



Handelshøyskolen BI i Oslo

GRA 19204

Masteroppgave i regnskap og revisjon

Thesis Master of Science

FORHOLDET MELLOM BENEFICIAL OWNER OG REELT
ETABLERT

Utlevering: 01.01.2016 09.00

Innlevering: 01.09.2016 12.00

BI Norwegian Business School –
Thesis

FORHOLDET
MELLOM
BENEFICIAL OWNER
OG REELT ETABLERT

HANDELSHØYSKOLEN BI
MASTER I REGNSKAP OG REVISJON

KANDIDAT:
CAROLINE ASTRID JERNÆS

VEILEDER:
EIVIND FURUSETH

4. August 2016

*”This thesis is a part of the MSc programme at
BI Norwegian Business School. The school takes
no responsibility for the methods used, results
found and conclusions drawn.”*

Innholdsfortegnelse

1	SAMMENDRAG	5
2	INNLEDNING	6
2.1	Tema for oppgaven	6
2.1.1	Hovedproblemstilling.....	6
2.1.2	Hvorfor beneficial owner og reelt etablert er relevant.....	6
2.2	Oppgavens oppbygning og systematikk	7
2.2.1	Struktur og metode.....	7
2.2.2	Avgrensninger	8
3	HENSYN BAK REGLENE	8
3.1	Beneficial owner (<i>bénéficiaire effectif</i>)	9
3.1.1	OECD Model Tax Convention Art. 10 i perspektiv	9
3.1.2	Hva er formålet bak kravet til beneficial owner i OECDs Model Tax Convention?	9
3.1.3	Hvorfor er ikke beneficial owner definert nærmere?	10
3.1.4	Hvordan skal beneficial owner tolkes?	10
3.1.5	Kildeskatt (<i>withholding tax</i>).....	12
3.1.6	OECD Model Tax Convention	13
3.1.7	I hvilken grad er endringer av OECD kommentarene relevante ved tolkning av eldre skatteavtaler?	18
3.2	Reelt etablert	19
3.2.1	Hvorfor ble kravet til reelt etablert lovfestet i Norge?	19
3.2.2	NOKUS-beskatning	19
3.2.3	Fritaksmetoden.....	24
4	TOLKNING AV BEGREPENE	25
4.1	Beneficial owner og reelt etablert	25
4.1.1	Overordnet	25
4.2	Beneficial owner	26
4.2.1	Generelt.....	26
4.2.2	Substans versus form	26
4.2.3	Forvalter " <i>agent or nominee</i> "	27
4.2.4	Gjennomstrømmingsselskap " <i>conduit company</i> "/ " <i>a mere fiduciary</i> "	28
4.2.5	<i>Right to use and enjoy</i>	29
4.2.6	Nivå av planlegging og ledelse	31
4.2.7	Betalingsforpliktelse	32
4.3	Reelt etablert	33
4.3.1	Generelt.....	33

4.3.2	Uttalelser fra Finansdepartementet (FSFIN) og Skattedirektoratet (SKD).....	34
4.3.3	Skattemotiv	36
4.3.4	Kommersielle og forretningsmessige grunner	37
5	RELEVANTE DOMMER BENEFICIAL OWNER	39
5.1	Internasjonalt.....	40
5.1.1	Prévost Car	40
5.2	Internasjonalt.....	40
5.2.1	Velcro	40
5.2.2	Prévost-test.....	41
5.3	Nasjonalt.....	43
5.3.1	Transocean: Sivil sak og strafferettslig sak.....	43
5.3.2	Sivil sak.....	45
5.3.3	Strafferettslig sak	48
5.3.4	Hvordan kunne Tingretten fatte forskjellige beslutninger i de to dommene? 50	
5.3.5	Hvordan hadde det vært med dagens regler?	50
6	RELEVANTE DOMMER REELT ETABLERT	50
6.1	Internasjonalt.....	51
6.1.1	Cadbury Schweppes	51
7	SAMMENLIGNING AV BEGREPENE	52
7.1	Likheter	52
7.1.1	Bakgrunn i EUs fire friheter.....	52
7.1.2	Helhetsvurdering.....	52
7.1.3	Organisering og drift.....	53
7.2	Ulikheter	53
7.2.1	Tilordningsregel versus omgåelsesregel	53
7.2.2	Subjektive motiver - objektive karakteristika (synbare for tredjemann)	55
7.2.3	Fysisk substans.....	56
7.2.4	Fast og varig deltakelse i næringslivet.....	56
7.2.5	Tredjepartsforholdet.....	56
8	INNSPILL TIL EN TYDELIGERE FORSTÅELSE AV BENEFICIAL OWNER.....	57
8.1	Relevans.....	57
8.1.1	Domstolenes oppfatning av vilkårene.....	57
8.2	Forslag for en tydeligere tolkning	57
8.2.1	Bostedsbekreftelse fra mottakerstat?	57
8.2.2	Nasjonale retningslinjer?.....	58

8.2.3	Substans over form?	58
9	KONKLUSJON	59
9.1	Avsluttende bemerkninger	59
9.1.1	Begrepene er ulike	59
10	KILDEHENVISNINGER	60
10.1	Lover	60
10.2	Forarbeider	60
10.2.1	NOU	60
10.2.2	Proposisjoner	60
10.2.3	Meldinger og høringer	60
10.3	Vedtak og uttalelser	60
10.4	Rettspraksis	60
10.4.1	Norge	60
10.4.2	Danmark	61
10.4.3	EF-domstolen og EØS-rettslige kilder	61
10.5	Bindende forhåndsuttalelser	61
10.6	Faglitteratur	61
10.7	Artikkel i tidsskrift og artikkelsamlinger	62
10.8	Utgivelser OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development)	63
10.9	Nettsider	63

1 SAMMENDRAG

Oppgaven omhandler hvorvidt reelt etablert i skatteloven § 2-38 (5) har noe å gjøre i beneficial owner i OECD Model Tax Convention Art. 10 (2). Oppgaven tar utgangspunkt i formålet bak reglene gjennom henholdsvis OECDs modellskatteavtale for beneficial owner, samt NOKUS-beskatning og fritaksmetoden for reelt etablert. Begrepene er tolket i lys av relevante dommer og bindende forhåndsuttalelser.

Det fremstår klart at beneficial owner er en tilordningsregel som skal avklare hvem utbyttet er "*paid...to*". Reelt etablert derimot, er en omgåelsesregel som tar stilling til formålet bak en etablering og hvorvidt denne er skattemotivert eller ikke.

Hovedkonklusjonen i oppgaven er at reelt etablert i skatteloven § 2-38 (5) ikke har noe å gjøre i beneficial owner i OECD Model Tax Convention Art. 10 (2).

2 INNLEDNING

2.1 Tema for oppgaven

2.1.1 Hovedproblemstilling

”Har reelt etablert i skatteloven § 2-38 (5) noe å gjøre i beneficial owner i OECD Model Tax Convention Art. 10 (2)?”

Problemstillingen omhandler bruk av vilkåret reelt etablert (skattelovens § 2-38) i en beneficial owner-diskusjon (OECDs modellskatteavtale). Formålet med oppgaven er å vurdere hvorvidt vilkårene kan ses i sammenheng, eventuelt hva som skiller dem. Formuleringen *”har noe å gjøre”* skal avklare om kriteriene kan anvendes om hverandre. Begrepet beneficial owner stammer fra OECDs modellskatteavtale, som gir et utgangspunkt for dobbeltbeskatningsavtaler mellom OECD-landene. Slike avtaler er ment å oppklare dobbeltbeskatningsproblematikk. Begrepet reelt etablert stammer fra NOKUS-reglene og fritaksmetoden, og angir om en etablering er reell.

2.1.2 Hvorfor beneficial owner og reelt etablert er relevant

Manglende transparens rundt skatteparadis har lenge vært på dagsorden. Det er en kjent sak hvordan multinasjonale konsern på lovlig vis flytter betydelige fortjenester til lavskatteland. Dette har ført til at flere skatteparadis er påtvunget informasjonsutvekslingsavtaler, for å motvirke såkalt *”harmful tax practise”*¹. OECD anslår årlige tap grunnet gap og uoverensstemmelser i internasjonale skatteregler (*BEPS-issues*) til å være mellom 4-10 % av skattepliktige inntekter (*corporate income tax revenues, CIT revenues*) på globalt nivå, nærmere bestemt mellom USD 100 og 240 milliarder årlig².

I lys av et stadig økende fokus på skattemessige problemstillinger er forståelsen av skattejuridiske bestemmelser på internasjonalt nivå blitt enda viktigere. Dagens system for internasjonal beskatning bygger på prinsipper tilbake til

¹ Ole Gjems-Onstad og Eivind Furuseth, *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Oslo 2013 s. 41

² <http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>

Folkeforbundet i 1920-årene³, det kan derfor sies å være på høy tid å belyse de fundamentale juridiske utfordringene som ligger forankret i dagens utøvelse. Gjennom et bredt søkelys på multinasjonale selskaper som Google, Facebook og Starbucks, har verdenssamfunnet blitt mer opptatt av en rettmessig skattepolitikk. Vårens avsløringer gjennom Panama Papers har forsterket problemstillingene ytterligere.

Skatteunngåelser kan få uheldige effekter for flere deler av samfunnet. Dette gir gjenklang i OECDs arbeid mot problemet i BEPS-arbeidet (senere beskrevet i avsnitt 3.1.6) hvor regjeringer, individuelle skattytere og virksomheter rammes³⁴.

Beneficial owner og reelt etablert er to vilkår som rotfester seg i den internasjonale skatteproblematikken, i henholdsvis OECDs skattemodell og norsk skattelov. Hver for seg gir de rett til fritak for beskatning. Beneficial owner er et vilkår som fritar for kildebeskatning (sktl. § 2-3), mens reelt etablert er et vilkår som gir skattyter rett til skattefritak etter fritaksmetoden (sktl. § 2-38), og som lemper NOKUS-beskatning (sktl. § 10-64).

2.2 Oppgavens oppbygning og systematikk

2.2.1 Struktur og metode

Oppgaven baserer seg på bakgrunnen og formålet bak de to regelsettene, og hvordan de skiller seg fra hverandre. Tolkningen tar utgangspunkt i lovens hjemmel, forarbeider og uttalelser, internasjonale og nasjonale dommer, samt bindende forhåndsuttalelser og relevant litteratur.

De mest sentrale dommene blir omtalt. I tolkning av beneficial owner vises det til Prévost Car og Velcro på internasjonalt nivå, og Transocean på nasjonalt nivå. Tilsvarende vises det i tolkning av reelt etablert til Cadbury Schweppes på internasjonalt nivå. For en nasjonal tolkning av reelt etablert vises det til bindende forhåndsuttalelser.

³ Gjems-Onstad og Furuset (2013) s. 33

Oppgaven er inndelt som følger: først gjennomgås hensynet bak reglene til henholdsvis beneficial owner og reelt etablert, herunder hvilke skatteregler og problemstillinger de adresserer. Deretter tolkes hver av begrepene basert på hovedtrekkene som kjennetegner dem. Tolkningen ses så i lys av relevante dommer og bindende forhåndsuttalelser, før likheter og ulikheter påpekes. Til sist antydes innspill til en tydeligere forståelse av beneficial owner.

Metodiske tilnærminger er basert på innhenting av relevante kilder. Teorivalgene baseres på etablerte skattemessige kilder på internasjonalt og nasjonalt nivå. Datainnsamlingen kommer fra publiserte avgjørelser og utgivelser. Det har også vært foretatt intervju som del av research-arbeidet. Kvaliteten vurderes å være pålitelig da disse stammer fra primære kilder og vurderes å komme fra fagfeltets ”best practise”.

2.2.2 Avgrensninger

Beneficial owner dekker både utbytte, renter og royalty. Oppgaven avgrenser seg til å omhandle kun utbytte (modellskatteavtalens artikkel 10). Der relevant er begrepet anvendt mot royaltyinntekter. Renter og royalty er i utgangspunktet ikke omhandlet (ref. hhv. modellskatteavtalens artikkel 11 og 12).

3 HENSYN BAK REGLENE

For å tolke begrepene må først bakgrunnen og formålet med dem tydeliggjøres. Først gjennomgås beneficial owner sett i lys av OECDs modellskatteavtale og dobbeltbeskatningsproblematikken, herunder kilde- og globalitetsinntektsprinsippet. Deretter gjennomgås reelt etablert med hensyn til NOKUS-beskatning og fritaksmetoden. Ved å klarlegge hensynet bak reglene, kan tolkningen, samt likheter og ulikheter bedre identifiseres.

3.1 Beneficial owner (*bénéficiaire effectif*)

3.1.1 OECD Model Tax Convention Art. 10 i perspektiv

Begrepet beneficial owner ble antakelig første gang anvendt i Storbritannia i 1954 (Sec. 17 (6) FA 1954) i den britiske Court of Appeal⁴, hvor saken gjaldt beskatning av selskapsreorganiseringer.

Begrepet er siden ikke definert, men ble inntatt i OECD Model Tax Convention for første gang i 1977⁵. Årsaken var tilknytning til et sterkere fokus på å forhindre skatteunngåelser.

3.1.2 Hva er formålet bak kravet til beneficial owner i OECDs Model Tax Convention?

Beneficial owner angir i OECDs Model Tax Convention (heretter kalt modellskatteavtalen) krav om redusert kildeskatt på utbytte iht. skatteavtale. Hensikten med artikkel 10 nr. 2 og 3 i modellskatteavtalen er å hindre ”skattyter i å betale lavere skatt”⁶. Begrepet ble i sin tid inntatt for å forebygge et misbruk av skatteavtalene om å oppnå reduserte kildeskattesatser. Artikkel 10 gir en ”*division between of taxation State of Source and State of residence*”⁷, forskjellen mellom kilde- og bostedsbeskatning.

Beneficial owner indikerer en tilordningsregel som bestemmer *hvem* som er virkelig rettighetshaver eller rettmessig eier av et mottatt gode. Fra modellskatteavtalen angis kravet som et tilordningssubjekt, ”*paid... to a resident*”⁸, i motsetning til ”*received by*”⁹. Denne formuleringen støtter også beneficial owner sitt krav på redusert kildeskatt i henhold til skatteavtale som en

⁴ Klaus Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, London 1997 s. 561

⁵ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 171

⁶ 11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak s. 112

⁷ Vogel (1997) s. 582

⁸ OECD Model Tax Convention Article 10, p. 1, samt Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 171, 204

⁹ 2014 Update to the OECD MTC s. 12 p. 12.2

<http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>

tilordningsregel (med fokus på hvem godet betales til), og ikke en omgåelsesregel (med fokus på skattebesparelser)¹⁰.

Begrepet har sitt opphav i ”*motivet om å forhindre at personer som ikke omfattes av en gunstig skatteavtale benytter en mellommann og lignende for å oppnå reduserte kildeskattesatser iht. skatteavtale*”¹¹. OECDs ordlegging av ”*paid...to*” skyldes fokuset på forvaltere, såkalte ”*agents or nominees*”, som opptrådte som mellommenn på vegne av utbyttet, og som ikke kvalifiserte til rettmessig eier, senere omtalt i avsnitt 4.2.3.

3.1.3 Hvorfor er ikke beneficial owner definert nærmere?

Beneficial owner ble tatt i bruk i Storbritannia under *Common Law* omkring 1960 årene. Begrepet er ikke klart definert hverken i modellskatteavtalen eller i annen juridisk tekst. Beneficial owner kan av denne grunn hevdes å være et vagt begrep, men dette må ses i sammenheng med begrepets opprinnelse. Beneficial owner er ment å dekke både utbytte, royalty og renter. Dette kan medføre kompliserte og til dels svært ulike transaksjoner, som derfor gjør det lite hensiktsmessig å spesifisere begrepet nærmere.

Tidligere kan det sies å sjelden ha vært stor tvil om hvilket subjekt som var å anse beneficial owner. Forholdet mellom aksjonæren som ønsket ordinær utbytteutdeling og beneficial owner var som oftest én til én. Derimot har eierstrukturer og transaksjonstyper blitt mer kompliserte med årene, både internasjonalt og i Norge. Dette kan være en av årsakene til at problematikken i Transocean-saken på sitt tidspunkt var relativt ukjent her til lands. For at beneficial owner skal kunne dekke alle tilfeller, fremstår det som et bevisst trekk av OECD å ikke avgrense betegnelsen ytterligere.

3.1.4 Hvordan skal beneficial owner tolkes?

Beneficial owner er ikke definert hverken i modellskatteavtalen eller nasjonale skattesystemer. Det har derfor vært noe uklart hvordan begrepet skal tolkes.

¹⁰ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 201

¹¹ 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 18

I utgangspunktet skal dobbeltbeskatningsavtalen anvendes. Men i de tilfeller der et begrep ikke er definert, sier modellskatteavtalen artikkel 3 p. 2 at internretten til det landet "*the Convention applies*"¹² (landet skatteavtalen gjelder) skal legges til grunn. Kildestaten skal da definere det aktuelle begrep (beneficial owner)¹³, med mindre "*the context otherwise requires*".

I 2011 og 2012 hevdet OECD i sine kommentarer at begrepet skal ha en *autonom* betydning (senere gjenkjennelig i dommer og tolkninger i blant annet Transocean), og ikke avhenge av internrett i landet det tolkes. Her snur argumentasjonen fra artikkel 3 p.2. Autonom stammer fra egenrådig, og beneficial owner skal i denne sammenheng forstås eksklusivt fra kildestaten. Dette er et forhold som indikerer at sammenhengen tilsier noe annet. Beneficial owner skal derved tolkes i internasjonalt lys.

Videre støtter jusprofessor og ekspert på internasjonal beskatning, Klaus Vogel, en fratreden av internrettslig tolkning. Han argumenterer for at beneficial owner ikke kan tolkes med hensyn til "*domestic law of the state applying to the treaty*"¹⁴, fordi hverken OECD eller nasjonale skattesystemer har definert begrepet. Vogel anfører derfor at beneficial owner skal tolkes i skatteavtalens kontekst, og formålet som ligger til grunn for begrensningen med beskatning. OECD kommenterer videre at beneficial owner skal tolkes i lys av det opprinnelige motivet og formålet med modellskatteavtalen; "*avoiding double taxation, and the prevention of fiscal evasion and avoidance*"¹⁵.

Deretter hevder OECD i senere kommentarer (til artikkel 10 para. 12.1) at begrepet skal tolkes i vid forstand, og ikke på en smal teknisk måte. Beneficial owner skal tolkes i kontekst av *hvem* utbyttet er betalt til (ref. "*paid...to*"). Dette forklarer hvorfor OECD ikke har avgitt en ensidig teknisk tolkning i artikkel 10. Begrepet er ment å dekke et bredt omfang operasjoner.

¹² OECD Model Tax Convention Article 3 (2)

¹³ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 174

¹⁴ Vogel (1997) s. 562

¹⁵ OECD, Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends in Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), Paris 2015 Artikkel 10 p. 12.1

Det er også kommentert at det heller ikke er opp til skattyter å velge tolkning mellom internretten eller veiledning fra OECD. Det har vært flere omganger med kommentarer til artikkel 10, men de siste fra 2014 støtter en fratreden fra nasjonale tolkninger og internretten¹⁶.

Avslutningsvis gir hver av de uklare tolkningsversjonene ønske om en internasjonal definisjon av beneficial owner, men ut ifra utlegningen nedenfor fremtrer dette som en mer krevende øvelse enn først antatt.

3.1.5 Kildeskatt (*withholding tax*)

Kildeskatt skal i henhold til skattelovens § 10-13 svares av utenlandske aksjonærer for aksjeutbytte fra Norge. Formålet er å inndrive skatt fra skattyter som har en svak tilknytning til riket¹⁷. Skattesubjektet er *mottaker* av aksjeutbytte fra kildestaten. Det er utdelingsstaten som er ansvarlig for at det trekkes riktig skatt¹⁸, hvilket er en relevant innvendig til avklaring av beneficial owner. I tilfellene der mottaker av utbytte er beneficial owner, er kildestaten forpliktet til å anvende reduserte kildeskattesatser fra modellskatteavtalens artikkel 10¹⁹. Hvis ikke kravet til rettmessig eier oppfylles, kan kildestaten beskatte utbyttet fullt ut i henhold til intern lov. Dersom et gjennomstrømmingsselskap ikke er beneficial owner, vil det utdelende selskap stilles til ansvar for manglende kildebeskatning.

I Norge spiller for øvrig fritaksmetoden en rolle, da den fritar beskatning gjennom flerleddede selskapsstrukturer, ref. 3.2.3.

¹⁶ Det har vært et skille mellom common og civil law land, hvor civil law land er kjent for en større aksept for internasjonal tolkning (uttrykt i OECD kommentarene), mens common law land heller mot en nasjonal tolkning. Generelt er den nasjonale retten snevrere enn den internasjonale i sin tolkning og derfor kan det sies at oppfyllelse av beneficial owner er enklere etter civil law land. (Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s.175)

¹⁷ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 135

¹⁸ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 176

¹⁹ Advokatfirmaet Thommessen AS, *Norsk internasjonal skatterett*, Oslo 2011 s. 580

Globalitetsinntektsprinsippet versus kildeprinsippet

Bakgrunnen for problematikken rundt dobbeltbeskatning speiles i de velkjente prinsippene i internasjonal skatteterminologi, ”*principle of residence*” (globalitetsinntektsprinsippet) og ”*principle of source*” (kildeprinsippet). Problemet oppstår i diskrepansen mellom beskatning basert på bosted og opphav til opptjening, noe som gir grunnlag for arbitrasjemuligheter. Inntekt opptjent i Norge (kildeprinsippet), kan være skattepliktig i utlandet basert på bosted til eier (globalitetsinntektsprinsippet). Inntekt tilknyttet person eller selskap hjemmehørende i Norge (globalitetsinntektsprinsippet), kan være skattepliktig i utlandet basert på opptjening (kildeskattprinsippet). På denne måten kan en inntekt risikere å bli skattlagt opptil flere ganger, med Vogel’s ord: ”*tax claims of different States necessarily overlap*”²⁰. Dobbeltbeskatning forekommer når sammenlignbare skatter (i to eller flere stater) vedrører samme skattyter. Dessuten må beskatningen gjelde samme fordel, i identiske perioder²¹. Skatteavtalene er ment å løse slike beskatningskonflikter ved å sørge for at inntekt kun skattlegges én gang, samt indikere hvilket land som sitter med beskatningsretten, ”*the taxing right*”²².

3.1.6 OECD Model Tax Convention

Skattyter har tre ulike regelsett å forholde seg til som regulerer problematikken rundt internasjonal skatterett; internrett, dobbeltbeskatningsavtaler og EØS-rett. Norsk internrett inneholder skatteloven og nasjonale rettsavgjørelser. EØS-retten angir lovgivning som EU-land har forpliktet seg til å følge. I Norge følger vi EU gjennom EØS-avtalen.

Artikkel 10 i OECDs skattemodell regulerer beneficial owner. OECDs kommentarer og publiseringer henvender seg til tre sentrale år; 1986, 2003 og 2014. I 1986 utga OECD en rapport om *treaty shopping*. I 2003 kom kommentarer til artikkel 10. Og i 2014 kom ytterligere kommentarer til artiklene. For retts sakene som pågikk på den tiden (senere Transocean), kan det trekkes inn

²⁰ Vogel (1997) s. 10

²¹ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version) s. I-1

²² Kevin Holmes, International Tax Policy and Double Tax Treaties: an introduction to Principles and Application, Amsterdam 2007 s. 54

hvorvidt nye kommentarer til OECDs artikler er relevante for eldre skatteavtaler. OECDs arbeid for å motvirke skatteomgåelser (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*) er fra 2013, ref. avsnitt 3.1.6.

Hva er formålet med dobbeltbeskatningsavtaler?

De fleste land har dobbeltbeskatningsavtaler inngått med andre stater. Over 3000 skatteavtaler florerer rundt om i verden i dag²³. Innenfor EU har OECD utformet en modellskatteavtale (OECD Model Tax Convention) som utgangspunkt for utforming av avtalene.

Formålet med dobbeltbeskatningsavtalene kan deles i to. Hovedmålet er å eliminere dobbeltbeskatning, samt forhindre skatteunndragelser eller -omgåelser. Deretter skal skatteavtalene fremme utveksling av varer og tjenester, og flyt av kapital og personer²⁴. Disse kjennetegnes som EUs fire friheter²⁵.

Hvilken myndighet/ handlingsrom har dobbeltbeskatningsavtaler?

Skatteavtalene kan kun lempe internrettslige regler, de angir ingen hjemmel til å skattlegge²⁶. Prinsippet omtales som *"the golden rule"*.

Dobbeltbeskatningsavtalene kan begrense skatteplikt etter kildeprinsippet eller NOKUS-beskatning. EUs fire friheter kommer foran enhver konflikt mellom skatteavtalene. Dette innebærer at domstolene aksepterer løsninger som ikke er i konflikt med EUs fire friheter²⁷.

På hvilken måte kan skatteavtalene utnyttes?

I forbindelse med Panama Papers avsløringene hevdet skatteprofessor Zimmer at *"Det at en struktur er komplisert, behøver ikke nødvendigvis å være noe suspekt, heller ikke om strukturen skulle være skattemotivert. For eksempel er det å drive*

²³ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 36

²⁴ OECD, Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends in Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), Paris 2015 Artikkel 1 p. 7

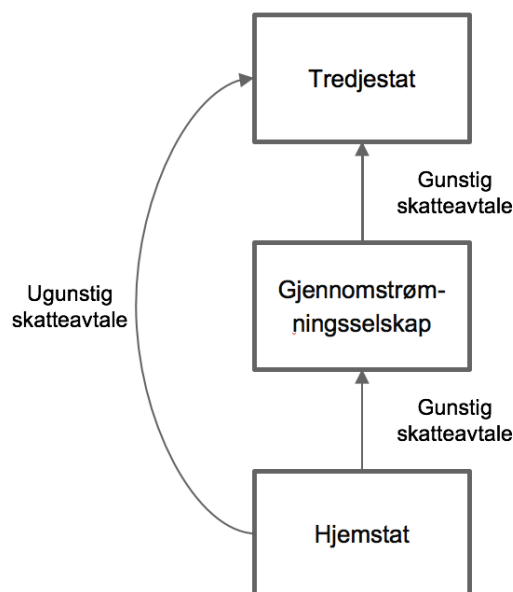
²⁵ EF-traktaten tredje del avdeling I-III

²⁶ Unni Bjelland, *Norges skatteavtaler*, Otta 1999 s. 14

²⁷ Andreas Bullen, *EU, EØS og skatt: de fire friheter og direkte beskatning*, Oslo 2005 s. 101

*skatteplanlegging for å unngå dobbeltbeskatning ganske vanlig og lett å akseptere etter min mening*²⁸.

Til tross for sitt gode formål kan skattyter tilpasse seg skatteavtalene. Skatteplanlegging (*treaty shopping*) er blitt et kjent begrep i de tilfeller der utnyttelse av dobbeltbeskatningsavtalene skjer bevisst. Et tenkt eksempel kan være å etablere et gjennomstrømmingsselskap (*target company*) i en stat som har gunstig skatteavtale med opprinnelseslandet. Gjennomstrømmingsselskapet egner seg mellom hjemstat og en tredjestat. Betalinger fra hjemstat til tredjestat kan deretter rutes via gjennomstrømmingsselskapet for å oppnå lavere skatt. Hjemstat og tredjestat har i utgangspunktet ikke like gunstige avtaler med hverandre. Det opprettede selskap kan på denne måten betegnes å være et gjennomstrømmingsselskap, som kun er opprettet med formål å utnytte en gunstig skatteavtale med opprinnelseslandet. Problemet oppstår under *”practices that artificially segregate taxable income from activities that generate it”*²⁹. Inntekten ender med å skattlegges i et annet land enn der den er generert.



I konflikten mellom globalitet og kilde kan skatteavtalene misbrukes. Kevin Holmes utdyper misforholdet *”where a country’s international tax policies are not compatible with those of other countries, arbitrage opportunities are created whereby tax planners can arrange international transactions to take advantage of the asymmetric international tax regimes”*³⁰. Det er med andre ord mulig å

²⁸ <http://www.aftenposten.no/okonomi/Mossack-Fonseca-har-hjulpet-milliardfamilien-Hoegh-a-opprette-postboksselskaper-i-skatteparadis-i-20-ar-8446538.html>

²⁹ OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

³⁰ Holmes (2007) s. 5

tilpasse seg reglene på en slik måte at overlapp i lovverket kommer til skattyters gunst.

Men skatteplanlegging behøver ikke være ulovlig. Sentralt står opplysningsplikten. Det må skilles mellom skatteplanlegging og skatteunndragelse. *”Det første er helt lovlig, så lenge alt er oppgitt til de relevante skattemyndighetene”*³¹.

Flere årsaker kan ligge til grunn for at et selskap ønsker å operere i et såkalt skatteparadis eller innretter sin selskapsstruktur på en komplisert måte. Hovedformålet bak en transaksjon eller selskapsstruktur behøver ikke utelukkende å være skattebesparelser, men kan skyldes et ønske om mer effektiv kapitalutnyttelse på konsernnivå (senere argument i Transocean-dommen³²). Abrahamsen Wærnhus viser (i tilknytning til vurdering av reelt etablert under NOKUS-beskatning, i.e. som omgåelsesregel) til eksempler som forsvarer etablering utover skatteomgåelse. Saken gjaldt veiledende uttalelse fra SFS (2007-623SFS (Utv. 2008 s. 18)) om etablering av internbank i Belgia eller Nederland (hvor det opereres med fradrag for egenkapital på lik linje med rentekostnader). Eksempler på formål bak etablering kunne resultere i større nærhet til ekspanderende virksomhet i samme område, bedre finansieringsløsninger, stordriftsfordeler, administrative besparelser, redusert lånerisiko, redusert garantiansvar eller bedre garantiavtaler³³. Dette er fullt lovlige begrunnelser. Det må likevel bemerkes at OECD har i sine kommentarer til modellen gitt uttrykk for at det ikke skal være anledning til å utnytte fordeler i skatteavtalene kun for gunstenes skyld. Dette skyldes strid mot anti-misbruksregler, noe som introduserer omgåelsesproblematikken.

Hvilket arbeid gjør OECD for å forhindre omgåelse av dobbeltbeskatningsavtaler?

³¹ <http://www.aftenposten.no/okonomi/Mossack-Fonseca-har-hjulpet-milliardfamilien-Hoegh-a-opprette-postboksselskaper-i-skatteparadis-i-20-ar-8446538.html>

³² 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 61

³³ Gjems-Onstad og Furuseth: Abrahamsen Wærnhus (2013) s. 285

Som nevnt er beneficial owner en tilordningsregel. Betegnelsen er kun ment å avklare hvem som er rettmessig eier, eller virkelig rettighetshaver av mottatt utbytte (samt royalty og renter). Etter denne vurderingen kan det tas stilling til omgåelse, dersom det skulle være relevant. Det presiseres herved at beneficial owner i sin form ikke er en omgåelsesregel.

OECD startet i 2013 prosjektet *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), ansvarliggjort av generalsekretæren i OECD. Handlingsplanen adresserer problemstillinger knyttet til dobbeltbeskatning i en stadig mer globalisert verden. OECD ønsker gjennom sine handlinger å sikre transparens og forutsigbarhet, fundamentale byggesteiner i økonomisk vekst³⁴. Prosjektet tar for seg 15 ulike handlinger som skal forhindre ”BEPS issues”, nemlig skatteplanlegging og skatteomgørelser. Handlingene er satt sammen av finansministrene i G20 som kontaktet OECD ”to develop an action plan to address BEPS issues in a coordinated and comprehensive manner”³⁴. Av disse 15 handlingene omhandler BEPS Action 6 misbruk av dobbeltbeskatningsavtaler. Prosjektet håndterer omgåelsesproblematikk.

OECD har i Action 6 ”Prevent Treaty Abuse” helt spesifikt beskrevet hvordan man kan forhindre at gunstig internrett i ulike land kan utnyttes. Action 6 er inndelt i tre deler som henholdsvis omhandler

- i) forhindring av upassende fordeler i avtalene,
- ii) avklaring av at avtalene ikke er ment å generere en dobbel ikke-beskatning og
- iii) en identifisering av skattepolitikkbetraktninger som land bør erkjenne før inngåelse av skatteavtaler med andre³⁵.

Det er etablert en ”minimum standard” som skal forhindre dobbeltbeskatning uten å skape muligheter for ikke-beskatning eller redusert skatt gjennom skatteunndragelse eller -unngåelse³⁵. For å skape en forenende løsning, innebærer

³⁴ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

³⁵ EY <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--OECD-releases-final-report-under-BEPS-Action-6-on-preventing-treaty-abuse>

handlingen at hvert enkelt land må velge mellom tre alternative tilnærminger som må innarbeides i den enkelte skatteavtale (noe som viser en viss grad av fleksibilitet fra OECD sin side):

1. Limitation on Benefits (LOB) og Principal Purpose Test (PPT)
2. Principal Purpose Test (PPT)
3. Limitation on Benefits (LOB)

LOB er en omgåelsesregel som ser på selskapet som helhet. LOB tar for seg konkrete objektive tester som skal avklare hvorvidt en person (selskap) er berettiget til å oppnå skattefordeler. De objektive testene ser på sammenhengen mellom subjektet og hjemstaten, det kan være juridisk struktur, eierskap eller aktiviteter. LOB håndterer indirekte eierskap gjennom to tester; *"subsidiary of a publicly-listed company test"* og *"ownership/ base erosion test"*³⁵.

PPT er også en omgåelsesregel, som på transaksjonsnivå vurderer relevante forhold for å vurdere om hovedformålet er å utnytte fordeler i en skatteavtalen. I disse tilfellene skal fordelene i avtalen nektes³⁵.

BEPS i sin helhet kan hevdes å gjøre det tungvint å operere legitimt for denne type virksomheter. Skatteprofessor ved Handelshøyskolen BI, Ole Gjems-Onstad, har i Aftenposten i forbindelse med Panama Papers avsløringene påpekt nedsiden av BEPS. Han uttalte at prosjektet *"vil gi flere dokumentasjonsregler og høyere etterlevelseskostnader for små og mellomstore internasjonale foretak"*, samt at *"skattebetalingene til store multinasjonale foretak kan forbli paradiske. OECD rører ikke i særlig grad ved den grunnleggende strukturen"*³⁶.

3.1.7 I hvilken grad er endringer av OECD kommentarene relevante ved tolkning av eldre skatteavtaler?

Spørsmålet behandler hvorvidt OECD kommentarene fra 2014 relevante ved tolkning av en skatteavtale fra 2010. OECDs skattemodell ble opprinnelig vedtatt i 1963 med tilhørende kommentarer. Da modellskatteavtalen ble endret i 1977 ble også kommentarene endret. Hva gjelder nyere endringer i kommentarer i

³⁶ <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikker/Kronikk-Ideelt-for-skatteplanlegging--Ole-Gjems-Onstad-8418355.html>

modellskatteavtalen sett opp mot inngåtte dobbeltbeskatningsavtaler mellom land, skal alltid kommentarer som er inntatt før inngåelse av skatteavtalen hensyntas. Dette gjelder også presiseringer av eldre kommentarer. Nye kommentarer er derimot ikke aktuelle. Kommentarer til OECDs skattemodell som er inntatt etter inngåelse av skatteavtale kan derved *”ikke legges til grunn ved tolkningen av tilsvarende bestemmelser i eldre avtaler”*³⁷. Kommentarene fra 2014 er derved ikke relevante ved tolkning av en skatteavtale fra 2010.

3.2 Reelt etablert

3.2.1 Hvorfor ble kravet til reelt etablert lovfestet i Norge?

Reelt etablert er tatt inn i skatteloven som en omgåelsesbestemmelse fra de fire friheter i EU³⁸. Kravet oppstod i Norge som følge av Cadbury Schweppes dommen avsagt av EF-domstolen, ref. 6.1, for å forene NOKUS-reglene og fritaksmetoden med EØS-avtalen³⁹. Kravet til reelt etablert er det samme etter begge regelsett⁴⁰.

For både NOKUS-reglene og fritaksmetoden er formålet med kravet til reelt etablert å unngå at *”inntekt strømmer gjennom selskaper som ikke har noen realitet i den aktuelle stat, med det formål å unngå skatt”*⁴¹.

3.2.2 NOKUS-beskatning

Kravet til reelt etablert ble inntatt i skattelovens NOKUS-regler som følge av Cadbury Schweppes dommen. NOKUS-reglene i norsk skatterett regulerer inntekter fra norsk-kontrollert selskap hjemmehørende i lavskatteland. Reglene favoriserer selskaper som etableres i Norge i motsetning til norsk kontrollerte selskaper i lavskatteland, da de beskattes løpende for overskudd innvunnet av annen juridisk person⁴².

³⁷ Arvid Aage Skaar m fl, *Norsk skatteavtalerett*, Oslo 2006 s. 63

³⁸ Gjems-Onstad og Furusest (2013) s. 202

³⁹ BFU 3/ 2016 s. 3

⁴⁰ BFU 2/ 2014 s. 3

⁴¹ BFU 4/ 2015 s. 7

⁴² Ot.prp.nr.1 (2007-2007) pkt. 14.4.1

Reglene henger sammen med den frie etableringsretten i EU som *"innebærer at grenseoverskridende situasjoner skal behandles likt som en sammenlignbar rent intern situasjon"*⁴³. Hjemmelen i § 10-64 tilsier at beskatning kun skal finne sted dersom inntekt er av såkalt *"passiv karakter"*, eller dersom vilkåret til reell etablering og reell økonomisk aktivitet ikke foreligger⁴⁴.

Cadbury Schweppes avgjørelsen⁴⁵ har fått betydning for anvendelse av NOKUS-reglene og lagt en høyere terskel for etableringer innenfor EØS. Dommen har sitt opphav i de britiske CFC-reglene (*controlled foreign company*), som er tilsvarende de norske NOKUS-reglene (norsk kontrollert utenlandsk selskap). De britiske CFC-reglene innebærer at *"hjemmehørende aksjonærer beskattes løpende for sin relative andel av overskuddet i et ikke-hjemmehørende selskap, uavhengig av utdelinger, dersom skattenivået i CFC-selskapets hjemstat er lavere enn det angitte minstenivå"*⁴⁶. Dersom dette er tilfelle, anses staten som et lavskatteland.

Hva er et lavskatteland?

Ifølge Skatteloven §10-63 regnes lavskatteland som *"land hvor den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt iliknet dersom det/ den hadde vært hjemmehørende i Norge"*⁴⁷. Videre har lovgiver ved skattedirektoratet opplistet land som skal anses som lavskatteland, og som ikke skal anses som lavskatteland, såkalte svartelister og hvitelister.

Lavskatteland blir ofte assosiert med *"skatteparadiser"*. Panama Papers avsløringene har økt fokuset mot skjulte formuer i såkalte svartelistede land. Sigrid Klæboe Jacobsen i Tax Justice Network Norge hevdet i forbindelse med

⁴³ BFU 3/ 2016 s. 6

⁴⁴ Skatteloven § 10-64 (1) a) og b)

⁴⁵ (C-196/04) Cadbury Schweppes premiss 51

⁴⁶ Bullen (2005) s. 591

⁴⁷ Skatteloven § 10-63

avsløringene til Høegh familien at ”*skatteparadis må tåle mer kritisk søkelys enn andre*”⁴⁸.

Rent kunstig arrangement - wholly artificial arrangement

Som bakgrunn for dommen ligger EF-traktatens frie etableringsrett. I henhold til EØS Art. 31 (1), lik EF Art. (2), skal det innenfor EØS være adgang til ”*å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet*” og ”*opprette og lede foretak*”⁴⁹. Dette er kjent som den frie etableringsrett innenfor EU som er gyldig for fysiske personer, så vel som juridiske. Etableringsretten er ment å beskytte ”*alle faser av den økonomiske aktivitet*”⁵⁰.

EØS-rettens beskyttelse av fri etablering kom i Cadbury Schweppes dommen fra 2006 (C-196/04) i konflikt med de britiske CFC-reglene. Dommen omhandler kravet til reell etablering, nærmere bestemt formålet bak etableringen, og hvorvidt utenlandsk selskap skulle CFC-beskattes. Domstolen konkluderte med at dersom selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet (”*the actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine economic activity there*”⁵¹) skal det ikke NOKUS-beskattes. En begrensning av etableringsretten gjelder dersom selskapet er et rent kunstig arrangement, som ikke gjenspeiler den økonomiske virkeligheten. Essensen i Cadbury Schweppes kan hentes fra premiss 55 der det heter at en begrensning av etableringsfriheten kan forsvares (”*on the ground of prevention of abusive practices*”) så lenge formålet med begrensningen være å forhindre rent kunstige arrangementer som ikke reflekterer den økonomiske virkeligheten (”*with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory*”)⁵². Som Skatteetaten uttalte i sin tolkning er ”*en begrensning av etableringsfriheten er akseptabel hvis formålet er å hindre etablering av rent kunstige arrangementer som tar sikte på å unngå skatt på*

⁴⁸ <http://www.aftenposten.no/okonomi/Mossack-Fonseca-har-hjulpet-milliardarfamilien-Hoegh-a-opprette-postbokselskaper-i-skatteparadis-i-20-ar-8446538.html>

⁴⁹ Bullen (2005) s. 51

⁵⁰ Bullen (2005) s. 52

⁵¹ (C-196/04) Cadbury Schweppes premiss 54

⁵² (C-196/04) Cadbury Schweppes premiss 55

*overskudd fra virksomhet som utføres på det nasjonale området, og som således er uten økonomisk realitet i etableringsstaten*⁵³. Betegnelsen har i dag betydning for hvordan selskapet skal beskattes; *”CFC-regler bare er berettiget når de har til formål å omfatte rent kunstige arrangementer med formål å unngå den normalt betalbare nasjonale skatt*⁵⁴. Dersom en etablering er rent kunstig kan man NOKUS-beskatte, og fritaksmetoden kommer ikke til anvendelse.

Cadbury Schweppes har fått stor betydning for senere dommer og uttalelser fra både Finansdepartementet (heretter kalt FSFIN) og Skattedirektoratet (heretter kalt SKD) her i Norge. FSFIN og SKD har avgitt flere bindende forhåndsuttalelser der premissene omtales. I avklaring av reelt etablert vises det ofte til dommens premiss 52-55, der hensynet til å unngå *rent kunstige arrangementer* må vurderes mot formålet med etableringsretten som er å gi *stabil og vedvarende deltakelse* i næringslivet i den annen stat⁵⁵. Dette er det sentrale spørsmålet. Kravet til reelt etablert sikrer at det foreligger *”en etablering som er beskyttet av reglene om etableringsretten*⁵⁶. SKD henviser i BFU 13/ 2013 til Cadbury Schweppes premiss 38, der et selskap selskapet opprettet med formål å utnytte landets gunstige skatteregler *”ikke i seg selv er nok til å konkludere med at det foreligger misbruk av etableringsfriheten*⁵⁷.

Generaladvokat Léger viser i sin avhandling (opinion) av Cadbury Schweppes til forhold der etableringsfriheten i EU kan nektes hvis arrangementet er rent kunstig opprettet: *”a hindrance to a freedom guaranteed by the Treaty can only be justified on the ground of counteraction of tax avoidance if the legislation in question is specifically designed to exclude from a tax advantage wholly artificial arrangements aimed at circumventing national law*⁵⁸. Generaladvokat Léger sier med dette at rent kunstige arrangementer opprettet for å unngå skatt gir grunn til å hindre skattyter beskyttelse av etableringsfriheten i EU. Det heter at *”Application*

⁵³ BFU 4/ 2015 s. 12

⁵⁴ BFU 4/ 2015 s. 10

⁵⁵ BFU 4/ 2015 s. 11

⁵⁶ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) pkt. 14.3

⁵⁷ <http://www.skatteetaten.no/no/Radgiver/Rettskilder/Uttalelser/bfu/Ikke-reelt-etablert-i-Luxembourg/>

⁵⁸ Cadbury Schweppes: Opinion of Advocate General Léger p. 87

*of Community Law may be refused only when the company in question relies on it abusively because it has set up an artificial arrangement in order to avoid tax*⁵⁹. Generaladvokaten påpeker også noe annet viktig: det at et selskap har valgt å sentralisere virksomheten i en medlemsstat som har gunstige skatteregler, med det formål å redusere skatt, ikke er tilstrekkelig til å påpeke at arrangementet er rent kunstig⁶⁰. En genuin etablering på sin side vurderer Léger ut ifra fysisk tilstedeværelse, genuin natur og økonomisk verdi⁶¹. En motsatt, kunstig etablering oppfattes ut ifra slike objektive faktorer. Konklusjonen er at NOKUS-beskatning (tilnærmet britiske CFC regler) kan inntre når arrangementet er rent kunstig: *”CFC rules must be restricted to wholly artificial arrangements designed to circumvent national law*⁶¹.

I vurdering av rent kunstige arrangementer viser SKD i BFU 4/ 2015 til Hovlands artikkel i Skatterett (ref. Cadbury Schweppes C-196/04 og Marks & Spencer C-446/03), der *”hensynet til å sikre en balansert fordeling av beskatningsrett også ble ansett som et hinder for en generell adgang til grenseoverskridende skattemessig konsolidering*⁶². Det poengteres at verdier som er opparbeidet i en medlemsstat får så sterk tilknytning til dens skattefundamentet at vedkommende stat bør tildeles beskatningsretten.

For at skattyter skal ha rett til beskyttelse av de fire friheter i EU må etableringen være reell og selskapet må drive reell økonomisk aktivitet. Dette er et utfall av Cadbury Schweppes saken⁷⁰.

Såkalte postboksselskap er eksempler på rent kunstige arrangementer, *”hvor den formelle etableringen ikke følges opp med en tilsvarende reell etablering*⁶³. Selskapene kjennetegnes gjerne av en adresse uten hverken kontor eller ansatte. EU-rettens beskyttelse av den frie etableringsretten er bevisst ikke ment å dekke slike selskap. For at etableringsretten og virksomheten skal kunne anses reell,

⁵⁹ Cadbury Schweppes: Opinion of Advocate General Léger p. 88

⁶⁰ Cadbury Schweppes: Opinion of Advocate General Léger p. 148

⁶¹ <http://www.law.qmul.ac.uk/docs/staff/ccls/oshea/52257.pdf> s. 17

⁶² Øyvind Hovland, ”NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til «reelt etablert» og forholdet til EØS-avtalen”, *Skatterett nr. 4/2012*, 2012 s. 281

⁶³ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) pkt. 14.4.1

legger domstolen vekt på en fast og varig deltakelse i næringslivet i etableringsstaten. Som det fremkom av Stortingsmelding 11, fastslo EU-domstolen i Cadbury Schweppes ”at *rene postkasseselskaper kan ikke anses reelle*”⁶⁴.

3.2.3 Fritaksmetoden

Bakgrunnen for innføring av kravet til reelt etablert må også ses i sammenheng med fritaksmetoden, som angir skattefritak for visse selskaper mv. for inntekt på aksjer og andre eierandeler⁶⁵. Regelen har hjemmel i skattelovens § 2-38. Regelen ble innført som en del av Skattereformen 2004-2006 og foreslått av Regjeringen Bondevik II⁶⁶.

Det opprinnelige formålet bak fritaksmetoden var å hindre kjedebeskatning av utbytte i konserner⁶⁷. Det kan presiseres at inntekt som skattlegges både hos aksjonær og selskap skattlegges ikke to ganger i samme forstand, ”*da beskatningen skjer på to forskjellige subjekter*”⁶⁸. Regelen gjelder både for utbytte og aksjeinntekt, og er symmetrisk ved at det ikke gis fradragrett for tap.

Hvorfor kom kravet til reelt etablert inn i fritaksmetoden?

Fritaksmetoden inneholder kravet til reelt etablert. Lovteksten lyder: ”*fritar for skatteplikt etter § 10-13 bare dersom skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b*”⁶⁹. Kravet til reelt etablert ble inntatt i fritaksmetoden for å beskytte skattyter mot de fire friheter i EU-retten, og å forene norsk skatterett med EØS-retten⁷⁰. Frihetene er som nevnt å fremme utveksling av varer og tjenester, og flyt av kapital og personer. Dette er et fellestrekk med formålet bak dobbeltbeskatningsavtalene, og kan som sådan ses i sammenheng med bakgrunnen til beneficial owner. Hensikten med innføring av kravet til reelt

⁶⁴ Meld. St.11(2010-2011) s. 108

⁶⁵ Skatteloven § 2-38

⁶⁶ Gjems-Onstad (2012) s. 626

⁶⁷ Gjems-Onstad (2012) s. 627

⁶⁸ Skaar m fl (2006) s. 93

⁶⁹ Skatteloven § 2-38 (5)

etablert var å ”motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten”⁷⁰.

En slik skattefri gjennomstrømning ville være i strid med formålet bak fritaksmetoden. Kravet til reelt etablert er et nødvendig vilkår for å ivareta fritaksmetodens opprinnelige målsetning.

I henhold til skattelovens § 2-38 (5) kommer utbytte til selskapsaksjonær som er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land inn under fritaksmetoden, og kan derfor ikke ilegges kildeskatt⁷¹.

4 TOLKNING AV BEGREPENE

I det følgende gjennomgås fremtredende betegnelser i tolkningen av beneficial owner og reelt etablert. Beneficial owner ses i lys av seks kjennetegn: betegnelsen ”substans over form”, forvaltere (*agents or nominees*), gjennomstrømningsselskap (*conduit company*), vilkåret ”right to use and enjoy”, nivå av planlegging og ledelse, samt hvorvidt det foreligger en potensiell betalingsforpliktelse. Reelt etablert kjennetegnes av et mulig skattemotiv, samt kommersielle og forretningsmessige grunner bak etableringen.

4.1 Beneficial owner og reelt etablert

4.1.1 Overordnet

Problematikken rundt kildeskatt relaterer seg til både beneficial owner og reelt etablert. Systematikken er den samme, dersom selskapet oppfyller kravet til beneficial owner eller reelt etablert, kan selskapet unnlate å trekke henholdsvis redusert kildeskatt, eller skattlegging etter fritaksmetoden og NOKUS-reglene.

Det er grunn til å tro at skillet mellom beneficial owner og reelt etablert er noe uklart. I den sivile Transocean-dommen kan fysisk substans (lignende kriteriene fra Cadbury Schweppes) se ut til å ha blitt tillagt vekt som del av beneficial

⁷⁰ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

⁷¹ BFU 4/ 2015 s. 10

owner-diskusjonen. Det er verdt å presisere grunnleggende forskjeller mellom hvordan begrepene er ment å forstås.

Beneficial owner regulerer *hvem* som mottar utbytte, nærmere bestemt hvilket selskap. Dette støtter forståelsen av begrepet som en tilordningsregel. Reelt etablert regulerer *aktiviteten* i selskapet som mottar utbyttet, det følger direkte av ordlyden i skattelovens § 2-38 (5). Begrepet tar stilling til omgåelsesproblematikken bak etableringen. Til tross for at vilkårene treffer samme skattesubjekt, omhandler de ulike problemstillinger. Dette er en vesensforskjell mellom regelsettene, som bekrefter at reglene ikke overlapper hverandre.

4.2 Beneficial owner

4.2.1 Generelt

Finansdepartementet har uttalt at virkelig rettighetshaver (beneficial owner) er todelt: begrepet angir personen som besitter den *juridiske rådighet* over mottatt utbytte, samt personen som bærer den *umiddelbare økonomiske risiko*⁷². I konflikt mellom de to, må utgangspunktet være at *”de økonomiske realiteter veier tyngre enn det formelle eierskap”*⁷³. Dette introduserer uttrykket *”substance over form”*.

4.2.2 Substans versus form

Beneficial owner, omtalt som *”le bénéficiaire effectif”* på fransk, beskriver hvem som er *”the real beneficiary”*. Kommentarene til modellskatteavtalen og Committee on Fiscal Affairs peker begge i retning av en tolkning mot den reelle fordelshaver, *”real benefit”*. Den formelle rett synes å måtte vike for den reelle rett etter deres oppfatning. Dette forholdet kjennetegnes av begrepet *”substance over form”*. De underliggende realiteter skal reflekteres, i motsetning til hva ellers kunne vært de juridiske, eller formelle forhold.

Som Vogel, har også norsk domstol tatt stilling til substans over form. Dette illustreres senere i Transocean, der det i tolkningen av beneficial owner skilles

⁷² <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/vedrorende-forstaelsen-av-enkelte-begrep/id106832/>

⁷³ Advokatfirmaet Thommessen AS (2011) s. 581

mellom de formelle og reelle forhold som ligger til grunn for utbytteutdeling. Det diskuteres hvorvidt ”*det er berettiget å fravike den formelle pengestrømmen slik at utbytteutdelingen for norske skatteformål behandles som om den var foretatt direkte fra Transhav til TOL og TOIVL.*”⁷⁴, i dette tilfellet fra Norge til morselskap på Cayman Island (gjennom mellomliggende datterselskap i Danmark), ref. avsnitt 5.3.1.

Uttrykket gjenkjennes i regnskapslære (Generally Accepted Accounting Principles, GAAP), der den opprinnelige intensjonen skal fremstilles uten å bli skjult for brukeren av regnskapet. De reelle forhold i regnskapet skal med andre ord presenteres på en måte som gir et ”*rettvisende bilde*”⁷⁵, ”*a true and fair view*”⁷⁶.

Skatteavtalene krever ikke at den virkelige rettighetshaver (beneficial owner) er den juridiske eier. Vogel forsvarer substans for beneficial owner med bakgrunn i to vilkår¹⁴ (begge fremtrer senere i relevante dommer for både beneficial owner og reelt etablert):

1. Den som bestemmer hvorvidt kapitalen/ eiendelene (i dette tilfellet utbyttet) skal realiseres eller gjøres tilgjengelig for andre til å anvende det
2. Den som bærer retten til å bestemme hvordan midlene skal avhendes

Vogel hevder minst én av disse bør oppfylles. Substans må tolkes i lys av forvalterrelasjonen, gjennomstrømningsbegrepet, forståelsen av ordinær forretningsførsel, retten til å bruke og ha glede av utbyttet, samt hvorvidt mottaker er forpliktet til å betale godet videre. Nedenfor følger en rekke momenter som bistår i å avklare tilordningen av beneficial owner.

4.2.3 Forvalter ”agent or nominee”

I tilfeller der kravet til beneficial owner ikke oppfylles, henviser skatteavtalen til en forvalter (*an agent or nominee*⁷⁷) som opptrer som mellomledd i mottakelse av

⁷⁴ 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 3

⁷⁵ NOU 2003: 23, Revisorloven §5-6 (4) p. 1 mv.

⁷⁶ Thomas A. Lee, Financial Reporting and Corporate Governance, Sussex 2006 s. 193

⁷⁷ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 195

utbyttet, men som ikke besitter retten til å ha glede av det. Begrepet kan ses i sammenheng med skatteavtalenes uttrykk, ”*subject to tax*”. En forvalter er således et skattesubjekt som ikke får skattelette eller –fritak, ettersom ”*the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the state of residence*”⁷⁸.

Vogel utdyper forvalterrelasjonen i forholdet mellom form og substans ved å henvise til OECD kommentarene⁷⁹. For kommentarer til både artikkel 10, 11 og 12, heter det at i de tilfeller en tredjeperson, ”*an agent or nominee*”, står imellom ”*the beneficiary and the payer*”, så skal avtalens gunst ikke komme til anvendelse⁷⁹. Begrunnelsen er at ”*treaty benefits should not be granted with a view to a formal title to dividends, interest or royalties, but to the 'real' title*”⁷⁹. Det har blitt hevdet at mellomleddets rolle var en del av årsaken til at OECD i sin tid valgte å ordlegge seg som ”*paid...to*”, for å presisere rette mottaker av utbyttet, i motsetning til hvem det kommer fra (”*received by*”), ref. avsnitt 3.1.2.

4.2.4 Gjennomstrømmingsselskap ”*conduit company*”/ ”*a mere fiduciary*”

Et gjennomstrømmingsselskap (*conduit company/ a mere fiduciary*⁸⁰) forstås som et selskap hvis eneste funksjon er å være gjenstand for gjennomstrømming. Et slikt selskap vil i den forbindelse anses kun å være et *unødvendig* mellomledd opprettet utelukkende for å unngå skatt (herunder redusert kildeskatt på utbytte). I en større konsernstruktur kan inntekter direkte kanaliseres gjennom selskapet til eiere i en tredjestat, som igjen kan ha en mindre gunstig eller ingen skatteavtale med hjemlandet⁸¹, ref. avsnitt 3.1.6.

I utgangspunktet gir ikke ordlyden av et gjennomstrømmingsselskap oppfyllelse av rettmessig eier, beneficial owner. ”*Normalt vil gjennomstrømmingsselskaper ikke bli ansett som the beneficial owner til inntekten*”⁸². OECD hevder at et rent gjennomstrømmingsselskap ikke er beneficial owner fordi det kun ”*opptrer på*

⁷⁸ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014 s. 188

⁷⁹ Vogel (1997) s. 562

⁸⁰ 11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak s. 124

⁸¹ 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 18

⁸² Skaar m fl (2006) s. 92

vegne av den som regnes som *beneficial owner*”⁸³. Derimot kan et mottatt utbytte som brukes til å betale løpende kostnader i et morselskap vurderes å være *beneficial owner*⁸⁴.

Hvor går grensen for et gjennomstrømmingsselskap til oppfyllelse av beneficial owner?

I 1986 avga OECD en rapport om skatteplanlegging (*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*) hvor det ble uttalt at et gjennomstrømmingsselskap har såpass ”*narrow powers over the income*”⁸⁵, at det ikke kan betegnes som *beneficial owner*. Det heter at i de tilfeller et selskap har tilsvarende funksjoner som en forvalter (*agent or nominee*), og besitter ”*such narrow powers*”, vil det ikke kvalifisere til *beneficial owner*⁸⁶. Den begrensede makten betegner selskapet som kun et gjennomstrømmingsselskap; ”*which render it... a mere fiduciary*”⁸⁷.

4.2.5 Right to use and enjoy

Vilkåret ”*right to use and enjoy*” er blitt en sentral bærebjelke for senere tolkning av *beneficial owner*. I de tilfeller der mottaker ikke er forpliktet til å betale utbyttet videre, samt har bruksrett og rett til å ha glede av utbyttet, hevder OECD i sine kommentarer at mottaker kan hevdes å være *beneficial owner* (p. 12.4).

Felles for forvalter (*agent/ nominee*) og gjennomstrømmingsselskap (*conduit*) i tilfeller der mottaker av utbytte ikke oppfyller kravet til *beneficial owner*, kan være der mottakers ”*right to use and enjoy the dividend*” er forpliktet av viderebetaling til ”*another person*”⁸⁸, se avsnitt 4.2.6.

⁸³ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 181

⁸⁴ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 183

⁸⁵ Luc de Broe (2007) s. 684

⁸⁶ Luc de Broe (2007) s. 683

⁸⁷ <http://ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2013/Kees%20van%20Raad.pdf>

⁸⁸ OECD, Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends in Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), Paris 2015 Artikkel 10 p. 12.4

Vogel identifiserer også vilkåret ”enjoy” i den første rettssaken der beneficial owner antakelig ble anvendt⁸⁹. Beneficial owner måtte der være mottaker som har rett til å ”enjoy the fruits of their shares”⁹⁰. Glede er altså vektlagt, i tillegg til retten til å bruke. Vilkaåret ”enjoy” er også senere vurdert i den strafferettslige Transocean-dommen fra Tingretten i 2014, omtalt i avsnitt 5.3.1.

Bør det være den øverste aksjonæren (ultimate benefit) i eierkjeden som kan anses å ha reell kontroll over utdelt utbytte til mellomliggende selskap?

”Ultimate benefit” kan stilles mot ”use and enjoyment”. På den ene siden kan tilordningen av det øverste eierledd i en selskapsstruktur forsvares som beneficial owner, da dette selskapet er mer sannsynlig å ha den *endelige* råderett over utbyttet. På den andre siden kan det være mer sannsynlig at det mellomliggende selskapet kvalifiserer til beneficial owner da dette har den *berettigede* råderett og glede av godet. I Prévost Car-dommen oppfylte det mellomliggende selskapet kravet til beneficial owner med bakgrunn i ”use and enjoyment” av utbyttet, den ultimate rett ble tillagt mindre vekt.

I skatteavtaleforhandlingene mellom Storbritannia og Australia ble beneficial owner omtalt i et notat fra 1966, den gang knyttet til eiendomsrett⁹¹. Beskrivelsen inneholdt vilkårene ”right to the use and enjoyment of the property”, hvor både bruk og glede var medtatt. Beneficial owner ble der ansett å være mottaker som den som hadde ”the ultimate right...and to do with it as he wishes”⁹².

Beskrivelsen eksemplifiseres med en leietaker som beneficial owner av eiendom, i motsetning til leiegiver⁹¹. Som det fremkommer av begge tilfellene er det subjektet som har bruk og glede av godet som vektlegges.

Denne forståelsen av beneficial owner ble også støttet i rettssaken der begrepet ble omtalt for første gang i britiske Court of Appeal (i 1954): beneficial owner ble

⁸⁹ Vogel (1997) s. 561: Wood Preservation ltd. V. Prior, 54 Tax Cases 112, 133

⁹⁰ Vogel (1997) s. 561

⁹¹ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 173

⁹² Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 173: Taylor, John, ”The Negotiation and drafting of the 1967 United Kingdom- Australia Tax Treaty” note 20 in Cambridge Tax History Conference, 5-6 july 2010

ansett å være et eierskap ”*which is not merely the legal ownership by the mere fact of being on the register, but the right at least to some extent to deal with the property as your own*”⁹³. Beskrivelsen gir resonans i tilslutningen ”*substance over form*”; hvor de reelle forhold overtrer de formelle.

Skatteministeret i Danmark argumenterte for at ”*ultimate modtagere af utbyttet*” var morselskap i Luxembourg, som bakenforliggende eiere og mottakere av utbyttet. Argumentet ble for øvrig ikke hørt og dommen konkluderte med at morselskapet var å anse rettmessig eier og dermed ikke var skattepliktig med hensyn til utbyttet⁹⁴. Konklusjonen grunnet for øvrig i styrings-argumentet.

Det fremkommer flere steder at beneficial owner fremstår som selskapet som har *reell kontroll*, som har glede av utbyttet. Det vises flere steder til at ”*use and enjoyment*” og ”*fruits of the shares*” får større betydning enn den øverste aksjonær som evt. måtte få den ”*ultimate benefit*”.

4.2.6 Nivå av planlegging og ledelse

Er det mellomliggende selskapets kontroll *utover* hva er å anse et normalt nivå av planlegging og ledelse?

Et sentralt moment i vurderingen av beneficial owner er hvorvidt beslutningene det mellomliggende selskapet tar er innenfor hva som er å anse normalt for den type virksomhet. Dette kom opp i den danske rettsaken (*Østre Landsret frifinder det luxembourgiske moderselskab i ISS for Skatteministeriets krav om udbytteskat på 1,5 mia. kr.*) hvor FS Invest II S.à.r.l. ble ansett å være beneficial owner av utbytte, som ble reinvestert i Danmark som et lån. For at det mellomliggende selskapet ikke skal kunne anses å være beneficial owner heter det i dommen at eierselskapet (morselskapet) må utøve en kontroll ”*som ligger ud over den planlægning og styring på konsernplan som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner, jf. tilsvarende rapporten fra 1986 afsnit II, B, litra b, 7.*

⁹³ Vogel (1997) s. 561: Wood Preservation ltd. V. Prior, 54 Tax Cases 112, 133

⁹⁴ FS Invest II S.à.r.l. (2011) 14 ITLR 703

<http://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/ØstreLandsretfrifinderdetluxembourgskemoderselskabiISSforSkatteministerietskravomudbytteskatpå1,5mia.kr.aspx>

pkt.”⁹⁵. Dette er (som uttalelsen sier) relevant for OECDs rapport om skatteplanlegging fra 1986. Er kontrollen og styringen hva er å anse ordinær, bør ikke dette være til hinder for beneficial owner.

4.2.7 Betalingsforpliktelse

Kravet til beneficial owner er som nevnt vurdert i lys av hvorvidt det foreligger en formell betalingsforpliktelse til å betale utbyttet videre⁹⁶. OECD kommentarene er i p. 12.4 negativt avgrenset ved å avklare hvem som ikke kvalifiserer som beneficial owner. Her inngår mottaker som er rettslig eller kontraktsrettslig forpliktet til viderebetaling. Forpliktelsen ses i lys av hvem som bærer risikoen (valutarisiko mv.). Kommentarene til modellskatteavtalen forklarer at i de tilfeller der mottaker er *“unconstrained”* av en forpliktelse til å betale videre, vil mottaker kunne anses å være beneficial owner. En forvalter (*agent or nominee*) eller et gjennomstrømmingsselskap (*conduit*) kan derfor kun være beneficial owner hvis det ikke foreligger en relatert betalingsforpliktelse. Som gjennomstrømning kan selskapet likevel betale utbyttet videre, så lenge det ikke er relatert til en juridisk forpliktelse. Det er også viktig å merke seg *relatert*. Dersom forpliktelsen ikke er relatert til utbyttet, vil det ikke være problematisk å oppfylle kravet til beneficial owner i lik grad. *“Right to use and enjoy”* er som nevnt over vurdert mot hvorvidt selskapet som mottar godet er forpliktet til å betale det videre. Beneficial owner kan risikere å ikke oppfylles fordi mottaker *“clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained”*⁹⁷.

Det kan nevnes at i Norge er det relativt ryddig å avklare slike bindende forpliktelser gjennom formelle organer i aksjeloven og regnskapsloven. Aksjeloven stiller på sin side krav til styret og generalforsamlingen ved beslutning om utbytte, mens regnskapsloven regulerer regnskapsplikt og krav til

⁹⁵ FS Invest II S.å.r.l. (2011) 14 ITLR 703

<http://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/ØstreLandsretfrifinderdetluxembourgskemoderselskabiISSforSkatteministerietskravomudbytteskatpå1,5miakr.aspx>

⁹⁶ OECD, Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends in Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), Paris 2015 Artikkel 10 p. 12.4

⁹⁷ Clarification of the term “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention 29.04.11-15.07.2011

fremleggelse av opplysninger. Generelt inngår et alminnelig flertallskrav ved beslutninger fra generalforsamlingen. På denne måten delegerer lovgiver ansvaret ved sentrale beslutninger som utbytte og eventuelle forpliktelser om viderebetaling. Dersom det er aktuelt å skille økonomiske og organisatoriske rettigheter til en aksje vil dette også være regulert (asl. § 8-3 (2)). Derimot kan beneficial owner reguleres i et land som ikke har tilsvarende regler for hverken styre, generalforsamling eller pliktige regnskapsdokumenter. Under disse forholdene kan diskusjonen bli mer innviklet, selv om begge tilfellene likevel må forholde seg til OECDs retningslinjer.

Hva hvis det foreligger en forpliktelse med *kortere løpeperiode* (eks. viderebetaling innen 30 dager), er det da større grunn til å oppfylle kravet som beneficial owner?

Både i Prévost-Car og Velcro dommen var det mellomliggende selskapet å anse beneficial owner. En forskjell mellom de to er for øvrig at det forelå en betalingsforpliktelse på 30 dager i Velcro⁹⁸. Det kan argumenteres for at 30 dager er såpass lang tid at selskapet påtok seg tilstrekkelig risiko for valutasvingninger, samt hadde rett til å bruke pengene som de ønsket i mellomtiden.

Hva hvis utbyttet brukes til å betale *løpende kostnader*, taler dette for at selskapet likevel er beneficial owner? Og er det da ikke et rent gjennomstrømmingsselskap? Når det gjelder hvorvidt selskapet benytter utbyttet til å dekke løpende kostnader eller videreføre det som utbytte, bør ikke dette ha stor betydning. Så lenge det ikke foreligger en formell betalingsforpliktelse bør det ikke være tvil om mottakende selskap som beneficial owner.

4.3 Reelt etablert

4.3.1 Generelt

Kravet til reelt etablert er omfattet av fritaksmetoden (sktl. § 2-38 (3) a og (5)), samt NOKUS-reglene (sktl. § 10-64 b). Hjemlene indikerer at selskap innenfor EØS (nærmere bestemt lavskatteland) må være reelt etablert for å få skattefritak. Relevante forarbeider og uttalelser er anvendt der konteksten tilsier det. Den mest

⁹⁸ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 189

sentrale dommen som ligger til grunn for tolkningen av reelt etablert er omhandlet i avsnitt 6.1. Nedenfor følger en gjennomgang av bindende forhåndsuttalelser som er sentrale i oppfatningen av reelt etablert.

4.3.2 Uttalelser fra Finansdepartementet (FSFIN) og Skattedirektoratet (SKD)

Skattedirektoratet har i flere bindende uttalelser behandlet reelt etablert henimot holdingselskap nærmere⁹⁹. Holdingselskap og tilsvarende selskapsstrukturer som kun besitter aksjeposter (aksjefond) kan gjøre det vanskelig for offentlige myndigheter å ta stilling til reelt etablert da faktisk tilstedeværelse kan være svak. Dette er også bekreftet av førstestatsadvokat i Økokrim Morten Eriksen, da han i Aftenposten uttalte seg om postboksselskaper i skatteparadis. På generelt grunnlag hevdet han at *”et nettverk med et stort antall selskaper i mange land gjør det vanskelig for skattemyndighetene og andre å skaffe seg innsyn og oversikt”*¹⁰⁰.

I to av de bindende forhåndsuttalelsene diskutert nedenfor konkluderte SKD med at selskapene ikke kvalifiserte til reelt etablert. I den tredje kom SKD til motsatt konklusjon. Sakene gjaldt som følger.

BFU 2/ 2014 omhandler hvorvidt Holding Ltd er ”reelt etablert” (hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS)

Saken gjaldt et holdingselskap uten noen form for operasjonell virksomhet eller ansatte. Holdingselskapet ble kjøpt med operative datterselskaper som holdt til i lavskatteland utenfor EØS. Virksomheten ble utøvet gjennom disse.

Holdingselskapets formål var kun eierskap av aksjene i døtrene. Planen for kjøpet av holdingselskapet var at det senere skulle likvideres, for å forenkle konsernstrukturen. Av praktiske årsaker ble dette ikke gjennomført innen årsskiftet, og selskapet måtte ta stilling til reell etablering for å unngå NOKUS-beskatning av latent gevinst for planlagt salg av aksjer i døtrene. Ettersom

⁹⁹ BFU 2/ 2014, BFU 4/ 2015 og BFU 3/ 2016

¹⁰⁰ <http://www.aftenposten.no/okonomi/Mossack-Fonseca-har-hjulpet-milliardarfamilien-Hoegh-a-opprette-postboksselskaper-i-skatteparadis-i-20-ar-8446538.html>

datterselskapene holdt til i lavskatteland utenfor EØS kom ikke fritaksmetoden til anvendelse, ref. skattelovens § 2-38 (3) a.

SKD konkluderte med at holdingselskapet ikke var å anse som reelt etablert.

BFU 4/ 2015 omhandler hvorvidt et holdingselskap kunne anses å være reelt etablert i Luxembourg

Saken gjaldt et *joint venture* der et norsk AS var *target company*. Et svensk selskap eier den ene halvdel, mens utenlandske investorer eier den andre. De

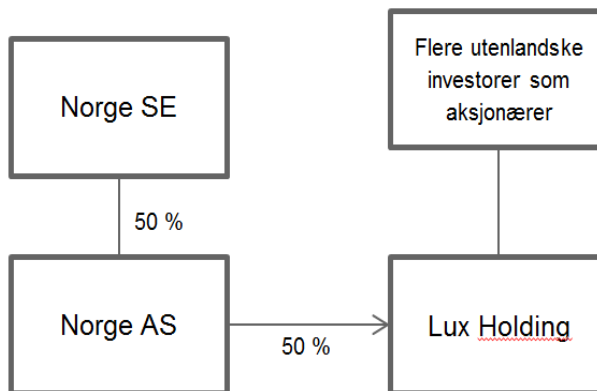


Figure 1: BFU 4/ 2015

utenlandske investorenes

innsats gjøres gjennom et holdingselskap som etableres i Luxembourg. Saken er aktuell da den berører fritaksmetodens tredje og femte ledd, selskapet må med andre ord være reelt etablert for å være innenfor fritaksmetoden. (Det kan presiseres at Luxembourg er innenfor EØS, SKD legger til grunn at det er et lavskatteland.)

SKD konkluderte med at holdingselskapet ikke var å anse som reelt etablert.

BFU 3/ 2016 omhandler hvorvidt et holdingselskap anses å være reelt etablert i Nederland

Saken gjaldt en over 100 år gammel konsernstruktur der øverste holdingselskap i Nederland (42 % eid fra Norge) kun besitter utbytte og aksjegevinster, mens døtre i øvrige land utøver annen operasjonell virksomhet. Problemstillingen er om utbytte fra holdingselskap i Nederland til Norge er omfattet av fritaksmetoden. Konsernet som helhet er etablert i lavskatteland XX utenfor EØS. Dersom utbytte ikke er innenfor fritaksmetoden legges kreditfradrag etter skattelovens § 16-30 til grunn.

SKD konkluderte med at holdingselskapet var å anse som reelt etablert.

Nedenfor følger hovedtrekkene i innsenders argumenter for reell etablering, samt hva SKD valgte å vektlegge.

4.3.3 Skattemotiv

Reelt etablert er en omgåelsesregel som ble inntatt i fritaksmetoden på lik lik linje med NOKUS-reglene for å *”motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten”*¹⁰¹, ref. avsnitt 3.2.

Reelt etablert vurderes i retning av skatteomgåelse, uten at reell etablering nødvendigvis kan bekreftes hvis omgåelse avvises. Derimot gjorde departementet det tydelig i Stortingsmelding 2010-2011¹⁰² at dersom det er klart at skatteomgåelsesmotiv foreligger bak en etablering, vil det tale imot reell etablering¹⁰³, noe som synes rimelig. I motsatt tilfelle hevdes det i meldingen at dersom det er *”klart at selskapet ikke vil kunne oppnå noen skattebesparelse sammenlignet med hva situasjonen ville vært om etableringen hadde ligget i Norge, vil det ikke kunne sies å foreligge noe fiktivt arrangement for å omgå skattereglene”*¹⁰³.

I BFU 2/ 2014 forsvarer innsender reell etablering fordi det ikke foreligger skatteomgåelsesmotiv. Skattedirektoratet svarer imidlertid med at dette foreligger, og at en urimelig dobbeltbeskatning ved NOKUS ikke skal vektlegges. Det vises til at formålet med holdingselskapet var å rekonstruere konsernet, å stille kjøper i samme posisjon som om kjøper hadde kjøpt aksjer i holdingselskapets datter direkte. Innsender argumenterer for at selskapsstrukturen ble overtatt av selgerne. Selskapet brukte beskattede midler til å kjøpe aksjene. Dersom gevinsten også skulle beskattes ville dette bli urimelig og utilsiktet økonomisk dobbeltbeskatning.

¹⁰¹ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

¹⁰² Meld. St.11(2010-2011) s. 109

¹⁰³

De ulike scenariene fra forhåndsuttalelsene knyttet til reell etablering kan derfor knyttes til et omgåelsesperspektiv. I BFU 3/ 2016 var det denne vurderingen (at etableringen av selskapet ikke var skattemessig motivert) som gjorde at holdingselskapet var å anse som reelt etablert og innenfor fritaksmetoden. Et sentralt argument (i tale for reell etablering) i BFU 3/ 2016 var at det kun var det norske selskapet som hadde skattemessig fordel av strukturen, men at dette ikke hadde kontrollerende innflytelse over lokaliseringen. Derfor ble vilkåret til reelt etablert ikke veltet av et overveiende skattemessig motiv.

Øyvind Hovland poengterer at en selskapsstruktur som er spredt i mindre grad vil ha opphav i et skattemotiv enn dersom den hadde vært mer sentrert. I tidsskriftet Skatterett hevder han at det *”må i praksis antas at EØS-selskap med spredt eierstruktur sjelden vil drive den type skatteomgåelse som er omfattet av hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer”*¹⁰⁴.

Skattedirektoratet avkrefter reell etablering dersom skatteomgåelse er motivet.

4.3.4 Kommersielle og forretningsmessige grunner

Etter å ta stilling til omgåelse, vurderer SKD hvorvidt objektive fakta kan forsvare kommersielle og forretningsmessige begrunnelser bak etableringen.

I BFU 4/ 2015 forsvarer innsender kommersielle og forretningsmessige hensyn ved å hevde at de utenlandske investorene er kjent med rettssystemet i Luxembourg, samt at staten tilbyr kompetanse og ressurser for *asset management* av denne sort. Det avklares at hvis selskapet ikke anses reelt etablert innebærer dette en *”diskriminerende behandling som gjør selskapet (’Norge AS’) uattraktiv for internasjonale investeringer”*¹⁰⁵, noe som ut ifra et forretningsmessig hensyn kan forstås.

SKD er i BFU 4/ 2015 i hovedsak kritiske til at det foreligger forretningsmessige grunner. Ved vurdering av objektive kriterier eller andre forretningsmessige grunner la SKD vekt på at holdingselskapet kun besatt én aksjepost, og at denne

¹⁰⁴ Hovland (2012) s. 326

¹⁰⁵ BFU 4/ 2015 s. 7

ikke kunne gi grunn for utøvelse av virksomhet. Det pekes også på en stabil aksjepost, som krever liten grad av administrasjon. Videre fokuserer direktoratet på at nettverket av selskaper (19 etableringer gjennom selskap i Luxembourg) kun styres av én ansatt. Innsender forsvarer aktiviteten med å skaffe investorer, men direktoratet har vanskelig for å se denne funksjonen eller *”få øye på den forretningsmessige årsaken til etableringen”*, og mener investorene *”kunne investert direkte i stedet”*¹⁰⁶. Sist påpeker SKD at den eneste reelle aktiviteten som foregår er å *”avholde styremøter og levere pliktige regnskaps- og skattepapirer”*¹⁰⁶.

I BFU 3/ 2016 støttet SKD forretningsmessige årsaker mot motivet om skatteomgåelse ut fra det syn at det er *”vanlig i oppkjøpsprosesser å etablere et felles holdingselskap som står som kjøper og låntaker”* også fordi det kan fremstå som et *”krav fra långiver for å få i stand finansieringen”*¹⁰⁷.

Flere eksempler av kommersielle og forretningsmessige årsaker bak en etablering trer frem i de ulike bindende forhåndsuttalelsene. Krav til fysisk substans vektlegges, men er ikke avgjørende. FSFIN i sin uttalelse per 29.09.2009 at det faktisk at et selskap ikke har egne ansatte, lokaler etc. ikke nødvendigvis erklærer at selskapet ikke er reelt etablert. Deretter har deltakelse i omgivelsene blitt problematisert. Finansdepartementet kom i forarbeidene med krav til *”delta i etableringsstatens næringsliv”*, *”ansatte som har kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt”*¹⁰⁸. Til sist hevdes det at virksomhetsbegrepet er bredt. I sin vurdering henviser SKD til uttalelse fra FSFIN per 15. August 2014 om et bredere *”concept of business”*, hvor *”no business activity is per definition outside the scope of the rule”*¹⁰⁹. Departementet angir at alle typer forretningsvirksomhet er relevant¹¹⁰.

¹⁰⁶ BFU 4/ 2015 s. 18

¹⁰⁷ BFU 3/ 2016 s. 9

¹⁰⁸ BFU 4/ 2015 s. 15

¹⁰⁹ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Complaint-against-Norway-concerning-Norwegian-tax-rules-on-controlled-foreign-companies-CFC-rules/id2000849/>

¹¹⁰ BFU 4/ 2015 s. 5

Subjektive motiver – objektive karakteristika (synbare for tredjemann)

Som utgangspunkt ønsket EU-domstolen å forhindre rent kunstige arrangementer, ved å innføre et subjektivt og objektivt krav definert i sak C-196-04¹¹¹. Det subjektive kravet har sin opprinnelse i Cadbury Schweppes dommens premiss 64 som et ”*subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage*”¹¹². Betegnelsen angir at det subjektive kravet innebærer en primær intensjon om å spare skatt. (Som tidligere nevnt var denne dommen årsaken til at kravet til reelt etablert ble inntatt i skattelovens § 10-64 b.)

Videre er det subjektive kravet i Halifax-dommen premiss 75 vektlagt ”*objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage*”¹¹². Domstolen legger objektive faktorer til grunn i sin vurdering av om hovedmålet er å spare skatt gjennom etableringen av et kunstig arrangement.

De objektive karakteristikaene må være synbare for en tredjemann¹¹³. I både BFU 2/ 2014 og 4/ 2015 viser Skatteetaten til Finansdepartementet sin uttalelse den 29. september 2009 (som ble gitt på bakgrunn av EFTA Surveillance Authority’s henvendelse) hvor subjektive motiver vurderes ved å se hen til objektive omstendigheter som er ”*synbare for en tredjemann*”¹¹⁴. Det må fremkomme andre forretningsmessige grunner som er årsaken til etablering utenom et rent skattemotiv.

FSFIN uttalte også at det må foreligge tilstrekkelige objektive omstendigheter. Dersom det ikke foreligger nok objektive konstaterbare fakta, hevdet departementet at det subjektive motivet nødvendigvis vil måtte tre sterkere frem.

5 RELEVANTE DOMMER BENEFICIAL OWNER

Etter å ha tolket kjennetegnene som er mest sentrale for beneficial owner vil nå relevante dommer gjennomgås, herunder med blick på hva domstolen har valgt å

¹¹¹ BFU 2/ 2014 s. 3

¹¹² BFU 2/ 2014 s. 4

¹¹³ (C-196/04) Cadbury Schweppes premiss 67

¹¹⁴ FSFIN Utv. 2009 s. 1280

vektlegge. Fra internasjonal rettspraksis drøftes Prévost Car og Velcro, mens Transocean diskuteres fra nasjonal rettspraksis.

5.1 Internasjonalt

5.1.1 Prévost Car

Internasjonal har Prévost Car-dommen merket seg i begrepsforståelsen av beneficial owner. Sakens faktum gjaldt hvorvidt et holdingselskap i Nederland var å anse som beneficial owner, i mottakelse av utbytte fra Canadisk datterselskap som ble videreført til morselskap i

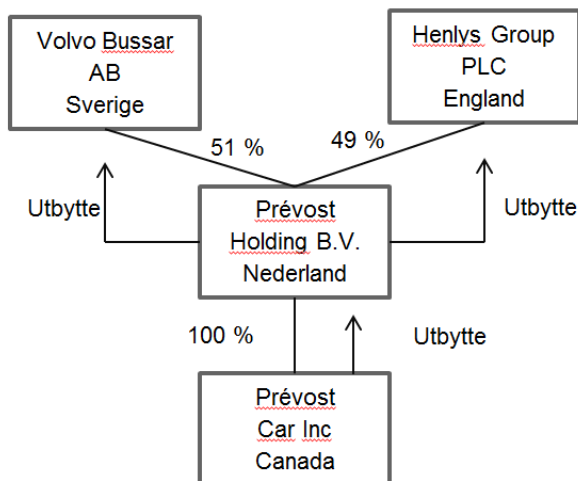


Figure 2: Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 183

Sverige og England, og ikke et gjennomstrømmingsselskap kun opprettet for å oppnå redusert kildeskatt gjennom skatteavtalene. Retten konkluderte med at holdingselskapet var beneficial owner.

5.2 Internasjonalt

5.2.1 Velcro

Velcro-dommen omhandler beneficial owner i lys av royaltyinntekt fra Canada til Nederland. Dommen er relevant fordi den ble avsagt etter Prévost Car og tok utgangspunkt i Prévost-testen som har fått stor betydning for senere tolkning. I vurderingen av beneficial owner ble momenter

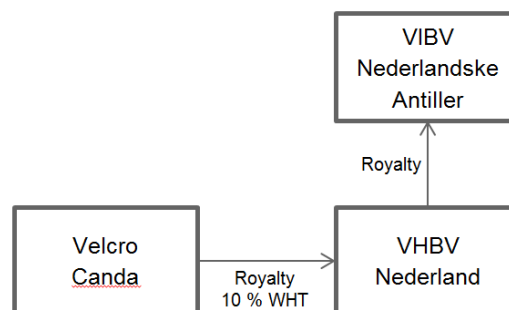


Figure 3: Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 186

som forvalter og gjennomstrømmingsselskap avvist, mens bruksrett og glede ble støttet i lys av kontroll: "beneficial owner is the person who receives the dividend

for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividends he or she received"¹¹⁵. Hver av disse bærer gjenklang i OECD kommentarene, ref. kriterier for tolkning av beneficial owner i avsnitt 4.2.

5.2.2 Prévost-test

Utfallet av Prévost Car er den såkalte Prévost-testen, som senere har blitt omtalt i andre domsavgjørelser, og har utmerket seg som en systematisering av vilkårene diskutert over. Etersom beneficial owner er en tilordningsregel kan Prévost-testen sies å være et hjelpemiddel for å avklare tilordningen. Testen angir ikke gjennomskjæring og kan ikke sidestilles med omgåelseskriteriene i Cadbury Schweppes, ref. avsnitt 6.1.

I Prévost Car-dommen ble beneficial owner drøftet i lys av fire vilkår: besittelse (*possession*), rådighet (*use*), risiko (*risk*) og kontroll (*control*). Disse er også diskutert nedenfor i lys av Velcro dommen. Domstolen konkluderte i Velcro med at holdingselskapet (hjemmehørende i Nederland) var å anse beneficial owner av mottatte royaltyinntekt¹¹⁶. Prévost-testen er nedenfor drøftet i lys av Velcro-dommen.

1. Besittelse – *possession*

Vilkåret besittelse regulerer hvorvidt mottaker av utbytte er *forpliktet* til å videreføre godet (utbyttet) eller om mottaker står fritt til å vurdere dette. I Prévost Car konkluderte retten med at det nederlandske holdingselskapet (VHBV) selv hadde besittelse av utbytte, begrunnet i flere argumenter¹¹⁷:

- VHBV trengte ikke å søke om godkjennelse fra mor til anvendelse av utbyttet
- Utbyttet ble blandet med øvrige inntekter
- Utbyttet ble konvertert til fra Canadiske dollar til US
- Utbyttet ble overført til VHBV sin bankkonto de fritt kunne disponere, samt at denne ble løpende brukt til å dekke kostnader
- Videreført utbytte tilsvarte ikke nøyaktig mottatt utbytte

¹¹⁵ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 185

¹¹⁶ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 187

¹¹⁷ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 188

For øvrig kan diskusjonen rundt det øverste leddet i eierkjeden som beneficial owner, gjennom *the ultimate benefit* av middelet¹¹⁸, legges til grunn. I *Prévost Car* ble problematikken illustrert i konflikten mellom skattemyndighetene og rettens vektlegging av OECD-dokumentene: retten var ikke enig i at øverste eier i en selskapsstruktur hadde den endelige kontrollen. Derimot argumenterte retten mer praktisk mot *reelle forhold*, nemlig at mottaker selv stod fritt til å disponere utbyttet, til tross for at de ikke var øverst i eierkjeden. Retten argumenterte med at personen som besitter "*use and enjoyment*", har risiko og kontroll, ref. 4.2.5. Retten kan i denne sammenheng synes å sette substans over form, tolket i avsnitt 4.2.2.

I *Prévost Car*-dommen oppfylte ikke mottaker av utbyttet den negative avgrensningen til OECD om forpliktelse til å "*pass on the payment*"¹¹⁹. I *Velcro*-dommen hadde mottaker en forpliktelse til å viderebetale etter en begrenset periode på 30 dager.

Argumentene over taler sterkt for at VHBV er beneficial owner. Det fremgår tydelig at VHBV selv har den fulle rett til å disponere mottatt gode.

2. Rådighet – *use*

Vilkåret rådighet regulerer hvordan mottatte midler er anvendt. Vilkåret kan ses i sammenheng med besittelse, som nevnt over blandet VHBV utbyttet med øvrige inntekter. Dette indikerer at inntekten ikke strømmet rett igjennom selskapet, noe som taler for at selskapet er beneficial owner av mottatt utbyttet.

Dessuten ble ikke tilsvarende beløp som mottatt, betalt videre. Dette taler for at VHBV anvendte noe av midlene til noe annet enn kun å kanalisere dem videre, noe som også støtter VHBV som beneficial owner. (Men det bør nevnes at dersom mesteparten av mottatte midler videreføres vil ikke dette argumentet stå sterkt. I *Velcro* dommen ble ca. 90 % betalt videre¹²⁰, noe som må anses å være

¹¹⁸ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 185

¹¹⁹ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 182

¹²⁰ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 189

hovedparten. I denne dommen er det likevel andre forhold som taler for holdingselskapet som beneficial owner.)

3. Risiko – *risk*

Vilkåret regulerer den økonomiske risikoen knyttet til godet. Det kan foreligge to slike; kredittrisiko og valutarisiko. Etter mottakelse av utbyttet (royaltyinntekter i Velcro-dommen) foreligger det en risiko for at midlene er *tilgjengelige* for selskapets kreditorer. Risikoen for endringer i valuta kan også inntreffe. Dersom selskapet etter mottakelse besitter hver av disse taler det for oppfyllelse av beneficial owner.

I Velcro-dommen inngikk VHBV avtale om å videreføre pengene innen 30 dager. Selskapet bar kreditt- og valutarisikoen i denne perioden. Ettersom det mellomliggende selskapet var å anse beneficial owner kan det argumenteres for at denne perioden var tilstrekkelig lang til at slik risiko ble påtatt.

4. Kontroll – *control*

Det siste vilkåret kontroll kan ses i sammenheng med vilkårene drøftet over. Kontroll må vurderes i hvert enkelt tilfelle, om det foreligger forhold som taler i mot at mottakende selskap har kontroll over godet.

Summen av vilkårene ovenfor er blitt et stødig grunnlag for tolkning av beneficial owner, og domstolen konkluderte med at det mellomliggende selskap var beneficial owner.

5.3 Nasjonalt

5.3.1 Transocean: Sivil sak og strafferettslig sak

Transocean-saken er den første rettssaken i Norges rettshistorie som omhandler beneficial owner. Begrepet har vært oppe både i forbindelse med den sivile og strafferettslige saken. Tingretten kom til motsatte konklusjoner i de to sakene, hva gjaldt beneficial owner. Sakene vil bli omhandlet todelt.

Dommene gjelder flere forhold, blant annet beneficial owner. Tolkingsdelen avgrenses til å gjelde kun dette området og rettens tolkning av begrepet.

Kort fattet (etter andre forhold og bakenforliggende transaksjoner) gjelder beneficial owner utbytte utdelt fra Norge ved Transhav, til Danmark ved Transocean Holding APS (TOHA). TOHA videreutdelte utbyttet til Cayman Island, ved henholdsvis Transocean Offshore International Venture Ltd. (TOIVL) og Transocean Offshore Inc. (TOL). Transaksjonen

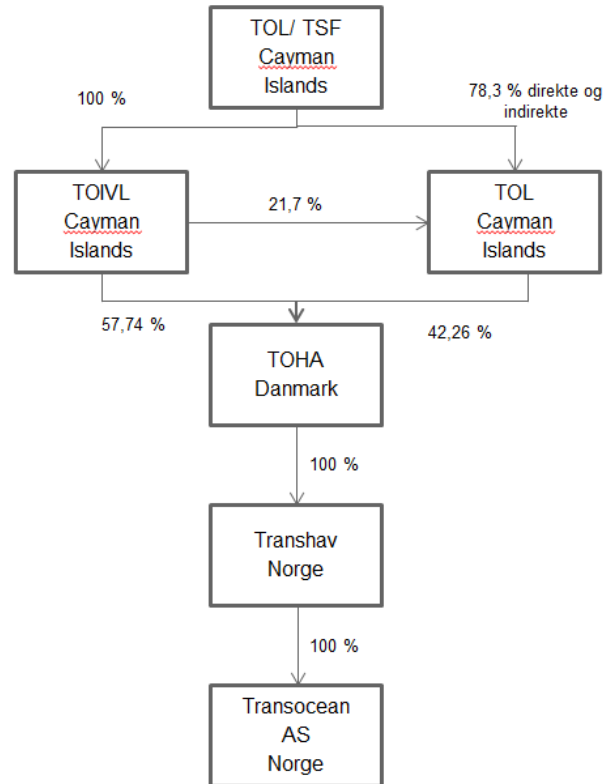


Figure 4: 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 6

mellom Norge og Danmark omfattes av den nordiske skatteavtalen. Norge har også skatteavtale med Cayman Island. Hver av disse er bygget på OECDs mønsteravtale. Dommen tar stilling til hvorvidt det danske selskapet kan anses å være beneficial owner. I så tilfelle ville det norske selskapet unntas å betale ordinær kildeskatt til Cayman Island (sktl. § 2-3 (1) c og § 10-13). Unntaket reguleres av den nordiske skatteavtalens Art. 10 nr. 3.

For å forstå strukturen må det tas hensyn til selskapet før TOHA og TOIVL/ TOL ble opprettet. Sonat Offshore Drilling Inc. (SODI) (børsnotert i USA) eide rigger og satt på betydelige verdier rundt midten av 1990-tallet. Tilsvarende var Transocean ASA (børsnotert i Norge) utstyrt med rigger og hadde en likeledes høy verdi på børs (eksklusivt sett). Da Sonat endret navn til Transocean Inc., og opprettet det norske selskapet Transhav, ble det overført betydelige summer i innskutt kapital. Derfor kan det klargjøres at første del av senere utdelinger fra Transhav til et ovenstående konsernselskap ville bli tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital.

Et annet spørsmål var hvorvidt utdelingen fra Transhav som gjaldt tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital derfor ikke var å regne et skattepliktig utbytte, samt hvorvidt resterende utbetalinger var å regne skattepliktig utbytte eller ikke, grunnet i at selskapet hadde betydelig med midler, og at transaksjonene derfor kunne vært organisert annerledes. Slike problemstillinger omhandler skattemotiv som hovedformål bak transaksjonene, og treffer omgåelsesproblematikken. Dette faller utenfor oppgaven og vil derfor ikke bli drøftet nærmere.

Som nevnt er ikke vilkåret beneficial owner juridisk definert. I henhold til modellskatteavtalen skal derfor internretten i landet der kildebeskatning er aktuelt som utgangspunkt legges til grunn. For Transocean ville dette innebære at internretten i kildestaten Norge skulle anvendes. Men ettersom "*the context otherwise requires*", og beneficial owner skal ha en autonom betydning, kan internretten fratres. Beneficial owner er et internasjonalt begrep.

Saken er kompleks og det gjøres derfor noen forenklinger nedenfor. Leseren bes om å henvende seg til andre kilder for å få en grundigere gjennomgang av forholdene om nødvendig.

5.3.2 Sivil sak

I den sivile saken konkluderer Tingretten med at TOHA ikke er beneficial owner.

Tre forhold kan presiseres. For det første legger Tingretten til grunn at "*Den nordiske skatteavtale art. 10 nr. 3 kommer således ikke til anvendelse*"¹²¹, hvilket kanskje ikke stemmer. Årsaken begrunnes i at utbyttet ikke er skattlagt i Danmark (etter daværende regelverk), og at det derfor ikke oppstår noen risiko for dobbeltbeskatning. Det kan stilles spørsmål ved denne forståelsen av anvendelsesområdet til skatteavtalene. For å vurdere om det skulle vært betalt kildeskatt av utbyttet, burde retten tatt stilling til beneficial owner, som stammer fra modellskatteavtalen. Hvis TOHA ikke hadde vært å anse beneficial owner, skulle det norske Transhav trukket kildeskatt på utbetalingen til Cayman Island.

¹²¹ 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 21

Med andre ord, den nordiske skatteavtalen måtte anvendes for å kunne avklare dette.

For det andre tolkes likevel beneficial owner (som stammer fra modellskatteavtalen), noe som strider mot første presisering, for å følge Tingrettens eget resonnement.

Det tredje forhold er tolkningen av beneficial owner i lys av kriterier som ligner omgåelse, og ikke tilordning. Dette kan fremstå misvisende da beneficial owner kun skal avklare hvem begrepet er *"paid...to"*, og ikke formålet bak etableringen og lignende argumenter.

Først skal skatteplikt fastsettes etter norsk internrett, herunder om fritaksmetoden i skattelovens § 2-38 (5) kommer til anvendelse eller ikke. Dernest, skal skatteavtalen anvendes. Dersom selskapet var å anse beneficial owner, kunne det være snakk om redusert kildeskatt til Norge. Dersom selskapet ikke var å anse beneficial owner, og det skulle trekkes kildeskatt til Norge, måtte det tas stilling til hvorvidt skatteavtalen setter noen begrensninger.

Tidspunkt for tidligere utdelinger?

Beneficial owner gjelder tilordning på dagen for utbytteutdelingen. I dommen påpekes tiden fra mottakelse til videreutdeling. Ettersom de danske reglene var under endring da transaksjonene ble gjennomført er det i den sivile saken påpekt at *"perioden mellom mottatt utbytte og vedtak om videreutdeling er relativt kort."*¹²². I andre eksterne kilder vurderes tidspunkt mot tidligere utbytteutdelinger som irrelevant; Prévost-testen er som nevnt ment å dekke *"den enkelte betaling"*¹²³. Tilordningsbegrepet er ikke ment å fatte en lengre periode slik det påpekes i dommen, et slikt tidsaspekt kan heller støtte opp om omgåelse.

Sentrale vurderinger

Beneficial owner ble i den sivile saken vurdert med bakgrunn i følgende vilkår:

¹²² 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 21

¹²³ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 196

1. Hvem har den faktiske bestemmelsesrett?

Retten har vurdert bestemmelsesretten som *"forutbestemt av ledelsen i Houston..."*¹²⁴. Selskapets beslutninger anses å ha vært *"styrt fra konsernets ledelse i USA"*¹²⁴. Med andre ord vurderer retten at det danske selskapet hadde *"ingen faktisk bestemmelsesrett"*¹²⁴. Resonnementet ligner vilkåret *kontroll* under Prévost-testen, men er også en del av hvem som fatter beslutninger i Cadbury Schweppes vurderingen.

2. Har selskapet tilgjengelige forretningslokaler og praktiske ressurser?

Det er i den sivile dommen drøftet at det danske selskapet stod *"uten eget forretningskontor og uten egen drift"*¹²⁴. Resonnementet ligner kravet til fysisk substans under Cadbury Schweppes.

3. Hvem bærer den endelige økonomiske fordel av inntekten?

Faktiske forhold er vurdert som at selskapet *"ikke ser ut til å ha noen fortjeneste"*¹²⁴. Resonnementet om fordel kan ligne vilkåret *besittelse* under Prévost-testen, herunder *"use and enjoyment"*. Men det faktum at selskapet ikke kan vise til fortjeneste ligner resonneringen rundt påviselige inntekter i Cadbury Schweppes.

4. Har selskapsstrukturen et velbegrunnet forretningsmessig innhold?

Retten vurderer forretningsmessig innhold kun ut ifra *"kanalisere inntekter oppover i eierkjeden uten skattekostnader"*¹²⁴. Retten hevder i sitt syn at det *"ikke har vært aktivitet i selskapet ut over utbyttmottaket og –utdelingen"*¹²⁴. Resonnementet ligner retorikken bak formålet med etableringen, slik det illustreres i Cadbury Schweppes.

Flere av vurderingskriteriene retten viser til i vurderingen av TOHA som virkelig rettighetshaver (vurdert nedenfor) er noe villedende da de minner om gjennomskjæringsproblematikken. Utfallet av vilkårene er meget like resultatet av Cadbury Schweppes-dommen, spesielt punkt 2 og 4, ref. for øvrig avsnitt 6.1.1.

¹²⁴ 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 21

Et utgangspunkt for rettens vurdering er endringene i dansk rett fra 1999 til 2001, ”bakgrunnen for dette var de forestående endringene i danske skatteregler”¹²². Retten argumenterer for hvorfor opprettelsen av TOHA fremstår som en tilpasning av reglene ”før de gunstige danske reglene om kildeskatt ble opphevet”, med andre ord ”opprettelsen av selskapet fremstår å være motivert av ønsket om å benytte seg av gunstige skatteregler i Danmark og i den nordiske skatteavtalen”¹²⁴. Dette fremtrer ikke som et klart vilkår i OECD kommentarene til artikkel 10. Formuleringen ”motivert” minner om skattelovens § 14-90 om skattemotiverte transaksjoner, der det *overveiende motiv* er utnyttelse av den generelle skatteposisjonen. Dette kjernen av omgåelsesreglene i skatteloven.

Lærdommen av dommen kan være todelt. Beneficial owner bør forstås som tilordningsregel og ikke omgåelsesregel, slik det kan stilles spørsmål ved i denne saken. Tilordning av utbyttet burde først avklares etter den nordiske skatteavtalen. Her kunne beneficial owner-spørsmålet vært avsluttet. Deretter burde omgåelsesproblematikken anvendes med bakgrunn i reelt etablert-kriteriene.

5.3.3 Strafferettslig sak

I den strafferettslige saken konkluderte Tingretten med at det danske selskapet kunne anses å være beneficial owner. Nedenfor følger en vurdering av rettens tolkning.

Innenfor normal planlegging og ledelse?

Retten har i større grad forsvart TOHA som beneficial owner ved å vektlegge vilkårene annerledes. Det er TOHAs bestemmelsesrett som i større grad skiller seg ut i vurderingen. Til tross for at selskapet har ”*reell kontroll og styring fra en konsernspiss*”, er innflytelse fra morselskap ligger innenfor ”*hva som må anses normalt i konsernforhold*”¹²⁵. Dette minner om resonnementet diskutert i den danske rettssaken om FS S.à.r.l., der domstolen også bekreftet beneficial owner, ref. avsnitt 4.2.6.

¹²⁵ 11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak s. 120

Retten forsvarer ytterligere bestemmelsesretten med at selskapet har *”full selskapsrettslig selvstendighet”* og påtar seg også *”risiko for insolvens”*¹²⁵. Selskapet vurderes å ha *”full formell selskapsrettslig autonomi”* og bar *”ingen kontraktsrettslig forpliktelse”*¹²⁵. Retten erkjenner at selskapet *”ikke avholdt styremøter”*¹²⁵. Dette er gjenkjennelige argumenter fra beneficial owner diskusjonen.

Ellers diskuterer retten beneficial owner ved å vise til at selskapet ikke hadde *”eget kontor eller ansatte”*¹²⁵, tross av at det støttes da dette er vanlig for rene holdingselskaper. Retten nevner også at selskapet heller ikke hadde aktivitet utover å *”motta, eie og videreformidle de nevnte fordringer i form av utbytte”*¹²⁵. Som nevnt hører muligens disse argumentene til i omgåelsesvurderingen, ref. avsnitt 4.3.4.

Oppsummert vurderer retten at *”formålet med det mottagende selskapet ikke har noen betydning, det avgjørende er altså eierrådighet over det mottatte”*¹²⁵. Dette viser en klar forståelse av tilordningsbegrepet med god avstand til omgåelsesvurderingen. Tolkningen trosser Cadbury Schweppes, hvor utfallet påhvilde hvorvidt opprettelsen av selskapet var i strid med EUs frie etableringsrett. Retten støtter TOHA som beneficial owner ved å fokusere på *”mottagers formelle rettslige plikt til å råde over godet (dividenden) på bestemt måte”*¹²⁶, samt at selskapet står *”fritt til enten å beslutte om utbyttet skulle disponeres over og/ eller hvordan utbyttet skulle disponeres”*¹²⁷. Støttet av tolkningen i avsnitt 4.2.7 (betalingsforpliktelse) og 4.2.5 (*right to use and enjoy*), hevdet Tingretten at det *”ikke foreligger noen absolutt formell eller reell plikt på TOHA til å videreføre midlene”*¹²⁸, det var TOHA selv som hadde *”the full right and the use to enjoy the dividend”*¹²⁹.

¹²⁶ 11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak s. 119

¹²⁷ 11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak s. 122

¹²⁸ 11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak s. 127

¹²⁹ Clarification of the term “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention 29.04.11-15.07.2011

5.3.4 Hvordan kunne Tingretten fatte forskjellige beslutninger i de to dommene?

I den sivile saken fatter Tingretten motsatt konklusjon som sin egen rettsinstans i den strafferettslige saken som ble offentliggjort én måned etter, sommeren 2014. Retten konkluderte i den sivile saken med at det danske selskapet ikke kunne anses å være beneficial owner¹³⁰. Uavhengig av Tingrettens syn i den sivile saken (der skatteavtalene ikke skulle anvendes fordi utbyttet ikke ble skattlagt i Danmark), kan det stilles spørsmål ved hvordan domstolene kunne konkluderte motsigende i sin tolkning av det mellomliggende selskapet i Danmark som beneficial owner.

Prosessrisikoen ved å føre en sak for retten kan være en årsak til den motstridende konklusjonen. Det kan også si noe om kompleksiteten av begrepet, samt hvordan nyere eierstrukturer og transaksjoner har utviklet seg til å utfordre tolkningen av vilkåret i vår senere rettshistorie.

5.3.5 Hvordan hadde det vært med dagens regler?

Med dagens regler kan det presiseres at fritaksmetoden ville kommet til anvendelse. Dersom det danske selskapet ville ha blitt ansett som reelt etablert og bedrev reell økonomisk aktivitet, kunne utbyttet til Danmark vært fritatt for beskatning (utenom 3 % i henhold til sktl. § 2-38 (6)). Dansk internrett måtte deretter evt. ta stilling til kildebeskatning mot Cayman Island. Beneficial owner skulle som sådan vurderes gjennom dobbeltbeskatningsavtale mellom Danmark og Cayman Island.

6 RELEVANTE DOMMER REELT ETABLERT

Etter tolkningen av typiske kjennetegn for reelt etablert i kapittel 4, vil nå den mest sentrale dommen innenfor EUs rettshistorie gjennomgås. Dommen har vært en veiviser hva gjelder NOKUS-regler og det norske kravet til reelt etablert. Som referanse til nasjonale tolkninger vises det til de bindende forhåndsuttalelsene gjennomgått over, da ingen norske dommer for kravet er av lik betydning.

¹³⁰ 12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak s. 21

6.1 Internasjonalt

6.1.1 Cadbury Schweppes

Kravet til reelt etablert begrunnes i følgende argumenter (hentet fra Cadbury Schweppes). Dommen har gjort rede for ulike vilkår som skal kunne angi om etableringen er fiktiv, herunder¹³¹:

- Hvor varig er etableringen ment å være?
- Disponerer selskapet lokaler?
- Har selskapet en fast ansatt ledelse?
- Har de ansatte tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt?
- Hvem treffer de faktiske beslutninger?
- Har selskapets aktivitet økonomisk substans, har virksomheten påviselige inntekter?
- Er konserninterne transaksjoner nødvendige, og skaper de merverdi?

Vilkårene treffer omgåelsesproblematikken, nærmere bestemt motivet bak en etablering og hvorvidt den er reell. Resultatet av dommen er diskutert i de norske bindende forhåndsuttalelsene, ref. 4.3.2.

Vilkårene over er tolket i forarbeidene for kravet til reelt etablert¹³². Vilkårene ble innarbeidet i Skatte- og avgiftsopplegget 2008, hvor reell etablering og reell økonomisk aktivitet må vurderes på bakgrunn av hvorvidt *”selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv”*¹³³. Det stilles krav til hvorvidt selskapet *”disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i*

¹³¹ (C-196/04) Cadbury Schweppes premiss 68

¹³² Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer kap. 14.4.2

¹³³ Ot.prp.nr.1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

*konsernerne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet*¹³⁴. Resonnementet er en ren gjengivelse av utfallet fra Cadbury Schweppes, noe som gjør den sentral i den norske oppfatningen av reelt etablert.

Det foreligger ingen sentrale dommer som omhandler reelt etablert i lik grad i Norge, det vises derfor til bindende forhåndsuttalelser i avsnitt 4.3.2 for nasjonale tolkninger av vilkåret.

7 SAMMENLIGNING AV BEGREPENE

Som det fremkommer av dommene, kan beneficial owner tolkes på flere måter, og til dels blandes med reelt etablert. Likhetene og ulikhetene mellom begrepene er verdt å merke seg.

7.1 Likheter

7.1.1 Bakgrunn i EUs fire friheter

Både beneficial owner og reelt etablert grunner i EU-rettens fire friheter om å fremme utveksling av varer og tjenester, og flyt av kapital og personer. Dette er bakgrunnen for både dobbeltbeskatningsavtalene og fritaksmetoden.

7.1.2 Helhetsvurdering

Flere punkter medtas i vurderingen, men FSFIN presiserer at det må foretas en konkret helhetsvurdering av omstendighetene¹³⁵. Tilsvarende vektlegger FSFIN også dette i sin tolkningsuttalelse fra 5. Juli 2010 ved: *”Dersom en samlet vurdering viser at nederlandsk beskatning av det aktuelle selskapet ikke vil kunne bli gunstigere enn norsk beskatning ville vært, vil det ikke kunne foreligge et slikt skatteomgåelsesmotiv*¹³⁶.

¹³⁴ Skatteloven § 2-38

¹³⁵ FSFIN Utv. 2009 s. 1280

¹³⁶ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/sporsmal-knyttet-til-fritaksmetoden-og-l/id612514/>

Skatteklagenemda har også lagt en helhetsvurdering til grunn i den sivile Transocean dommen. Felles for vurdering av både beneficial owner og reelt etablert er at de som sådan bygger på en helhetsvurdering av de underliggende forhold.

7.1.3 Organisering og drift

I den danske rettssaken som avklarte beneficial owner ble det anført at mellomholdingselskapet kunne anses å være beneficial owner, så lenge *”eieren udøver en kontroll med selskapet, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner”*¹³⁷.

Dette ligner BFU 4/ 2015 hvor det trekkes frem hvordan selskapet er organisert og driftet. For holdingselskaper og lignende legger SKD større vekt på at organiseringen og driften av selskapet er i samsvar med hva som må anses *ordinært* i vedkommende stat og i Norge¹³⁸.

Altså ble beneficial owner og reelt etablert henholdsvis vurdert i lys av hvorvidt kontrollen over det mellomliggende selskapet var konsistent med den planlegging og ledelse som var normal, samt hvorvidt organiseringen og driften av det mellomliggende selskapet var å anse ordinær. Dette må kunne vurderes å være en likhet.

7.2 Ulikheter

7.2.1 Tilordningsregel versus omgåelsesregel

Hovedforskjellen mellom beneficial owner og reelt etablert er hvordan begrepene skal anvendes: henholdsvis som en tilordning- og omgåelsesregel. Basert på betegnelsen i OECD Art. 10 *“paid to...”*, kan det på trygg grunn hevdes at beneficial owner er en tilordningsregel. Motsetningsvis er reelt etablert et hjelpemiddel i gjennomskjæringsproblematikken, innført med bakgrunn i

¹³⁷ FS Invest II S.å.r.l. (2011) 14 ITLR 703

<http://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/ØstreLandsretfrifinderdetluxembourgskemoderselskabiISSforSkatteministerietskravomudbytteskatpå1,5miakr.aspx>

¹³⁸ BFU 4/ 2015 s. 4

NOKUS-reglene og fritaksmetoden. Hvilken betydning bør dette få for hvordan hver av vilkårene skal tolkes?

Beneficial owner er ment å avklare *hvem* utbytte er ”paid to...”. Beneficial owner er ment å dekke det *faktiske enkeltstående* utbyttet, på dagen for transaksjonen. Beneficial owner skal ikke vurderes etter dagen for utdeling og det skal heller ikke være nødvendig å ta stilling til *hvorfor* opprettelsen av selskapet fant sted. Årsaken bak etableringen hører hjemme i omgåelsesproblematikken.

Reelt etablert derimot er en omgåelsesregel som tar utgangspunkt i flere momenter samlet. Vurderingen kan gjelde et større tidsrom. Når beneficial owner er avklart, kan det deretter tas stilling til omgåelsesreglene rundt transaksjonen hvis det er relevant. Men denne vurderingen har ingen hjemmel i beneficial owner-begrepet.

Den opplagte forskjellen mellom beneficial owner og reelt etablert bør føre til at beneficial owner kun avklarer rettmessig eier, mens reelt etablert står til ansvar om formålet bak etableringen er gjennomskjæring.

Kategoriseringen av begrepene bør være rettslig relevant og få betydning for hvordan begrepene tolkes i praksis. Det kan føre til uheldige utfall dersom en rettsinstans overser denne forskjellen mellom begrepene. Beneficial owner er en tilordning av rettmessig eier, ikke en betegnelse for skattebesparelser. Omgåelse må eventuelt vurderes for seg etter en tilordning av beneficial owner. På denne måten skiller de to reglene seg fra hverandre.

Hvordan oppfatter myndighetene klassifiseringen av begrepene?

I NOU 2009:4 (Norges Offentlige Utredninger) til Finansdepartementet (FSFIN) hevdes det i avsnitt om utnyttelse av skatteavtaler at bestemmelsene om beneficial owner i OECDs mønsteravtale har gjort det mulig for myndighetene å bruke *omgåelsesnormer* i sitt arbeide. Dette fremstår som en feiltolkning av OECDs innføring av beneficial owner. I det beneficial owner ses i lys av omgåelsesregler, kan hensikten med begrepet virke misforstått. Dessuten heter det videre (i diskusjonen om beneficial owner) at ”*hvis selskapet ikke har noen reelle funksjoner utover å være et gjennomstrømmingsselskap, kan mye tale for at*

kildestaten ikke behøver å betrakte selskapet som reelt”¹³⁹. Beneficial owner er ikke ment å avklare *funksjoner*. Funksjoner kan i seg selv avklare formålet bak en etablering, og om dette bør ses i sammenheng med et overveiende motiv om skattebesparelser, men har tilsynelatende lite å gjøre i en tilordningsavklaring. Til sist kan det pekes på *gjennomstrømmingsselskap*. Når først omgåelse diskuteres, er det noe ukjent å se begrepet dukke opp. Begrepet stammer fra *conduit company* i beneficial owner tolkningen, noe som er ikke like kjent i reelt etablert diskusjonen.

7.2.2 Subjektive motiver - objektive karakteristika (synbare for tredjemann)

Kan det legges til grunn at kriteriene som er vektlagt i domsavgjørelser for beneficial owner og bindende forhåndsuttalelser for reelt etablert fremstår som like?

Skattedirektoratet og Finansdepartementet hevder i flere bindende forhåndsuttalelser at i vurdering av reelt etablert må det ses hen til subjektive motiver og tilhørende objektive karakteristika, som er synbare for tredjemann. Dette kan være forretningsmessige og kommersielle årsaker bak en etablering (som gjør at den ikke vil være i strid med den frie etableringsretten i EU).

Kriteriene til grunn for å avklare besittelse, rådighet, risiko og kontroll (Prévost-testen) kan fremstå som like de subjektive motivene og objektive karakteristikaene som vektlegges i reelt etablert, men forskjellen grunner i at Prévost-testen er et hjelpemiddel for å avklare tilordning, mens motivene bak etableringen bidrar til å avklare gjennomskjæring.

(Det kan nevnes at utfallet av Prévost-testen ikke fremstår som like ”synbart for tredjemann” (i.e. kriteriene er heller interne faktum man må kjenne fra innsiden av selskapet), men dette er et vikende argument i forskjellen mellom kriteriene.)

139

<https://www.regjeringen.no/contentassets/0cfde5dc6ea744d99b0d95ebd62b2838/no/pdfs/nou200920090004000dddpdfs.pdf>

Svaret blir åpenbart nei, dette beror den markante forskjellen mellom begrepene som tilordning og omgåelse.

7.2.3 Fysisk substans

Ved blikk mot domstolsavgjørelsene i Transocean og Cadbury Schweppes kan man se at fellestrekk for henholdsvis beneficial owner og reelt etablert er de fysiske kravene til lokaler, ansatte og lignende. I Prévost Car- og Velcro-dommen hadde selskapet ingen ansatte/ kontorer mv., men begge var likevel å anse som beneficial owner av henholdsvis utbytte og royaltyinntekt. Hvor stor vekt bør fysisk substans tillegges (på et generelt grunnlag)?

Fysisk substans kan se ut til å ha betydning for både beneficial owner og reelt etablert. Det bør ryddes av veien at de fysiske kravene ikke hører hjemme i beneficial owner diskusjonen, men i omgåelsesproblematikken. I vurderingen av beneficial owner blir det dermed galt å ta stilling til lokaler, ansatte, mv. som vurderingskriterier.

7.2.4 Fast og varig deltakelse i næringslivet

I vurderingen av forretningsmessige grunner bak etableringen for reelt etablert spilles det på en deltakelse i næringslivet. Burde dette være et relevant innspill til tolkning av beneficial owner?

Tilsvarende kriterie for beneficial owner vil være et sidespor fra forståelsen av begrepet. Spørsmålet fremstår noe søkt. Det bør være relativt uinteressant hvorvidt mottaker deltar i næringslivet. Innspillet kan være relevant i vurdering av hvorvidt det overveiende motiv for etableringen av selskapet er skattebesparelser, men ettersom beneficial owner kun skal avklare tilordning må dette kunne sies å falle utenfor vurderingen.

7.2.5 Tredjepartsforholdet

Dersom en forvalter (*agent or nominee*) mottar utbyttet, er *gjennomstrømningselskapet* i henhold til OECD ikke å anse som beneficial owner fordi det opptrer *på vegne av* en annen aksjonær. Hvilken betydning vil dette ha for reelt etablert i sktl. § 2-38?

Det klassiske eksempelet av beneficial owner er såkalte *nominees*, forvaltere av utbyttet. Det kan presiseres at dette ikke har noen direkte overførbar betydning til reelt etablert.

8 INNSPILL TIL EN TYDELIGERE FORSTÅELSE AV BENEFICIAL OWNER

Beneficial owner fremstår mer uavklart enn reelt etablert. Nedenfor følger refleksjoner og forslag til en mer rettledeende forståelse av begrepet.

8.1 Relevans

8.1.1 Domstolenes oppfatning av vilkårene

Hvilken betydning har dommene når vi tolker kravene til beneficial owner og reelt etablert?

Det kan se ut til at Prévost Car- og Velcro-dommen ikke har fått like stor betydning for tolkningen av beneficial owner i den sivile Transocean-saken. I den strafferettslige dommen derimot, fremtrer et større fokus på tilordning enn omgåelse, noe som fremstår i henhold til OECDs intensjon.

Cadbury Schweppes har på sin side blitt en bærebjelke for lignende saker der etableringsretten i EU stilles mot omgåelsesmotivet. Den har også fått stor betydning for den norske tolkningen av reelt etablert. Dette fremkommer særskilt fra de bindende forhåndsuttalelsene.

8.2 Forslag for en tydeligere tolkning

8.2.1 Bostedsbekreftelse fra mottakerstat?

Er dette et godt forslag? Hvilke andre tiltak kan tydeliggjøre og forenkle OECDs språk?

Dette forslaget henvender seg til tilordningsspørsmålet av beneficial owner. Som avklaring av beneficial owner har det blitt foreslått tilnærminger som

bostedsbekreftelse fra mottaker av utbytte for å verifisere rettmessig eier (praksis i India, Universal Music). En bostedsbekreftelse avklarer kvalifikasjon av skatteavtalen og hvor aksjonær er bosatt, men er således ikke en oppklaring av beneficial owner. Det kan hevdes at dette antakelig ikke vil være tilstrekkelig, og vil gjøre OECDs krav til beneficial owner ”fullstendig innholdsløst”¹⁴⁰.

Bostedsbekreftelse fra mottaker favoriserer for globalitet i motsetning til kilde. En vurdering av beneficial owner skal trekkes av kildestaten og ikke betalingsmottakers stat. På denne måten vil en bostedsbekreftelse fra mottakerstaten stride mot skatteavtalens Art. 3 (2) der landet skatteavtalen anvendes skal definere begrepet, ref. 3.1.4.

8.2.2 Nasjonale retningslinjer?

En annen sentral tilnærming kan være opprettelse av nasjonale retningslinjer for hvordan beneficial owner skal forstås. Beneficial owner er et internasjonalt begrep, på denne måten kan nasjonale retningslinjer øke risikoen for ulike tolkninger og prosederinger av begrepet i den enkelte stat. Det kan også legges til at det er OECD som har omtalt beneficial owner, og at publikasjonene er utarbeidet av statsmakten og byråkrater fra hele verden. Nasjonale retningslinjer ville derfor kunne komme fra samme instanser. OECDs intensjon ved å *ikke* definere begrepet bør heller anerkjennes.

Hverken bostedsbekreftelse eller nasjonale retningslinjer fremstår som bærekraftige forslag for en felles forståelse av beneficial owner.

8.2.3 Substans over form?

Vogels budskap fortsetter å gjelde: substans bør gå foran form. Argumentet kan sies å være et fellestrekk for både beneficial owner og reelt etablert. I både tilordnings- og omgåelsesvurderingen kan det legges til grunn at de reelle forhold bør overgå de formelle¹⁴¹.

¹⁴⁰ Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 178

¹⁴¹ Vogel (1996) s. 56

9 KONKLUSJON

9.1 Avsluttende bemerkninger

9.1.1 Begrepene er ulike

Det har vært en internasjonal trend å fokusere på skatteparadis og indikasjoner av illojale selskapsstrukturer. Problemstillingene fremstår i utgangspunktet noe negativt ladet, noe som kan gjøre tolkningen av beneficial owner mer fordømmende enn nødvendig, til tross for at den kun er ment å avdekke tilordning av et gode. Reelt etablert er på sin side et krav i omgåelsesproblematikken som derfor er mer suspekt.

Med bakgrunn i de ulike formålene med innføring av begrepene skal en merke seg forskjellene i hvordan de bør anvendes. Regelsettene er i grunn forskjellige og bør ikke sammenblandes. Beneficial owner skal avklare tilordning av rettmessig eier. Beneficial owner er ikke en omgåelsesregel på lik linje med reelt etablert.

Reelt etablert i skatteloven § 2-38 (5) har ikke noe å gjøre i beneficial owner i OECD Model Tax Convention Art. 10 (2).

10 KILDEHENVISNINGER

10.1 Lover

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven). 26. mars 1999 nr. 14

Lov om revisjon og revisorer (revisorloven). 15. Januar 1999 nr. 2

10.2 Forarbeider

10.2.1 NOU

NOU 2009: 4 Tiltak mot skatteunndragelser

NOU 2003: 23 Evaluering av regnskapsloven

10.2.2 Proposisjoner

Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer kap. 14.4.2

10.2.3 Meldinger og høringer

Meld. St.11 (2010-2011) Evaluering av skattereformen 2006

10.3 Vedtak og uttalelser

FSFIN Utv. 2009

Hentet 14. april 2016. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/utenlandske-selskaper-i-eos-som-subjekt-/id578464/>.

10.4 Rettspraksis

10.4.1 Norge

12-135791TVI-OTIR/08 Transocean sivile sak

11-104857MED-OTIR/01 Transocean strafferettslig sak

11-191007MED-OTIR/03 Transocean strafferettslig sak

10.4.2 Danmark

FS Invest II S.å.r.l. (2011) 14 ITLR 703

Hentet 18. Mai 2016.

<http://www.domstol.dk/oestrelandsret/nyheder/domsresumeer/Pages/ØstreLandsretfrifinderdetluxembourgskemoderselskabiISSforSkatteministerietskravomudbytteskatpå1,5miakr.aspx>.

10.4.3 EF-domstolen og EØS-rettslige kilder

C-196/04 Cadbury Schweppes Grand Chamber, 12. September 2006

EF-traktaten tredje del avdeling I-III

10.5 Bindende forhåndsuttalelser

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet 03/2016

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet 04/2015

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet 02/2014

10.6 Faglitteratur

Advokatfirmaet Thommessen AS *Norsk internasjonal skatterett*,
Universitetsforlaget AS, Oslo, 2011

Bjelland, Unni *Norges skatteavtaler*, Ernst & Young og
Index Publishing, 2. Utgave pr 1. Januar
2000, Otta, 1999

Broe, Luc de *International Tax Planning and Prevention
of Abuse*, (Doctoral Series Academic
Council), IBFD, Amsterdam, 2007

Bullen, Andreas EU, EØS og skatt: de fire friheter og direkte
beskatning, Gyldendal Norsk Forlag AS,
Oslo, 2005

- Gjems-Onstad, Ole *Norsk Bedriftsskatterett*, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo, 2012
- Gjems-Onstad, Ole
og Furuseth, Eivind *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo, 2013
- Holmes, Kevin *International Tax Policy and Double Tax Treaties: an introduction to Principles and Application*, IBFD Publications BV, Amsterdam, 2007
- Lee, Thomas A. *Financial Reporting and Corporate Governance*, John Wiley & Sons Ltd., Sussex, 2006
- Skaar, Arvid Aage m fl *Norsk skatteavtalerett*, Gyldendal Norsk Forlag AS, Oslo, 2006
- Vogel, Klaus *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Third Edition, London, 1997

10.7 Artikkel i tidsskrift og artikkelsamlinger

Hovland, Øyvind, ”NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til «reelt etablert» og forholdet til EØS-avtalen”, *Skatterett* 4/12, 2012 s. 273-326

Hentet 10. april 2016. https://www-idunn-no.ezproxy.library.bi.no/skatt/2012/04/nokus-reglene_og_fritaksmetodens_krav_til_reelt_etablert.

Ò Shea, Tom, ”The UK's CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries ± tax avoidance or tax mitigation?”, *EC TAX Review* 2007/1, s. 13-33

Hentet 15. juni 2016. <http://www.law.qmul.ac.uk/docs/staff/ccls/oshea/52257.pdf>.

10.8 Utgivelser OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development)

OECD (2015), "Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends", in *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, OECD Publishing, Paris

OECD (2014), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, OECD Publishing

OECD, Commentary on Article 10: Concerning the Taxation of Dividends in Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), Paris 2015

OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing

10.9 Nettsider

Aftenposten. 2015. "Mossack Fonseca har hjulpet milliardærfamilien Høegh å opprette postboksselskaper i skatteparadis i 20 år". Hentet 27. april 2016. <http://www.aftenposten.no/okonomi/Mossack-Fonseca-har-hjulpet-milliardarfamilien-Hoegh-a-opprette-postboksselskaper-i-skatteparadis-i-20-ar-8446538.html>.

Aftenposten. 2015. "Se dokumentaren som fikk Islands statsminister til å gå av". Hentet 7. april 2016. <http://www.aftenposten.no/webtv/#!/video/111376/se-dokumentaren-som-fikk-islands-statsminister-til-aa-gaa-av>.

Aftenposten. 2015. "Kronikk: Ideelt for skatteplanlegging | Ole Gjems-Onstad". Hentet 5. april 2016. <http://www.aftenposten.no/meninger/kronikker/Kronikk-Ideelt-for-skatteplanlegging--Ole-Gjems-Onstad-8418355.html>.

Det Kongelige Finansdepartement. 2000. "Vedrørende forståelsen av enkelte begrep brukt i Norges skatteavtaler". Hentet 15. mars 2016.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/vedrorende-forstaelsen-av-enkelte-begrep/id106832/>.

Det Kongelige Finansdepartement. 2009. ”Tiltak mot skatteunndragelser”. Hentet 5. april 2016.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/0cfd5dc6ea744d99b0d95ebd62b2838/no/pdfs/nou200920090004000dddpdfs.pdf>.

Det Kongelige Finansdepartement. 2010. ”§ 2-38 tredje ledd: Spørsmål knyttet til fritaksmetoden og lavskattelandkriteriet”. Hentet 7. april 2016.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/sporsmal-knyttet-til-fritaksmetoden-og-l/id612514/>.

Det Kongelige Finansdepartement. 2010-2011. ”Evalueringsrapport av skattereformen 2006”. Hentet 20. april 2016.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/4402291a902b4d129854f4fe447b56ce/no/pdfs/stm201020110011000dddpdfs.pdf>.

Det Kongelige Finansdepartement. 2014. ”Complaint against Norway concerning Norwegian tax rules on controlled foreign companies (CFC rules)”. Hentet 17. april 2016.

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Complaint-against-Norway-concerning-Norwegian-tax-rules-on-controlled-foreign-companies-CFC-rules/id2000849/>.

EFTA. 2006. ”Opinion of Advocate General Léger” (Cadbury Schweppes). Hentet 15. juni 2016.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=56602&doclang=en>.

EY. 2015. “OECD releases final report under BEPS Action 6 on preventing treaty abuse”. Hentet 6. april 2016.

<http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Alert--OECD-releases-final-report-under-BEPS-Action-6-on-preventing-treaty-abuse>.

Loyens Loeff. 2013. "Beneficial Ownership under Tax Treaties". Hentet 7. april 2016.

<http://ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2013/Kees%20van%20Raad.pdf>.

OECD. 2015. "Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)". Hentet 29. mars 2016. http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/commentary-on-article-10-concerning-the-taxation-of-dividends_9789264239081-44-en#page33.

OECD. 2015. "Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)". Hentet 29. mars 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-35-en>.

OECD. 2014. "2014 Update to the OECD Model Tax Convention". Hentet 29. mars 2016. <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>.

OECD. 2011. "Clarification of the Meaning of 'Beneficial Owner' in the OECD Model Tax Convention". Hentet 31. mars 2016. <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>.

OECD. 2010. "COMMENTARIES ON THE ARTICLES OF THE MODEL TAX CONVENTION". Hentet 4. april 2016. <http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>.

OECD. 2015. "About BEPS and the Inclusive Framework". Hentet 5. april 2016. <http://www.oecd.org/ctp/beps-about.htm>.

OECD. 2013. "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting". Hentet 5. april 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.