av en eller flere skatteavtaler, gjennom ulike selskapsstrukturer.<sup>111</sup> Dette medfører at en må analysere fordelene som er omtvistet for å kunne forsøke å finne frem til det subjektive målet til skattyteren. Med andre ord, dersom disposisjonen som er gjort ikke medfører en fordel i regi av en skatteavtale, vil det ikke være nødvendig å bruke den generelle anti-misbruksregelen som PPT er på saken.

Dersom det er klart at en skatteyder gjennom sine disposisjoner får en fordel/ «a benefit», medfører det at en må vurdere om denne skattefordelen var «one of the principal purposes», som begrunner handlingen gjort.

#### **7.2.5 «One of the principal purposes»**

Vurderingens subjektive element, som forklarer at skatteavtalefordel ikke skal gis til en person dersom «obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction»<sup>112</sup>

Kriteriet «principal purpose» eller direkte oversatt «hovedformålet» tilsier at det er skatteyderens subjektive formål med transaksjonen som har betydning for vurderingen. Det er

---

<sup>110</sup> BEPS action 6 Final report - s. 56 av. 7.

<sup>111</sup> BEPS action 6 Final report - s. 56 av. 7.

<sup>112</sup> OECDs mønsteravtale (2017) art. 29.9.

likevel ikke et krav etter mønsteravtalen at skattefordelen oppnådd med transaksjonen var det viktigste formålet, det er tilstrekkelig med at skattefordelen var en av hovedformålene.<sup>113</sup>

Dette formuleringen samsvarer godt med omgåelsesregelen i norsk rett, skatteavtaleloven § 13-2, som krever at «hovedformålet» med disposisjonen var å oppnå en skattefordel, der skattefordelen må være «klart større» enn andre motiver eller formål som kan ligge bak disposisjonen.<sup>114</sup> I motsetning til OECD art. 29.9 vil derimot vurderingen av om formålet til disposisjonen i norsk rett er skatt, bygge på en objektiv vurdering, i motsetning til en subjektiv vurdering slik som i mønsteravtalen.<sup>115</sup>

Utfordringen med at vurderingen i OECDs PPT vurdering er subjektiv, er klar, det er vanskelig å bevise hvilket formål som en person subjektivt la til grunn ved gjennomføringen av disposisjonen, noe som medfører et vanskelig beviskrav for myndighetene.<sup>116</sup>

OECD har gjennom å formulere kravet til å være «one of the principal purposes» forsøkt å motvirke denne utfordringen. Ved å legge opp til at det holder med at en av hovedformålene er tilstrekkelig for å nekte skatteavtalebeskyttelse, blir det enklere å konkludere med at regelen får anvendelse.<sup>117</sup>

Ved å bruke vurderingen om «one of the principal purposes» i en sak som gjelder en gjennomstrømningsstruktur, vil det være vanskelig å komme frem til en annen konklusjon at et av hovedformålene med å sende inntekter gjennom et eller flere selskaper i land med fordelaktige skatteavtaler, er å oppnå en skattefordel.

Spesielt i tilfeller som til nå har vært hovedsakelig omfattet av «beneficial owner» vurderingen vil nå gjennom PPT testen enklere falle inn under PPT vurderingen, og skatteavtalebeskyttelse vil kunne nektes på et større spekter.

---

<sup>113</sup> OECD-kommentarene 2017 FV, kommentar til art. 29.9 kommentar 180. «The reference to «one of the principal purposes» in paragraph 9 means that obtaining the benefit under a tac convention need not be the sole or dominant purpose of a particular arrangement or transaction. It is sufficient that atleast one of the principal purposes was to obtain the benefit».

<sup>114</sup> Prop. 98 L (2018-2019) pkt. 14-3.

<sup>115</sup> Prop. 98 L (2018-2019) pkt. 14-3.

<sup>116</sup> Buriak (2015/18) - 2.2.3. og dette var også en av grunnene til at man i norsk rett gikk over til en objektiv vurdering når man kodifiserte den tidligere ulovfestede omgåelseslæren i skl. § 13-2.

<sup>117</sup> Buriak (2015/18) - 2.2.3.

## 7.2.6 «Object and purpose of the relevant provisions»

Dette vilkåret kan anses som en sikkerhetsventil, da dersom retten kommer frem til at et av hovedformålene med disposisjonen/transaksjonen var en uærlig skattefordel, vil dette medføre at personen ikke får beskyttelse av skatteavtalen, med mindre «granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Agreement».<sup>118</sup>

Dette medfører at dersom en kan bevise at transaksjonsmønsteret i en gjennomstrømningsstruktur er i henhold til «the object and purpose» av art. 10 eksempelvis vil dette medføre at PPT regelen ikke vil nekte skatteavtalebeskyttelse i det gitte tilfellet.

Utfordringen med ordlyden av dette vilkåret er klart og påpekes av flere teoretikere. Gjennom å implementere PPT regelen dyttes beviskravet over på selskapene, i stedet for myndighetene i de respektive landene.<sup>119</sup>

Endringen av beviskravet vil kunne medføre at det blir vanskeligere for selskaper å oppnå den skatteavtalebeskyttelse de tidligere har hatt gjennom å kunne anses som B.O. Gomes nevner at mangelen på regler rundt beviskrav, og vilkårene for anvendelse av PPT regelen kan medføre at myndighetene i ulike land får mer skjønn under anvendelsen av regelen enn tidligere antatt<sup>120</sup>

Dette økte skjønnet vil kunne medføre at beviskravet myndighetene skal legge til grunn i vurderingen av dette tilsynelatende objektive kriteriet blir endret i myndighetenes favør. I utgangspunktet skal tolkningen av skatteavtalene gjøres i lys av intensjonen landene hadde på tidspunktet avtalen ble inngått.<sup>121</sup> Dette byr igjen på flere utfordringer, intensjonen til statene er skjeldent like eller skrevet ned, og ofte har statene forskjellig forståelse av «the object and purpose».<sup>122</sup> Dette vil raskt medføre at det blir vanskelig å komme frem til en felles forståelse og beviskravet skiftes til skattebetalerne.

---

<sup>118</sup> OECDs mønsteravtale (2017) art. 29.9.

<sup>119</sup> Buriak (2015/18) og Apriliasari (2020).

<sup>120</sup> Gomes (2018)

<sup>121</sup> Wien-konvensjonen art. 31.

<sup>122</sup> Kuzniacki (2018)

Resultatet av dette endrede beviskravet er at det blir vanskelig å benytte seg av sikkerhetsventilen i PPT regelen, og i lys av denne oppgaven vil det bli vanskeligere å benytte seg av «beneficial owner» som unntak i gjennomstrømningsstrukturer.

### **7.2.7 Sammenfatning**

OECDs valg om å gjennomføre en minstestandard og kreve at de kontraherende statene gjennomfører en PPT regel i sine bi-laterale skatteavtaler medfører en direkte overlapp med «beneficial owner» vilkåret som opp til nå har blitt brukt for å motarbeide uærlig bruk av skatteavtalefordeler i gjennomstrømning strukturer. Den generelle omgåelsesregelen synes å gjøre «beneficial ownership» vurderingen i art. 10, 11, og 12 unødvendig. Ved at regelen gjennom kommentarene ikke synes å skulle brukes i sammen med «beneficial owner» i *conduit companies* saker.

Likevel er det ikke slik at statene må bruke PPT regelen i art. 29.9, men ut fra sammenhengen i BEPS action 6 og arbeidene frem til gjennomføringen, virker det som det legges opp til at dette er den retningen OECD ønsker at de kontraherende statene tar.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Dette kan tolkes ut fra at alle tre alternativer for gjennomføring av minimumsstandard medfører at statene på en eller annen måte skal ha en generell omgåelsesregel, enten som en direkte gjennomføring av PPT, alene eller sammen med en LOB, eller en detaljert LOB og internrettslige regler som tilsvarer en PPT.

## 8 Limitation on Benefits klausuler

### 8.1 Formålet bak LoB klausuler og historien bak

I motsetning til PPT regelen som er en generell anti-misbruks test, er en *Limitation on Benefits* test en spesiell anti-misbruksregel som får anvendelse på et snevrere gruppe personer og selskaper. LoB klausuler er opprinnelig en amerikansk konstruksjon, og OECDs LoB klausul er tungt basert på den amerikanske klausulen fra 1996.<sup>124</sup>

Denne typen spesifikk anti-misbruk regler også kjent som SAARs er designet for å motvirke konkret «treaty shopping», i motsetning til PPT reglen som treffer en større krets med tilfeller av uærlig skatteomgåelse.<sup>125</sup>

Formålet med en LoB er derfor som følger: Klausulen skal forsøke å nekte skatteavtalefordeler i de tilfeller ulike personer eller selskaper oppfyller ulike gitte krav nedfelt i konvensjonen. Gjennom å oppsette slike krav sørger LoB klausulen for at de skattefordeler som følger av en bilateral skatteavtale ikke vil kunne gis til en skatteyder med uærlige intensjoner, i det tilfellet det ikke vil være i henhold til konvensjonen at disse individene skal kunne nyte av fordelene.

### 8.2 Limitation on Benefits klausulen I OECD MTC art. 29.

Før artikkel 29 ble gjennomført i MTC i 2017 var det tilstrekkelig at en juridisk person oppfylte kravene om *resident person* i artikkel 1 (definert i artikkel 4). Dette er med endringene i 2017 ikke lenger tilstrekkelig. I tillegg til at dette kravet må være oppfylt må en rekke andre vilkår nå også være oppfylt. Disse vil nå forklares noe nærmere.

---

<sup>124</sup> Vogel (2015) - s. 130

<sup>125</sup> Ramharter og Szudoczky (2015/18) punkt 3.2.1.

Etter endringen i 2017 må nå en juridisk person som oppfyller kravene om *resident* også oppfylle et eller flere av vilkårene i art. 29. Vilkårene er strengt objektive og tar ikke hensyn til subjektive motiver i motsetning til PPT.<sup>126</sup>

LoB klausulen har likevel en sikkerhetsventil som åpner for at de ulike statene kan oppsette regler basert på deres subjektive innretning for å sørge for at skatteavtalefordeler likevel kan gis dersom staten mener det er riktig i lys av nasjonal rett, selv om den juridiske personen teknisk sett ikke oppfyller kravene i art. 29<sup>127</sup>

### 8.3 Vilkårene i OECDs LoB klausul

For at et selskap skal få rett til skatteavtalefordeler, og på den måten kvalifisere seg gjennom den nye LoB klausulen i mønsteravtalen, må selskapet falle inn under, eller oppfylle et av de åtte (8) alternative kravene. Disse er:<sup>128</sup>

- (1) Fysiske personer,
- (2) Statlige enheter i medlemsstatene,
- (3) Spesifikke veldedige organisasjoner og pensjonsfond, dersom mer enn 50% av deltakerne er bosatt i en av medlemsstatene,
- (4) Børsnoterte selskaper på nærmere vilkår,
- (5) Selskap som oppfyller en eierskaps- og kanaliseringstest,
- (6) Selskap som driver aktiv forettningsvirksomhet,
- (7) Selskap som oppfyller en «derivative benefits» test,
- (8) Selskap som ikke faller inn under noen av de andre kategoriene i (1) til (7), men som skattemyndighetene anser for å drive legitim virksomhet.

---

<sup>126</sup> Ramharter og Szudoczky (2015/18) punkt 3.3.1. og Vogel (2015) - s. 130.

<sup>127</sup> OECD-kommentarene (2017) Paragraf. 5 til Art. 29.

<sup>128</sup> OECDs mønsteravtale (2017) art. 29.

Spørsmålet som reises er hvordan LoB klausulen vil påvirke bruken og effekten av «beneficial owner» vurderingen. Hvilken effekt har LoB i typiske gjennomstrømningsstrukturer som «treaty shopping»?

I motsetning til PPT der det er svært enkelt å falle innenfor virkeområdet til regelen, krever det en mer presis tilnærming i LoB klausulen. Dette er også en av grunnene til at OECD krever gjennom minimumsstandarder at dersom det velges en LoB, må det enten være i kombinasjon med PPT regelen eller tilsvarende nasjonale regler.<sup>129</sup>

### 8.3.2 LoB klausuler og gjennomstrømnings strukturer

Limitation on Benefits klausuler har som hovedformål å motvirke «treaty shopping» situasjoner og omfatter følgelig *conduit companies strukturer*.<sup>130</sup>

LoB klausulen i OECDs mønsteravtale forutsetter oppfyllelsen av vilkårene som gir traktatbeskyttelse eller fordeler, og dette gjelder også «beneficial owner». Det medfører at LoB klausulen i art. 29 kun vil kunne brukes på tilfeller som går klar av «beneficial owner» vurderingen.<sup>131</sup>

Dette betyr at LoB regelen kun kan brukes på gjennomstrømningsstrukturer som allerede har kommet seg gjennom «beneficial owner» vurderingen. Resultatet er at LoB klausulen i motsetning til PPT regelen lever i harmoni med «beneficial owner» vurderingen, og kan bli anvendt ved siden av hverandre.

---

<sup>129</sup> Se punkt 7.1

<sup>130</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 346.

<sup>131</sup> Meindl-Ringer (2016) - s. 346 med videre referanser.

## 9 Mønsteravtalens nye *ingress* og dens effekt på “beneficial owner”

Det kan stilles spørsmål om hvilken vekt en ingress til en skatteavtale kan ha på en vurdering gjort av rettene. Før BEPS prosjektet er det klart at den generelt formulerte ingressen ikke ga rettsanvendere mye å jobbe med, når det kommer til å trekke ut tolkningsmomenter av ingressen. Selv om en skatteavtales ingress klar kan trekkes med i en vurdering i lys av art. 31 i Wien-konvensjonen, da ingressen faller inn under «context»<sup>132</sup>

Som følge av dette er det rimelig å konkludere med at den nye ingressen, som er spesifikt formulert med at «treaty shopping» kommer til å bli et større og større problem, kommer til å kunne bli bruk for å tolke mønsteravtalens begreper og vilkår. I henhold til den nye ingressen skal de kontraherende statene i sine skatteavtaler, «Intend[...] to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions)».<sup>133</sup>

Den nye ingressen viser at OECD mener at ingressen skal brukes for å tolke skatteavtaler i henhold til Wien-konvensjonens regler, som følge av BEPS prosjektet.

Likevel tar ikke ingressen for seg å konkretisere hva som menes med «treaty-shopping arrangements», men heller kun forklarer at «it was ... decided to refer expressly to such arrangements as one example of tax avoidance that should not result for tax treaties, it being understood that this was only one example of tax avoidance that the Contracting States intend to prevent.»<sup>134</sup>

Hvis vi tar utgangspunkt i at ingressen ikke fundamentalt endrer begrepet «treaty shopping», blir spørsmålet om, eller i hvilken utstrekning den nye ingressen har på tolkningen og betydningen av «beneficial owner» vurderingen.

OECD refererer ofte til sammenhengen mellom ingressen og PPT regelen i art. 29.9.

Kommentarene forklarer for eksempel at «Article 29 reflects the intention of the Contracting

---

<sup>132</sup> Danon (2020) – 15.3.1.1.

<sup>133</sup> OECDs mønsteravtale (2017) Preamble to the Convention.

<sup>134</sup> OECDs mønsteravtale (2017) innledningen til mønsteravtalen paragraf 16.1



States, incorporated in the preamble of the Convention, to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including treaty-shopping arrangements»<sup>135</sup>, videre også at art. 29.9 i mønsteravtalen «must be read in the context of paragraphs 1 to 7 and the rest of the Convention, including its preamble. This is particularly important for the purposes of determining the object and purpose of the relevant provisions of the Convention»<sup>136</sup>

I motsetning til dette er sammenhengen mellom «beneficial owner» og den nye ingressen diskutert i kommentarene til avtalen. Danon<sup>137</sup> påpeker at dette er «quite surprising» da kommentarene fortsatt mener at begrepet «beneficial owner» også skal forstås «in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance»<sup>138</sup>

Som Danon igjen påpeker kan dette tolkes som at den nye ingressen skal legges i grunn når det gjøres vurderinger i henhold til Wien-konvensjonen.<sup>139</sup> Noe som kan medføre at «beneficial ownership» skal tolkes på basis av en *substance-over-form*<sup>140</sup> ide.

Denne tolkningen fører oss tilbake til vurderingen gjort i punkt 5.3 der jeg kom frem til at B.O i gjennomstrømming strukturer er en teknisk umulighet, som også støttes opp av *OECDs Conduit Companies Report*, som forklarer at «a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties»<sup>141</sup>

Effekten av denne tolkningen vil være med på å endre hvordan «beneficial owner» vurderingen fungerer i praksis, og satt i sammenheng med PPT regelen som forklart over, vil dette føre til en drastisk endring hvilken relevans B.O faktisk kommer til å ha.

---

<sup>135</sup> OECD-kommentarene (2017) paragraf 1 til art. 29.

<sup>136</sup> OECD-kommentarene (2017) paragraf 173 til art. 29.

<sup>137</sup> Danon (2020) – 15.3.1.2

<sup>138</sup> OECD-kommentarene (2017) punkt 12.1 til art. 10.

<sup>139</sup> Danon (2020) – 15.3.1.2

<sup>140</sup> Definisjon av *Substance-over-form*, hentet fra IBFDs International Tax Glossary:

«anti-avoidance doctrine under which the legal form of an arrangement or transaction is ignored, tax being levied in accordance with the economic substance. The legal form refers to the legal conditions used to define a tax rule and typically includes private law concepts. Although the doctrine is generally associated with common law legal systems, similar concepts exist in civil law countries.»

<sup>141</sup> OECD Conduit Companies Report (1986).

## 10 Sammenfatning og konklusjon

Gjennom oppgaven har vi tatt for oss «beneficial owner», hvordan vilkåret skal forstås, tolkes, og anvendes på gjennomstrømningsstrukturer som medfører uærlig skatteavtalefordeler. Videre er det diskutert hvordan OECDs BEPS prosjekt endrer rettstilstanden gjennom å kreve at de kontraherende statene iverksetter en minimumsstandard for å motvirke uærlig skatteavtalemisbruk.

Denne minimumsstandarden medfører at statene må gjennomføre et av tre ulike alternativer, som stipulert i OECDs mønsteravtale artikkel 29. Enten en generell omgåelsesregel (PPT), en blanding av en forenklet spesiell omgåelsesregel og en PPT regel, eller en omfattende LOB, med supplerende nasjonal lovgivning.

Effekten av disse er klare, i situasjoner som gjennomstrømningsstrukturer, der et selskap i en kildestat deler ut utbytte eller sender inntekter videre til et selskap i et land med en fordelaktig skatteavtale, som deretter betaler denne inntekten videre til et tredjeland. Den nye minstestandarden vil ta over som en ny hovedregel for å nekte skatteavtalebeskyttelse, i motsetning til tidligere der «beneficial owner» vurderingen var standarden.

Dette skyldes hovedsakelig den tilnærmet altomfattende PPT regelen i art. 29.9, som i disse konkrete tilfellene enkelt vil kunne overkjøre også tilfeller som tidligere kunne anses som «beneficial owner».

Videre er endringen i ingressen til mønsteravtalen av betydning, det som nevnt i punkt 9 medfører den nye ingressen at B.O utvannes til et *substance-over-form-begrep*, dette satt sammen med PPT vil B.O få mye mindre selvstendig verdi i fremtiden.

Om denne endringen har en positiv effekt på den globale økonomien er fortsatt tidlig å konkludere, og fagmiljøet er splittet i dette spørsmålet.

Konklusjonen er tydelig, slik som art. 29 er formulert i dag. Med minimumsstandarden, medfører dette at i gjennomstrømningsstrukturer, som forklart over, er «beneficial owner» vurderingen overflødig. Dette betyr likevel ikke at begrepet bør fjernes fra mønsteravtalen. Da

*agents, nominees* og noen *trusts*, ikke faller inn under vilkårene i art. 29, men dette er ikke en del av oppgaven, så derfor nevnes det kun kort.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Meindl-Ringler (2016) - s. 380.

# 11 Kildeliste:

## Lover og konvensjoner mv:

<b>Aksjeloven (asl.)</b>	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
<b>ICJ-statuettene</b>	Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26 June 1945
<b>NOU 2016: 5</b>	NOU 2016:5 Omgåelsesregel i skatteretten Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten.
<b>OECDs mønsteravtale (2017)</b>	Model Tax Convention on Income and on Capital 2017.
<b>Prop. 98 L (2018-2019)</b>	Prop. 98 L (2018-2019) Endringer i skatteloven og merverdiloven (lovfesting av en generell omgåelsesregel».
<b>Skatteloven (sktl.)</b>	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt
<b>Wien-konvensjonen</b>	Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 29 May 1969

## OECD-kommentarer mv.

<b>OECD-kommentarene (1977)</b>	OECD (1977), <i>Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977</i> , OECD Publishing, Paris.
<b>OECD Conduit Companies Report (1986)</b>	OECD Report "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies in International Tax Avoidance and Evasion," Issues in International Taxation Series no. 1, 8 (1986)
<b>OECD-kommentarene (2003)</b>	OECD (2003), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003</i> , OECD Publishing, Paris.

<b>OECD Revised Discussion Draft (2012)</b>	OECD, OECD Model Tax Convention: Revised Proposals concerning the Meaning of «Beneficial Owner» in Articles 10,11 and 12 (2012)
<b>OECD-kommentarene (2014)</b>	OECD (2014), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014</i> , OECD Publishing, Paris.
<b>BEPS Project Explanatory Statement (2015)</b>	OECD (2016), <i>BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports</i> , OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<b>OECD BEPS Final Report (2015)</b>	OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
<b>OECD-kommentarene (2017)</b>	OECD (2017), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017</i> , OECD Publishing, Paris.
<b>OECD-kommentarene (2017) FV</b>	OECD (2019), <i>Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)</i> , OECD Publishing, Paris
<b>OECD Update to the OECD MODEL TAX CONVENTION 2017</b>	OECD <i>The 2017 Update to the OECD MODEL TAX CONVENTION</i> , OECD Publishing, Paris

## **Rettspraksis:**

<b>Aiken (USA)</b>	USTC, 5. august 1971, Aiken Industries Inc. v. Commissioner of Internal Revenue 56 TC 925 (1971).
--------------------	---

<b>Dell (Norge)</b>	Rt. 2011 s. 1581 A.
<b>Indofood (Storbritannia)</b>	[2006] EWCA Civ 158.
<b>N AG (Sveits)</b>	SAC, N AG v. Regional Tax Officer for Upper Austria (2000), 2 ITLR 884.
<b>Prévost (Canada)</b>	CA: TaxCC/CCI, 28. april 2008, Prévost Car Inc v. Canada.
<b>Sølvik (Norge)</b>	Rt. 2008 s. 577
<b>Transocean (Norge)</b>	Oslo tingretts dom av 02. juli 2014 (TOSLO-2011-191007)
<b>Velcro (Canada)</b>	CA: TaxCC/CCI, 24. februar 2012, Velcro Canada Inc. v. Canada
<b>V SA (Sveits)</b>	VPB 65.86, 28. februar 2001.

## **Litteraturliste:**

<b>Aprilisari (2020)</b>	Apriliasari, Vita, <i>Interpretation Issue of the Principal Purpose Test</i> , i Indonesian Tax Journal Vol. 3, No. 2 – side. 12-19.
<b>Arnold (2013)</b>	Arnold, Brian J., ”The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties” i Beneficial Ownership: Recent Trends, Michael Lang mfl. (red.) (Amsterdam 2013) s. 39-50
<b>Baker (2007)</b>	Baker, Philip, ”Beneficial Ownership: After Indofood”, Grays Inn Tax Chamber Review, 2007 s. 15-28.
<b>Buriak (2015/18)</b>	Buriak, Svitlana, Chapter 2: The Application of the Principal Purpose Test under Tax Treaties in Tax Treaty Entitlement (M. Lang et al. eds., IBFD 2015), Books IBFD -Last reviewed 2018.
<b>Cassese (2005)</b>	Cassese, Antonio, International Law, 2. utgave (New York 2005), Oxford.

- Danon (2020)** R.J. Danon, Chapter 15: The Beneficial Ownership Limitation in Articles 10, 11 and 12 OECD Model and Conduit Companies in Pre- and Post-BEPS Tax Treaty Policy: Do We (Still) Need It? in *Current Tax*
- Da Silvia (2018)** B. Farinha Aniceto da Silva, Chapter 8: BEPS Action 6 and the LOB Provision: Restoring the Debate on the Compatibility with EU Law in The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study (P. Pistone & D. (Dennis) Weber eds., IBFD 2018), Books IBFD
- Furusest (2013)** Furusest, Eivind, «Beneficial Owner», i *Praktisk Internasjonal skatterett og internprising*, Ole Gjems-Onstad og Eivind Furusest (red.) (Oslo 2013) Gyldendal Juridisk, s. 169-204.
- Gomes (2018)** Gomes, Marcus Livio, Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. *INTERTAX*. Vol. 46. Issue 1. 45-57.
- Grøn Strømstad (2013)** Grøn Strømstad, Magnus, «Kildeskatt på utgående aksjeutbytte» i *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Ole Gjems-Onstad og Eivind Furusest (red.) (Oslo 2013) Gyldendal Juridisk, s. 137-168.
- Jain (2012)** Jain, Saurabh, Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases (Wellington 2012)
- Jiang (2015)** Jiang, Qunfang, Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, 69 *Bull. Intl. Taxn.* 3 (2015), *Journal Articles & Opinion Pieces IBFD*.
- Kuzniacki (2018)** Kuzniacki, B. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application. *World Tax Journal: WTJ*, 10(2), 233-294.

- Meindl-Ringler (2016)** Meindl-Ringler, Angelika, «*Beneficial Ownership in International Tax Law*», *Alphen aan den Rijn*, (2016), *Kluwer Law International B.V.*
- Ramharter og Szudoczky (2015/18)** L. Ramharter & R. Szudoczky, Chapter 3: Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits in Tax Treaty Entitlement (M. Lang et al. eds., IBFD 2015), Books IBFD, Last reviewed 2018.
- Taboada (2015)** C. Palao Taboada, OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule, 69 Bull. Intl. Taxn. 10 (2015), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- Vallada (2015)** Vallada, Felipe, "Beneficial Ownership under Articles 10, 11 and 12 of the 2014 OECD Model Convention" i *The OECD Model Convention and its Update 2014*, Michael Lang mfl. (red.) (Wien 2015) s. 25-51
- Vogel (2015)** Klaus Vogel on Double Taxation Conventions Vol 2. Klaus Vogel, Alexander Rust [et al.]. 4.utg. Nederland, 2015 Treaty Issues: 50th Anniversary of the International Tax Group (G. Maisto ed., IBFD 2020), Books IBFD
- Zimmer (2017)** Zimmer, Fredrik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 5. utgave, Oslo, 2017, Universitetsforlaget.

## Nettdokumenter:

- Baker (Deloitte)** Baker, Albert, BEPS Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances, Deloitte, [Microsoft Word - Action 6 Treaty Abuse.docx \(deloitte.com\)](#) (hentet 02.05.2022)
- Chen (2020)** Chen, James, «Beneficial Owner», *Investopedia* (2020), [Beneficial Owner \(investopedia.com\)](#) (Hentet 06.05.2022)



- Hayes (2021)** Hayes, Adam, «Entity Theory», *Investopedia* (2021) [Entity Theory Definition](https://www.investopedia.com/terms/e/entity-theory-definition/) ([investopedia.com](https://www.investopedia.com)) (Hentet 06.05.2022)
- Oxford Reference** beneficial owner. *Oxford Reference*. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095458555> (Hentet 06.05.2022)
- Sasseville og Barret (2015)** Sasseville, Jacques og Barret, Edward, «Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances», *International Tax Review*, [Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances | International Tax Review](#) (hentet 06.05.2022)
- Tax Treaty Table** [Tax Treaty Table 4.pdf \(irs.gov\)](#) (sist hentet 02.05.2022)