

UiO : **Det juridiske fakultet**

Limitation on benefits-klausuler i skatteavtaler

En effektiv måte å hindre treaty shopping?

Kandidatnummer: 602

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 17861



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.2.1	Aktuelt fra et norsk perspektiv?.....	1
1.2.2	BEPS-prosjektet.....	2
1.3	Metode	3
1.3.1	Skatteplikt til Norge.....	3
1.3.2	Begrenset skatteplikt etter skatteavtaler	3
1.3.3	Tolkning av skatteavtaler.....	3
1.3.4	Rettspraksis.....	5
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Videre fremstilling	5
2	PROBLEMET: MISBRUK AV SKATTEAVTALER.....	7
2.1	Innledning	7
2.2	Treaty shopping.....	7
2.2.1	Hva er treaty shopping?.....	7
2.2.2	Metoder.....	8
2.2.3	Direkte gjennomstrømning	8
2.2.4	"Stepping stone"-strategi	10
2.2.5	Konsekvenser av treaty shopping.....	12
3	VILKÅR FOR SKATTEAVTALEBESKYTTELSE	13
3.1	Hva kreves?.....	13
3.2	OECDs bostedsbegrep	13
3.2.1	"Resident of a contracting state"	13
3.2.2	"Liable to tax"	13
3.2.3	Dobbelt skattemessig bosted	14
3.3	Beneficial owner konseptet.....	15
3.3.1	Innledning	15
3.3.2	Begrepets innhold og rekkevidde	16
3.3.3	Vilkår for å oppfylle beneficial owner-kravet	21
3.3.4	Substanskrav for å være beneficial owner	21
3.3.5	Forholdet mellom beneficial owner og LoB-klausuler.....	22
4	ENKLE LIMITATION ON BENEFITS-KLAUSULER	23

4.1	Innledning	23
4.1.1	Formål.....	23
4.1.2	Historie	23
4.2	Enkle LoB-bestemmelser	24
4.3	Krav til eierskap	24
4.3.1	Hvilke krav stilles?	24
4.3.2	Kan andre regler fange opp slike arrangementer?	28
4.4	Subject-to-Tax.....	28
4.4.1	Hva menes med subject-to-tax?.....	28
4.4.2	Norske avtaler med "subject-to-tax"	30
4.4.3	"Limitation of relief"-klausuler	30
4.5	Kanaliseringsregler	31
4.6	Ekklusjonsregler	33
5	BEPS ACTION 6: LOB-KLAUSUL	35
5.1	Innledning	35
5.2	Kvalifisert person.....	36
5.3	Situasjoner hvor en person kvalifiserer.....	36
5.4	Fysiske personer.....	36
5.5	Statlige enheter.....	37
5.6	Børsnoterte selskaper	38
5.6.1	Krav til børsnoterte selskaper	38
5.6.2	Børsnotert i annen stat	39
5.6.3	Krav til datterselskap av børsnoterte selskaper	40
5.7	Veldedige organisasjoner og pensjonsfond.....	41
5.8	Andre enn fysiske personer.....	43
5.8.1	Eierskap/Kanalisering.....	43
5.8.2	Eierskapsvilkåret	43
5.8.3	Kanaliseringsvilkåret	44
5.9	Aktiv forretningsvirksomhet	45
5.9.1	Unntak ved utøvelse av aktiv forretningsvirksomhet	46
5.9.2	"Active conduct of a business"	46
5.9.3	Tilknytning	47
5.10	Derivative benefits	49
5.10.1	Hvordan kvalifisere under 4.ledd?.....	49
5.10.2	Tilsvarende rettigheter	50
5.10.3	Eierskap	51
5.10.4	Kanalisering.....	51
5.11	Myndighetenes skjønn	52

5.12	Rettspraksis	53
5.12.1	Underrettsdom fra Tyskland.....	53
5.12.2	Rettsens vurdering.....	54
5.13	LoB-klausulers påvirkning på selskapsstrukturer i praksis.....	56
5.14	Strider LoB mot skatteavtalenes formål?.....	56
6	IMPLEMENTERING AV LOB	58
6.1	BEPS Action 15	58
7	LITTERATURLISTE	60

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Et stadig økende problem er at multinasjonale selskaper benytter seg av nettet av skatteavtaler for å redusere deres totale skatteregning. Resultatet kan være at formuesgodet ikke beskattes i den staten hvor verdiskapningen skjer. Den mest utbredte måten å utnytte skatteavtaler på er treaty shopping.¹ Treaty shopping skjer for eksempel når personer i tredjestater oppretter såkalte gjennomstrømmingsselskaper i en stat som har en gunstig skatteavtale med kildestaten.

De siste tiår har det blitt forsøkt å innføre ulike tiltak som kan hindre selskaper fra å utnytte ulikheter i skatteavtalene. Temaet for denne oppgaven retter seg mot et slikt tiltak, nemlig Limitation on Benefits (heretter LoB) klausuler.

Hovedformålet med LoB-klausuler er å hindre treaty shopping, særlig ved bruk av selskaper. Måten dette skjer på er at klausulen stiller strengere krav for at selskapet skal omfattes av skatteavtalen. Dersom selskapet ikke oppfyller vilkårene i LoB-klausulen, kan det nektes redusert kildeskatt² eller andre fordeler som følger av avtalen. Vilråene stiller først og fremst krav til selskapets tilknytning til hjemstaten, men kan også stille substanskrav.

Det er gjennom OECDs³ BEPS-prosjekt foreslått en LoB-klausul som etter planen skal innføres i OECDs Mønsteravtale i slutten av 2016.

Hovedproblemstillingen i denne oppgaven er derfor i hvilken grad LoB-klausuler er i stand til å oppfylle sitt formål. Som en følge av dette vil det behandles hvorvidt klausulen kan bidra til større (eller mindre) forutsigbarhet for skattyter når han skal navigere seg gjennom skatteavtalene. Problemstillingene vil i utgangspunktet bli behandlet ut i fra et norsk perspektiv, men det meste av temaet dreier seg om internasjonal skatterett.

1.2 Aktualitet

1.2.1 Aktuelt fra et norsk perspektiv?

Norge har kun i noen få skatteavtaler inntatt LoB-klausuler, og som en følge av dette finnes det lite litteratur som omhandler temaet på norsk, ei heller norsk rettspraksis på området. Det

¹ Dette vil bli nærmere behandlet nedenfor

² Med kildeskatt menes den skatten som ilegges i den staten hvor inntekten har sin kilde, Eks: Utenlandsk aksjonær er skattepliktig til Norge for utbytte mottatt fra selskap hjemmehørende i Norge. (Begrenset skatteplikt), jf. Sktl. § 2-3 (1) bokstav c. Se Naas (2010) s. 567

³ Organization for Economic Cooperation and Development

finnes imidlertid norsk rettspraksis som omhandler treaty shopping. Et eksempel på dette er den mye omtalte Transocean-saken som skal behandles nedenfor.

1.2.2 BEPS-prosjektet

I 2013 presenterte OECD i samarbeid med G20-landene BEPS-prosjektet. BEPS står for "Base Erosion and Profit Shifting", og med "Base Erosion" menes uthuling av skattefundamentet ved å utnytte ulikheter i lands interne skattesystemer slik at man reduserer selskapets skatt eller oppnår dobbelt-ikke-beskatning.⁴

Med "Profit Shifting" menes det situasjoner hvor et selskap flytter overskuddet ut av det landet hvor den verdiskapende aktiviteten foregår og inn i typiske lavskatteland⁵ eller land med gunstige skatteregler for å redusere den totale skatten.⁶

Formålet med BEPS-prosjektet er å adressere den stadige utviklingen i markedene og sørge for at de internasjonale skattesystemene følger utviklingen. Men BEPS er også et resultat av at det har vært økonomiske nedgangstider som har ført til tapt skatteproveny, som igjen har ført til at statene har måttet gjøre grep for å sikre sitt skattefundament.

Målet med prosjektet har vært å lage en plan for å samkjøre internrettslige regler om internasjonale forhold, stille strengere krav til substans og øke forutsigbarheten for aktørene i markedet.⁷ Resultatet endte i 15 rapporter med ulike tiltak for å bekjempe BEPS.

I 2015 la OECD frem rapporten; Action 6: 2015 Final Report, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.⁸ I rapporten blir det lagt frem flere tiltak som for å bekjempe aggressiv skatteplanlegging, herunder treaty shopping. Et av tiltakene er å inkludere en LoB-regel i OECDs mønsteravtale som på objektivt grunnlag skal hindre misbruk av skatteavtaler. Hovedfokuset i oppgaven vil være denne klausulen.

Det er også foreslått at man kan inkludere en subjektiv regel, en "Principle Purposes Test" (PPT) som en forlengelse av LoB-klausulen. PPT vil ikke bli behandlet som en del av denne oppgaven ettersom det ville blitt for omfattende.

⁴ BEPS Action 6 (2015) s. 13

⁵ Lavskatteland er et relativt begrep uten rettsvirkninger

⁶ BEPS Action 6 (2015) s. 13

⁷ BEPS Action 6 (2015) s. 13

⁸ Omtales som BEPS Action 6

1.3 Metode

1.3.1 Skatteplikt til Norge

For å kunne pålegge skattyter en skatteplikt til Norge, må det foreligge hjemmel i norsk lov. Hjemmelen for å yte skatt til Norge fremgår av Lov av 26. mars 1999 nr. 3 om inntekt og formue, Skatteloven.⁹ Selskaper plikter å svare skatt til Norge dersom de er "hjemmehørende her", jf. Sktl. § 2-2 (1).

Beskatningsretten kan imidlertid fordeles gjennom skatteavtaler, for å oppfordre til internasjonal handel og unngå dobbeltbeskatning.

1.3.2 Begrenset skatteplikt etter skatteavtaler

En skatteavtale kan verken skape eller utvide en skatteplikt, kun begrense den.¹⁰ I denne oppgaven forutsettes det at skatteavtalen kommer til anvendelse, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen.

Skatteavtaler er i utgangspunktet ordinære traktater som inngås og anvendes i takt med folkerettslige prinsipper, men ettersom de gir en rekke unntak fra norsk lov, må de transformeres til norsk rett for å kunne legges til grunn ved en avgjørelse for norske domstoler.

Prosessen er imidlertid forenklet i Norge ved at skatteavtaler som inngås av kongen med stortingets samtykke, umiddelbart blir en del av norsk rett gjennom dobbeltbeskatningsavtaleloven § 1.

1.3.3 Tolkning av skatteavtaler

Ved tolkning av skatteavtaler skal man ta utgangspunkt i ordlyden i bestemmelsen, jf. Wienkonvensjonen Art 31 (1)¹¹:

*"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."*¹²

⁹ Heretter Skatteloven/Sktl.

¹⁰ Zimmer (2009) s. 59

¹¹ Zimmer (2009) s. 74

¹² Wienkonvensjonen Art 31 (1)

Dette innebærer at når man tolker skatteavtaler skal man legge en objektiv tolkning til grunn, i samsvar med god tro, i lys av avtalens formål, og den alminnelige betydningen av avtalens ord og uttrykk skal fastslås ut i fra konteksten de benyttes i.¹³

Selv om Norge ikke har ratifisert den er det alminnelig antatt at konvensjonens regler er en kodifisering av folkerettslig sedvanerett.¹⁴

Dersom kontraktstatene tolker skatteavtalens bestemmelser forskjellig, kan det i ytterste konsekvens resultere i dobbeltbeskatning. Ved tolkningen av skatteavtaler skal statene derfor søke å oppnå en felles tolkning for å unngå konflikter ved anvendelsen av skatteavtalene. Partene skal søke det tolkningsresultat som mest sannsynlig vil bli akseptert av begge avtalepartene.¹⁵ Ved tolkningen vil det også derfor være hensiktsmessig å ikke bare vektlegge kontraktstatenes praksis, men også andre staters praksis.

Norske skatteavtaler¹⁶ bygger i utgangspunktet på OECDs mønsteravtale.¹⁷ Denne avtalen er ment som en veiledning i forhandlinger mellom stater og er således ikke bindende for medlemsstatene. Avtalen blir svært sentral i denne oppgaven ettersom OECD har foreslått å innføre LoB-klausulen i denne.

OECD utvikler i forbindelse med mønsteravtalen en rekke kommentarer til denne. Kommentarene¹⁸ er svært relevante både ved tolkningen av OECD MC og ved tolkningen av bilaterale skatteavtaler. Dersom statene ved en eventuell konflikt vektlegger kommentarene, skal dette gi en unison løsning, og i praksis tillegges kommentarene vesentlig vekt ved tolkningen av skatteavtaler.¹⁹ I Norge legger man til grunn at kommentarene anses som en del av skatteavtalenes kontekst og er således en primær rettskilde.²⁰ Når det gjelder nye kommentarer kommer det frem av norsk rettspraksis at endringer i kommentarene ofte gir uttrykk for endret praksis mellom OECD-landene.²¹ Nye kommentarer er derfor svært relevant.

¹³ Skaar (2006) s. 50

¹⁴ Jf. Rt. 2004 s. 957 PGS

¹⁵ Skaar (2006) s. 66

¹⁶ Liland (2002) s. 63

¹⁷ Vil flere steder bli omtalt som OECD MC (OECD Model Convention)

¹⁸ Vil bli omtalt som OECDkomm

¹⁹ Skaar (2006) s. 58

²⁰ Skaar (2006) s. 61

²¹ Jf. Rt. 2004 s. 957 PGS

Gjennomgående i oppgaven vil både tidligere OECD kommentarer og forslaget til nye kommentarer til BEPS-prosjektet bli tillagt vekt. Selve oppgaven består i utgangspunktet i å tolke forslaget til nye OECDkomm. Også andre mønsteravtaler er relevante i denne sammenheng, spesielt er den amerikanske mønsteravtalen og kommentarene til denne er svært aktuell ettersom LoB-klausuler stammer fra amerikansk rett.

1.3.4 Rettspraksis

Det finnes begrenset med rettspraksis på dette området. I oppgaven vil det allikevel presenteres noe rettspraksis fra Norge, men hoveddelen vil være fra utlandet. Når man analyserer skatteavtalerettslige begreper skal man ta andre staters rettspraksis i betraktning, ettersom dette kan føre til en mer unison tolkning.²²

Høyesterett har i flere tilfeller tillagt utenlandsk rettspraksis særlig vekt, spesielt ved tolkning av skatteavtaler, herunder OECDkomm.²³

1.4 Avgrensninger

Det sentrale i oppgaven vil være å undersøke hvordan selskaper oppfyller vilkårene i LoB-klausulen. Det vil i utgangspunktet avgrenses mot fysiske personer, med mindre annet fremgår av sammenhengen.

Ettersom LoB-klausulers formål er å hindre treaty shopping, vil det av naturlige årsaker ikke bli behandlet andre måter å omgå skatteavtaler på, som for eksempel "rule shopping", "double dip" eller bruk av hybride selskaper.

En problemstilling som kan reises når man skal anvende LoB-klausuler er om de vil komme i konflikt med EU-retten, herunder Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Dette faller utenfor oppgavens problemstilling og vil derfor ikke bli behandlet her. Meget kort kan det sies at spørsmålet synes å være uavklart.²⁴

1.5 Videre fremstilling

I det følgende vil betegnelsen "personer" bli brukt om juridiske personer, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen.

I oppgaven vil det bli gjort en presentasjon av problemstillingen rundt treaty shopping og de forskjellige metodene for dette. Deretter vil de overordnede vilkårene for å få

²² Skaar (2006) s. 64

²³ Jf. Rt. 1989 s.99 (Alaska), Rt. 1994 s. 752 (Alphawell),

²⁴ Se f.eks: Terra (2008) s. 115-118

skatteavtalebeskyttelse bli behandlet, herunder spesielle vilkår; som beneficial owner-begrepet. Etter dette blir det gjort en fremstilling av de forskjellige LoB-klausuler og en løpende vurdering av om de vil klare å oppfylle sitt formål, som er å hindre treaty shopping.

2 Problemet: Misbruk av skatteavtaler

2.1 Innledning

Som en følge av globaliseringen foregår svært mye handel på tvers av landegrensene. For å konkurrere i en globalisert verden er det nødvendig for kommersielle aktører å være tilstede i mer enn én stat. Ved tilstedeværelse i flere stater øker samtidig risikoen for internasjonal dobbeltbeskatning.

For å forhindre at dobbeltbeskatning svekker en aktørs konkurransegrunnlag, er det nødvendig med et minimum av skatteplanlegging. Selskapsstrukturen bør likevel kunne rettferdiggjøres på kommersielt grunnlag, uavhengig av den skattemessige effekten den medfører. Det skattemessige perspektivet bør derfor ikke bli relevant før man har vurdert de forretningsmessige aspektene ved organiseringen. Mer kunstige selskapsstrukturer som kun er opprettet av skattemessige årsaker, vil bli angrepet av myndighetene og vil ikke være effektive i det langsiktige løp. Med kunstige strukturer menes strukturer som har lite substans og fremstår som lite forretningsmessig motiverte. Som en følge av innføringen av LoB-klausuler i skatteavtaler, vil ikke slike selskapsstrukturer få tilgang til skatteavtalenes fordeler. Ved opprettelsen av internasjonale selskapsstrukturer må disse derfor unngå å være kunstige, ettersom dette er deres svakhet.²⁵

2.2 Treaty shopping

2.2.1 Hva er treaty shopping?

Opprettelse av kunstige strukturer gjennom misbruk av skatteavtaler har vært et anerkjent problem siden 1970-tallet. Den viktigste formen for slik type misbruk er treaty shopping.

Treaty shopping kan defineres på denne måten:

"The practice of some investors of "borrowing" a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country where the investment is to be made and the income in question is to be earned."²⁶

²⁵ Conduit Companies report (1986) R-6 (3)

²⁶ H.D Rosenbloom, p.83 (1994)

Treaty shopping er i utgangspunktet situasjoner hvor et selskap hjemmehørende i en kontraktstat fungerer som en mellommann for kanalisering av inntekt til en person bosatt i en annen stat, som dermed benytter seg av avtalens fordeler for å redusere skatt.²⁷

Mellommannen (gjennomstrømmingsselskapet) som benyttes er som regel et aksjeselskap²⁸, men kan også være et ansvarlig selskap, et fond eller lignende. Fordelen oppnås primært i den staten hvor inntekten har sin kilde, nemlig ved å redusere kildeskatten i kildestaten.

Det vanligste er å forsøke å unngå eller å redusere kildeskatter på renter, royalty og utbytte. Årsaken til dette er fordi kildeskatt på disse inntektstypene ofte er redusert ved skatteavtale.

Selv om treaty shopping anses for å være misbruk av skatteavtaler, kan opprettelse av gjennomstrømmingsselskaper være gjort med andre motiver enn skattemessige. Dette kan for eksempel være for å få tilgang til andre markeder eller være av politiske årsaker. Slike grunner, sammenholdt med forretningsmessige begrunnelser kalles for "bona fide"²⁹ årsaker og er legitime hensyn for for eksempel etablering av slike selskaper.

2.2.2 Metoder

For å få en fullstendig forståelse av hvordan LoB-klausuler fungerer, vil det være hensiktsmessig å gi en innføring i noen av metodene som brukes for å bedrive treaty shopping. I utgangspunktet finnes det to metoder. Enten direkte gjennomstrømming eller ved en såkalt "Stepping-stone"-strategi.

2.2.3 Direkte gjennomstrømming

Gjennomstrømmingsselskap, mer kjent som "Conduit company"³⁰, er den enkleste og mest brukte formen for treaty shopping i dag. Som forklart ovenfor dreier det seg om å kanalisere inntekter fra et selskap gjennom et annet, for å til slutt føres videre til eventuelle eier(e) i tredjestater. Dette kan gjøres i tilfeller hvor man ved en direkte overføring ville blitt ilagt høy kildeskatt.³¹

Et eksempel på direkte gjennomstrømming kan være at et selskap i stat A mottar inntekt i form av utbytte, renter eller royalties fra stat B, men disse statene har ingen skatteavtale seg imellom. Dersom A oppretter et selskap i stat C (gjennomstrømningslandet) som overtar

²⁷ Zimmer (2009) s. 44

²⁸ Eller tilsvarende.

²⁹ "Bona fide", latinsk og betyr god tro

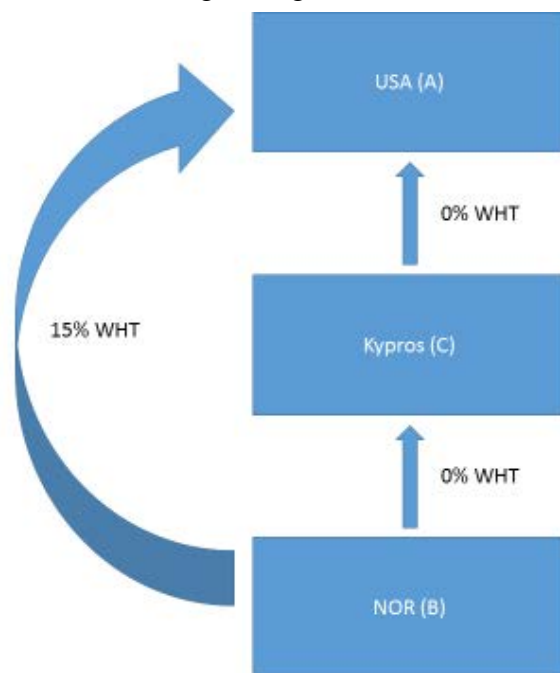
³⁰ Conduit Companies report (1986) R-6 (4)

³¹ Conduit Companies report (1986) R-6 (4)

rettighetene til utbyttet, rentene eller royalty-utbetalingene³², kan han på nærmere vilkår redusere den totale skatten på inntektene.³³

Det forutsettes at gjennom skatteavtalen mellom stat B og C, får selskapet i stat C redusert eller fullt fritak fra kildeskatt i stat B. For at inntekten ikke skal bli beskattet i stat C, må man sørge for at staten enten har regler om skattefritak for selskapsaksjonærer³⁴, eller at staten har forholdsvis lav beskatning. Til bør stat C enten ikke ha internrettslig hjemmel for kildebeskatning av inntektstypen eller at beskatningsretten er begrenset gjennom skatteavtale mellom A og C.³⁵

Dersom man tar utgangspunkt i eksempelet ovenfor, kan man bruke Kypros som gjennomstrømningsland ettersom skatteavtalen mellom Norge og Kypros begrenser kildeskatten til 0 %. Kypros har ingen kildeskatt på utbytte til USA, slik at vi her ender opp med dobbelt-ikke-beskatning. Se figuren nedenfor:



2.2.3.1 Skattefritak for selskapsaksjonærer

For at eksempelet i figuren ovenfor skal fungere, forutsetter det at selskapet i Kypros oppfyller vilkårene i Sktl. § 2-38 (5). Etter denne bestemmelsen er selskapsaksjonærer fritatt for bl.a. beskatning av utbytte på nærmere vilkår.

³² Kan utløse realisasjonsbeskatning

³³ Skaar (2006) s.846-847

³⁴ For eksempel som fritaksmetoden Jf. Sktl. §2-38

³⁵ Skaar (2006) s.846-847

Vilkårene er en kodifisering av EU-domstolens praksis, bl.a Cadbury Schweppes-saken.³⁶ Som følge av EØS-avtalen er Norge forpliktet til å behandle grenseoverskridende transaksjoner som om de ble utført innenfor Norge.

En grenseoverskridende investering vil kunne nyte av fritaksmetoden, forutsatt at det utenlandske selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet. Selskapet må altså oppfylle et substanskrav.

I utgangspunktet er dette en restriksjon i strid med EU-reglene, men det følger av Cadbury Schweppes-saken at slike restriksjoner kan rettferdiggjøres for å unngå skatteomgåelse, samt å balansere beskatningsretten mellom kontraktstatene.

Sitat fra C-196/04 Cadbury Schweppes (55):

"(...) in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory."

Et "Wholly Artificial Arrangement" er en som omdirigerer inntekt som skulle ha vært beskattet i én stat til en annen jurisdiksjon. Et eksempel kan være: inntekter som skapes i Norge blir skjermet fra norsk beskatning ved bruk av intern gjeldsfinansiering/tynn kapitalisering, som var tema i Thin Cap-saken (C-524/04).

Hovedformålet med testen er å hindre multinasjonale selskaper fra å skille skattbar inntekt fra aktiviteten som faktisk skaper den og dermed omgå nasjonale skatter som ville påløpt.

En mer inngående drøftelse av temaet vil gå utenfor oppgavens problemstilling, men det kan kort konstateres at selskapet i Kypros må oppfylle substanskravet for å bli omfattet under fritaksmetoden.³⁷

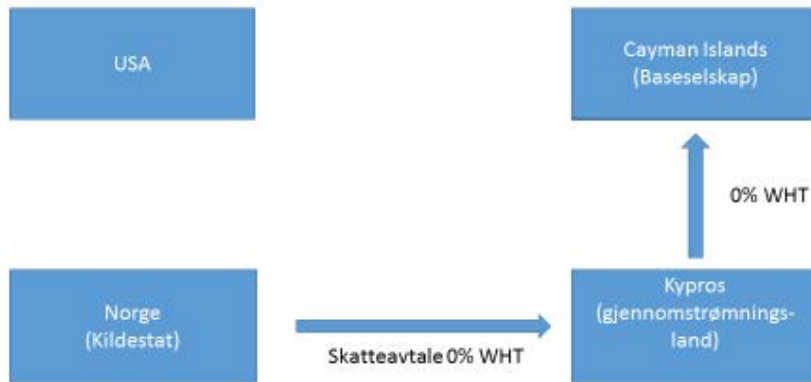
2.2.4 "Stepping stone"-strategi

Teknikken beskrevet ovenfor kan også anvendes i kombinasjon med baseselskap i lavskatteland, hvor man lar inntekten ligge der slik at den ikke kommer til beskatning i USA.

³⁶ C-196/04 Cadbury Schweppes

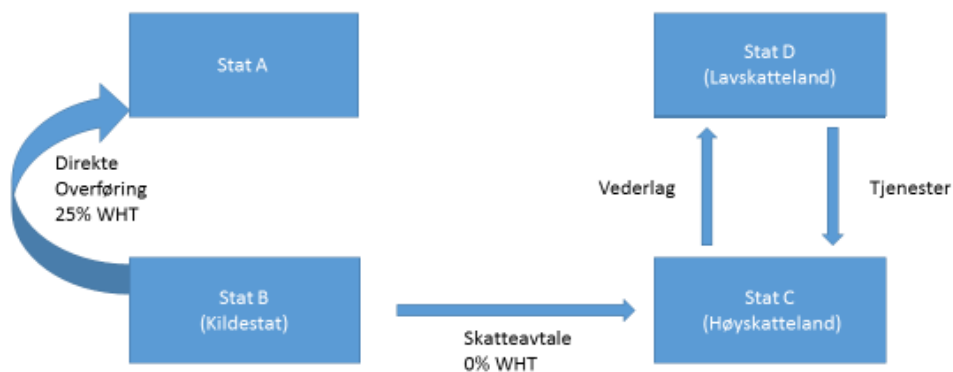
³⁷ Se f.eks. BFU 5/12

Dette kalles flerleddet gjennomstrømning og er en form for "stepping-stone"-strategi. Se figur:



Et annet eksempel som tar utgangspunkt i situasjonen ovenfor kan være at selskapet hjemmehørende i stat C i stedet blir fullt ut beskattet i denne staten ettersom stat C har normal selskapsbeskatning. Selskapet betaler derfor høye honorarer eller lignende utgifter til et annet selskap i stat D. Disse utgiftene er fradragsberettigede i stat C, og vil dermed utligne skatten der. Inntektene er fritatt for beskatning i stat D hvor selskapet nyter av et gunstig skatteregime.³⁸ Se figur:

³⁸ Conduit Companies report (1986) R-6 (4)



2.2.5 Konsekvenser av treaty shopping

Dobbelt-ikke-beskatning er ikke ønskelig ut i fra en skattepolitisk og samfunnsøkonomisk synsvinkel ettersom det fører til både tapt proveny³⁹ for statene og urettferdige fordeler for enkelte aktører. Disse selskapene kan som en følge av fordelene de oppnår gjennom slike strukturer prise sine varer og tjenester lavere. Treaty shopping kan altså til en viss grad virke konkurransevridende.

Et annet hensyn som taler mot treaty shopping er at skatteavtaler er bilaterale, de er altså inngått mellom to stater. (Det finnes også multilaterale avtaler som den nordiske skatteavtalen NSA). For statene vil det virke mindre motiverende å inngå skatteavtaler dersom man vet at personer i tredjestater vil kunne misbruke avtalen gjennom å utøve treaty shopping og dermed undergrave statenes suverenitet. Dette bør derfor motvirkes.⁴⁰

³⁹ Treaty shopping kan føre til tapt proveny ettersom det undergraver statenes suverenitet

⁴⁰ Skaar (2006) s.848

3 Vilkår for skatteavtalebeskyttelse

3.1 Hva kreves?

For at skatteavtalen i det hele tatt skal komme til anvendelse, må skattyter oppfylle vilkårene for skatteavtalebeskyttelse. Det vil derfor være hensiktsmessig å gi en fremstilling av vilkårene.

En rekke vilkår må etter dette være oppfylt. Man må for det første være "resident" i en kontraktstat og samtidig "liable to tax" i denne staten. For det andre må man oppfylle kravene som følger av eventuelle LoB-klausuler. For det tredje må man oppfylle andre vilkår under skatteavtalens enkelte bestemmelser, som for eksempel kravet til beneficial owner i OECDs mønsteravtale Art. 10-12. Dette vil bli behandlet under.

3.2 OECDs bostedsbegrep

3.2.1 "Resident of a contracting state"

Det første vilkåret for å få skatteavtalebeskyttelse følger av OECDs mønsteravtale Art. 4 (1):

*"(...) the term "resident of a Contracting State" means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature."*⁴¹

Hvor et selskap skal anses for å være skattemessig hjemmehørende skal etter dette avgjøres etter kontraktstatenes internrett. Dersom bare én av statene anser selskapet for å være hjemmehørende der, er saken løst. Problemet oppstår som regel dersom et selskap anses for å være hjemmehørende i to stater eller ikke blir ansett for å være hjemmehørende i noen stater.⁴² Dette vil bli behandlet nedenfor.

3.2.2 "Liable to tax"

Et selskap skal etter OECDs mønsteravtale art. 4 (1) anses for å være hjemmehørende i den stat hvor det etter internretten er "liable to tax". Et spørsmål som kan oppstå i denne sammenheng er om man faktisk må betale skatt, eller om det er nok å være omfattet av skattelovgivningen som bosatt?

⁴¹ OECD MC art. 4 (1)

⁴² Naas (2010) s. 180

Uten å problematisere dette nærmere⁴³ kan det konstateres at det etter norsk rett ikke stilles krav til faktisk skattebelastning. I Norge anses alle selskaper og innretninger som er omfattet av skatteloven for å være "liable to tax".⁴⁴

Internasjonalt er det uenighet om tolkningen av begrepet⁴⁵, men hovedoppfatningen synes å være at det ikke stilles krav om faktisk beskatning, men at bostedet isteden bestemmes av om subjektet prinsipielt sett er omfattet av skattelovgivningen. (jf. "under the laws of that state")⁴⁶

Det følger av art. 4 (1) 2.pkt at det ikke er tilstrekkelig for å anses som hjemmehørende at man er begrenset skattepliktig for inntekt med kilder i en av statene. Man må således ha alminnelig skatteplikt.

3.2.3 Dobbelt skattemessig bosted

Et problem oppstår når et selskap anses for å være hjemmehørende i flere stater samtidig. Dobbelt skattemessig bosted oppstår som regel i tilfeller hvor stater stiller forskjellige krav til når et selskap skal anses som hjemmehørende. Norge legger for eksempel vekt på hvor setet for den virkelige ledelse er⁴⁷, mens andre stater vektlegger formelle kriterier som registrering etc. Problemet kan også oppstå selv om statene anvender de samme kriteriene, men tolker disse forskjellig.

OECDs mønsteravtale har lagt opp til en løsning av slike tilfeller i art. 4 (3):

"Where (...) a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated".

Etter dette skal man kunne løse spørsmålet om dobbelt bosted på bakgrunn av hvor "its place of effective management" befinner seg. Dette sammenfaller i stor grad med de norske kriteriene. OECD legger altså opp til en løsning hvor man må vurdere de reelle forholdene ved eierskapet og ikke legge vekt på det formelle.

⁴³ Se f.eks. Skaar s. 111

⁴⁴ Deltakerlignede selskaper er ikke egne skattesubjekter, jf. OECDkomm. Art. 4 pkt. 8.8

⁴⁵ OECDkomm. Art. 4 pkt. 8.6

⁴⁶ Skaar s. 112

⁴⁷ Jf. Rt. 2002 s. 1144

I tilfeller hvor begge stater benytter "virkelig ledelse" som vilkår etter intern rett, må man ta stilling til hvor de mest betydelige ledelsesfunksjonene blir utført. Det må foretas en helhetsvurdering av styrefunksjoner, daglig ledelse, kontorer, ansatte mv.

Det har blitt foreslått kriterier for å lettere kunne avgjøre hvor et selskap er bosatt i tvilstilfeller, uten at dette har blitt tatt inn i kommentarene til OECDs mønsteravtale.⁴⁸

3.3 Beneficial owner konseptet

3.3.1 Innledning

Etter OECDs mønsteravtale Art. 10, 11 og 12, må skattyter oppfylle kravet til "beneficial owner" for å oppnå skatteavtalebeskyttelse. På norsk snakker man om "den virkelige rettighetshaver"⁴⁹, men det vil i denne fremstillingen bli brukt beneficial owner ettersom dette er mer relevant i en skatteavtalesammenheng.⁵⁰

Det vil i denne oppgaven ikke bli gitt en full analyse av beneficial owner konseptet, men det vil være nødvendig å gi en innføring i begrepet for å kunne gjøre en nærmere analyse av LoB-klausuler.

Beneficial owner-konseptet ble i 1977 innført i OECDs mønsteravtale Art. 10-12 som omhandler utbytte, renter og royalties.⁵¹ Konseptet er at kildestaten kun er pålagt å anvende de begrensningene som følger av skatteavtalen dersom den virkelige rettighetshaveren (beneficial owner) til utbyttet, rentene eller royaltyene er en person bosatt i den kontraherende stat.

Begrepets formål er å forhindre treaty shopping og ifølge kommentarene til mønsteravtalen er begrepet en klargjøring av begrepet "paid (...) to a resident":

"The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words "paid ... to a resident" as they are used in paragraph 1 of the Article."⁵²

Beneficial owner dekker ikke all treaty shopping, men er i stedet begrenset til å ramme de tilfeller som omhandler utbytte, renter og royalties. Som en følge av dette har LoB-klausuler

⁴⁸ Se f.eks: OECD, Place of effective management concept (Paris, 2003)

⁴⁹ Rettmessig eier er også brukt noen steder. Se NOU 2009: 4 pkt. 3.5.7

⁵⁰ Tolkningen av det norske begrepet er ikke veldig interessant internasjonalt

⁵¹ Begrepet anvendes også i US MC og FN MC

⁵² OECDkomm art.10 pkt.12 (2014)

større innvirkning på skatteavtalene enn beneficial owner-begrepet, ettersom LoB ekskluderer skattyter fra avtalens fordeler på generelt grunnlag og ikke bare i konkrete tilfeller.

Et problem med beneficial owner-vilkåret er at det er vanskelig å fastlegge begrepets innhold. Kommentarene til OECDs mønsteravtale gir en viss veiledning og i rettspraksis har man kommet frem til noen momenter som kan være avgjørende i vurderingen. Disse vil bli behandlet nedenfor.

For å kunne si noe om behovet for LoB-klausuler, må man forsøke å fastlegge innholdet i beneficial owner-begrepet og undersøke dets rekkevidde. Årsaken til dette er at dersom beneficial owner-vilkåret kunne hindret all treaty shopping knyttet til utbytte, renter og royalties ville ikke behovet for LoB-klausuler gjort seg gjeldende på samme måte.

3.3.2 Begrepets innhold og rekkevidde

Beneficial owner er ikke definert i OECDs mønsteravtale eller dens kommentarer. Det følger imidlertid av OECDkomm art. 10 pkt.12.1 siste punktum at begrepet skal tolkes i lys av avtalens formål, herunder unngåelse av dobbeltbeskatning, samt å hindre omgåelse av skatteregler.

Etter mønsteravtalens art. 3 (2) skal man i slike tilfeller søke internrettens tolkning av begrepet, med mindre sammenhengen tilsier noe annet.⁵³ Når det gjelder tolkningen av beneficial owner begrepet kan internrettslige tolkninger by på forskjellige resultater. Ekspertene på området mener derfor at man bør søke etter en autonom og felles internasjonal tolkning av begrepet, noe som kan være en komplisert oppgave.⁵⁴ Det kommer også frem i OECDkomm art. 10 pkt. 12.1 at en felles tolkning er ønskelig.

I følge OECDkomm art. 10 pkt. 12.4 kan skattyter som opptrer på vegne av en tredjepart ikke være beneficial owner. Dette kan for eksempel være agenter eller forvaltere, men gjennomstrømmingsselskaper er også nevnt.⁵⁵ Denne presiseringen gir mening; fordi selv om slike mellommenn rent formelt sett mottar inntekten, er faktum at man opptrer på vegne av noen andre. Mottaker har her selv ikke ervervet inntekten og er således pålagt å stille den til rådighet for en tredjeperson.⁵⁶ Det vil i slike tilfeller være uten betydning om mottakeren opptrer i sitt eget navn eller i tredjepersonens navn, faktum vil fortsatt være det samme.⁵⁷

⁵³ Jf. uttrykket (...) unless the context otherwise requires. (OECD MC art. 3 (2))

⁵⁴ Borrego s. 82

⁵⁵ OECDkomm art. 10 pkt. 12.4

⁵⁶ Borrego s. 84

⁵⁷ I praksis vil det være vanskelig å avgjøre dersom man handler i tredjepersonens navn

Det finnes rettspraksis som kan belyse temaet. Et eksempel fra norsk rett er Transocean-saken.

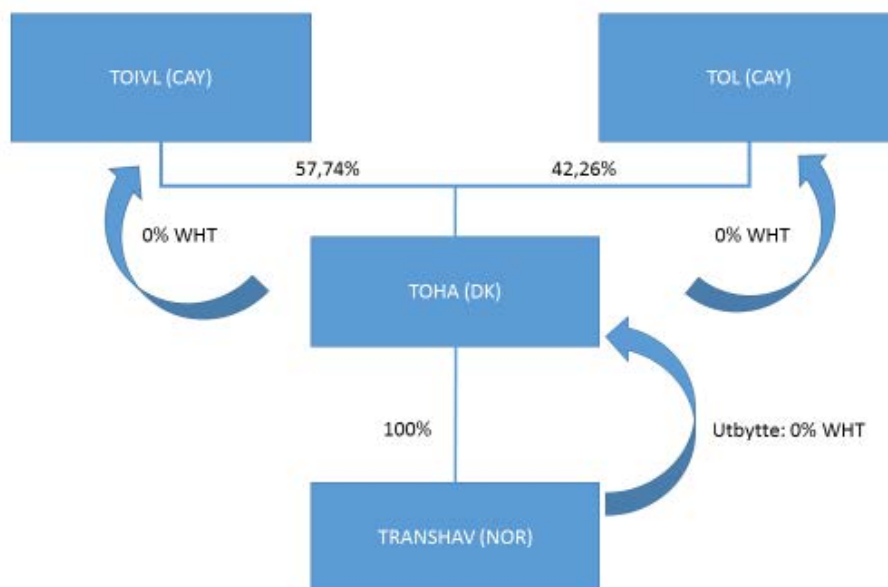
3.3.2.1 *Transocean saken*

Det vil i det følgende gis en fremstilling av den norske Transocean-saken som ble behandlet i Oslo tingrett i 2011 (Straffesak) ⁵⁸, ettersom dommen kan bidra til å illustrere et treaty shopping-tilfelle. Det sentrale med dommen er at den gir en behandling av hvilke momenter som må vurderes for å fastlegge hvem som er beneficial owner.

Det vil kun bli behandlet den delen av saken som gjelder beneficial owner, mens spørsmål om gjennomskjæring etc. faller utenfor oppgaven.

I saken⁵⁹ var faktum at et norsk datterselskap (Transhav) hadde overført et utbytte til et dansk holdingselskap før det etter to uker ble videreført til morselskaper på Cayman-øyene (TOVIL og TOL). Ved å kanalisere utbyttet gjennom det danske selskapet endte eierne opp med en effektiv besparelse på 412 millioner NOK i kildeskatt til Norge.⁶⁰

Strukturen så slik ut:



⁵⁸ 11-104857MED-OTIR/01

⁵⁹ 11-104857MED-OTIR/01

⁶⁰ Norge har ikke skatteavtale med Cayman Islands slik at en direkte overføring ville innebærer 25 % kildeskatt på utbytte, jf. Sktl. § 10-13.

3.3.2.1.1 Rettens vurdering av saken

Påtalemyndigheten hevdet at det danske selskapet (TOHA) ikke kunne være beneficial owner etter NSA art. 10 (3) fordi de manglet den reelle innflytelsen (rådigheten) over utbyttet.

I sin oppsummering skrev retten at ved vurderingen av beneficial owner-vilkåret må det gjøres en totalvurdering av de momenter som taler for, og de momenter som taler imot. Retten trakk frem de relevante momenter som kommer frem i OECDkomm art. 10 pkt. 12.1-12.4 (som behandlet ovenfor). Det ble også konkludert med at formålet med det mottagende selskap var uten betydning, slik at det måtte gjøres en objektiv vurdering av om selskapet hadde rådighet over det mottatte utbyttet.

Det første momentet retten vurderte var i hvilken grad TOHA var pålagt å videreføre utbyttet. Retten trakk i denne sammenheng frem indofood-dommen⁶¹ hvor et selskap ville blitt ansett for å være erstatningsansvarlig dersom de ikke videreførte utbyttet. I den saken ble selskapet som en følge av dette ikke ansett for å være beneficial owner. De henviste deretter til Prevost Car-dommen⁶², hvor selskapet ikke hadde noen forpliktelser til å videreføre utbyttet og etter en totalvurdering ble ansett for å være beneficial owner.

Retten vurderte saken dit hen at selv om TOHA hadde mer formell enn reell selvstendighet, hadde de full rådighet over utbyttet ettersom de selv hadde risikoen for insolvens og eventuelle krav fra kreditorer. Selskapet kunne i tillegg nyte av renteinntektene på utbyttet. Dette harmonerer godt med OECDkomm art. 10 pkt. 12.4.⁶³

I tillegg til rådighetsvurderingen tok retten stilling til om et holdingselskap kunne være beneficial owner. De konkluderte her med at det harmonerer godt med OECDs kommentarer at holdingselskaper bør respekteres som en del av normal styring i konsern.

Rettens konklusjon ble til slutt at TOHA ble ansett som beneficial owner til utbyttet og NSA art. 10 (3) om unntak fra kildeskatt på utbytte fikk anvendelse. Dommen ble i utgangspunktet anket, men anken ble trukket fra økokrim side på grunn av flere forhold.⁶⁴

Parallelt med straffesaken gikk det en sivil sak i tingretten som også vurderte om NSA art. 10 (3) fikk anvendelse på utbyttet fra det norske selskapet til TOHA. Retten kom her til at bestemmelsen ikke fikk anvendelse fordi utbyttet ikke ble beskattet i Danmark som en følge

⁶¹ Indofood case: A3/2005/2497

⁶² Prevost Car case: 2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G

⁶³ Jf. Formuleringen: "use and enjoy"

⁶⁴ Bl.a habilitetsspørsmål

av internretten. Etter rettens vurdering fikk skatteavtalen kun anvendelse dersom utbyttet faktisk var gjenstand for beskatning i mottakerstaten, ettersom det her ikke forelå noen reell mulighet for dobbeltbeskatning. Dommen bygger åpenbart på en feil forståelse av skatteavtalerett.⁶⁵

Eivind Furuseth skriver bl.a. i sine kommentarer til dommen at den må være uriktig. Han begrunner dette med at dersom rettens tolkning av reglene skulle være riktig ville art. 10 i OECD MC meget sjelden komme til anvendelse, fordi svært mange europeiske stater har en form for unntaksmetode for selskapsaksjonærer.

Dommen er anket og skal opp til behandling til høsten.

3.3.2.2 *Prevost Car*

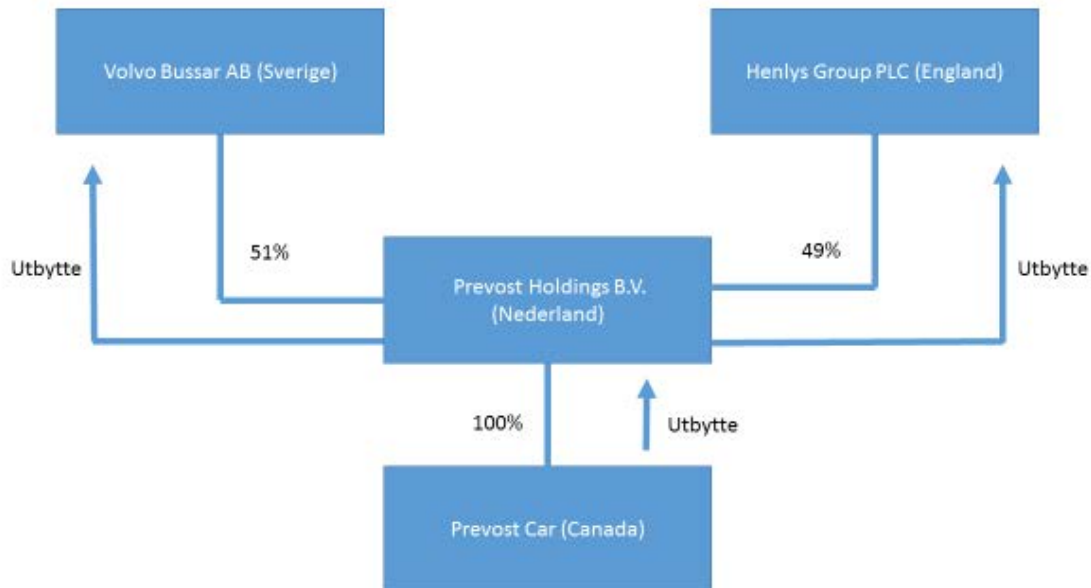
Annen rettspraksis som gir veiledning er *Prevost Car*-dommen som det ble henvist til i *Transocean*-saken ovenfor⁶⁶. Dommen gir en omfattende behandling av hva som kreves for å oppfylle vilkåret til beneficial owner.

Faktum i saken var at et canadisk selskap (*Prevost Car Inc.*) delte ut utbytte til sitt morselskap i Nederland (*Prevost Holdings*). Det nederlandske selskapet delte deretter ut hele utbyttet til sitt morselskap i Sverige (*Volvo Bussar*) og Storbritannia (*Henlys Group plc.*).

⁶⁵ Norway: *Transocean* case, comments by Eivind Furuseth

⁶⁶ *Prevost Car* case: 2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G

Strukturen var som følger:



Spørsmålet i saken var om det mottakende selskapet i Nederland (Prevest Holdings) kunne anses som beneficial owner til utbyttet fra Prevest Car Inc. i Canada, eller om dette selskapet kun var opprettet som gjennomstrømningsselskap for skattemessige årsaker.

Domstolen måtte først ta stilling til hvilken betydning det hadde for saken at det svenske og britiske selskapet hadde inngått en aksjonæravtale hvor det fremgikk at minst 80 % av overskuddet i Prevest Holdings skulle deles ut som utbytte. Retten kom her til at en slik avtale ikke var bindende ovenfor Prevest Holdings ettersom dette selskapet ikke var part i avtalen. Aksjonærene i selskapet kunne da ikke ta rettslige skritt for å få utbetalt utbyttet, ettersom Prevest Holdings ikke var bundet av avtalen. En slik aksjonæravtale har derfor ifølge dommen ingen betydning for vurderingen av om selskapet er beneficial owner.

Det neste spørsmålet var om selskapet hadde rett til å "use and enjoy" utbyttet slik det fremkommer av OECDkomm. Art 10 pkt. 12.4. Domstolen uttalte at frem til utbyttet er besluttet utdelt av generalforsamlingen, var dette en eiendel som fullt ut kunne utnyttes av selskapet. Midlene var også tilgjengelig for dekning til selskapets kreditorer, dersom det skulle være nødvendig. Til syvende og sist er det alltid den øverste aksjonæren i selskapskjeden som har bestemmelsesrett over hvordan utbyttet benyttes, men dette kan ifølge domstolen ikke være avgjørende for vurderingen. Domstolen uttalte i stedet at; beneficial owner er den som:

"receives the dividend for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received".⁶⁷

Dette stemmer godt overens med det som følger av kommentarene til mønsteravtalen fra 2014.⁶⁸

3.3.3 Vilkår for å oppfylle beneficial owner-kravet

Fra Prevost Car-saken kan man utlede at fire vilkår må være oppfylt for at man skal anses for å være beneficial owner etter OECDs mønsteravtale Art. 10 (2).

Det første vilkåret (1) er at mottakeren må være i besittelse av utbyttet. Det sentrale her er om mottakeren er rettslig bundet til å videreføre utbyttet eller om han har en valgrett med tanke på en eventuell videreførsel.

Det andre vilkåret (2) er om mottakeren har rådigheten over utbyttet. Det som må vurderes er hvordan utbyttet er anvendt i selskapet, som for eksempel om det er brukt til å dekke løpende utgifter. Dette er også ett av temaene som er tatt opp i OECDkomm art. 10 pkt. 12.3.

Det tredje vilkåret (3) som må være oppfylt er at det må knytte seg økonomisk risiko til inntekten. Dette kan for eksempel være tilfellet dersom betalingen ligger på selskapets konto lenge nok til at den kan være tilgjengelig for selskapets kreditorer.

Det fjerde og siste (4) vilkåret er kontrollvilkåret. For å oppfylle kontrollvilkåret må det mottakende selskap ha kontroll på beløpet. De må for eksempel ha muligheten til å investere pengene videre innenfor perioden som de står på selskapets konto.

Vilkårene gjenspeiler i stor grad det som kommer frem i Transocean-saken.

3.3.4 Substanskrav for å være beneficial owner

De fire vilkårene som kommer frem av Prevost-avgjørelsen synes ikke å kreve mye av mottaker. Et spørsmål som reiser seg i den anledning er om det i det hele tatt trenger å foreligge noen substans i det mellomliggende selskap for å oppfylle beneficial owner-kravet.⁶⁹

⁶⁷ Furueth (2013) s.185

⁶⁸ OECDkomm. Art.10 pkt. 12.4

⁶⁹ Furueth (2013) s.185

I sakene behandlet ovenfor hadde selskapene (Prevost Holdings, og i Transocean saken; TOHA) verken ansatte eller kontorer til disposisjon. Ingen av domstolene fant dette problematisk, noe som harmonerer med en annen canadisk sak⁷⁰ hvor selskapet heller ikke hadde ansatte eller kontorer, men ble ansett for å være beneficial owner. Denne saken handlet riktignok om royalties, men begrepet skal tolkes på samme måte.

Gjeldende rettspraksis taler altså i stor grad for at det ikke stilles noen særlige krav til substans for å bli ansett som beneficial owner.

3.3.5 Forholdet mellom beneficial owner og LoB-klausuler

Et spørsmål som kan reises er hvor aktuelt beneficial owner-vilkåret vil være i avtaler som inneholder OECDs LoB-klasul.⁷¹ Man må, etter de nye forslagene til LoB i BEPS Action 6 alltid kvalifisere gjennom LoB for å få rett til fordeler. Det vil være svært få tilfeller hvor skattyter som kvalifiserer under LoB-klausulen ikke vil bli ansett som beneficial owner.⁷² Årsaken til dette er at dersom man kvalifiserer under en av alternativene i LoB-klausulen, har man tilstrekkelig tilknytning til bostedslandet, eller et faktisk grunnlag for å motta inntekten som genereres i kildestaten.

Det kan likevel tenkes tilfeller hvor skattyter får tilgang til avtalens fordeler gjennom LoB-klausulens bestemmelser om børsnoterte selskaper. Det har da i motsetning til bestemmelsen om aktiv forretningsvirksomhet (Krav til substans) lite å si på hvilken måte inntekten er generert. I disse tilfellene kan beneficial owner fungere som en forlengelse av LoB.⁷³ Mer om dette nedenfor.

⁷⁰ Velcro Case: 2012 TCC 57

⁷¹ BEPS Action 6 foreslått LoB klausul

⁷² Borrego s. 83

⁷³ Borrego s. 83

4 Enkle Limitation on Benefits-klausuler

4.1 Innledning

4.1.1 Formål

OECD har i kommentarene til art. 1 i mønsteravtalen uttalt at LoB er ment for å:

"Aimed at preventing persons who are not residents of either contracting states from accessing the benefits of a Convention through the use of an entity that would otherwise qualify as a resident of one of these States."⁷⁴

LoB er altså ment for å hindre treaty shopping ved å begrense hvilke skattytere som kan bli berettiget etter avtalen. Det sentrale er at klausulen stiller krav til skattyter om at han må kunne påvise tilknytning til staten hvor han er hjemmehørende for å få tilgang til skatteavtalens fordeler. Skattyter må også oppfylle vilkåret om å være "Resident" som er behandlet ovenfor.⁷⁵

4.1.2 Historie

LoB-klausuler er opprinnelig en amerikansk konstruksjon, og den første skatteavtalen som inneholdt en slik klausul var avtalen mellom USA og Finland fra 1970⁷⁶. Et selskap ble etter denne bestemmelsen nektet den reduserte kildeskatten på renter, royalties og utbytte dersom mindre enn 25 % av selskapets aksjer var eid direkte eller indirekte av fysiske personer som var bosatt i samme stat som selskapet.

LoB-klausuler har blitt svært aktivt brukt i USAs skatteavtaler siden 1990-tallet. De har også blitt tatt inn i USAs mønsteravtale fra og med 1976⁷⁷ og de amerikanske myndighetene insisterer visstnok på at LoB-klausuler skal inntas i hver eneste skatteavtale de inngår⁷⁸. Norge er faktisk en av få stater som ikke har skatteavtale med USA som inneholder en "Full-Scope" LoB-klausul, noe som gjør Norge til et attraktivt gjennomstrømningsland for renter og royalties. Det er fra og med 2013 inngått en ny avtale mellom Norge og USA, men den er ennå ikke ratifisert av forskjellige årsaker.

⁷⁴ OECDkomm. (2014) Art. 1 nr.20 (1)

⁷⁵ Vogel, 4.utg. s. 130

⁷⁶ Vogel, 4.utg. s. 130

⁷⁷ US MC: Art. 22

⁷⁸ Qunfang Jiang (March 2015)

OECDs mønsteravtale inneholder per dags dato ingen LoB-klausuler, men det er foreslått en "full scope"-versjon i kommentarene til mønsteravtalens art. 1 nr. 20 fra og med 2003. Denne klausulen er basert på den amerikanske mønsteravtalens klausul fra 1996⁷⁹.

De forskjellige typer LoB-klausuler vil først bli behandlet, særlig de fra kommentarene til OECDs mønsteravtale fra 2014 og deres funksjoner i dagens skatteavtaler. Deretter vil den nye LoB-klausulen som er foreslått gjennom BEPS-arbeidet bli presentert.

4.2 Enkle LoB-bestemmelser

Kommentarene til mønsteravtalen fra 2014 inneholder en rekke forslag til LoB-klausuler. Med disse følger forskjellige anbefalinger til implementering i skatteavtaler og lignende. Det vil i det følgende bli gitt en fremstilling av disse og deres virkeområde for å vurdere om LoB-klausuler effektivt vil kunne hindre treaty shopping.

Det finnes flere forskjellige typer LoB-klausuler, som har forskjellige mekanismer for å hindre treaty shopping. Reglene stiller for det første krav til eierskapet i selskapet (The-look-through-approach), for det andre stilles det krav til disponeringen av inntekten som det kreves fordeler for (The-channel-approach), for det tredje kan selskaper ekskluderes fra avtalen på bakgrunn av gunstig skattemessig behandling i hjemstaten (Exclusion-klausuler), og for det fjerde stilles det krav til faktisk beskatning av inntekten i mottakerstaten (Subject-to-tax-klausuler).

4.3 Krav til eierskap

4.3.1 Hvilke krav stilles?

Den første LoB-klausulen som foreslås i OECDkomm. Art.1 pkt.13 er "The Look-Through-Approach". Formålet med denne klausulen er i likhet med andre LoB-klausuler å hindre opprettelse og bruk av gjennomstrømningselskaper.

Måten den fungerer på er at den stiller krav til eierskapet i selskapet ved å nekte retten til fordeler etter avtalen (som for eksempel redusert kildeskatt på utbytte, renter eller royalties) til selskaper som ikke er eid, verken direkte eller indirekte, av subjekter hjemmehørende i samme stat som selskapet.

⁷⁹ Vogel, 4.utg. s. 130

Det følger av OECDs forslag til bestemmelsen at dersom eierne ikke er bosatt i den staten hvor selskapet er hjemmehørende, får selskapet ikke rett til den reduserte kildeskatten for noen av inntektstypene.⁸⁰

Det første vilkåret er kontrollvilkåret. En naturlig språklig forståelse av ordet "Controlled" er at det må være snakk om å inneha over halvparten av stemmerettighetene i selskapet. Det følger videre av formuleringen: "*..through one or more companies*" at direkte og indirekte eierskap er likestilt. I et tilfelle hvor man for eksempel eier 51 % av et selskap som eier 51 % av skattyter, kontrollerer man i realiteten skattyter, ettersom man kan "trumfe" gjennom sin vilje på generalforsamling.

I norske avtaler har vi "Look-Through"-klausuler i avtalene med Barbados og De Nederlandske Antiller.⁸¹ Begge skatteavtalene stiller et minimumskrav til innenlandsk eierskap. Avtalen med Barbados stiller imidlertid krav til *mer enn* 50 % innenlandsk eierskap, mens avtalen med De Nederlandske Antiller stiller krav om *minimum* 50 % innenlandsk eierskap.

Videre stiller begge klausulene krav til eierne om at de må inneha "the beneficial interest" i selskapet. Med "beneficial interest" siktes det til den reelle eierinteressen. Begrepet er ikke nærmere definert i de norske skatteavtalene, men tolkningen av beneficial owner-vilkåret vil være relevant i denne sammenheng. Det formelle eierskapet er etter dette av mindre betydning, noe som innebærer at det er det faktiske eierskapet som vil vektlegges.⁸² Et eksempel som kan illustrere dette kan være at en skattyter bosatt i stat A har en avtale med en person på Barbados som er eneaksjonær i et selskap hjemmehørende på Barbados. Avtalen går ut på at aksjonæren skal stemme etter hans instruks, for å "skjule" det reelle eierforholdet. Dersom selskapet på Barbados i dette tilfellet har krav på avtalens fordeler, vil de gå klar av denne klausulen. Det reelle eierforhold vil imidlertid i dette tilfellet skjære igjennom ettersom den egentlige eier av aksjen har full bestemmelsesrett på selskapets beslutninger, slik at det formelle eierskapet er av liten betydning.⁸³

Ved vurderingen skal det tas hensyn til de økonomiske og administrative rettighetene aksjonæren har, og også aksjonæravtaler må tas hensyn til. Dersom selskapet har forskjellige aksjeklasser, for eksempel A og B aksjer, må kravet om 50 % eierskap være oppfylt for alle

⁸⁰ OECDkomm (2014) Art.1 pkt.13

⁸¹ DBA Barbados 1990 art. 29 (1) litra c; DBA Nederlandske Antiller 1989 art. 28 (1) litra c.

⁸² Skaar s. 864

⁸³ Skaar (2006) s. 864

klasser i klausulen i den norske avtalen med Barbados.⁸⁴ Årsaken til dette kravet er at noen selskaper kan ha forskjellige aksjeklasser, hvor for eksempel B-aksjen kun gir økonomiske rettigheter, mens A-aksjen gir både økonomiske rettigheter og stemmerettigheter. I et slikt tilfelle innehar eierne av A-aksjen i realiteten all makt i selskapet. I avtalen med De Nederlandske Antiller er det imidlertid kun krav om at dette er oppfylt for de aksjene det knyttes stemmerettigheter til.

Av OECDkomm art.1 pkt. 14 kommer det frem at OECD anser "The-look-Through approach" for å være en god regel som egner seg til å begrense etableringen av gjennomstrømmingsselskap i land med lav eller ingen skatt, eller generelt i land som det er populært å etablere tomme holdingsselskaper uten substans. Det kommer også frem at man muligens må endre forslaget til modellbestemmelsen når man inngår bilaterale skatteavtaler, for å sikre at reell forretningsvirksomhet ikke blir rammet av bestemmelsen.⁸⁵

I den norske avtalen med Barbados er det tatt med en slik "Bona Fide"-reservasjon som unntar reell forretningsvirksomhet fra bestemmelsens anvendelsesområde. I art. 29 i avtalen bruker man ordene "An active trade or business" som tar sikte på en aktiv og reell forretningsvirksomhet.⁸⁶ Dette vilkåret er sammenlignbart med 3. ledd i den foreslåtte LoB-klausulen, som skal behandles nedenfor.

Motsetningen til "bona fide"-virksomhet er typisk tomme holdingselskaper som kun er opprettet for gjennomstrømningsformål. Som tidligere nevnt rammer bestemmelsen både direkte og indirekte eierskap, slik at det ikke er mulig for en skattyter i en tredjestat å omgå regelen ved å opprette et selskap i samme stat som gjennomstrømmingsselskapet. Det finnes likevel muligheter for å komme seg rundt denne type LoB-klausuler. Et eksempel på dette kan være å opprette et gjennomstrømmingsselskap som er eid indirekte av fysiske personer som er bosatt i en av kontraktstatene.⁸⁷ Aksjonærrettighetene må i dette tilfellet overføres til en fysisk person. Et problem som kan oppstå i et slikt tilfelle er at den fysiske personen ikke kvalifiserer som beneficial owner til inntekten. Det kan imidlertid være vanskelig å påvise at en fysisk person kun er en formell mottaker og ikke den virkelige rettighetshaver.

Som nevnt ovenfor hevder OECD at klausulen er godt egnet til å bekjempe opprettelsen av gjennomstrømmingsselskaper som kun er etablert for skattemessige formål. OECD gir

⁸⁴ DBA Barbados 1990 art. 29 (1) litra c

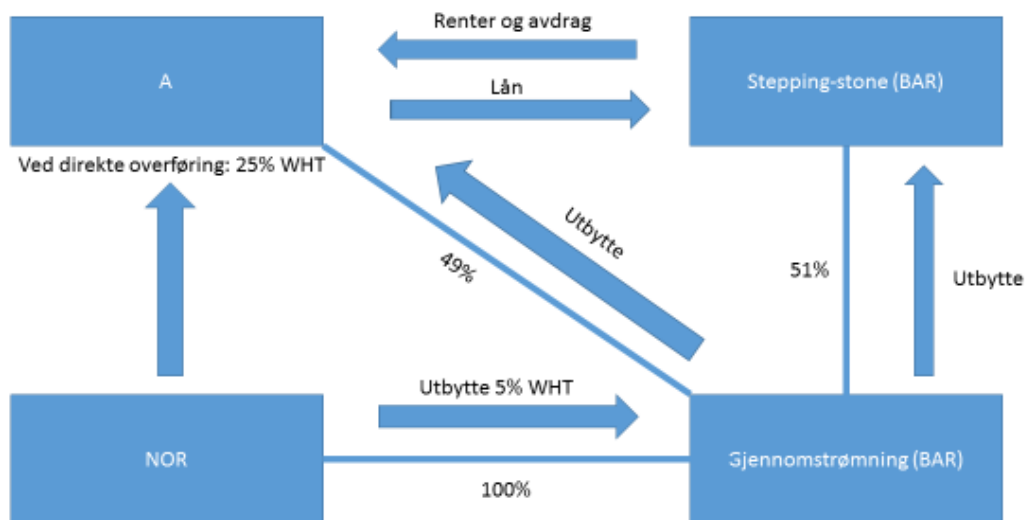
⁸⁵ "Bona-fide"-virksomhet.

⁸⁶ DBA Barbados 1990 art. 29 (1) litra c

⁸⁷ Skaar (2006) s. 865

imidlertid uttrykk for i en rapport fra år 2000⁸⁸ at klausulen ikke egner seg så godt til å bekjempe mer avanserte former for "stepping-stone"-strategier.

Et eksempel på "stepping-stone" kan være at skattyter er bosatt i stat A og har inntekter i form av utbytte fra et selskap i Norge. Det foreligger ikke noen skatteavtale mellom Norge og stat A. For å unngå kildeskatt på 25 % som Norge i utgangspunktet ilegger på transaksjoner til selskaper i stater uten skatteavtale⁸⁹, etablerer skattyter et selskap på Barbados som overtar rettighetene til alle aksjene i det norske selskapet. Skattyter beholder selv 49 % av aksjene i selskapet på Barbados og får en innenlandsk investor på Barbados til å gå inn med 51 %. Dette medfører at skattyter i stat A mottar 49 % av utbyttet fra selskapet som minoritetsaksjonær. Det resterende utbyttet kan overføres til skattyter i stat A, f.eks. ved at den innenlandske investoren finansierer investeringen i gjennomstrømmingsselskapet ved et lån fra skattyter i stat A, og at det resterende av utbyttet blir brukt til å betale renter og avdrag på lånet. Man må likevel sørge for at eierne innehar "the beneficial interest" i selskapet, den reelle eierinteressen.⁹⁰



Man kan konkludere med at en "Look-through"-klausul vil fange opp en del av treaty shopping-tilfellene, men som det følger av eksempelet ovenfor er det også mulig å omgå

⁸⁸ OECD, "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" R (6) – 16 pkt. 24, model tax convention on income and on capital, (Paris 2000)

⁸⁹ Jf. Sktl. § 10-13

⁹⁰ Skaar (2006) s. 866-867

klausulen. Dette betyr at det må vurderes flere tiltak som kan dekke andre aspekter ved problemet.

4.3.2 Kan andre regler fange opp slike arrangementer?

En problemstilling som reiser seg ved behandlingen av LoB-klausuler er om generelle omgåelsesregler (GAAR)⁹¹ kan benyttes ved siden av disse reglene i tilfeller hvor man kvalifiserer gjennom bestemmelsen, men allikevel har misbrukt skatteavtalen.

I følge skatteavtalenes "Guiding principle" som følger av OECDkomm. Art. 1 pkt. 9.4 – 9.5 trenger ikke statene å respektere skatteavtalene i tilfeller hvor det foreligger misbruk av avtalen. Dette vil være tilfellet hvor det prinsipielle formålet med en transaksjon er å oppnå en skattefordel, og denne skattefordelen strider mot formålet med skatteavtalen.

OECD har uttrykt at formålet med skatteavtalene er å hindre dobbeltbeskatning, samt å hindre omgåelse.⁹² Dersom arrangementet ovenfor kun har som formål å oppnå fordeler etter avtalen(e), og ingen forretningsmessige forklaringer, vil de skattemessige virkningene antageligvis kunne settes til side. Det er således ingenting i veien for at generelle omgåelsesregler på skatteavtalenivå fungerer side om side med de spesielle.⁹³

Et annet spørsmål er om nasjonale omgåelsesregler som den norske omgåelsesnormen kan anvendes for å fange opp slike forhold. Problemstillingen blir om omgåelsesnormen kan sette til side skatteavtalens regel.

Dette er et omtvistet tema som ikke vil bli drøftet nærmere her, men ifølge Skaar⁹⁴ er det ikke grunnlag for en slik anvendelse.⁹⁵

4.4 Subject-to-Tax

4.4.1 Hva menes med subject-to-tax?

"Subject-to-tax"-klausuler er foreslått i OECDkomm art. 1 pkt. 15. Man får etter denne bestemmelsen kun rett til fordeler etter avtalen, dersom inntekten er "subject to tax" i

⁹¹ General Anti-abuse rules

⁹² Jf. OECDkomm. Art. 1 pkt. 7

⁹³ Skaar (2006) s. 896

⁹⁴ Skaar (2006) s. 895

⁹⁵ Se f.eks. Eivind Furuseth Ph.d.-avhandling

mottakerstaten. Dette innebærer at den inntekten skattyter hjemmehørende i stat A mottar fra kildestaten B må beskattes i stat A for å for eksempel få rett til redusert kildeskatt i stat B.

En slik bestemmelse harmonerer godt med skatteavtalenes prinsipielle formål, som er å hindre dobbeltbeskatning.⁹⁶ I et tilfelle hvor inntekten bare beskattes i hjemstaten vil det i prinsippet ikke foreligge noen dobbeltbeskatning. Bestemmelsen legger opp til en vurdering av eierskapet i det mottakende selskapet.

Det første som må fastlegges er hva som ligger i begrepet "subject to tax". Spørsmålet blir således om inntekten faktisk må beskattes eller om det er tilstrekkelig at mottaker er et skattesubjekt på lik linje med det som følger av vilkåret "liable to tax" i OECD MC art. 4 (1). En naturlig språklig forståelse av ordlyden i klausulen taler for at med dette menes det at inntekten faktisk må beskattes i hjemstaten og ikke bare være en skattepliktig inntekt. Dette har også støtte i Skaar.⁹⁷

Det neste som må vurderes er hva som menes med "substantial interest". Begrepet er ikke definert i OECDkomm⁹⁸, ei heller fremgår tolkningen av sammenhengen, noe som innebærer at det i utgangspunktet må defineres etter internretten, jf. OECD MC art. 3 (2). Det kommer likevel frem av kommentarene til mønsteravtalen at det er opp til kontraktstatene å avtale en prosentsats av for eksempel aksjekapitalen som må eies for å inneha "substantial interest" i selskapet. Dersom dette ikke er fastsatt i avtalen, legges det her opp til en vurdering av både administrative og økonomiske rettigheter. Det kan legges til grunn at man må inneha 50 % eller mer av stemmerettighetene i selskapet.⁹⁹ Dersom en person bosatt i en tredjestat innehar "substantial interest" i skattyter, kan skattyter nektes rett til den reduserte satsen, hvis inntekten ikke skattlegges i mottakerstaten.

Dersom eierskapet ikke omfattes av vilkåret om "substantial interest", må man vurdere om det omfattes av det andre alternative vilkåret; om en person bosatt i en tredjestat utøver ledelsen eller kontrollen over skattyter, jf. ordlyden; "*exercise...the management or control*". Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordet "control" er at det må være snakk om å kontrollere selskapet, slik at man innehar over halvparten av stemmerettighetene. Direkte og indirekte eierskap er også her likestilt.

⁹⁶ OECDkomm. Art.1 pkt.7

⁹⁷ Skaar (2006) s. 858

⁹⁸ OECDkomm. Art. 1 pkt. 15

⁹⁹ Skaar (2006) s. 868

Hvis en av de alternative vilkårene i bokstav a eller b er oppfylt, kan selskapet altså nektes rett til for eksempel redusert skatt for den delen av inntekten som ikke blir beskattet i den staten hvor skattyter er hjemmehørende.

Denne typen klausul begrenser bruken av gjennomstrømningselskap ettersom det er lagt inn en sikkerhetsventil for å sørge for at inntekten blir beskattet, enten i den ene staten eller den andre.¹⁰⁰

4.4.2 Norske avtaler med "subject-to-tax"

Vi har flere eksempler på "subject-to-tax"-klausuler i norske skatteavtaler. I Den Nordiske Skatteavtalen (NSA) Art. 26 (2) er hjemstaten gitt en subsidiær beskatningsrett i tilfeller der kildestaten ikke beskatter inntekten som en følge av intern lovgivning. Hjemstaten har etter denne regelen rett til å beskatte den del av inntekten som ikke er blitt beskattet i kildestaten. Grunnen til dette er at man har ønsket å motvirke utilsiktet ikke-beskatning.¹⁰¹

Det følger imidlertid et unntak fra den subsidiære beskatningsretten i tilfeller hvor inntekten ikke blir beskattet i kildestaten på grunn av feil, innrømmede fradrag, foreldelse eller lignende. Grunnfradrag gir for eksempel ikke grunnlag for subsidiær beskatning i skattyters hjemstat.¹⁰²

Et annet eksempel på en "subject-to-tax"-klausul er art. 29 i skatteavtalen mellom Norge og Sør-Afrika.¹⁰³ Bakgrunnen for denne klausulen var at Sør-Afrika ved inngåelsen av skatteavtalen praktiserte et territorialprinsipp, som i motsetning til globalinntektsprinsippet ikke tok inntekt som hadde sin kilde utenfor Sør-Afrika til beskatning. I klausulen gis det en subsidiær beskatningsrett til kildestaten dersom inntekten ikke beskattes i mottakerstaten. Dette er imidlertid ikke aktuelt lenger ettersom Sør-Afrika har begynt å praktisere globalinntektsprinsippet.¹⁰⁴

4.4.3 "Limitation of relief"-klausuler

"Limitation of relief"-klausuler er en type LoB-klausul som er basert på "subject-to-tax"-metoden. Slike regler er nødvendige i skatteavtaler med land som etter sin internrett praktiserer "remissebasert beskatning". Med dette menes at skattyter kun blir beskattet for

¹⁰⁰ OECDkomm (2014) Art.1 pkt. 15

¹⁰¹ St. prp. Nr. 5 (1996-97)

¹⁰² Skaar (2006) s. 859

¹⁰³ DBA Sør-Afrika (1996) art. 29

¹⁰⁴ Sktl. § 2-2 (6)

inntekt som føres inn i hjemstaten. Inntekt som er tilordnet skattyter, men som blir igjen i kildestaten, blir ikke beskattet i stater med slike skatteregler.¹⁰⁵

Det kan tenkes flere tilfeller hvor en person vil prøve å omgå slike regler. Det enkleste vil være å bare la pengene stå på personens konto i Norge. Da vil man, så lenge pengene ikke bringes hjem til hjemstaten, kun bli beskattet etter avtalens reduserte sats på kildeskatt.

Et eksempel på en stat med remissebasert beskatning er Storbritannia. Norge har derfor inntatt en "Limitation of relief"-klausul i denne skatteavtalen. Etter avtalens art. 31 nektes *fysiske personer* rett til redusert kildeskatt på utbytte, med mindre inntekten faktisk beskattes i Storbritannia. I dette tilfellet vil forskjellen utgjøre 25 % kildeskatt i stedet for en eventuell redusert kildeskatt på 5 %, slik at kildestaten i prinsippet får en subsidiær beskatningsrett.

I OECDkomm art.1 pkt. 26 (1) foreslår OECD en slik "Limitation-of-relief"-klausul. I pkt. 26 (1) 3.ledd gir de uttrykk for at det kan bli administrative problemer relatert til tidsaspektet ved beskatningen i slike tilfeller.

Spørsmålet blir for eksempel; hvor lenge må Norge vente med å se om inntekten blir beskattet i Storbritannia? OECD foreslår i pkt.26.1 (3) at det i slike tilfeller angis en spesifisert tidsfrist for beskatning av inntekten.¹⁰⁶

En problemstilling som reiser seg er hvorfor den norske "Limitation-of-relief"-klausulen med Storbritannia kun får anvendelse ovenfor fysiske og ikke juridiske personer. Det kommer ikke frem av juridisk teori hvorfor det er slik.

OECD uttrykker i kommentarene til mønsteravtalen en bekymring for at "subject-to-tax"-klausuler ikke vil kunne forhindre avanserte "stepping stone"-strukturer og at slike klausuler derfor ikke er tilstrekkelig dekkende. De anbefaler derfor at stater inngår avtaler med "channel"-klausuler som retter seg mot hjertet av treaty shopping.

4.5 Kanaliseringsregler

"The channel approach" forsøker å identifisere treaty shopping-strukturer ved å se på selskapets andel av utenlandske eiere og hvordan inntekter kanaliseres videre til personer i tredjestater. I motsetning til "subject-to-tax"-klausuler, retter ikke "channel"-klausuler seg mot staters gunstige skatteregler, men selve selskapet som sådan.

¹⁰⁵ Naas (2011) s. 1284

¹⁰⁶ OECDkomm (2014) art.1 pkt.26.1 (3)

Ordlyden i OECDkomm art.1 pkt. 17 fra 2014 minner mye om ordlyden i "subject-to-tax"-klausuler, men bestemmelsene skiller seg vesentlig fra hverandre i 2.ledd. "The channel approach" oppstiller to kumulative vilkår, hvorav det første vilkåret knytter seg til eierskapet og kontrollen av selskapet, mens det andre knytter seg til selskapets disposisjoner over inntekten fra kildestaten.

Det første som må vurderes er andelen av utenlandsk eierskap i selskapet. I 1.ledd bokstav a) oppstilles det første alternative vilkåret. Det kommer her frem at dersom en person hjemmehørende i en tredjestat innehar en betydelig eierinteresse i skattyter, gjennom deltagelse eller på annen måte, er det første vilkåret oppfylt.

Spørsmålet blir således hva som ligger i begrepet "substantial interest". Dette er det samme vurderingstemaet som behandles under "Subject-to-tax"-klausuler og har det samme meningsinnhold. Det legges også her opp til en vurdering av både administrative og økonomiske rettigheter, men det kan legges til grunn at man må ha halvparten eller mer av stemmerettighetene i selskapet.¹⁰⁷ Direkte og indirekte eierskap er likestilt.

I 1.ledd bokstav b) oppstilles det andre alternative vilkåret. Her kommer det frem at bestemmelsen også vil komme til anvendelse dersom personer hjemmehørende i tredjestater innehar ledelsen og kontrollen over skattyter. Direkte og indirekte eierskap er også her likestilt.

Begrepet "The management or control" vurderes på samme måte som under punkt 4.4. Det sentrale i vurderingen er hvem som utøver ledelsen eller har kontrollen over selskapet.

Dersom en av disse alternative vilkårene er oppfylt, må man ta stilling til om vilkåret i annet ledd er oppfylt. For at bestemmelsen skal få anvendelse må mer enn halvparten av inntekten fra kildestaten brukes til å dekke krav til kreditorer i tredjestater som innehar slik eierinteresse i selskapet som følger av 1.ledd bokstav a) eller b).

Dette gjelder imidlertid kun den delen av inntekten som stammer fra kildestaten, slik at ikke alle overføringer til eiere hjemmehørende i tredjestater rammes av bestemmelsen. Det kan likevel reises spørsmål om det er brutto- eller nettobeløpet det dreier seg om. Av omgåelseshensyn er det nettobeløpet man sikter til, ettersom man her kunne "blåst" opp inntekten og kostnadene knyttet til denne ved overførsel.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Skaar (2006) s. 868

¹⁰⁸ Skaar (2006) s. 869

Det kan reises noen problemstillinger knyttet til kanaliseringen av inntekten fra kildestaten. For det første kan det være vanskelig for myndighetene å avgjøre hvilken inntekt som er den kanaliserte inntekten. Et eksempel på dette er at man bruker inntekten til å utjevne et underskudd, for å så overføre andre inntekter til eiere bosatt i tredjestater. Hvilken inntekt skal man da ta utgangspunkt i? Et annet problem som kan oppstå er tidsmomentet. Hva skjer dersom pengene blir liggende i lang tid på gjennomstrømningselskapets konto? Dette vil i stor grad tale imot kanalisering.

En parallell kan i denne sammenheng trekkes til beneficial owner-vurderingen, hvor det skal vektlegges i hvilken grad mottaker av inntekten har mulighet til å dekke sine forpliktelser. Dersom det mellomliggende selskap i dette tilfellet kan bruke inntekten til å utjevne underskudd, for å så videreføre andre inntekter til tredjepersoner, må dette på like linje med beneficial owner-vurderingen kunne tale mot at selskapet kun brukes for kanaliseringsformål.

Norge har ikke inntatt "The Channel Approach" i noen av sine skatteavtaler, det er faktisk kun en håndfull stater som har brukt klausulen, deriblant USA og Sveits. "The Channel Approach" likevel til en viss grad videreført gjennom BEPS-arbeidet som vil bli behandlet nedenfor.

4.6 Eksklusjonsregler

En LoB-klausul som Norge har anvendt forholdsvis hyppig i sine skatteavtaler er såkalte "exclusion"-klausuler. Exclusion-klausuler er foreslått i OECDs kommentarer til mønsteravtalen i pkt. 21. Poenget med slike klausuler er å ekskludere visse selskaper fra avtalens fordeler på bakgrunn av at selskapet er gjenstand for en gunstig beskatning i sin hjemstat. Et eksempel på dette kan være gunstig beskatning av offshoreselskap. Man fratar etter denne klausulen bestemte juridiske personer rett til fordeler som følger av skatteavtalen, som for eksempel redusert kildeskatt på utbytte, renter eller royalties.¹⁰⁹

Det finnes flere forskjellige typer exclusion-klausuler, typisk er dette regler som ekskluderer selskaper på bakgrunn av intern lovgivning. Et eksempel på slik lovgivning er "Barbados law of offshore banking". Årsaken er at slike selskaper er underlagt svært gunstig beskatning i hjemstaten og nektes derfor fordeler etter avtalen. Grunnen til at slike selskaper ekskluderes er at det ikke oppstår noe dobbelt-beskatning.

¹⁰⁹ Skaar (2006) S. 850

Videre har man exclusion-klausuler som ekskluderer selskap på bakgrunn av en definisjon av hva slags selskap som kvalifiserer. Klausulen kan for eksempel stille krav til eierskapet hos mottakerselskapet, som at eierne må være fysiske personer bosatt i samme stat som selskapet.

Norge har som nevnt inngått flere avtaler hvor denne klausulen er inntatt. "The Exclusion Approach" finnes bl.a. i avtalene med: Luxemburg, Jamaica, Barbados, De Nederlandske Antiller, Argentina, Canada og USA, i forskjellige varianter.^{110 111}

I Art. 29 i avtalene med Luxemburg og Jamaica finner man klausulen under tittelen: "Exclusion of certain companies" eller "Excluded companies". Selskapene som det blir referert til ved henvisning til intern rett i disse klausulene er fullstendig ekskludert fra fordelene avtalen gir. I utgangspunktet innebærer dette at myndighetene heller ikke har plikt til å utlevere opplysninger om slike selskaper, men dette er i avtalen med Jamaica likevel ikke begrenset av Art.29, ettersom det følger av art. 27 at LoB-klausulen ikke begrenser denne plikten.¹¹²

Det kommer frem av OECDkomm art. 1 pkt. 21 (3) at man også kan ekskludere slike selskaper fra fordeler som retter seg mot spesifikke typer inntekt, som for eksempel en eksklusjon fra retten til å få redusert kildeskatt bare på royalties. Dette kan være hensiktsmessig i tilfeller hvor man har særlige utfordringer med treaty shopping knyttet til den spesifikke inntekten (f.eks. royalties).

OECD kommer også med forslag til en mer generell exclusion-bestemmelse som kan være aktuell i tilfeller hvor man har problemer med å identifisere nøyaktig hvilke selskaper som unntas fra vanlig beskatning i hjemstaten.¹¹³ Forslaget utelukker selskaper på generelt grunnlag dersom det på grunn av favoriserende regler i hjemstaten betaler en betydelig lavere skatt i hjemstaten enn det det ville gjort i kildestaten.

OECD anbefaler stater å anvende disse klausulene for å hindre misbruk av skatteavtaler og dobbelt-ikke-beskatning. Gjennom BEPS-prosjektet presenterer de imidlertid en LoB-klausul som i prinsippet skal dekke alle aspektene av treaty shopping. Den er således en "full-scope" LoB-klausul, og vil bli behandlet i det følgende.

¹¹⁰ DBA Luxembourg 1983 art. 29, DBA Jamaica 1991 art. 29, DBA Nederlandske Antiller 1989 art. 28(1) litra a, DBA Barbados 1990 art. 29 (1) litra a, DBA Argentina 1997 art. 29 (3), DBA Canada 2002 art. 30 (3), DBA USA 1971 art. 20

¹¹¹ Skaar (2006) s. 850-858

¹¹² DBA Jamaica 1991 art. 27

¹¹³ OECDkomm art. 1 pkt. 21.2 (2)

5 BEPS Action 6: LoB-klausul

5.1 Innledning

I BEPS Action 6 kommer OECD med et forslag til en LoB-klausul som skal kunne dekke alle aspekter av treaty shopping. Klausulen er tilnærmet identisk med den amerikanske LoB-klausulen¹¹⁴, men den inneholder noen endringer og er således mer avansert.

Mekanismen i den nye bestemmelsen fungerer slik at den begrenser retten til avtalens fordeler, gjennom å oppstille en rekke vilkår og krav til skattyter. Uten LoB trenger skattyter i hovedsak kun å oppfylle kravet til "resident" som følger av OECD MC Art. 4 for å få rett til fordeler (med unntak av et evt. krav om beneficial owner).

På generelt grunnlag kan man si at selskapet vil få rett til avtalens fordeler (kvalifiserer) gjennom den nye LoB-klausulen dersom det faller inn under en av følgende åtte kategorier: (1) Fysiske personer; (2) Statlige enheter i kontraktstatene; (3) Spesifikke veldedige organisasjoner og pensjonsfond dersom mer enn 50 % av deltagerne er bosatt i en av kontraktstatene; (4) Børsnoterte selskap på nærmere vilkår; (5) Selskap som oppfyller en eierskaps- og kanaliseringstest; (6) Selskap som driver aktiv forretningsvirksomhet; (7) Selskap som oppfyller en "derivative benefits"-test; og (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.

Kategori (1) til (3) er forholdsvis enkle, mens et "vanlig selskap" må oppfylle enten de objektive testene i kategori (4) til (7) eller den subjektive testen i kategori (8). Disse testene er derfor de viktigste delene av bestemmelsen og det er også disse som gjør LoB-klausulen til en svært kompleks bestemmelse.

Årsaken til bestemmelsens kompleksitet er at den er fullstendig objektiv, med unntak av testen i kategori (8). Fordelen med slike objektive tester er at de gir forutsigbarhet til skattyter som skal anvende bestemmelsene.¹¹⁵

Det er i rapporten foreslått at såkalte "Collective investment vehicles" (CIV) skal anses som kvalifiserende subjekt på lik linje med fysiske personer, børsnoterte selskaper etc. gjennom et

¹¹⁴ US MC (2006) art. 22

¹¹⁵ Quanfang Yang (2015)

tillegg i bestemmelsens 2. ledd.¹¹⁶ CIVs er en fellesbetegnelse på forskjellige typer fond, hvor flere investorer går sammen for å spre risiko. Forslaget er imidlertid ikke fullført og det vil derfor avgrenses mot en behandling av dette i denne oppgaven.

I det følgende vil det gis en detaljert behandling av BEPS LoB-klausul basert på de nye kommentarene til OECD MC, ettersom dette er nødvendig for å undersøke i hvilken grad bestemmelsen klarer å hindre treaty shopping.

Det vil også bli gjort sammenligninger med andre LoB-klausuler; da særlig den amerikanske.

5.2 Kvalifisert person

Det følger av 1.ledd¹¹⁷ i LoB-klausulen at man kun får rett til fordelene som følger av skatteavtalen dersom man på tidspunktet hvor fordelene kreves er en "kvalifisert person" som definert i 2.ledd i denne bestemmelsen. 1.ledd bestemmer imidlertid at klausulen ikke begrenser fordelene som følger av bestemmelsene i skatteavtalen, som ikke inneholder krav om at skattyter må være "resident".¹¹⁸ Kravene som følger av de andre bestemmelsene i avtalen må fortsatt være oppfylt selv om man kvalifiserer gjennom denne bestemmelsen. Et eksempel på dette kan være kravet til "beneficial owner" som er behandlet ovenfor i kap. 3.

Selv om bestemmelsene er formulert noe annerledes, har OECD ikke innført noen vesentlige endringer i 1.ledd, vedrørende det som følger av den amerikanske mønsteravtalen¹¹⁹ eller det som ble foreslått i kommentarene til mønsteravtalen av 2014.¹²⁰

5.3 Situasjoner hvor en person kvalifiserer

I 2.ledd listes det opp 6 underbestemmelser i bokstav a) til e) som slår fast hvilke subjekter som på nærmere vilkår er de kvalifiserte personer, mens de påfølgende leddene gir unntak fra dette.¹²¹

5.4 Fysiske personer

Den første kategorien er bokstav a) som omhandler fysiske personer.¹²² OECD er av den oppfatning at fysiske personer ikke egner seg til gjennomstrømming av inntekter, blant annet

¹¹⁶ BEPS Action 6 s. 32 para 31 (foreslått som bokstav f)

¹¹⁷ BEPS Action 6 s. 23

¹¹⁸ BEPS Action 6 s. 24 para. 4

¹¹⁹ US MC art. 22

¹²⁰ OECDkomm (2014) art.1 pkt. 20

¹²¹ BEPS Action 6 s. 24

¹²² BEPS Action 6 s. 25

ettersom en fysisk person må oppfylle internrettens bostedskrav og krav om utflytting osv. Fysiske personer kvalifiserer derfor automatisk så lenge man er skattemessig bosatt i den aktuelle staten. Det kommer likevel frem av juridisk teori at fysiske personer nettopp kan brukes til kanalisering av inntekter i treaty shopping.¹²³ Et eksempel kan være:

Vi har skattyter i stat A som avtaler med en innbygger i stat C (gjennomstrømningsstaten) at denne skal fungere som en "stepping-stone" for skattyters inntekter fra kildestaten B. Det OECD antageligvis har tenkt er at beneficial owner-vilkåret¹²⁴ vil fange opp slike tilfeller, slik at innbyggeren i stat C må være beneficial owner til inntektene. Som tidligere behandlet ovenfor er dette et krav som kan være vanskelig for skattemyndighetene å kontrollere. Det er likevel slik at når en person handler på vegne av en annen er han ikke beneficial owner til inntekten. For at skattyter i stat C skal anses som beneficial owner, må han altså overta As aksjer i stat B. Personen i stat C betaler så for eksempel renter for et lån fra skattyter i stat A.¹²⁵

Det kommer imidlertid frem at av praktiske grunner brukes ikke fysiske personer særlig ofte i treaty shopping-tilfeller.¹²⁶

5.5 Statlige enheter

Det anses også som lite sannsynlig at statlige enheter omfattes, slik at disse også kvalifiserer direkte gjennom bokstav b).¹²⁷

Hva som ligger i statlige enheter kan være litt uklart, men kommentarene til den amerikanske versjonen av denne bestemmelsen gir veiledning¹²⁸ og ifølge disse kommentarene menes det politiske og administrative organer på sentralt og lokalt plan.

Videre omfattes offentlige foretak dersom følgende vilkår er oppfylt; foretaket må være heleid av et offentlig organ, dets inntekt kan ikke gå til private personer, og dets eiendeler må tilfalle det offentlige organet ved foretakets oppløsning. Eksempler på slike norske selskaper kan være Statnett, Posten og Bring.

Årsaken til at statlige enheter kvalifiserer direkte er at det anses som svært lite sannsynlig at statlig eide selskaper og enheter skal bedrive treaty shopping. Dersom slike selskaper

¹²³ Skaar (2006) s. 871

¹²⁴ Eks. OECD MC Art. 10

¹²⁵ Skaar (2006) s. 872

¹²⁶ Weeghel s. 232 (London 1998)

¹²⁷ BEPS Action 6 s. 25

¹²⁸ US MC art. 22 (2) b

misbrukte skatteavtalene, ville staten mistet noe av sin troverdighet, både i nasjonal og internasjonal sammenheng. Informasjonen rundt slike selskaper er også ofte lett tilgjengelig.

Det nye forslaget på dette punkt i BEPS-rapporten¹²⁹ har en annen ordlyd enn den amerikanske mønsteravtalen og OECDs forslag fra 2014¹³⁰, men formålet til bestemmelsene er identisk.

Kommentarene til den amerikanske klausulen legger i tillegg opp til at det skal gjøres en vurdering av om enhetens tilknytning til offentlig sektor gjør slik at det er lite sannsynlig at selskapet vil brukes i treaty shopping-sammenheng.¹³¹

Statlige enheter kvalifiserer altså på objektive grunnlag direkte gjennom LoB-klausulen. Det samme gjelder for børsnoterte selskaper, men på ytterligere vilkår.

5.6 Børsnoterte selskaper

5.6.1 Krav til børsnoterte selskaper

Årsaken til at børsnoterte selskaper kvalifiserer er at slike selskaper på generelt grunnlag ikke etableres med formål om å brukes i treaty shopping, som en følge av strenge regler for registrering, samt at aksjene i slike selskaper ofte er spredt på svært mange unike aksjonærer. Denne bestemmelsen er mer kompleks enn de som er behandlet ovenfor og krever derfor en nærmere analyse.¹³²

Klausulen kan sammenlignes med de "look-through"-klausuler som Norge har inntatt i avtalene med Barbados¹³³ og De Nederlandske Antiller¹³⁴ (som er behandlet ovenfor i pkt. 4.3)

Oppbygningen i bestemmelsen er slik at bokstav c) nr. 1 omhandler børsnoterte selskaper, mens c) nr. 2 omhandler datterselskaper av børsnoterte selskaper. Vilkårene omtalt nedenfor må være oppfylt gjennom hele skatteperioden, fastsatt etter intern rett.¹³⁵ Som regel vil dette være kalenderåret, jf. Sktl. § 14-41 (1).

¹²⁹ BEPS Action 6 s. 25

¹³⁰ OECDkomm art.1 pkt. 20

¹³¹ Skaar (2006) s. 872

¹³² BEPS Action 6 s. 26

¹³³ DBA Barbados 1990 art. 29 litra c 2.pkt

¹³⁴ DBA Nederlandske Antiller 1989 art. 28 (1) litra c 2.ledd

¹³⁵ BEPS Action 6 s. 28 para. 18

Etter punkt nr. 1 stilles det først krav om at aksjene det handles i hos det børsnoterte selskapet må være "*The principle class of shares*". Med dette menes de vanlige, alminnelige aksjene som representerer majoriteten av stemmene og verdien og selskapet.

Videre skal "*disproportionate class of shares*" også omfattes. Med dette menes aksjer som særlig begunstiger enkelte aksjonærer gjennom større utbyttefordeler, bedre innløsningsmuligheter og lignende. Ofte omtalt som enten A eller B-aksjer.

Aksjene må i tillegg være "*regularly traded*". Det følger av den norske avtalen med De Nederlandske Antiller¹³⁶ at dersom selskapet er registrert på en anerkjent børs, skal det presumeres at aksjene blir omsatt regelmessig og i betydelig omfang¹³⁷. I Action 6 stilles det ikke særlig strenge krav; det synes kun å være et krav om at mer enn en svært liten prosentandel av selskapets aksjer, omsettes aktivt gjennom større deler av året. Et eksempel er i skatteavtalen mellom USA og Belgia, hvor det stilles krav til at minst 6 % av selskapets aksjer er gjenstand for omsetning i løpet av skatteperioden.¹³⁸

Videre må aksjene handles på en "*recognised stock exchange*". Uttrykket er definert i bestemmelsens 6.ledd og det er i hovedsak opp til statene selv å fastlegge hvilke børser som skal anses som anerkjente etter den aktuelle avtalen. Et eksempel på dette er skatteavtalen mellom USA og Nederland hvor det kommer uttrykkelig frem hvilke børser som skal anses som anerkjente i 8.ledd, som for eksempel NASDAQ m.fl.¹³⁹ I de fleste avtalene USA har inngått er også børser etablert i medlemsland av NAFTA, EU og EØS ansett som anerkjente børser.

Dersom vilkårene i bestemmelsens pkt.1 er oppfylt, må selskapet i tillegg oppfylle en av de alternative vilkårene i bokstav a) eller b) nedenfor:

I bokstav a) må aksjene prinsipielt omsettes på en anerkjent børs lokalisert i selskapets hjemstat. Dette innebærer at det må være flere av selskapets aksjer som omsettes på denne børsen, enn på eventuelt andre markeder.

5.6.2 Børsnotert i annen stat

Det andre alternativet er bokstav B) som gir mulighet for selskaper som ikke har primæromsetningen av sine aksjer i hjemstaten, til å kvalifisere gjennom å ha ledelsen og

¹³⁶ DBA Nederlandske Antiller 1989 art. 28 (2), Skaar (2006) s. 874

¹³⁷ Skaar (2006) s. 874

¹³⁸ DBA USA/Belgia Art. 21 (8) bokstav e)

¹³⁹ DBA Nederland og USA art. 26 (8)

kontrollen av selskapet lokalisert i hjemstaten. Bestemmelsens 6.ledd gir veiledning til hva som menes med dette. For at primærstedet for ledelse og kontroll skal være i hjemstaten, må de som sitter i ledende funksjoner i selskapet ta mer av de strategiske avgjørelser og finansielle beslutninger i staten hvor selskapet er hjemmehørende, enn i den staten hvor selskapet er børsnotert.¹⁴⁰

Kravet minner i stor grad om det som er behandlet ovenfor om OECDs bostedsbegrep. I følge OECDs mønsteravtale art. 4 (3) er selskapet skattemessig hjemmehørende i den staten hvor dets effektive ledelse utøves. Vilkårene synes å være sammenfallende, men det kreves antageligvis mer for å oppfylle det som følger av LoB-klausulen ettersom selskapet allerede anses for å være hjemmehørende etter art. 4 (3) før man vurderer om selskapet har rett til fordeler etter LoB-klausulen. Vilkårene må derfor ikke blandes sammen.

Som nevnt ovenfor er børsnoterte selskaper gjenstand for svært omfattende reguleringer, noe som også er årsaken til at de kvalifiserer direkte gjennom denne bestemmelsen. I Norge er børsnoterte selskaper pålagt å gi løpende informasjon både til børsen og offentligheten.¹⁴¹ Slik informasjonsplikt kan for eksempel innebære å opplyse om eierskifte og transaksjoner mellom nærstående selskaper.¹⁴² Slike selskaper er derfor på generelt grunnlag dårlig egnet til å drive noen form for treaty shopping.

5.6.3 Krav til datterselskap av børsnoterte selskaper

Pkt.2 i bestemmelsen omhandler datterselskap av børsnoterte selskaper. Her må minimum halvparten av selskapets aksjer og stemmerettigheter være eid av et børsnotert selskap som oppfyller vilkårene i pkt.1. Det følger videre av bestemmelsen at det ikke kan være mer enn 5 selskap som eier halvparten av aksjene verken direkte eller indirekte. Årsaken til dette er at dersom man sprer halvparten av aksjene i selskapet på mange selskap, kan man risikere at makten i selskapet blir veldig konsentrert i den andre halvparten.

Både direkte og indirekte eierskap er akseptert, men ved indirekte eierskap må hvert mellomliggende selskap mellom det aktuelle selskapet og morselskapet være hjemmehørende i en av kontraktstatene.

¹⁴⁰ BEPS Action 6 s. 50 para. 75

¹⁴¹ Børsloven § 45

¹⁴² Følger av verdipapirhandelloven § 5-6 (4), jf. verdipapirforskriften § 5-3

BEPS har i denne regelen nærmest kopiert den amerikanske LoB-klausulen.¹⁴³ Ordlyden er noe forskjellig fra det som følger av kommentarene til OECDs mønsteravtale¹⁴⁴, men den har nøyaktig det samme anvendelsesområdet.

En bestemmelse som skiller seg i vesentlig grad fra tidligere LoB-klausuler er den om veldedige organisasjoner og pensjonsfond.

5.7 Veldedige organisasjoner og pensjonsfond

Klausulens 2.ledd bokstav d)¹⁴⁵ omhandler veldedige organisasjoner og pensjonsfond. Etter denne regelen kvalifiserer spesifiserte organisasjoner med ikke-økonomisk formål og pensjonsfond på nærmere vilkår til fordelene etter avtalen.

I pkt. 1 i bestemmelsen er det lagt opp til en løsning hvor kontraktstatene blir enige om hvilke "non-profit"-organisasjoner som skal kvalifisere automatisk etter avtalen. Dette er typisk ment for slike organisasjoner som er unntatt fra beskatning i hjemstaten og drives med et samfunnsnyttig formål, som for eksempel organisasjoner som driver med veldedighet, kultur, vitenskap og lignende. Grunnen til at slike organisasjoner kvalifiserer automatisk ligger i deres natur, nemlig at de er ikke-økonomiske og kan derfor ikke benyttes i treaty shopping.

Etter pkt. 2 kvalifiserer anerkjente pensjonsfond til fordeler på nærmere vilkår. Det legges her opp til flere alternative løsninger. Den første muligheten er at mer enn halvparten av fondets reelle eierinteresse må være "eid" av fysiske personer hjemmehørende i en av kontraktstatene. Med den reelle eierinteresse menes her de personene som er tilgodesette gjennom pensjonsfondet, altså pensjonstakerne.¹⁴⁶ Dersom 50,1 % av pensjonstakerne er bosatt i en av kontraktstatene, har altså pensjonsfondet rett til fordelene etter avtalen. Dersom dette ikke er oppfylt, må man vurdere det neste alternativet under pkt. 2.

Alternativet under pkt. 2 er at dersom en spesifisert prosentandel av pensjonstakere (prosentandelen avtales av statene) er bosatt i tredjestater, kan fondet likevel kvalifisere gjennom å oppfylle to kumulative undervilkår.

Etter bokstav A), som er det første undervilkåret, må disse pensjonstakerne ha rett til fordeler gjennom en skatteavtale mellom den aktuelle tredjestaten hvor disse er bosatt og kildestaten som den aktuelle inntekten kommer fra.

¹⁴³ US MC art. 22 (2) c)

¹⁴⁴ OECDkomm art. 1 pkt. 20 (2) d)

¹⁴⁵ BEPS Action 6 s. 29

¹⁴⁶ BEPS Action 6 s. 29 para. 23

Etter bokstav B) må den avtalen mellom tredjestaten og kildestaten gi den samme reduserte satsen eller lavere sats på kildebeskatt på renter og utbytte, som avtalen mellom fondets hjemstat og kildestaten gir. En slik regel vil effektivt kunne hindre bruk av pensjonsfond i treaty shopping ettersom man gjennom en slik bestemmelse utelukker muligheten til å oppnå redusert kildebeskatning ved bruk av gjennomstrømningselskap. Det kommer likevel frem av rapporten¹⁴⁷ at bestemmelsen kan anses for å være i strengeste laget ettersom det generelt vil være liten sannsynlighet for å bruke pensjonsfond i treaty shopping.¹⁴⁸

Pkt. 3 er en forlengelse av pkt. 2 som gir fond som investerer på vegne av pensjonsfond som nevnt i pkt. 2 tilgang til avtalens fordeler så lenge all investering fondet foretar seg er gjort til fordel for pensjonstakerne i pensjonsfondet. Det siktes her altså til fond som investerer på vegne av pensjonsfond og all den inntekten fondet oppbærer må videreføres til pensjonsfondet.¹⁴⁹

Denne klausulen kan føre til at multinasjonale virksomheter må opprette pensjonsfond i hver eneste stat hvor de driver virksomhet, noe som kan virke unødvendig tungvint. Regelen har derfor blitt kritisert i teorien.¹⁵⁰

Sammenlignet med den amerikanske versjonen av bestemmelsen¹⁵¹ og OECDs forslag fra 2014¹⁵² er dette en svært omfattende utvidelse. De tidligere LoB-klausulene inneholder kun alternativet om at mer enn halvparten av pensjonstakerne må være hjemmehørende i en kontraktstat. Årsaken til utvidelsen kan være at bestemmelsen nå blir mer anvendelig med tanke på fond som opprettes av multinasjonale foretak.

I innledningen til dette kapitlet ble det beskrevet en del kategorier som kan bidra til forståelsen av BEPS' LoB-klausul. De kategoriene som nå er behandlet (kategori 1-3) er rent objektive kvalifikasjonsregler som hovedsakelig gjelder for andre subjekter enn rene selskap. De neste kategoriene (4-8) vil bli de praktisk viktigste i klausulen ettersom de får anvendelse på "vanlige" selskap.

¹⁴⁷ BEPS Action 6 s. 29 para. 23

¹⁴⁸ Borrego, s. 123

¹⁴⁹ BEPS Action 6 s. 30 para. 24

¹⁵⁰ Borrego, s. 124 og Skaar s. 877

¹⁵¹ US MC art. 22 (2) (d)

¹⁵² OECDkomm. Art. 1 (20) (2) (d)

5.8 Andre enn fysiske personer

5.8.1 Eierskap/Kanaliserings

2.ledd bokstav e) gjelder andre enn fysiske personer og omfatter således alle former for juridiske personer. Dette er et alternativ for de subjekter som ikke faller inn under noen av de ovenfor nevnte leddene i bestemmelsen. Det oppstilles her to "tester", hvorav begge må være oppfylt for at selskapet skal kvalifisere til fordeler.¹⁵³ Testen retter seg mot hjertet av treaty shopping, ettersom den både tar eierskapet og kanaliseringen i betraktning.

5.8.2 Eierskapsvilkåret

Den første testen stiller krav til eierskapet i selskapet. Den stiller kvalitative krav som; hvem er aksjonærene? Disse må for det første være kvalifiserte. Deretter stiller den kvantitative krav; som hvilken prosentandel av aksjene som må være eid av disse personene, og til sist tidsmessige krav om hvor lenge man må eie aksjene for å kvalifisere.

Bokstav e) pkt. 1 oppstiller eierskapsvilkåret. Etter dette må 50 % eller mer av hver aksjeklasse være eid direkte eller indirekte av personer som er hjemmehørende i samme kontraktstat som selskapet og som selv kvalifiserer til fordeler etter enten 2.ledd bokstav a ,b, d eller c pkt. 1. Når det gjelder aksjeklassene så gjelder dette også for såkalte "uporporjonale" aksjeklasser, dette er fordi man kan omgå denne regelen ved bruk av aksjer som har rett til en større del av inntekten enn vanlige aksjer.

Videre stilles det et tidsmessig krav om at andelene må være eid gjennom minst halvparten av skatteperioden. Årsaken til dette kravet er at man hindrer omgåelse av regelen ved at for eksempel en aksjeeier selger aksjen til et kvalifisert selskap rett før inntektene overføres til selskapet for å så kjøpe aksjene tilbake dagen etter.¹⁵⁴

Indirekte eierskap er likestilt med direkte eierskap i klausulen, men det stilles krav om at de mellomliggende selskapene må være hjemmehørende i en kontraktstat for at det skal likestilles med et direkte eierskap. Det kommer frem av rapporten¹⁵⁵ at denne regelen kan bli sett på som svært restriktiv. I for eksempel OECDs forslag til en slik klausul fra 2014 var det ikke krav om at de mellomliggende selskapene skulle være hjemmehørende i en kontraktstat. Annet enn dette skiller ikke den "nye" eierskapstesten seg vesentlig fra det som har vært anvendt tidligere.

¹⁵³ BEPS Action 6 s. 30

¹⁵⁴ Borrego, s. 157

¹⁵⁵ BEPS Action 6 s. 31 para. 26

5.8.3 Kanaliseringsvilkåret

Eierskapsvilkåret er alene ikke nok til å hindre strukturer satt opp etter "stepping stone"-metoden. Denne er derfor kombinert med en kanaliseringstest. Kanaliseringstesten er tilsvarende regel som den som er behandlet ovenfor i "the channel approach". OECD mener at en kombinasjon av disse effektivt kan hindre "stepping stone"-metoden. Grunnen til dette er at ved å bare benytte en eierskapsklausul, hindrer man kun de tilfeller hvor majoriteten av eierne er hjemmehørende i en tredjestat. Dersom man kanaliserer inntektene gjennom stater ved hjelp av å bruke fradragsberettigede utgifter som for eksempel renter på et lån gjennom "stepping stone"-metoden, kan man effektivt omgå denne regelen.¹⁵⁶

I 2.ledd bokstav e pkt. 2 oppstilles det andre vilkåret som stiller følgende krav til skattyter: mindre enn 50 % av skattyters bruttoinntekt i skatteperioden, kan betales ut til personer som er hjemmehørende i tredjestater i form av fradragsberettigede utgifter fra mottakerselskapet. Bestemmelsen vil effektivt hindre flytting av inntekter til tredjestater. Kanaliseringstesten inneholder flere elementer som skal behandles nedenfor.

Begrepet bruttoinntekt defineres ikke i mønsteravtalen eller dens kommentarer. Det følger imidlertid av mønsteravtalens art. 3 (2) dersom et begrep ikke er definert i mønsteravtalen, skal det gis den mening det har etter intern rett. Dette kan bli problematisk ettersom hver stat kan ha sin egen definisjon på hva begrepet bruttoinntekt inneholder, noe som vil virke imot hensikten med å skape en uniform avtale. Den amerikanske mønsteravtalen inneholder heller ingen definisjon av begrepet, men i skatteavtalen mellom USA og Spania¹⁵⁷ er det definert¹⁵⁸ slik at det skal gjelde all inntekt med fratrukk for eventuelle direkte produksjonskostnader, dersom selskapet driver med produksjon av løsøre.

Det vil her være snakk om den totale inntekten og ikke bare inntekten fra kildestaten som er gjenstand for 50 %-vurderingen, noe som kan medføre uheldige tilpasninger. Et eksempel på dette kan være:

Skattyter i stat A har ikke interesser i gjennomstrømmingsselskapet, men han har inngått en avtale med et uavhengig selskap om at dette selskapet skal kanalisere inntektene for ham. En slik avtale kan for eksempel gå ut på at selskapet kjøper skattyters rettigheter til inntektene fra stat B, men får hjelp med betalingen. Etter hvert som selskapet mottar inntektene fra selskapet i stat B, betales renter og avdrag på kjøpesummen. Dersom skattyter i stat A da inngår en avtale med et selskap i stat C, som har inntekter som er mer enn dobbelt så store som de

¹⁵⁶ Borrego, s. 148

¹⁵⁷ DBA Spain/USA (1990) art. 17 (4)

¹⁵⁸ Borrego s. 160

inntektene han selv har fra kilden i stat B og som ikke betaler noe av sin egen inntekt til personer i andre stater, vil ikke inntektene til skattyter utgjøre 50 % av selskapets totalinntekt og man rammes ikke av testen.¹⁵⁹

Betalingene som inngår i kravet om 50 % må være fradragsberettigede i den stat hvor selskapet er hjemmehørende. Dersom de ikke er fradragsberettigede, kan de overstige 50 % og selskapet vil fortsatt anses som en kvalifisert person.

Noen betalinger er unntatt fra regelen og skal derfor ikke regnes med i 50 %-vurderingen:

For det første regnes ikke betalinger gjennomført etter armlengdeprinsippet som gjelder betaling for tjenester eller løssøre i alminnelig næringsvirksomhet med i beregningen¹⁶⁰. Armlengdeprinsippet går ut på at transaksjoner mellom selskap som har felles interesser, skal prises som om de var uavhengige parter. Årsaken til at denne type betalinger er unntatt er fordi man ikke ønsker å ramme legitime transaksjoner og at faren for treaty shopping ikke er like stor i slike tilfeller ettersom de forutsetter en motytelse, ofte i form av løssøre.¹⁶¹

I klausulen fra 2014¹⁶² har man noen flere unntak for betalinger, blant annet for betalinger til banker og finansinstitusjoner når disse har fast driftssted i en av kontraktstatene. Unntaket begrunnes med at det ikke er mulig å kanalisere inntekter gjennom faste driftsteder ettersom disse inntektene allokteres til det faste driftsstedet i den stat det er lokalisert. Det kommer likevel frem av de nye kommentarene i BEPS Action 6 at slike betalinger ikke skal omfattes av den nye LoB-bestemmelsen heller.

Sammenlignet med klausulen nevnt i denne oppgavens pkt. 4.5 rammer denne bestemmelsen videre. Årsaken til dette er at denne bestemmelsen oppstiller kumulative vilkår, mens klausulen i 4.5 oppstiller alternative vilkår. BEPS-klausulen kan bli for omfattende, slik at den rammer reell forretningsvirksomhet, men de andre testene i bestemmelsen kan gjøre opp for dette. Den neste bestemmelsen som skal behandles åpner opp for at selskaper som driver aktiv forretningsvirksomhet får rett til avtalens fordeler.

5.9 Aktiv forretningsvirksomhet

¹⁵⁹ Skaar (2006) s. 879

¹⁶⁰ Sktl. § 13-1 om internprising

¹⁶¹ Skaar (2006) s. 879

¹⁶² OECDkomm art.1 pkt.20

5.9.1 Unntak ved utøvelse av aktiv forretningsvirksomhet

Bestemmelsens 3.ledd åpner opp for at selskaper ikke bare får rett til avtalefordeler gjennom å kvalifisere som subjekt, men også i tilfeller hvor selskapet er involvert i aktiv forretningsvirksomhet. For å kvalifisere gjennom dette unntaket, må inntekten opptjent i utlandet ha tilknytning til, eller være tilfeldig tilknyttet til virksomheten som drives i mottakerstaten. Virksomheten som drives i hjemstaten må også være betydelig i relasjon til den som drives i kildestaten.¹⁶³

Det kommer frem av kommentarene til BEPS-klausulen¹⁶⁴ at i tilfeller hvor et selskap driver aktiv forretningsvirksomhet i én stat og oppebærer inntekt fra en annen, er det ikke nødvendig å være bekymret for at selskapet er etablert med treaty shopping-formål. Denne bestemmelsen åpner i stor grad opp for mange legitime virksomheter som ikke regnes som kvalifiserte personer etter de ovenfor nevnte leddene i bestemmelsen, noe som også støttes av hovedformålet med avtalen som følger av OECDkomm art. 1 pkt.7.

5.9.2 "Active conduct of a business"

Det første som må fastlegges er hva som menes med "aktiv forretningsvirksomhet". Begrepet "forretningsvirksomhet" er ikke nærmere definert i rapporten. Det må derfor gis den mening det har i intern rett.¹⁶⁵ "Tomme holdingselskaper" faller klart utenfor¹⁶⁶, noe som også følger av den norske skatteavtalen med De Nederlandske Antiller¹⁶⁷.

Etter norsk intern rett må virksomhetsbegrepet i skattelovens forstand legges til grunn når man skal vurdere om noen driver aktiv forretningsvirksomhet.¹⁶⁸ Virksomhetsbegrepet forutsetter en helhetsvurdering som ikke vil bli nærmere omtalt her, helt kort kan det sies at det må være utøvet en aktivitet av en viss omfang og varighet, for skatteyderens egen regning og risiko. Aktiviteten må også ha økonomisk karakter, den må objektivt sett være egnet til å gi overskudd.

Det kommer videre frem av kommentarene til denne klausulen¹⁶⁹ at et selskap normalt driver aktiv forretningsvirksomhet, dersom de som driver selskapet (som for eksempel ledelsen og de ansatte) utøver betydelige funksjoner knyttet til driften og ledelsen av selskapet.

¹⁶³ BEPS Action 6 s. 36

¹⁶⁴ BEPS Action 6 s. 37 para. 44

¹⁶⁵ OECD MC Art. 3 (2)

¹⁶⁶ Vogel (2014) s. 137

¹⁶⁷ DBA Nederlandske Antiller art. 28 (1989)

¹⁶⁸ Sktl. § 5-30, jf. Rt. 1985 s. 319

¹⁶⁹ BEPS Action 6 s. 37 para. 47

Investeringsvirksomhet er uttrykkelig unntatt dersom det gjøres for egen regning, mens investeringsvirksomhet som utøves for andre kan være forretningsvirksomhet. Noen aktiviteter anses likevel som forretningsvirksomhet selv om det er gjort for egen regning. Investeringsvirksomhet som utøves av banker, forsikringsselskap eller verdipapirhandel utført av slike registrerte selskaper er slike aktiviteter. Det sentrale er at man faktisk må utøve en virksomhet, ikke for eksempel utelukkende ha funksjon som et hovedkvarter.¹⁷⁰

5.9.3 Tilknytning

Inntekten er tilknyttet til virksomheten dersom den inntektsskapende virksomheten i kildestaten "*forms a part of*" eller er "*complementary to*" den virksomheten som drives i hjemstaten.

Med "*forms a part of*" menes for eksempel tilfeller hvor selskapene i hver sin stat driver med design, produksjon eller salg av de samme type produkter. Et eksempel på dette kan være: Et selskap hjemmehørende i stat A produserer et produkt og eier 100 % av et selskap i stat B som deretter selger dette produktet i stat B. Ettersom forretningsaktivitetene som utøves gjelder de samme produktene, anses stat Bs salgsvirksomhet som en del av stat As produksjonsvirksomhet.

Med "*complementary to*" menes ikke nødvendigvis at selskapene må drive med samme type produkter eller tjenester, men de bør være del av samme industri. Det kommer her frem av kommentarene til klausulen¹⁷¹ at selskapene bør være tilknyttet hverandre på den måten at de er avhengige av hverandres suksess. Et eksempel på dette:

Et selskap i stat C driver et flyselskap og eier 100 % av et selskap i stat D som driver med hotellvirksomhet. Hotellene i stat D er bygd i nærheten av flyplasser hvor flyselskapet opererer. Flyselskapet selger i denne forbindelse pakketurer som inkluderer flyreise og opphold på hotellene som eies av datterselskapet. Dette er i utgangspunktet to forskjellige typer virksomhet og er ikke en "part of" hverandre som sådan. Men selskapene driver hovedsakelig innenfor samme industri (reiseliv) og det er nær tilknytning mellom dem, datterselskapet i stat D er derfor "*complementary to*" den virksomheten som drives i stat C.¹⁷²

Etter 3.ledd bokstav b må virksomheten som drives i hjemstaten være betydelig, sammenlignet med den som drives i kildestaten. Hensynet bak dette er å hindre en form for

¹⁷⁰ BEPS Action 6 s. 38 para. 48

¹⁷¹ BEPS Action 6 s. 38 para. 51

¹⁷² Eksempelet er hentet fra BEPS Action 6 s. 39 para. 50

treaty shopping hvor et selskap forsøker å kvalifisere gjennom avtalen ved å opprette et selskap i hjemstaten med veldig lave inntekter, men aktiv forretningsvirksomhet kun for å ta del i avtalens fordeler. Dette kan for eksempel gjøres ved å flytte en liten del av den opprinnelige virksomheten til det landet. Ved denne vurderingen skal man ta hensyn til fakta og omstendighetene ellers. Man må da for eksempel ta hensyn til statenes respektive økonomier, ettersom det er mulig at det er en svakere økonomi i det ene landet, slik at dette må vurderes forholdsmessig.¹⁷³

Bestemmelsen retter seg bare mot "*associated enterprises*" slik at dersom en liten bank for eksempel låner ut penger til et annet stort urelatert selskap, trenger det ikke å være betydelig inntekt i det ene selskapet sammenlignet med det andre for å kvalifisere etter avtalen.

I 3.ledd bokstav c kommer det frem hvem som skal anses som "*connected persons*". Dette er personer som identifiseres med hverandre på grunn av deres særlige tilknytning. Man anses som tilknyttede personer etter bokstav c dersom:

En person eier minst 50 % av stemmer og aksjer i en annen person eller alternativt, minst 50 % av de reelle eierinteressene i den andre personen. Søsterselskap anses også som tilknyttede personer dersom et morselskap eier minimum 50 % av aksjer og stemmer, eller minst 50 % av de reelle eierinteressene i begge selskapene.

Dersom man ikke kan fastlegge tilknytningen gjennom et av alternativene ovenfor, legger bestemmelsen opp til en vurdering av fakta og omstendighetene ellers for å fastlegge om den ene har kontroll over den andre eller om begge er kontrollert av samme person.

Bestemmelsen er tilnærmet lik den som kommer frem av den amerikanske mønsteravtalen¹⁷⁴. Den er heller ikke endret i vesentlig grad fra det som kommer frem av kommentarene til mønsteravtalen fra 2014. I OECDkomm¹⁷⁵ har de i tillegg til det som er behandlet ovenfor spesifisert at deltagerer i deltagerlignede selskap også identifiseres med selskapet. Dette har likevel kun betydning der hvor deltageren er en juridisk person, ettersom fysiske personer kvalifiserer automatisk gjennom 2.ledd bokstav a.

Regelen om aktiv forretningsvirksomhet åpner opp for selskap som ikke kvalifiserer under bestemmelsens andre alternativer. Den kan likevel åpne opp for noen uheldige tilpasninger også. Dette er trolig den regelen som vil være lettest for selskapene å tilpasse seg til. Den kan

¹⁷³ Vogel s. 137-138

¹⁷⁴ US MC (2006) art. 22

¹⁷⁵ OECDkomm art.1 pkt.20

sammenlignes med den norske regelen om anvendelse av fritaksmetoden på selskaper bosatt i lavskatteland¹⁷⁶. Etter Skatteloven §2-38 (3) a) kreves det at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet for at inntekter og tap skal omfattes av fritaksmetoden. Det er likevel utbredt omgåelse av denne regelen.

En viktig presisering i denne sammenheng er at ved anvendelse av denne bestemmelsen, får man kun rett til fordeler for én inntektspost om gangen. Dette innebærer at dersom et selskap mottar flere utbyttebetalinger, må vilkåret vurderes for hver enkelt betaling. Noe som snevrer inn bestemmelsens anvendelsesområde betydelig.

Selskap som fungerer som rene hovedkvarter er som nevnt uttrykkelig unntatt fra bestemmelsen. Rapporten gir i denne sammenheng ingen fornuftig forklaring på hvorfor dette er tilfellet, men et argument for denne løsningen kan være at hovedkvarter som regel har lite substans. I realiteten har imidlertid selskaper som fungerer som hovedkvarter ofte en viss aktivitet, i motsetning til mer passive selskaper. I slike selskaper utøves ofte aktiv strategisk og operasjonell støtte til datterselskapenes virksomhet, noe som taler for at OECD burde ha åpnet opp for slike selskaper. Bestemmelsen synes derfor noe restriktiv.

Et eksempel på en "headquarter company clause" er inntatt i den amerikanske modellavtalen fra 2016, noe som kan påvirke OECD til å gå for den samme løsningen.¹⁷⁷

Selv om man ikke utøver aktiv forretningsvirksomhet, kan man kvalifisere for fordeler etter avtalen dersom man ville hatt rett til de samme fordeler ved en direkte investering.

5.10 Derivative benefits

5.10.1 Hvordan kvalifisere under 4.ledd?

Klausulens 4.ledd åpner opp for at selskaper eid av personer hjemmehørende i en tredjestat kan få fordelene som man likevel ville fått dersom eierne av dette selskapet hadde investert direkte.¹⁷⁸ Bakgrunnen for regelen er at dersom man kunne fått de samme fordelene ved å gå direkte til kilden, så ligger det ingen treaty shopping-motiver bak etableringen i gjennomstrømningsstaten.

¹⁷⁶ Sktl. §2-38

¹⁷⁷ US MC (2016) Art. 22 (5)

¹⁷⁸ BEPS Action 6 s. 42

For å kvalifisere under denne bestemmelsen må man oppfylle en tilnærmet lik eierskaps- og kanaliseringstest som den behandlet over i pkt. 5.7. Begge testene må være oppfylt for å få rett til fordelene som følger av avtalen.

5.10.2 Tilsvarende rettigheter

Det første som må fastlegges er hva som ligger i begrepet "*equivalent beneficiary*". Med dette menes en som har en tilsvarende rett til fordeler.

Ettersom LoB er en amerikansk konstruksjon, har USA inngått flere avtaler som inneholder en derivative benefits-bestemmelse. En del av årsaken til utviklingen av bestemmelsen var at man ikke ville være i strid med EU-retten.¹⁷⁹ Som en følge av dette anses bl.a. personer hjemmehørende i EU (herunder EØS), NAFTA¹⁸⁰ og Sveits som regel som "*equivalent beneficiary*" på nærmere vilkår. Dette er for eksempel tilfellet i skatteavtalen mellom USA og Belgia¹⁸¹ og en rekke andre avtaler USA har inngått med EU-stater.

En slik definisjon av begrepet følger imidlertid ikke av BEPS Action 6 rapporten.¹⁸² For å fastlegge begrepets nærmere innhold må man da se hen til LoB-klausulens definisjonskapittel i 6.ledd.

For å være en "*equivalent beneficiary*" må man være en person som gjennom sin stats skatteavtale vil oppnå *alle* de tilsvarende fordelene som det mellomliggende selskap oppnår, slik at det i teorien ikke vil ha noe treaty shopping-formål å etablere seg i en gjennomstrømningsstat.

En viktig presisering er at personen også må være et kvalifisert subjekt under LoB-klausulens 2.ledd. Dette synes noe strengt og innsnevrer bestemmelsens virkeområde betydelig.

Selskapet må videre ha rett til tilsvarende eller lavere skattesats på utbytte, renter og royalties.¹⁸³

Dette kan illustreres i følgende eksempel:

¹⁷⁹ European Tax Law (2008) s. 116

¹⁸⁰ North American Free Trade Agreement

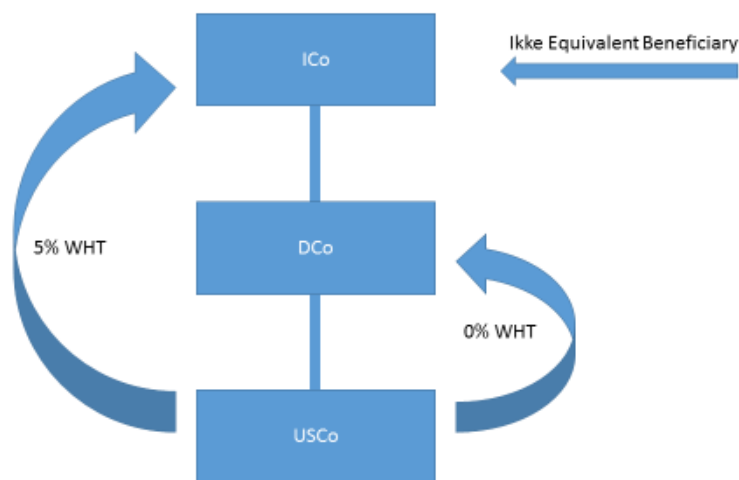
¹⁸¹ DBA Belgium/USA (2006) Art. 21 (8) bokstav g)

¹⁸² Det påpekes i rapporten på s. 52 at bestemmelsens virkeområde vil presiseres ytterligere

¹⁸³ BEPS Action 6 s. 52 para. 81

Et amerikansk selskap, USCo er et heleid datterselskap av DCo, som er hjemmehørende i Nederland. DCo er heleid av ICo, et selskap hjemmehørende i Italia. Forutsatt at DCo oppfyller kravene i art. 10 (3) (dividende) i skatteavtalen mellom Nederland og USA (1992), vil DCo være berettiget til 0 % kildeskatt. Kildeskatt på utbytte i skatteavtalen mellom Italia og USA (1999) er 5 %, noe som betyr at dersom ICo hadde mottatt utbyttet direkte fra USCo ville det blitt ilagt 5 % kildeskatt. Ettersom ICo ikke ville vært berettiget til den samme satsen på kildeskatt som den som gjelder i den aktuelle skatteavtalen, altså 0 %, er ikke ICo en "equivalent beneficiary".¹⁸⁴

Se figuren under:



Dersom selskapet anses som en som har rett til tilsvarende fordeler etter definisjonsbestemmelsen, må man oppfylle de følgende vilkårene i 4.ledd.

5.10.3 Eierskap

Det første vilkåret stiller krav til selskapets eierskap ved at syv eller færre "equivalent beneficiaries" må eie aksjer som representerer minimum 95 % av verdien og stemmer i selskapet (inkludert minimum 50 % av uproporsjonale aksjeklasser). Indirekte eierskap er likestilt med direkte eierskap og hvert mellomledd må være en "equivalent beneficiary".

5.10.4 Kanalisering

Det andre vilkåret er et kanaliseringvilkår tilsvarende det som er behandlet i pkt. 5.7.2 med unntak av at det fokuseres på at inntekten ikke kan være utbetalt til personer som ikke er

¹⁸⁴ Qunfang Yang (jf. Technical explanation US MC 2004)

"*equivalent beneficiaries*" i stedet for personer som er bosatt i tredjestater. For å unngå dobbeltbehandling henvises det derfor til det ovenfor nevnte punktet.

Verken klausulen i den amerikanske mønsteravtalen eller den som er nedfelt i kommentarene til nåværende OECD mønsteravtale inneholder en slik bestemmelse. I praksis har man uttrykt behov for en slik klausul, det pekes blant annet på skatteavtalen mellom Japan og USA, hvor det har skapt problemer og forsinkelser som følge av at det ikke er noen slik klausul. En slik bestemmelse kan være svært viktig for å unngå unødvendige restriksjoner.¹⁸⁵

I følge BEPS vil noen stater hevde at denne bestemmelsen skaper en for stor risiko for treaty shopping relatert til fradragsberettigede utgifter, ettersom dette kan videreføres for eksempel i form av renter gjennom "stepping-stone"-metoden.¹⁸⁶ Utbytte er som regel ikke en fradragsberettiget utgift og BEPS har derfor foreslått at disse statene kan innta denne bestemmelsen kun med virkning i forhold til utbytte, slik at for eksempel rett til redusert kildeskatt på renter og royalties som som regel er fradragsberettiget ikke kan gis under 4.ledd.

Som drøftet ovenfor i pkt. 4.7 er de objektive testene i denne bestemmelsen strenge, slik at det kan tenkes tilfeller hvor noen som driver reell virksomhet kan utelukkes fra avtalens fordeler. Dette vil være uheldig. BEPS har derfor inkludert en regel som gjør at skattemyndighetene på nærmere vilkår kan gi dispensasjon fra LoB-klausulen ved forespørsel fra skattyter. Denne regelen er inntatt i klausulens 5.ledd.

5.11 Myndighetenes skjønn

Dersom man ikke kvalifiserer under noen av reglene i 1-4 ledd, kan man som nevnt komme med en forespørsel til myndighetene for å få rett til avtalens fordeler etter 5.ledd. Myndighetene skal avgjøre dette ved en skjønnsmessig vurdering av de relevante fakta og omstendighetene ellers. I vurderingen skal det legges vekt på om de prinsipielle formål til etableringen, oppkjøpet eller vedlikeholdet av selskapet i gjennomstrømningsstaten var å tilegne seg de fordeler som kommer skattyter til gode etter avtalen.¹⁸⁷

Ved forespørselen til skattemyndighetene i den staten hvor fordelene ønskes anvendt i, må skattyter gjøre det klart at det var forretningsmessige og ikke skattemessige årsaker til etableringen/transaksjonen. Bevisbyrden er altså lagt hos skattyter i dette tilfellet.

¹⁸⁵ <http://www.pwc.com/gx/en/services/tax/tax-policy-administration/beps/treaty-abuse.html>

¹⁸⁶ BEPS Action 6 s. 42 para. 60

¹⁸⁷ BEPS Action 6 s. 43

Det er etter bestemmelsen nok med at én av de prinsipielle formål med etableringen er skattemessig motivert for at skattemyndighetene nekter fordeler etter denne bestemmelsen, jf. formuleringen "*one of its principal purposes*".¹⁸⁸

Det finnes tilsvarende bestemmelser både i den amerikanske mønsteravtalen¹⁸⁹ og i OECDs forslag fra 2014.¹⁹⁰ BEPS har i stor grad utvidet den bestemmelsen som er foreslått fra OECD i 2014 til å bli mer detaljert. De tre har likevel i stor grad det samme meningsinnhold og vurderingskriterier.

5.12 Rettspraksis

5.12.1 Underrettsdom fra Tyskland

Det finnes svært lite rettspraksis som behandler spørsmål om kvalifikasjon under LoB-klausuler. Årsaken til dette kan være at LoB er en forholdsvis ny konstruksjon, eller det kan følge av bestemmelsens natur, at den er selvekskluderende for subjekter som enten ikke kvalifiserer direkte eller ikke faller inn under en av unntakene i bestemmelsen.

Man har likevel noen eksempler fra underrettspraksis. I en dom fra 1997 i tysk Finanzgericht Nordrhein-Westfalen i Köln¹⁹¹ ble spørsmålet om tyske skattemyndigheter kunne nekte en amerikansk non-profit-organisasjon fordeler etter skatteavtalen mellom Tyskland og USA behandlet.

Faktum i saken var at man hadde en organisasjon hjemmehørende i USA med ikke-økonomisk formål (non-profit), og som en følge av dette var fritatt fra selskapsbeskatning i USA. Organisasjonen (skattyter) satt på rettigheter til et kjent varemerke innenfor sportsverdenen og hadde flere ansatte, hvorav 13 av disse jobbet utelukkende med lisensiering og brudd på varemerkets opphavsrett. Organisasjonens medlemmer var personer bosatt i USA, Tyskland og tredjestater.

Fra 1991 til 1994 mottok skattyter royaltyinntekter fra et tysk aksjeselskap for bruk av varemerket. Skattyter krevde disse inntektene fritatt fra tysk kildeskatt etter skatteavtalens art. 12.¹⁹² Se figur:

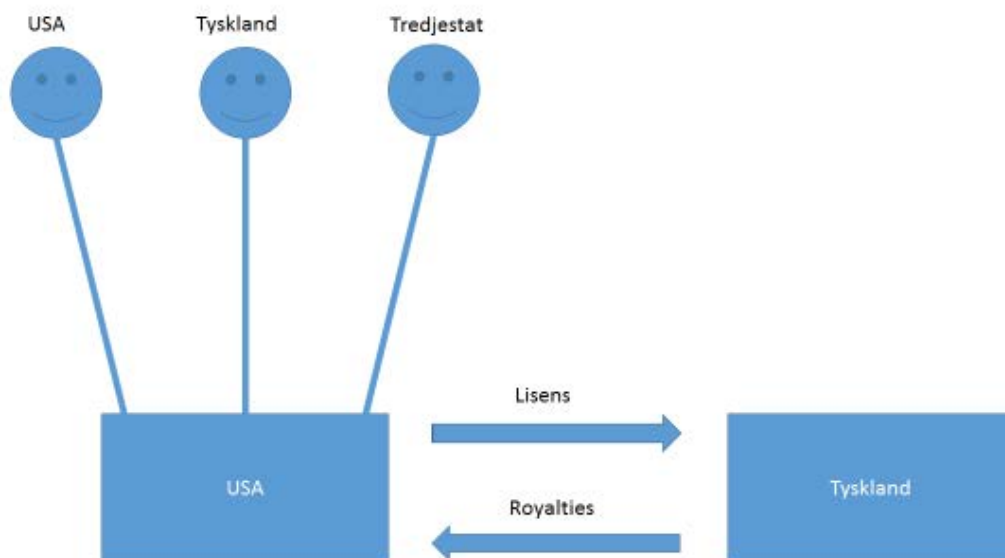
¹⁸⁸ BEPS Action 6 s. 44

¹⁸⁹ US MC Art. 22

¹⁹⁰ OECDkomm art. 1 pkt.20

¹⁹¹ Case 2 K 7369/94: Informasjonen er hentet fra sammendraget funnet på IBFD, ettersom dommen kun finnes på tysk.

¹⁹² DBA Germany/USA (1989) Art. 12 (1). (Avtalen er fortsatt i bruk.)



De tyske skattemyndighetene nektet organisasjonen fordelene etter skatteavtalen og henviste til avtalens LoB-klausul i Art. 28. Denne klausulen er ikke identisk med klausulen behandlet ovenfor, men inneholder flere av de samme vilkår for kvalifikasjon. Det vil derfor være interessant å se på rettens vurdering av de vilkår som er behandlet ovenfor.

5.12.2 Rettens vurdering

Retten kom til at skattyter hadde rett til avtalens fordeler, ettersom organisasjonen var skattemessig hjemmehørende i USA og kvalifiserte gjennom LoB-klausulen. Avtalens art. 12 fikk således anvendelse, ettersom organisasjonen kvalifiserte til fordeler gjennom avtalens art. 28 (1) bokstav c) og f).

Aktiv forretningsvirksomhet:

Etter bestemmelsens 1.ledd bokstav c) kvalifiserer en person som driver aktiv forretningsvirksomhet i hjemstaten til fordeler. Bestemmelsen er mindre komplisert enn den som er behandlet ovenfor i pkt. 5.7.8, men det sentrale vurderingstemaet synes å være om man driver "aktiv forretningsvirksomhet".

Ettersom begrepet aktiv forretningsvirksomhet ikke var definert i avtalen, måtte retten søke en internrettslig definisjon, jf. Avtalens art. 3 (2). Organisasjonen ble ansett for å være omfattet

av det tyske virksomhetsbegrepet "Gewerbetrieb".¹⁹³ At organisasjonen gikk i overskudd og samtidig hadde 13 ansatte var tilstrekkelig til å ikke være begrenset til ren investeringsvirksomhet.

Det neste spørsmålet som ble behandlet var hvorvidt virksomheten var aktiv. Aktivitetsbegrepet var heller ikke definert i avtalen, ei heller i tysk intern rett. Retten baserte sin tolkning av begrepet basert på LoB-klausulens formål, som er å hindre treaty shopping. De tolket begrepet "aktiv" i den forstand at det måtte foreligge handel eller virksomhet, men ikke i den forstand at man bare presumerte at det forelå virksomhet kun på bakgrunn av selskapets juridiske form.

Retten konkluderte med at organisasjonen oppfylte disse kravene, og dermed at skatteavtalen fikk anvendelse.

Non-profit-organisasjoner:

Subsidiært tok retten stilling til om organisasjonen kunne kvalifisere under Art. 28 (1) bokstav f) som omhandler non-profit-organisasjoner.

Under bokstav f) var kravet at non-profit-organisasjonen var unntatt fra beskatning i hjemstaten, dette var ikke omtvistet. Videre måtte majoriteten av medlemmene, deltakerne eller de tilgodesette i organisasjonen ha rett til fordeler etter skatteavtalen.

Majoriteten av medlemmene i organisasjonen var fysiske personer bosatt i USA og Tyskland, som dermed var kvalifiserte personer etter Art. 28 (1) bokstav a)¹⁹⁴. De tyske skattemyndighetene hevdet imidlertid at de tyske medlemmene ikke skulle regnes med når man tok stilling til hvor majoriteten av medlemmene var bosatt. Basert på en tolkning av ordlyden i art. 28 (1), jf. (...) "*resident of a contracting state*" kom retten til at de tyske medlemmene også skulle tas med i beregningen.

Konklusjonen ble derfor at organisasjonen fikk rett til fordeler etter både bokstav c) og f).

Dommen illustrerer hvordan LoB-klausulen fungerer i praksis. Det kan stilles spørsmål ved hvorfor retten velger å ta stilling til spørsmålet om aktiv forretningsvirksomhet først, når man allerede har muligheten til å kvalifisere direkte gjennom særbestemmelsen for non-profit-

¹⁹³ Case 2 K 7369/94

¹⁹⁴ DBA Germany/USA (1989) Art. 28 (1) a)

organisasjoner. Det ville vært mer hensiktsmessig å gått direkte på den vurderingen, for og så eventuelt ta virksomhetsvurderingen subsidiært.

Det kan også virke rart at en amerikansk organisasjon skal få fritak fra tysk kildeskatt på bakgrunn av antallet tyske medlemmer i organisasjonen. Dette er likevel en god løsning som harmonerer med bestemmelsens formål, som er å hindre personer bosatt i tredjestater fra å utnytte avtalens fordeler. Det er ikke personer fra tredjestater som får avtalesfordeler i dette tilfellet. En derivative benefits-klausul som behandlet ovenfor vil også kunne sørge for at personer som i utgangspunktet har rett til samme fordeler etter avtalen vil kvalifisere.

5.13 LoB-klausulers påvirkning på selskapsstrukturer i praksis

En innføring av en LoB-klausul gjennom det multilaterale instrumentet kan ha stor påvirkning på hvordan selskaper strukturerer seg med tanke på skatteplanlegging. I dag har mange selskaper basert seg på strukturer som ofte inneholder lite substans. Dette innebærer at det foregår svært liten aktivitet eller forretningsvirksomhet i disse selskapene. En eventuell LoB-klausul vil kunne skjære gjennom slike konstruksjoner ettersom den i liten grad tar hensyn til subjektive forhold. Ved strukturer som inneholder mer substans er det ikke like sikkert at klausulen vil kunne oppfylle sitt formål. Spørsmålet blir da om selskapet oppfyller bestemmelsens 3.ledd om aktiv forretningsvirksomhet eller 4.ledd om "derivative benefits".

En negativ konsekvens med LoB er at den antageligvis vil føre til høye "compliance"-kostnader for multinasjonale selskaper, altså kostnader som er knyttet til å overholde reglene. Når rådgivere skal sette opp strukturer for selskaper i fremtiden vil man måtte være forsiktige slik at man sørger for å være i overenstemmelse med klausulen, ettersom dens natur er svært kompleks. Dette kan også være avgjørende for å unngå dobbeltbeskatning. Videre kan det føre til at selskaper som vurderer en investering i en stat, i stedet velger en annen stat som ikke har en LoB i skatteavtalen, noe som igjen vil være indirekte tapt proveny for den "egentlige" kildestaten.

Strukturer som benytter seg av nasjonal lovgivning og ikke nødvendigvis baserer seg på skatteavtaler, vil ikke bli påvirket av LoB-klausulen i noen nevneverdig grad ettersom klausulen ikke direkte vil påvirke internretten.

5.14 Strider LoB mot skatteavtalenes formål?

Et spørsmål som kan stilles i denne sammenheng er om LoB er formålsstridig. Det følger av OECDkomm art. 1 pkt. 7 at skatteavtalenes formål er å oppfordre til internasjonal handel på tvers av landegrensene ved å fordele beskatningsretten mellom statene. Når man lager anti-omgåelsesregler, som LoB-klausuler, er det derfor svært viktig at disse reglene sørger for at genuin forretningsvirksomhet ikke blir påvirket. Problemet med BEPS Action 6 LoB-klausul

er at den kan bli for generell i sin natur. Den vil derfor i for stor grad påvirke genuin forretningsvirksomhet og ikke bare situasjoner hvor det foreligger misbruk av skatteavtalen.

Det følger videre av kommentarene at skatteavtalene også har som formål å hindre skattemessig omgåelse og unndragelse.¹⁹⁵ Ettersom det her er to motstridende hensyn, kan man reise problemstillingen om hvilket hensyn som er det viktigste. Som nevnt ovenfor er det flere negative konsekvenser som følger av at multinasjonale selskaper reduserer sin totale skatteregning, bl.a. tapt proveny og konkurransevridning.

Samtidig som statene legger til rette for handel på tvers av landegrensene, må de også sikre sitt eget skattefundament. Den optimale løsningen ville derfor vært å finne en middelvei.

En god løsning kan være den foreslåtte¹⁹⁶ "Principle Purposes"-testen som statene kan innta som et 7.ledd i LoB-klausulen. I motsetning til LoB-klausulen er dette en subjektiv regel. Den subjektive regelen kan dermed supplere de objektive i tilfeller hvor "bona fide"-virksomhet blir nektet retten til avtalefordeler.

Det viktigste er at det legges til rette for globaliseringen samtidig som statene får sikret sitt skattefundament.

¹⁹⁵ 2.punktum i art. 1 pkt. 7

¹⁹⁶ BEPS Action 6 (2015) s. 55

6 Implementering av LoB

6.1 BEPS Action 15

En problemstilling som reiser seg i forhold til LoB er hvordan en eventuell innføring skal gjennomføres. Dersom en innføring tar flere tiår, kan det hende at klausulen vil ha begrenset effekt. Den vanlige prosedyren for å implementere nye regler er å reforhandle de aktuelle skatteavtalene. Per i dag finnes det omkring 3000 skatteavtaler globalt, slik at å reforhandle disse vil ta svært lang tid, antageligvis flere tiår.¹⁹⁷

BEPS har derfor i Action 15 foreslått et multilateralt instrument for implementering av nye internasjonale skatteregler. Formålet med et slikt instrument vil være å kunne modifisere eksisterende bilaterale skatteavtaler på en effektiv og rask måte, da særlig med BEPS-prosjektets endringer i bakhodet.

OECD foreslår i rapporten at instrumentet skal fungere parallelt med eksisterende skatteavtaler. Et slikt instrument vil ifølge OECD ivareta statenes suverenitet samtidig som det vil være en effektiv løsning. Ekspertene på området hevder også at et slikt instrument er juridisk gjennomførbart. Instrumentet vil bli juridisk bindende ovenfor partene på vanlig måte, men vil kun regulere forholdet mellom de som allerede har inngått skatteavtaler med hverandre.¹⁹⁸

For at et slikt instrument skal få virkning i norsk rett, må det imidlertid implementeres på samme måte som vanlige skatteavtaler.

Implementeringen av instrumentet vil kunne by på en del problemstillinger. Et eksempel kan være hvem som skal gis forrang ved konflikt mellom allerede eksisterende skatteavtaler og instrumentet. I følge OECD¹⁹⁹ har man da to alternativer; enten må instrumentet uttrykkelig ha bestemmelser som gir det forrang, eller så må man følge Lex Posterior-prinsippet, slik at nyere traktat går foran eldre.

En annen problemstilling som kan drøftes er om statene må godta alle regler som innføres gjennom instrumentet, eller om man kan godta deler av det. OECD gir ikke et klart svar på

¹⁹⁷ International Tax review (Dec 2015)

¹⁹⁸ <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--OECD-releases-final-report-on-developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-under-BEPS-Action-15>

¹⁹⁹ BEPS Action 15 s. 31 para 18

spørsmålet i rapporten, annet enn å si at avtalen er bindende. Det vil muligens virke mot instrumentets hensikt dersom de individuelle statene kan velge hva de ønsker å godta, samtidig som statenes suverenitet må tas hensyn til. Uansett er det forventet at det multilaterale instrumentet skal være ferdig i slutten av 2016.

7 Litteraturliste

Litteratur

- Naas (2010) *Norsk internasjonal skatterett.* Henning Naas [et al.]. Oslo, 2010.
- Borrego (2006) *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions.* Félix Borrego. Madrid, 2006.
- Zimmer (2009) *Internasjonal inntektsskatterett.* Frederik Zimmer. 4. utg. Oslo, 2009.
- Furuseth (2013) *Praktisk internasjonal skatterett og internprising.* Eivind Furuseth, Ole Gjems-Onstad (red.). Oslo, 2013.
- Skaar (2006) *Norsk skatteavtalerett.* Arvid Aage Skaar [et al.]. Oslo, 2006.
- Vogel (2015) *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions Vol 2.* Klaus Vogel, Alexander Rust [et al.]. 4.utg. Nederland, 2015.
- Weeghel (1998) *The Improper Use of Tax Treaties, With Particular Reference to the Netherlands and the United States.* Stef Van Weeghel. London, 1998.
- Terra (2008) *European Tax Law.* Ben J.M. Terra, Peter J. Wattel. 5 utg. Nederland, 2008.
- Liland (2002) *Internasjonal skattehåndbok.* Anders H. Liland og Espen Nordbø (red.). Oslo, 2002.

Skatteavtaler

Skatteavtale Norge - Barbados (1990)

Skatteavtale Norge - Nederlandske Antiller
(1989)

Skatteavtale Norge - Sør-Afrika (1996)

Skatteavtale Norge - Luxembourg (1983)

Skatteavtale Norge - Jamaica (1991)

Skatteavtale Norge - Argentina (1997)

Skatteavtale Norge - Canada (2002)

Skatteavtale Norge - USA (1971)

Skatteavtale Norge - Storbritannia (2013)

Skatteavtale USA - Nederland (1992)

Skatteavtale USA - Spania (1990)

Skatteavtale USA - Belgia (2006)

Skatteavtale USA - Tyskland (1989)

Modellavtaler

OECD Model Tax Convention on Income
and Capital (2014)

US Model Income Tax Convention (2006) og
(1996) Noe fra 2016.

United Nations Model Double Taxation

Convention (2011)

Kommentarer til Modellavtaler

OECD Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention (2014).

United States Model Technical Explanation Accompanying The United States Model Income Tax Convention (2006).

OECD Rapporter

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report

Place of effective management concept; suggestions for changes to the OECD model tax convention (Paris 2003)

Double Taxation Conventions and The Use Of Conduit Companies (1986)

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report

Lovtekst

Lov av 26. Mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt. (Skatteloven)

Lov av 28. Juli 1949 nr. 15 om adgang for

Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v.
(Dobbeltbeskatningsavtaleloven)

Lov om regulerte markeder av 29. Juni 2007 nr. 74 (Børsloven)

Lov om verdipapirhandel av 29 Juni 2007 nr.75 (Verdipapirhandelloven)

Forarbeider

NOU 2009: 4

Tiltak mot skatteunndragelser

St.prp nr. 5 (1996-97)

Om samtykke til å sette i kraft en overenskomst mellom de nordiske land til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue, undertegnet i Helsingfors den 23. september 1996.

Tolkningsuttalelser

BFU 5/12

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet. BFU 5/12. Avgitt 29.02.2012

Traktater

Wienkonvensjonen om Traktatretten, 23. Mai 1969.

The North American Free Trade Agreement, 1994. (NAFTA)

Avgjørelser fra EU-domstolen

C-196/04 Cadbury Schweppes

Rettspraksis

Rt. 2004 s. 957

PGS

Rt. 2002 s. 1144

Straffeskatt

Rt. 1994 s. 752

Alphawell

Rt. 1989 s. 99

Alaska

Rt. 1985 s. 319

Ringnes

11-104857MED-OTIR/01

Transocean Straff (Oslo Tingrett)

Internasjonal Rettspraksis

A3/2005/2497

Indofood Case

2004-2006(IT)G and 2004-4226(IT)G

Prevost Car Case

2012 TCC 57

Velcro Case

Case 2 K 7369/94

Dom fra tysk underrett

Artikler

H.D rosenbloom, derivative benefits:
Emerging US treaty policy, 22 intertax 2
p.83 (1994)

Norway transocean case, comments by

eivind furusetth (en del av hans ph.d)

Bulletin for International Taxation, 2015
(Volume 69), No. 3: Treaty Shopping and
Limitation on Benefits Articles in the
Context of the OECD Base Erosion and
Profit Shifting Project. Qunfang Jiang.

International Tax Review: BEPS Special.
Matthew Gilleard, 15.December 2015.

Annet

<http://www.pwc.com/gx/en/services/tax/tax-policy-administration/beps/treaty-abuse.html>

<http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--OECD-releases-final-report-on-developing-a-multilateral-instrument-to-modify-bilateral-tax-treaties-under-BEPS-Action-15>