



BI Norwegian Business School - campus Oslo

# GRA 19502

Master Thesis

Component of continuous assessment: Thesis Master of Science

"Hvilken effekt ville OECDs nye virkemidler mot treaty shopping, herunder LOB og PPT, ha fått på utfallet av Transocean-saken?"

Navn: Ane Holen, Ragnhild Oskarsen

Start: 02.03.2018 09.00

Finish: 03.09.2018 12.00

**Navn:** Ragnhild Oskarsen

**Navn:** Ane Holen

**Innleveringsdato:**

19.06.2018

**Studieprogram:**

Master of Science in Business

Major in Business Law, Tax and Accounting

*“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.”*

## Forord

Denne masteroppgaven markerer slutten på en femårig mastergrad i økonomi og ledelse med spesialisering i skatt, jus og regnskap ved Handelshøyskolen BI Oslo. Masteroppgavens omfang er 30 studiepoeng og er skrevet våren 2018. Oppgaven ble avsluttet 19. juni.

Arbeidet med oppgaven har vært svært spennende og lærerik, men også tidvis utfordrende. Å skrive om et tema det finnes lite tidligere forskning på har vært krevende, men også det som har vært ekstra givende i skriveprosessen.

Vi ønsker å rette en takk til alle som har delt sin kunnskap i arbeidet med oppgaven. En spesiell takk rettes til vår veileder Eivind Furuseth for gode råd og konstruktiv tilbakemelding gjennom arbeidet med oppgaven.

Oslo, juni 2018

## Sammendrag

Temaet i denne masteroppgaven er skatteplanlegging, herunder treaty shopping. Temaet har bakgrunn i at det oppstår gap og smutthull når lands ulike regelsett og skatteavtaler støter sammen. Store multinasjonale selskaper som opererer i flere land kan derfor utnytte disse smutthullene uten å bryte loven. Den mest vanlige utnyttelsen er nettopp skatteplanlegging, herunder metoden treaty shopping. Treaty shopping er en metode hvor et selskap etablerer seg i et land på bakgrunn av dets gunstige skatteavtaler.

OECD har gjennom sitt arbeid med BEPS-prosjektet (Base erosion and Profit Shifting) utarbeidet tiltak mot treaty shopping for å forhindre misbruk av skatteavtalen. Tiltakene går ut på å implementere "*Limitation on Benefits*"-klausulen og "*Principal Purposes Test*"-klausulen i modellavtalen. Disse tiltakene kommer frem av BEPS-prosjektets Action 6. Denne masteroppgaven forsøker å finne svar på hvilken effekt OECDs nye virkemidler mot treaty shopping kan få i fremtiden. For å belyse dette tar oppgaven for seg en av Norges største straffeskattesak, Transocean-saken.

Hovedfunnene viser at implementering av LOB ville gjort det mer krevende for Transocean å gjennomføre treaty shopping. Paragrafene i LOB oppstiller flere eierskapstester og kanaliseringstester, samt visse krav til aktivitet i selskaper. Transocean kan under tvil kun kvalifisere til skatteavtalebeskyttelse gjennom 1 av de 7 paragrafene. LOB viser seg å være spesielt effektiv mot tomme holdingselskaper. Det er likevel flere av paragrafene som åpner for skatteplanlegging, og det er mulig at Transocean kunne planlagt en struktur som var tilpasset de nye reglene. Når det gjelder PPT, viser det seg at det vil bli mindre plass for å benytte en slik generell omgåelsesregel på en treaty shopping-situasjon.

Det er antakeligvis flere treaty shopping situasjoner som kan bli stoppet ved å implementere LOB. Effekten av LOB vil derfor være nødvendig. De kumulative vilkårene i LOB gjør at det vil være svært krevende å drive skatteplanlegging. Dette gjør at LOB tetter flere smutthull enn tidligere. PPT kan derimot se ut til å være effektiv i andre situasjoner enn treaty shopping.

## Innholdsfortegnelse

<b>Forord</b> .....	<b>1</b>
<b>Sammendrag</b> .....	<b>2</b>
<b>Innholdsfortegnelse</b> .....	<b>3</b>
<b>DEL I INNFØRING</b> .....	<b>5</b>
<b>1.0 Introduksjon</b> .....	<b>5</b>
1.1 Problemstilling .....	5
1.2 Bakgrunn for problemstilling og avgrensning.....	5
1.3 Innledning til sentrale temaer .....	6
1.3.1 Treaty shopping .....	6
1.3.2 "Beneficial owner" og "resident of a Contracting State" .....	7
1.3.3 BEPS-prosjektet .....	8
1.3.4 Limitation on Benefits og Principal Purposes Test .....	9
1.3.5 Den ulovfestede omgåelsesregelen .....	10
1.3.6 Transocean-saken .....	11
<b>DEL II TEORI</b> .....	<b>13</b>
<b>2.0 LOB og PPT i skatteavtaler</b> .....	<b>13</b>
2.1 Limitations on Benefits (LOB) .....	13
2.1.1 Kvalifisert person .....	14
2.1.1.1 OECD MC. art. 29 (1).....	14
2.1.1.2 OECD MC. art. 29 (2).....	14
2.1.1.2.1 a) Fysiske personer .....	14
2.1.1.2.2 b) Statlige enheter .....	15
2.1.1.2.3 c) Børsnoterte selskaper .....	15
2.1.1.2.4 d) Datterselskaper av børsnoterte selskaper .....	16
2.1.1.2.5 e) Ideelle organisasjoner og anerkjente pensjonsfond .....	17
2.1.1.2.6 f) Andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap .....	18
2.1.1.2.7 g) Enkelte verdipapirfond .....	19
2.1.2 Ikke-kvalifiserte personer .....	19
2.1.2.1 OECD MC art. 29 (3) – «active conduct of a business» .....	19
2.1.2.2 OECD MC art. 29 (4) – «the derivative benefits rule» .....	20
2.1.2.3 OECD MC art. 29 (5) – «headquarters company» .....	23
2.1.2.4 OECD MC. art. 29 (6) – «discretionary relief» .....	24
2.1.2.5 OECD MC. art. 29 (7) – «definisjoner».....	26
2.1.3 OECD MC. art. 29 (8) – «fast driftssted» .....	26

2.2 Principal Purposes Test (PPT) .....	26
2.2.1 PPT-regelen vs. den norske ulovfestede omgåelsesregelen .....	27
2.2.2 Grunnvilkåret .....	28
2.2.3 Totalvurdering .....	29
2.2.3.1 Totalvurdering av den norske ulovfestede omgåelsesnormen .....	29
2.2.3.2 Totalvurderingen under PPT-regelen .....	30
2.3 Transocean.....	31
2.3.1 Selskapet.....	31
2.3.2 Konsernets omstrukturering.....	31
2.3.2.1 "Tax inversion" .....	32
2.3.2.2 "TOL Decontrol" .....	33
2.3.3 Utbyttesaken .....	34
2.3.3.1 Beneficial owner .....	36
2.3.3.2 Hjemmehørende.....	37
2.3.3.3 Ulovfestet skattemessig gjennomskjæring – subsumsjon.....	38
2.3.3.4 Reelt etablert .....	39
<b>DEL III ANALYSE.....</b>	<b>40</b>
<b>3.0 Skatteavtalebeskyttelse .....</b>	<b>40</b>
3.1 Skattyter må ha krav på skatteavtalebeskyttelse .....	40
3.2 Limitations on Benefits .....	40
3.2.1 TOHA som kvalifisert person .....	40
3.2.1.1 d) Datterselskap av børsnotert selskap .....	41
3.2.1.1.1 Morselskapet TOI må være kvalifisert.....	41
3.2.1.1.2 Videre krav.....	44
3.2.1.2 f) Andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap .....	49
3.2.2 Unntak fra paragraf 2: Ikke-kvalifiserte personer .....	49
3.2.2.1 OECD MC art. 29 (3) – «active conduct of a business» .....	49
3.2.2.2 OECD MC art. 29 (4) – «the derivative benefits rule» .....	51
3.2.2.3 OECD MC art. 29 (5) - «headquarters company» .....	53
3.2.2.4 OECD MC art. 29 (6) – «discretionary relief» .....	53
3.2.3 OECD MC art. 29 (8) – «fast driftssted» .....	56
3.2.4 Delkonklusjon på Limitations on Benefits .....	57
3.3 Principal purposes test .....	59
3.3.1 Grunnvilkåret – den subjektive vurderingen .....	59
3.3.2 Totalvurderingen – den objektive vurderingen .....	62
3.3.3 Delkonklusjon på Principal Purposes Test .....	64
<b>DEL IIII SVAR PÅ PROBLEMSTILLING .....</b>	<b>65</b>

<b>4.0 Effekten av LOB og PPT</b> .....	<b>65</b>
<b>5.0 Videre forskning/utvikling</b> .....	<b>68</b>
<b>DEL IIIII REFERANSER OG VEDLEGG</b> .....	<b>68</b>
<b>6.0 Bibliografi</b> .....	<b>68</b>
<b>7.0 Vedlegg</b> .....	<b>71</b>
Vedlegg 1: OECD MC art. 29 .....	71
Vedlegg 2: Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Article 31 .....	73
Vedlegg 3: Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Article 26 .....	74
Vedlegg 4: Spørsmål og svar via mail fra Frederik Zimmer .....	74
Vedlegg 5: Ordliste .....	75
Vedlegg 6: Commentaries to the VCLT. Article 31.....	76
Vedlegg 7: Forprosjekt til masteroppgaven .....	77

## DEL I INNFØRING

### 1.0 Introduksjon

#### 1.1 Problemstilling

*"Hvilken effekt ville OECDs nye virkemidler mot treaty shopping, herunder LOB og PPT, ha fått på utfallet av Transocean-saken?"*

#### 1.2 Bakgrunn for problemstilling og avgrensning

Det er enda ikke noen dokumentert effekt på inngåelsen av OECDs BEPS-prosjekt. Endelig versjon av OECDs BEPS-rapport kom høsten 2015. Rapportene foreslår endringer av nasjonal lovgivning og dels endring av skatteavtaler. Endringene tar tid, og som følge av det har vi per i dag liten mulighet til å se effekten av BEPS-prosjektet. Vi har derfor valgt å ta for oss det som er omtalt som norgeshistoriens største skattestraffesak, Transocean-saken.

OECDs BEPS-prosjekt består av 15 tiltak (Action 1- Action 15) mot "Base Erosion and Profit Shifting". Vår masteroppgave skal omhandle Action 6. Dette tiltaket identifiserer treaty shopping som det mest kritiske misbruket av skatteavtalene, og tar for seg Limitation on Benefits (LOB) og Principal Purposes Test (PPT) som virkemiddel mot dette. Vi skal i denne oppgaven analysere hvordan utfallet ville ha vært dersom BEPS Action 6 og endring av skatteavtalene var innført før den

endelige dommen kom i Transocean-saken. Dette for å se om inngåelsen av LOB og PPT i fremtiden vil føre til endringer og tette smutthullene i internasjonal skatterett. Disse tiltakene fremgår nå av OECD MC art. 29 (se vedlegg 1).

Transocean-saken er en lang og svært kompleks sak med flere tiltaleposter. Det kan tenkes at LOB og PPT kan være relevant for flere av tiltalepostene, men i denne oppgaven har vi avgrenset vår studie av Transocean til utbyttesaken.

### 1.3 Innledning til sentrale temaer

Formålet med dette kapitlet er å gi en kort innføring i sentrale temaer for oppgaven. Først vil begrepet treaty shopping samt utfordringene det bringer med seg bli forklart. Videre gis det en innføring i allerede implementerte bestemmelser i OECD MC, samt BEPS-prosjektets nye virkemidler som er ment å motvirke treaty shopping. Et av de nye virkemidlene sammenlignes i denne oppgaven med den norske ulovfestede omgåelsesregelen, som kort blir forklart. Til slutt gis det en innledning til Transocean, som vil brukes som test-case i denne oppgaven.

#### 1.3.1 Treaty shopping

Som følge av lands ulike regelsett og skatteavtaler oppstår det gap og smutthull når disse skattesystemene støter sammen. Store multinasjonale selskaper som opererer i flere land kan derfor utnytte disse smutthullene uten å bryte loven. En av de mest vanlige formene for utnyttelse er skatteplanlegging, herunder metoden "treaty shopping".

Treaty shopping går ut på at skatteavtalene mellom land brukes som virkemiddel i skatteplanleggingen, primært for å unngå kildeskatter på utbytte, renter og royalty. Dette er en metode hvor et selskap etablerer seg i et land på bakgrunn av dets gunstige skatteavtaler. Dersom hovedhensikten med opprettelsen av det nyetablerte selskapet er bevisst å spare skatt, kalles landet gjennomstrømningsland og selskapet et gjennomstrømmingsselskap. Inntekter kanaliseres gjennom dette selskapet og eventuelt videre til eiere i en tredje stat (Zimmer, 2014).

I oppgaven vil det være viktig å skille mellom begrepene skatteunndragelse, skatteplanlegging, og skatteomgåelse. Skatteunndragelse er ulovlig og foregår ved å oppgi uriktige opplysninger eller skjule informasjon om skattepliktige forhold.



Skatteplanlegging derimot, er fullt lovlig og handler om å tilpasse seg skattereglene slik at skatter og avgifter blir minst mulig. Skatteplanleggingen kan gå over til å være skatteomgåelse. Dersom formålet med disposisjonen er å spare skatt, og hvor lovgivningen brukes på en måte som strider mot regelens formål, vil det være snakk om skatteomgåelse. Treaty shopping kan i utgangspunktet falle innenfor alle tre begrepene, avhengig av hva som er hensikten med transaksjonene og hvordan de utføres.

Selskapsstrukturer og ulike transaksjoner i store multinasjonale selskaper er kompliserte og smutthull i internasjonal skatterett gjør det vanskelig å fastslå hvorvidt et selskap bedriver treaty shopping på en måte som er i strid med loven. OECDs modellavtale har tradisjonelt benyttet to vilkår som skal motvirke treaty shopping, nemlig vilkåret "resident of a Contracting State" og vilkåret "beneficial owner". Bestemmelsene ser ikke ut til å fange opp alle tilfellene av treaty shopping. Disse utfordringene beskrives i OECDs rapport som ble offentliggjort 12. februar 2013 - *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), som på daværende tidspunkt var et påbegynt prosjekt. Ved implementeringen av BEPS-prosjektet i februar 2016, anslo OECD at inntektstapet fra overskuddsoverføring (BEPS) er rundt USD 100-240 milliarder årlig. Det vil si 4-10 prosent av den globale selskapsskatten (Berg-Rolness, 2017).

### 1.3.2 "Beneficial owner" og "resident of a Contracting State"

Et av vilkårene som må være oppfylt for at et selskap skal kunne anvende en skatteavtale er at selskapet må være "resident of a Contracting State", jf. OECD MC art.4. For å ha rett på redusert kildeskatt, må mottakeren av utbyttet også være "beneficial owner", jf. OECD MC art. 10 (2). Vilkårene er gamle og internasjonalt har det tidligere vært få dommer til vurdering. Etter at treaty shopping har fått mer oppmerksomhet både i Norge og internasjonalt, har det i senere tid kommet en del dommer fra utenlandske nasjonale domstoler hvor tolkningen av begrepet "beneficial owner" har vært et av hovedspørsmålene (Furuseth, 2013 s. 172).

Begrepet "resident of a Contracting State" angir at en person skal svare skatt til en stat dersom personen er hjemmehørende i staten. Her er hovedregelen at et selskap er bosatt i den staten selskapet har alminnelig skatteplikt til. Et selskap kan på flere måter forsøke å motta skattefordeler som en skatteavtale gir mellom to stater. Ofte

går forsøkene ut på at et selskap som tilhører en tredjestat forsøker å indirekte få tilgang til fordelene i en skatteavtale mellom to land. Dette er treaty shopping. Begrepet hjemmehørende er i noen land knyttet opp mot hvor selskapet har sin effektive ledelse og kontroll på styrenivå, mens andre land vektlegger hvor selskapet er stiftet. Bestemmelsen i OECD MC Art. 4 (3) sier at dersom et selskap er bosatt i to stater, så er det i staten selskapet har sin effektive ledelse og kontroll på styrenivå, selskapet er hjemmehørende i. Vilkåret gjør det derfor mer krevende for et selskap å opprette et gjennomstrømningselskap i en tredjestat.

Vilkåret "beneficial owner" ble først introdusert i modellavtalen i 1977. Begrepet oversatt til norsk vil være virkelig rettighetshaver og fanger opp enkle situasjoner av treaty shopping. Bestemmelsen sier at de som mottar utbytte, renter og royalties fra en kildestat må være den virkelig rettighetshaver dersom de etter skatteavtalen skal ha krav på redusert kildeskatt. Begrepet "beneficial owner" er et av de mest omdiskuterte temaene innen internasjonal skatterett. Begrepet er til dels uklart og gir derfor mulighet for forskjellige tolkninger.

### 1.3.3 BEPS-prosjektet

Internasjonalt har den negative oppmerksomheten rundt store multinasjonale selskapers lave beskatning og statenes behov for skatteinntekter resultert i BEPS-prosjektet. For å tette gapene i internasjonal skatterett startet derfor OECD og G-20 landene arbeidet med prosjektet i 2012. BEPS står for Base Erosion and Profit Shifting, og referer til strategier for skatteomgåelse ved å utnytte gap og mangler i skattereglene. Prosjektet går ut på å forhindre dobbel ikke-beskatning og at statens skattefundamenter undergraves av skatteplanlegging som leder til at inntekt overføres til lavskattelend. BEPS-tiltakene er et supplement til regjeringen med nasjonale og internasjonale instrumenter for å forhindre skatteomgåelse, og for å sikre at inntekt blir beskattet i de landene økonomisk aktivitet genererer profitt og der hvor verdiskapningen faktisk skjer. I forbindelse med BEPS-prosjektet er 15 Actions utarbeidet, og blant de innebærer Action 6 tiltak mot misbruk av skatteavtaler. Vi kommer nærmere tilbake til Action 6 i avsnitt 1.3.4.

Action 15 er et multilateralt instrument (MLI) som tilbyr konkrete løsninger for å implementere resultatene av BEPS-prosjektet i bilaterale skatteavtaler over hele verden. Målet med instrumentet er å forenkle prosedyren for endring av

skatteavtaler gjennom en samlet prosess. Alternativet er å forhandle bilateralt mellom avtalestater, som ville vært langt mer ressurs- og tidkrevende å gjennomføre (Nordstrøm, 2016). Instrumentet inneholder endringer som er valgfrie for avtalepartene, men også minimumsstandarder som avtalestatene er forpliktet til å følge. For at en enkelt skatteavtale skal endres, kreves det at avtalestatene "matcher". Det vil si at begge avtalestatene må være enige om hvilket alternativ som skal velges (KPMG, 2017).

Finansdepartementet signerte instrumentet på vegne av Norge 7. juni 2017 sammen med 70 andre land (Finansdepartementet, 2017), og per dags dato, 12 januar 2018, er det over 100 land som har signert. Landene som har signert avtalen har til sammen angitt rundt 2300 skatteavtaler som skal omfattes, som betyr over 1100 matchende avtaler (K. Smorr, 2017).

#### 1.3.4 Limitation on Benefits og Principal Purposes Test

LOB-klausuler har i flere år blitt brukt i amerikanske skatteavtaler, og den foreslåtte LOB-klausulen er basert på LOB-klausulen i artikkel 22 i den amerikanske modellavtalen. LOB er en spesiell omgåelsesregel og defineres i OECD MC art. 29 (1) - (8). I tillegg til å være "resident of a Contracting State", bestemmer LOB hvilke skattytere som kan påberope seg de gunstige skattefordelene i en skatteavtale. De fleste skatteavtalene er bygget på OECDs mønsteravtale og gjelder for to kontraktstater, Norge har skatteavtale med 132 land (Gjems-Onstad, 2018, s. 1596-1600). Hver enkelt skatteavtale må leses og tolkes på et selvstendig grunnlag. Gjennom inngåelse av LOB i en skatteavtale kan treaty shopping ved bruk av gjennomstrømmingsselskap forhindres.

PPT defineres i OECD MC art. 29 (9), og er et forslag til en traktatfesting av en generell omgåelsesregel. Effekten av en PPT-regel er å unngå at en skattefordel oppstår i en skatteavtale hvor et av hovedformålene med transaksjonen eller disposisjonen er å spare skatt. PPT kan se ut til å være veldig lik den norske ulovfestede omgåelsesregelen. Hvis man derimot gjør en grundig sammenligning av vilkår for og rekkevidden av de to omgåelsesreglene viser det seg at på enkelte punkter er det betydelige forskjeller (Furuseth, 2016). Ved tolkning av den norske omgåelsesnormen må man bruke den norske metodelæren, mens for å tolke PPT-

regelen må man anvende Wien-konvensjonen om tolkning av traktater.

Implementeringen av LOB og PPT vil variere fra land til land. De er nødt til å sees i sammenheng og må implementeres i samspill med internretten i de enkelte stater. OECD har derfor utarbeidet LOB-bestemmelsene i to versjoner som partene kan velge mellom; en forenklet versjon og en detaljert versjon. Den detaljerte versjonen er mer rigid og har flere vilkår enn den forenklete versjonen. Videre anbefaler OECD at partene velger mellom å implementere tre alternative tilnærminger i sine skatteavtaler, (1) en PPT-regel, (2) en forenklet versjon av LOB-reglene kombinert med PPT-regelen, eller (3) en detaljert versjon av LOB-reglene kombinert med nasjonale omgåelsesregler eller en PPT-regel. Sett bort i fra minimumsstandardene i BEPS er OECD åpne for ulike tilnærminger. Norge har ikke offentliggjort hvilken versjon av LOB de ønsker å implementere eller hvilken tilnærming til LOB og PPT de ønsker. Fagpersoner fra Deloitte har uttalt at det er forventet og offentliggjort at en detaljert versjon av LOB skal introduseres i de norske skatteavtalene gjennom bilaterale forhandlinger. Dette vil bli i tillegg til eller i erstatning for en PPT-regel (Norway and the multilateral tax treaty, 2017)<sup>1</sup>. I en artikkel fra august 2017 skriver også Ernst & Young at Norge har valgt å vedta en detaljert LOB-bestemmelse, i tillegg til eller i erstatning for PPT-bestemmelsen. Ernst & Young skriver også at Norge har valgt å benytte den forenklete versjonen av LOB i de skatteavtalene der den andre avtalestaten også har valgt å benytte den forenklete versjonen (Ernst & Young, 2017).

### 1.3.5 Den ulovfestede omgåelsesregelen

Det vil være nødvendig med en gjennomgang av den ulovfestede omgåelsesnormen for videre forståelse av oppgaven. Den ulovfestede omgåelsesnormen, også kalt ulovfestet gjennomskjæring, er en ulovfestet rettsregel i norsk skatterett. I Norges offentlige utredninger (NOU) 2016:5 er det lagt frem et forslag om å lovfeste omgåelsesnormen (Zimmer, 2016b). Den benyttes for å hindre omgåelse av skattereglene. Regelen er ulovfestet og har i hovedsak blitt til ved høyesteretts praksis og gjennom juridisk teori. Normens funksjon er i praksis å trekke grensen mellom akseptabel skatteplanlegging og uakseptabel skatteomgåelse, og den fungerer som et supplement til generelle prinsipper for lovtolkning.

---

<sup>1</sup> Dette er en power point tilsendt på mail fra vår veileder Eivind Furuseth.

Gjennom rettspraksis har det oppstått to vilkår som må være oppfylt for at omgåelsesnormen kan anvendes. Grunnvilkåret, slik som det er formulert i Rt. 2007 s. 209 Hex-dommen, går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Hvis det er flere formål med disposisjonen kan det bare benyttes skattemessig gjennomskjæring dersom hovedformålet var å spare skatt. Det andre vilkåret er også formulert i Hex-dommen. Vilkaeret sier at dersom totalvurderingen av disposisjonens virkninger (herunder den forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og "omstendighetene for øvrig" fremstår som stridende mot skattereglenes formål, kan en skattemessig gjennomskjæring anvendes. Dersom grunnvilkåret er oppfylt skal det dermed tas en totalvurdering av forholdet hvor man veier helheten opp mot skatteregelens formål.

#### 1.3.6 Transocean-saken

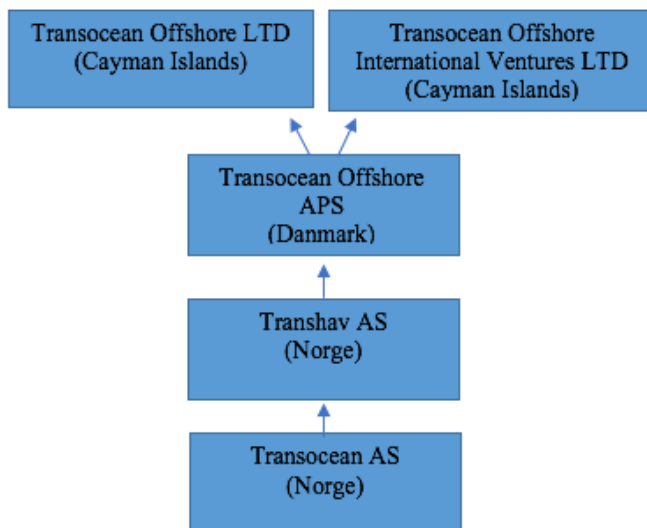
Transocean-saken er trolig den største skattesaken som har vært ført for en norsk domstol. Riggselskapet Transocean og tre skatterådgivere ble etterforsket av Økokrim fra 2005 til 2014. Selskapet ble tiltalt for fem straffbare forhold. Et av tiltalene handlet om et utbytteforhold, der Økokrim mente at riggselskapet sendte store pengebeløp ut av Norge, via Danmark og videre til Cayman Islands for å unngå beskatning. Et utbytte på nær 2,6 milliarder kroner ble i 2001 utbetalt fra det norske selskapet Transocean AS til det danske holdingselskapet Transocean Offshore Holding Aps (Norges domstoler, 2014). Det fremgikk av den nordiske skatteavtalen at det ikke skulle betales kildeskatt av utbytte mellom Norge og Danmark innenfor samme konsern, ettersom Transocean i Norge er heleid av Transocean i Danmark. Det skulle derfor ikke betales kildeskatt til Norge av utbyttet. 13 dager senere ble pengene sendt fra det danske holdingselskapet til to morselskaper i Transocean-konsernet registrert på Cayman Islands. På det aktuelle tidspunktet innebar danske skatteregler at det ikke skulle betales kildeskatt ved utbytte fra Danmark til Cayman Islands.

Den norske staten mente at holdingselskapet i Danmark var stiftet for å skape en skattefri kanal til lavskattelandet Cayman Islands, og at holdingselskapet kunne klassifiseres som et "gjennomstrømningselskap". Staten så på forholdet som en

ulovlig form for treaty shopping. Spørsmålet i Transocean-saken var derfor om Norge kunne foreta en ulovfestet gjennomskjæring eller om utbyttet kunne tilordnes direkte til morselskapene på Cayman Islands (H. Liland, 2017). Transocean, på sin side, mente at holdingselskapet i Danmark ikke var opprettet for å unngå norsk kildeskatt. De mente at dersom de måtte betale kildeskatt på utbyttet til Norge, ble de ofre for kjedebeskatning av samme inntekt, det vil si dobbeltbeskatning. Videre argumenterte selskapet for at formålet bak den nordiske skatteavtalen er nettopp å unngå kjedebeskatning innenfor samme eierstruktur.

I saken ble blant annet holdingselskapets opprettelse undersøkt, og retten fant at selskapet var opprettet som et ledd i en omorganisering i Transocean-konsernet og ikke primært for å unngå norsk kildeskatt. Retten mente derfor at formålet ikke var å spare skatt, og en gjennomskjæring kunne ikke benyttes. At utbyttet kun hadde vært i holdingselskapet i 13 dager fant de lite betydelig. Kravet til "beneficial owner" ble også undersøkt, og retten fant at kravet ble oppfylt (Engstrøm et al., 2017). Dersom ikke det danske holdingselskapet var "beneficial owner" av utbyttet, hadde de ikke hatt krav på redusert kildeskatt etter skatteavtalen, og måtte ha svart kildeskatt med 25 prosent til Norge, jf. SSV §3-5. Norge har ikke skatteavtale med Cayman Islands. Det vil si at dersom utbyttet hadde blitt tilordnet direkte til morselskapene på Cayman Islands, måtte morselskapene ha svart kildeskatt til Norge med 25 prosent. Ettersom de ikke kunne foreta gjennomskjæring og i tillegg fant det danske holdingselskapet som virkelig rettighetshaver, kunne ikke utbyttet tilordnes direkte til morselskapet på Cayman Islands. Transocean ble frifunnet på utbyttetiltalen.

I Transocean-dommen ble det uttalt at bestemmelsen om "beneficial owner" ikke fanger opp alle situasjoner av treaty shopping og at det derfor må innarbeides regler mot gjennomstrømmingsselskaper i avtaleteksten. Det er også uttalt at senere internasjonale avtaler mot "Base Erosion and Profit Shifting" - BEPS - ikke er relevant i tolkningen av den nordiske skatteavtalen fra 1997 (Engstrøm et al., 2017). Saken berører mange av de kompliserte spørsmålene innen skatteretten, både nasjonalt og internasjonalt. Det er ingen tvil om at denne saken vil få betydning for fremtidig skattelegging av store selskaper.



**Figur 1:** Utbyttebetaling i Transocean.

## DEL II TEORI

### 2.0 LOB og PPT i skatteavtaler

For å undersøke om implementering av LOB og PPT ville hatt betydning for utfallet av Transocean-dommen, vil det først være nødvendig med en grundig gjennomgang av hva LOB og PPT tar for seg. Som tidligere nevnt, består LOB av både en forenklet og en detaljert versjon. Vi ser nødvendigheten av å forklare begge versjonene av LOB, og i neste avsnitt er begge versjonene tatt i betraktning. Etter en gjennomgang av klausulene vil vi til slutt i teoridelen gi et dypere innblikk i omstruktureringen av Transocean-konsernet samt utbyttesaken Transocean ble tiltalt i.

#### 2.1 Limitations on Benefits (LOB)

LOB er en spesiell omgåelsesregel fordi den spesifikt har til formål å forhindre treaty shopping. LOB-regelen tar sikte på å sørge for tilstrekkelig forbindelse mellom en virksomhet og virksomhetens bostedsstat, og tar blant annet for seg selskapsform, eierskap og virksomhetens generelle aktivitet. Spesielle omgåelsesregler er ofte nyttige og nødvendige, fordi de retter seg mot allerede kjente transaksjonsmønstre (Zimmer, 2016c). LOB-regelen er et sett med objektive tester, hvor skatteyder må innfri minst ett av punktene for å være kvalifisert til å motta fordelene av en skatteavtale. OECD hevder at LOB-regelen allerede har vist

seg å være effektiv i noen land mot flere former for treaty shopping. LOB defineres i OECD MC art. 29 (1) – (7). Når begrepet "person" nevnes i denne sammenhengen refereres det til både juridiske og fysiske personer.

### 2.1.1 Kvalifisert person

#### 2.1.1.1 OECD MC. art. 29 (1)

OECD MC art 29. (1), både forenklet og detaljert versjon, tar for seg begrepet "*qualified person*", og sier at i tillegg til at en person må være "*resident of a Contracting State*" og at mottakeren av utbyttet må være "*beneficial owner*", må de også oppfyllet kravet til å være en kvalifisert person dersom de skal motta fordelene i en skatteavtale (OECD, s. 522).

#### 2.1.1.2 OECD MC. art. 29 (2)

OECD MC art 29. (2) bestemmer hvem som utgjør en kvalifisert person:

- a. Fysiske personer
- b. Statlige enheter
- c. Børsnoterte selskaper
- d. Datterselskaper av børsnoterte selskaper
- e. Ideelle organisasjoner og anerkjente pensjonsfond
- f. Andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap
- g. Enkelte verdipapirfond

##### 2.1.1.2.1 a) Fysiske personer

Det fremgår av både den forenklete og detaljerte versjonen av LOB at en fysisk person refererer til et individ, og er kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse. Det vil si at vanlige aksjeselskaper, som holdingselskaper ofte er, ikke oppfyller dette kravet. I OECDs kommentarer til artikkel 29, er ikke begrepet "fysisk person" nærmere definert. At en fysisk person har rett til skatteavtalebeskyttelse kan sees i sammenheng med at LOB søker å forhindre treaty shopping ved opprettelsen av et gjennomstrømmingsselskap. Ved opprettelsen av et gjennomstrømmingsselskap, vil ikke en fysisk person i seg selv utføre treaty shopping, men selskapet (juridisk



person). Flere av skattelovens bestemmelser om aksjeutbytte gjelder også kun for selskaper. For eksempel kan kun selskaper fritas for skatt på utbytte etter asl. §2-38 (3) og (5). En fysisk person kan derfor være mindre egnet til å utføre denne typen skatteomgåelse, selv om det ikke er umulig (OECD, s. 523).

#### 2.1.1.2.2 b) Statlige enheter

I følge OECD har "*A Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities*" rett til skatteavtalebeskyttelse. Statlige enheter vil i Norge referere til statlige, regionale og kommunale enheter. Etter OECDs kommentarer til artikkel 29 må en statlig enhet være heleid av staten. "*These words apply to any part of a State, such as a separate fund established by the State that does not constitute, and is not owned by, a separate person*" (OECD, s. 523-534). OECD gjør ingen forskjell i vilkårene for statlige enheter når det gjelder den forenklete og detaljerte versjonen.

#### 2.1.1.2.3 c) Børsnoterte selskaper

Børsnoterte selskaper kan også motta skatteavtalebeskyttelse dersom selskapets hovedklasse av aksjer omsettes regelmessig på en eller flere anerkjente børser (OECD, s. 524). Dette fremgår av den forenklete versjonen av LOB.

Etter den detaljerte versjonen av LOB kan selskapet motta skatteavtalebeskyttelse dersom hovedklassen av deres aksjer, og "*any disproportionate class of shares*", har blitt omsatt regelmessig på en eller flere anerkjente børser gjennom hele den skattepliktige perioden på det tidspunktet skattefordelen ble søkt, enten;

- i) ved at hovedklassen av aksjene primært handles på en eller flere anerkjente børser i den avtalestaten selskapet er hjemmehørende; eller,
- ii) ved at selskapets primære sted for ledelse og kontroll er i avtalestaten selskapet er hjemmehørende.

Med "*any disproportionate class of shares*" menes alle ulike aksjeklasser. Hvis selskapet har flere aksjeklasser må alle disse være representert og omsettes regelmessig på en eller flere anerkjente børser (OECD, s. 524-526).

I denne sammenhengen er det viktig at man ikke forveksler uttrykket "effektiv ledelse og kontroll" som er forbundet med begrepet "hjemmehørende", med uttrykket "primært sted for ledelse og kontroll". Forskjellen på disse begrepene kommer vi tilbake til i analysen. Dersom aksjeklassene til børsnoterte selskaper omsettes regelmessig, vil selskapet ha et bredt spekter av aksjonærer og muligheten til å få innflytelse i selskapet vil bli mindre ettersom eierinteressene spres. Slik forhindres børsnoterte selskap i å bli etablert for det formål å gjennomføre treaty shopping. Vilklårene i den detaljerte versjonen er ment for å sikre tilstrekkelig forbindelse mellom virksomheten og virksomhetens bostedsstat. Disse vilklårene vil gjøre det mer krevende for et selskap å gjennomføre treaty shopping. I tillegg er børser strengt regulerte markeder med mye offentlig gjennomsyn, noe som er ugunstig dersom et selskap ønsker å gjennomføre treaty shopping.

#### 2.1.1.2.4 d) Datterselskaper av børsnoterte selskaper

Bestemmelsen for datterselskaper av børsnoterte selskaper går kun frem av den detaljerte versjonen av LOB. Datterselskaper av børsnoterte selskaper kan også være berettiget etter skatteavtalene dersom morselskapet (det børsnoterte selskapet) er kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse etter avsnitt 2.1.1.2.3 c). Datterselskapet trenger derfor hverken å være børsnotert eller annen kvalifisert person etter paragraf 2, men for at datterselskapet skal være kvalifisert, må selskapet enten oppfylle eierskapstesten i) eller kanaliseringstesten ii) nedenfor:

- i) minst 50 prosent av de totale stemmene og kapitalen i datterselskapet (uavhengig av aksjeklasse) må, gjennom hele den skattepliktige perioden på tidspunktet hvor skattefordelen ble søkt, være eid direkte eller indirekte av 5 eller færre børsnoterte selskaper som må være kvalifisert person. Ved indirekte eierskap må mellomliggende eier enten være bosatt i en av avtalestatene eller være "*qualified intermediate owner*", og
- ii) mindre enn 50 prosent av selskapets bruttoinntekt (og mindre enn 50 prosent av "the tested groups" bruttoinntekt, dersom det er en "testet group") er betalt eller påløpt, direkte eller indirekte, i form av betalinger som er fradragsberettiget i den skattepliktige perioden i selskapets hjemmehørende stat, til ikke-kvalifiserte personer som ikke er

hjemmehørende i noen av avtalelandene. Dette gjelder imidlertid ikke fordelene i henhold til artikkel 10 (OECD, s. 527-528).

OECD referer til kvalifisert mellomliggende eier som "*qualified intermediate owner*". For å oppfylle kravet til "*qualified intermediate owner*" må enten selskapet i tredjestaten ha en tilsvarende omfattende skatteavtale med en av statene som skatteavtalebeskyttelse blir søkt fra, eller så må det mellomliggende selskapet oppfylle én av de tre eierskapstestene i d) eller f) av paragraf 2 eller under "*the derivative benefits rule*" av paragraf 4.

#### 2.1.1.2.5 e) Ideelle organisasjoner og anerkjente pensjonsfond

Ideelle organisasjoner kan være berettiget etter skatteavtalen. Med ideelle organisasjoner menes foreninger og stiftelser som ikke har profitt som formål, men som har et allmennyttig formål der profitt benyttes til å drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten (Virke, 2008). I OECDs kommentarer er det uttrykt at en ideell organisasjon er en organisasjon som ikke betaler skatt til staten de er hjemmehørende i, og at de *utelukkende* må drifte og tilby humanistiske og sosiale tjenester til allmennheten. De samme vilkårene gjelder for begge versjonene av LOB.

Anerkjente pensjonsfond kan også være berettiget etter skatteavtalene. Etter OECDs kommentarer er et anerkjent pensjonsfond et fond som behandles som et eget skattesubjekt eller "separat person" etter internretten i ulike land. Kravet er at fondet må være opprettet og drives utelukkende for å administrere og gi pensjonsfordeler til fysiske personer. Investeringsfond kan også være berettiget etter en skatteavtale. Dette er fond som ikke direkte gir pensjonsytelser til enkeltpersoner, men som utelukkende er opprettet og drevet for å investere midler fra anerkjente pensjonsfond (det anerkjente pensjonsfondet må da oppfylle kravene for å være kvalifisert). Et investeringsfond er imidlertid kun berettiget etter skatteavtalene dersom all inntekt stammer fra investeringer for det anerkjente pensjonsfondet. Dersom en stat ønsker den detaljerte versjonen av LOB, oppstiller den et tilleggsvilkår. Mer enn 50 prosent av "*beneficial interests*" (rettigheter til en eierandel av inntekter eller eiendeler) i pensjonsfondet, må holdes av fysiske personer som er hjemmehørende i en stat (OECD, s. 532-535).

#### 2.1.1.2.6 f) Andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap

Både den forenklete og detaljerte versjonen av LOB angir at andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap også kan motta skatteavtalebeskyttelse. For eksempel et aksjeselskap (som ikke er et datterselskap av et børsnotert selskap), kan være berettiget etter en skatteavtale dersom aksjeselskapet er eid direkte eller indirekte av mer enn 50 prosent av kvalifiserte personer etter a) til d) bosatt i staten aksjeselskapet er hjemmehørende. Det vil si at dersom aksjeselskapet er eid av mer enn 50 prosent av for eksempel fysiske personer, statlige enheter og børsnoterte selskaper og datterselskaper av børsnoterte selskaper i samme stat, vil aksjeselskapet også være kvalifisert. Disse må imidlertid ha eid mer enn 50 prosent minst halvparten av dagene i en hvilken som helst ettårsperiode som omfatter tidsperioden da skattefordelen ellers ville bli gitt.

Den detaljerte versjonen av LOB oppstiller i tillegg en to-trinns test som må bestå for at skattefordelen skal kunne benyttes. Det første trinnet i testen er en såkalt eierskapstest og det andre trinnet består av en kanaliseringstest. Begge trinnene i testen må være oppfylt for at testen kan anses som bestått. Eierskapstesten angir at 50 prosent eller mer av de totale stemmene og verdien av de utestående aksjene (med hensyn til eventuelle aksjeklasser) må være eid direkte eller indirekte i tidsrommet hvor den relevante skattefordelen ellers ville vært tildelt og på minst halvparten av dagene i en tolv måneders periode. Ved indirekte eierskap av de utestående aksjene må de mellomliggende eierne være "*qualified intermediate owners*". Kanaliseringstesten kan oppfylles ved at mindre enn 50 prosent av selskapets bruttoinntekt (og mindre enn 50 prosent av "the tested groups" bruttoinntekt, dersom det er en "testet group") for skatteperioden som inkluderer tidsperioden fordelene påberopes, er betalt eller påløpt, direkte eller indirekte, i form av betalinger til ikke-kvalifiserte personer som er fradragsberettiget i skattemessig betydning ved beregning av selskapets skatt i sin bostedsstat (OECD, s. 536).

Med uttrykket "tested group" menes en person som er hjemmehørende i en avtalestat som benytter seg av testen i d) eller f) av paragraf 2 eller paragraf 4 eller 5 for å avgjøre hvorvidt personen er berettiget etter skattefordelen (da sett på som "*tested resident*"), og ethvert selskap og permanent etablert enhet som enten:

- i) ses på som en "tested resident" i et skattesystem som krever at medlemmer av gruppen deler gevinst eller tap; eller
- ii) deler tap med en "tested resident" på bakgrunn av avtale der dette er praksis mellom selskapene.

#### 2.1.1.2.7 g) Enkelte verdipapirfond

Regelen om enkelte verdipapirfond er kun utarbeidet i den detaljerte versjonen av LOB. OECD har utformet en spesifikk regel for enkelte verdipapirfond ettersom slike fond ikke alltid vil bli fanget opp som kvalifisert person etter OECD MC art. 29 (2) nr. 1-6. Blant annet er et verdipapirfond benyttet for investeringsformål og ikke som en aktiv gjennomføring av forretninger som forklart i OECD MC art. 29 (3). Det vil heller ikke møte noen eierskapskrav som nevnt i OECD MC art. 29 (4). Om den enkelte stat velger å implementere en spesifikk regel for verdipapirfond og hvordan regelen eventuelt blir utarbeidet avhenger av skattebehandlingen av slike fond i den enkelte stat. OECD uttrykker videre at den enkelte stat må vurdere de økonomiske karakteristika, inkludert potensialet for treaty shopping, av de ulike verdipapirfondene i staten (OECD, s. 540).

#### 2.1.2 Ikke-kvalifiserte personer

Dersom et selskap ikke oppfyller et av kravene til kvalifisert person, kan de likevel motta fordelene i en skatteavtale dersom selskapet oppfyller et av vilkårene i OECD MC art. 29 (3) – (6).

##### 2.1.2.1 OECD MC art. 29 (3) – «active conduct of a business»

Det fremgår av både den forenklede og detaljerte versjonen av OECD MC art. 29 (3) at en "*resident of a Contracting State*" kan motta fordelene av en skatteavtale i forbindelse med inntekt opptjent i en annen avtalestat. Kravet er at selskapet må ha vært engasjert eller tatt del i en aktiv gjennomføring av forretninger i selskapets hjemstat. Slike forretninger relaterer seg til ledelse og operasjonelle aktiviteter. Inntekten i den andre avtalestaten må stamme fra forretningene selskapet har vært engasjert i eller tatt del i. Når det gjelder utbytte må også aktivitetene til selskapet som utbetaler utbyttet vurderes for å avgjøre hvorvidt utbyttet stammer fra den andre avtalestatens aktivitet i sin hjemstat. OECD uttrykker i sine kommentarer at å motta skatteavtalebeskyttelse i en slik situasjon ikke gir utfordringer knyttet til

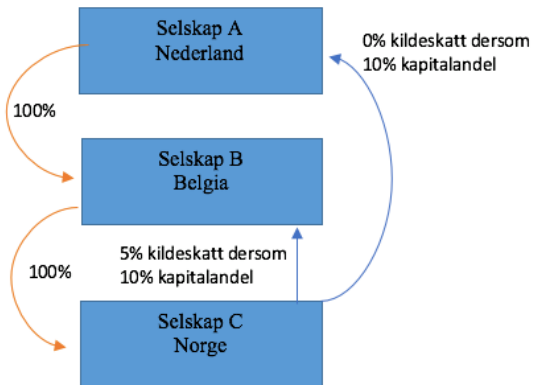
treaty shopping ettersom utbyttet har tilknytning til aktiviteten som faktisk har generert inntekten. Videre angir OECD at holdingselskaper ikke anses som en aktiv gjennomfører av forretninger og vil derfor ikke motta skatteavtalebeskyttelse (OECD, s. 544-545).

#### 2.1.2.2 OECD MC art. 29 (4) – «the derivative benefits rule»

Den forenklete versjonen av OECD MC art. 29 (4) sier at en "*resident of a Contracting State*" som ikke er en kvalifisert person, likevel kan motta fordelene i en skatteavtale dersom minst 75 prosent av aksjene er eid direkte eller indirekte, i tidsrommet hvor den relevante skattefordelen ellers ville vært tildelt, av andre som anses som "*equivalent beneficiary*". Disse må imidlertid ha eid 75 prosent eller mer minst halvparten av dagene i en hvilken som helst ettårsperiode i det relevante tidsrommet. OECD referer til denne regelen som "*the derivative benefits rule*". Den forenklete versjonen av LOB definerer "*equivalent beneficiary*" som personer som ville vært berettiget til tilsvarende eller mer hensiktsmessige fordeler relatert til inntekt i kildestaten, dersom de hadde mottatt den samme inntekten direkte. De tilsvarende eller mer hensiktsmessige fordelene kan være berettiget etter nasjonal lovgivning, denne konvensjonen eller en annen internasjonal avtale. Når det gjelder inntekt som i utbytte, må den potensielle "*equivalent beneficiary*" være et selskap med samme kapital i sitt selskap som i det selskapet som utbetaler utbyttet. Dette er relevant for å sammenligne skattefordelene til utbyttet i henhold til konvensjonen med skattefordelene som den potensielle "*equivalent beneficiary*" ville ha vært berettiget til dersom selskapet hadde mottatt utbyttet direkte (OECD, s. 549-554).

Et eksempel er der selskap C i Norge ønsker å utbetale utbytte til selskap B i Belgia. Dersom selskap B i Belgia skal være kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen, må aksjene i selskapet være eid, direkte eller indirekte, med minst 75 prosent av andre som anses som "*equivalent beneficiaries*". Selskap B i Belgia er eid med mer enn 75 prosent av selskap A i Nederland. For at selskap A i Nederland skal anses som "*equivalent beneficiary*" må det foreligge en tilsvarende eller mer gunstig avtale mellom Norge og Nederland, slik at det er tilsvarende eller mer gunstig å sende utbyttet direkte fra selskap A i Norge til selskap C i Nederland enn indirekte gjennom selskap B i Belgia. Dersom Nederland hadde mottatt det samme utbyttet direkte, ville skatteavtalen mellom Norge og Nederland beskattet utbyttet med 0 prosent. Denne avtalen er derfor mer gunstig enn skattefordelen som

vil oppstå mellom avtalelandene Norge og Belgia. Selskap A i Nederland ville blitt ansett som "*equivalent beneficiary*" og selskap B i Belgia blir kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen.



**Figur 2:** Eksempel der morselskap (selskap A) ville oppfylt kravet til "*equivalent beneficiary*".

En person kan være berettiget til fordeler under den detaljerte versjonen av denne paragrafen dersom den oppfyller eierskapstesten i) og kanaliseringstesten ii) nedenfor:

i) 95 prosent eller mer av de totale stemmene og verdien av de utestående aksjene (og minst 50 prosent av de totale stemmene og verdien av alle de eventuelle ulike aksjeklasser) må være eid direkte eller indirekte i tidsrommet hvor den relevante skattefordelen ellers ville vært tildelt og på minst halvparten av dagene i en tolv måneders periode av syv eller færre personer som er "*equivalent beneficiaries*". Ved indirekte eierskap av de utestående aksjene må de mellomliggende eierne være "*qualified intermediate owner*", og

ii) mindre enn 50 prosent av personens bruttoinntekt (og mindre enn 50 prosent av "the tested groups" bruttoinntekt, dersom det er en "tested group") for skatteperioden som inkluderer tidsperioden fordelingen påberopes, er betalt eller påløpt, direkte eller indirekte, i form av utbetalinger til personer som ikke er "*equivalent beneficiaries*" eller til personer som er "*equivalent beneficiaries*" kun fordi de oppfyller kravene til OECD MC art. 29 (5) som

et multinasjonalt selskaps hovedkvarter (eller tilsvarende bestemmelse som denne).

Den detaljerte versjonen av LOB identifiserer tre forskjellige kategorier av personer som kvalifiserer som "*equivalent beneficiaries*". Med begrepet "*equivalent beneficiary*" menes

(1) en person hjemmehørende i enhver stat (også tredjestat), gitt at

(A) personen hjemmehørende i tredjestaten er berettiget til alle fordelene av en skatteavtale mellom tredjestaten og kildestaten gitt at disse fordelene er betydelig like a), b), c) eller e) av paragraf 2. Et selskap kan også kvalifisere som "*equivalent beneficiary*" under denne kategorien dersom avtalen inneholder bestemmelser som er vesentlig lik bestemmelsen som fremgår av paragraf 5 av denne konvensjonen. Skattefordelen som blir søkt må være relatert til renter eller utbytte utbetalt av et medlem av selskapets multinasjonale konserngruppe. Dersom en enkelt skatteavtale ikke vil inneholde en slik detaljert LOB-bestemmelse, vil heller ikke hovedkvartertesten i paragraf 5 være implementert. I dette tilfellet vil selskapet i tredjestaten kvalifisere som "*equivalent beneficiary*" dersom selskapet i tredjestaten oppfyller en av testene i a), b), c) og e) av paragraf 2 som om de skulle vært implementert i skatteavtalen.

(B) personen hadde mottatt inntekt som referert til i OECD MC art. 10-12 (utbytte, renter og royalties) direkte, gitt at skatteraten som fremgår av nasjonal lovgivning eller annen internasjonal avtale i kildestaten er mindre enn eller tilsvarende lik den skatteraten som er gjeldende i denne konvensjonen. Skatteratene som skal sammenlignes er dermed den skatteraten kildestaten kan pålegge på inntekt betalt til selskapet hvis det kvalifiserer til skatteavtalebeskyttelse, og den skatteraten som kildestaten kan pålegge selskapet dersom det hadde mottatt inntekten direkte. Når det gjelder et selskap som søker skattefordeler med hensyn til utbytte i OECD MC art. 10 og dermed søker skatteavtalebeskyttelse under paragraf 4, skal dette selskapets indirekte kapitalbeholdning av selskapet som utbetaler utbyttet, behandles som en direkte kapitalbeholdning.



(C) Til tross for at en person kan tilfredsstillende A) og B), anses likevel ikke personen som "*equivalent beneficiary*" dersom inntekten (utbytte, renter og royalties) stammer fra en "fiscally transparent entity" (transparent enhet). Dette er fordi slike enheter ikke er egne skattesubjekter. Det er derimot eierne som blir pålagt skatt for inntekt i slike enheter.

(2) en person hjemmehørende i den samme kontraherende staten som den staten selskapet søker skattefordeler fra under paragraf 4 og som er berettiget til alle skattefordelene av denne konvensjonen på grunn av a), b), c) eller e) av paragraf 2, eller når skattefordelen som blir søkt med hensyn til utbytte er utbetalt av et medlem av en multinasjonal konserngruppe som oppfyller kravene i paragraf 5 og dermed er berettiget til en skatterate som er tilsvarende eller mer gunstig enn i paragraf 4.

(3) en person hjemmehørende i en kildestat som er berettiget til alle skattefordelene av denne konvensjonen på bakgrunn av a), b), c), eller e) av paragraf 2, gitt at slike personers eierskap av de samlede stemmene og verdien av aksjene (med hensyn til alle aksjeklasser) i selskapet som søker skattefordelen under paragraf 4, ikke overstiger 25 prosent av de totale stemmene og verdien av selskapet. Under eierskapstesten i subparagraf a) i paragraf 4 kan eierskapet være direkte eller indirekte, men i tilfellet av indirekte eierskap må hver mellomliggende eier være en "*qualified intermediate owner*" som definert i paragraf 7.

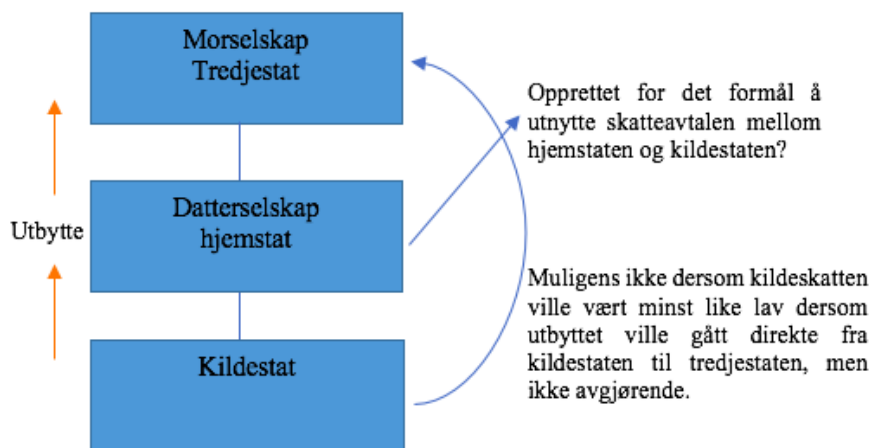
#### *2.1.2.3 OECD MC art. 29 (5) – «headquarters company»*

Denne spesifikke regelen er kun utarbeidet i den detaljerte versjonen av LOB. OECD MC art. 29 (5) angir at et selskap som kan defineres som et multinasjonalt selskaps hovedkvarter og deres direkte og indirekte datterselskap kan motta skatteavtalebeskyttelse i forbindelse med utbytte og rentekostnader innad i det multinasjonale selskapet uavhengig om selskapet er en kvalifisert person. Det er flere krav for når et selskap kan defineres som et hovedkvarter, blant annet bare dersom det multinasjonale selskapets primære ledelse og kontroll er i staten hvor hovedkvarteret er hjemmehørende (OECD, s. 554).

#### *2.1.2.4 OECD MC. art. 29 (6) – «discretionary relief»*

OECD MC art. 29 (6) fremkommer både i den forenklete versjonen og i den detaljerte versjonen. I denne paragrafen oppstiller ikke den detaljerte versjonen tilleggsvilkår eller andre strengere krav, og de to versjonene av denne paragrafen er derfor like. Regelen sier at et selskap som ikke er kvalifisert person etter noen punkter og dermed er nektet skatteavtalebeskyttelse, likevel kan fremlegge en forespørsel for myndighetene om å bli berettiget til skattefordeler. Myndighetene kan i en slik situasjon likevel gi selskapet skatteavtalebeskyttelse dersom selskapet tilfredsstillende at hverken etablering, oppkjøp eller vedlikehold og heller ikke operasjonelle aktiviteter har hatt skattebesparelse som et av hovedformålene. For å bli berettiget til skattefordeler under denne paragrafen må selskapet derfor tilfredsstillende at det var klare ikke-skattemessige forretningsmessige grunner for de nevnte disposisjoner, og at å bli berettiget til en fordel ellers ikke ville vært i strid med formålet og hensikten med denne konvensjonen.

For å avgjøre om selskapet hadde et hovedformål om å oppnå skattefordeler, tar myndighetene typisk hensyn til om selskapet har en ikke-skattemessig tilknytning til bostedsstaten. Dersom for eksempel et datterselskap mottar inntektsstrømmer fra en kildestat og ønsker å sende dette videre som et utbytte til morselskapet, kan det være relevant at kildeskatten (dersom utbyttet gikk direkte fra kildestaten til tredjestaten) ikke er høyere enn kildeskatten som blir pålagt dersom utbyttet blir sendt gjennom datterselskapet. Dette er imidlertid ikke avgjørende for at datterselskapet har en ikke-skattemessig sammenheng med bostedsstaten. På samme måte kan tilknytning eller samhold til traktatsstaten ikke opprettes ved et ønske om å utnytte gunstige nasjonale lover i traktatsstaten.



**Figur 3:** Ikke-skattemessig sammenheng med bostedsstaten.

Skattefordeler etter denne paragrafen vil normalt heller ikke bli gitt dersom skattefordelen resulterer i ingen eller lite beskatning hverken i bostedsstaten eller i kildestaten. På en annen side må ikke nødvendigvis lite eller ingen beskatning være i strid med formålet og hensikten i denne konvensjonen, spesielt ikke i en utbyttesituasjon der personen i den andre staten eier en betydelig del av aksjene i selskapet som utbetaler utbyttet og hvor skatteavtalen, nasjonal lovgivning eller annen avtale presiserer at det skal beskattes lite eller ingenting.

Videre uttrykker OECD at det er umulig å gi en detaljert liste med alle fakta og omstendigheter som er relevant for å få benytte seg av denne paragrafen. Noen av omstendighetene som skal tas i betraktning er imidlertid selskapets historie, struktur, eierskap, operasjonelle omstendigheter, om selskapet har betydelig forretningsvirksomhet, og om selskapet er offer for dobbeltbeskatning. Her skal myndighetene gjøre en skjønnsmessig vurdering (OECD, s. 558). Paragrafen gir myndighetene tillatelse til å utøve skjønnsmessige vurderinger, og så lenge myndighetene utøver denne vurderingen i henhold til kriteriene i denne paragrafen, kan det ikke vurderes hvorvidt avgjørelsen til myndighetene er i strid med denne konvensjonen. Før myndighetene gir eller nekter en skattefordel skal også myndighetene i den andre kontraherende staten konfronteres med situasjonen. Det er imidlertid ikke et krav om at myndighetene i de to statene må være enige om beslutningen.

### 2.1.2.5 OECD MC. art. 29 (7) – «definisjoner»

OECD MC art. 29 (7) består av definisjoner til paragraf 1-6. De enkelte ord og uttrykk som har vært relevant i paragrafene over er derfor forklart med bakgrunn i definisjonene i paragraf 7 (OECD, s. 561-584).

### 2.1.3 OECD MC. art. 29 (8) – «fast driftssted»

Til slutt forsøker OECD MC art. 29 (8) å regulere potensielle misbruk der disposisjoner blir overført til et selskap som har opprettet et fast driftssted i en tredjestat med lite eller ingen skatt, utelukkende for det formål å spare skatt. Denne paragrafen kommer først til anvendelse dersom paragraf 1-7 har gitt skattefordeler og fungerer derfor som en slags sikkerhetsventil.

Denne regelen gjelder *ikke* hvis:

- i) Inntektene har et betydelig skattenivå i staten hvor det faste driftsstedet ligger, eller;
- ii) Inntekten stammer fra eller er avhengig av det aktive engasjementet gjennom det faste driftsstedet. Unntak: Investeringsvirksomhet som ikke utføres av en bank, et forsikringsselskap og en registrert verdipapirhandler (OECD, s. 585).

Begrepet "*fast driftssted*" er viktig i skatteavtalene. Et fast driftssted vil si at selskapet må ha et fast forretningssted som de helt eller delvis driver virksomheten gjennom. Virksomheten må også ha pågått i en tilstrekkelig periode. Eksempler på faste forretningssted er en filial, et sted for ledelse og et kontor (Skatteetaten.no, 2018).

## 2.2 Principal Purposes Test (PPT)

PPT som beskrives i OECD MC art. 29 (9) er et tilskudd til LOB-regelen i paragraf 1-7 og regelen for fast driftssted i paragraf 8. PPT må leses i sammenheng med de ovennevnte paragrafene og begrenser ikke på noen måte omfanget eller anvendelsen av bestemmelsene i de nevnte paragrafene. Kommentarene til paragraf 9 skal derfor ikke brukes til å tolke paragraf 2 til 8 og vice-versa (OECD, s. 588). En generell omgåelsesregel som PPT kan komme til anvendelse på områder som er regulert av spesielle regler, men ikke på de punkter som en spesiell regel som LOB

spesifikt regulerer. Første paragraf sier at paragrafene under, herunder PPT-regelen, kun kommer til anvendelse dersom skattyter er skattemessig hjemmehørende i minst et av landene som har en skatteavtale.

Formuleringen av PPT skal anses som en videreføring av "the guiding principle" i OECDs kommentar 77 til art. 1 (OECD, s. 77). Kommentaren består av to vilkår for å nekte skatteavtalefordeler ut fra omgåelsesbetraktninger. For det første må "*the main purpose*" med transaksjonen være å oppnå en fordelaktig behandling. I følge ordlyden kreves det altså ikke at transaksjonen er fullt eller vesentlig skattemessig motivert. For det andre må en slik fordelaktig behandling være "*contrary to the object and purpose of the relevant provisions*". Her prøver ordlyden å fange opp de traktatreglene som før er forsøkt omgått (for eksempel å sikre en kildestat beskatningsrett til aksjeutbytte), men som det er alminnelig antatt at man også må se an formålet med skatteavtaler overhodet som først og fremst er å forebygge dobbeltbeskatning (Zimmer, 2016a, s. 60).

### 2.2.1 PPT-regelen vs. den norske ulovfestede omgåelsesregelen

PPT-klausulen kan minne om Norges ulovfestede omgåelsesregel (se avsnitt 1.3.5) som også går under navnet gjennomskjæringsregelen. Artikkelen "En sammenligning av gjennomskjæringsregelen og "principal purposes test"" skrevet av Eivind Furuseth sammenligner nettopp disse. Artikkelen viser at reglene på enkelte punkter har betydelige forskjeller. Både betydningen og virkningen av de to regelsettene viser seg å være ulike. For å kunne si noe om forskjeller og likheter mellom den norske ulovfestede omgåelsesnormen og PPT-regelen er det nødvendig å tolke de. Tolkningen av den norske ulovfestede omgåelsesnormen styres av den norske metodelæren, mens tolkning av PPT-regelen styres av Wien-konvensjonen om tolkning av traktater (Furuseth, 2016).

Med tanke på rekkevidde er det forskjell på når den norske omgåelsesregelen vil gjelde og når PPT vil gjelde. Når det gjelder geografisk rekkevidde vil den norske omgåelsesregelen gjelde for norske skatteyttere samt personer eller selskaper som er skattemessig hjemmehørende utenfor Norges grenser, men som er skattepliktig til Norge etter kildeprinsippet i skatteloven §2-3. PPT-regelen gjelder i skatteavtaler. Når det kommer til rettslig rekkevidde er det antatt at den norske

omgåelsesregelen vil gjelde på merverdiavgift. PPT-regelen gjelder ikke på indirekte skatter som for eksempel merverdiavgift.

### 2.2.2 Grunnvilkåret

Grunnvilkåret i den ulovfestede omgåelsesregelen går ut på at det å spare skatt må være "*principal purpose*" med disposisjonen. Den norske omgåelsesregelen sier her at det *hovedsakelige* formålet med disposisjonen må ha vært å spare skatt, jf. Rt. 2006 s. 1232 Telenor avsnitt 47. Ordet hovedsakelig antyder at det må være over 50 prosent, men i avsnitt 49 presiserer høyesterett at hovedsakelig ikke skal forstås som om at det er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt, men at det kreves noe mer; nemlig at skattebesparelse fremstår som den *klart viktigste motivasjonsfaktoren*. Det ser ut som om at det skal mye til for at grunnvilkåret her blir oppfylt.

PPT-regelen derimot, sier at "*one of the principal purposes*" med disposisjonen må ha vært å benytte seg av skatteavtalen. Ut ifra ordlyden kan det tolkes slik at det å spare skatt bare må være en *vesentlig* grunn. Her må en viktig grunn til at disposisjonen ble gjennomført ha vært å dra fordeler av skatteavtalen. Det er ikke nok at det er vurdert å spare skatt ved å benytte seg av skatteavtalen for at grunnvilkåret skal være oppfylt. Det er ikke noe anvisning på hvordan PPT-regelen skal forstås i spørsmålet om hvor stor grad av skattemessig motivasjon som kreves for at den skal komme til anvendelse. I OECDs kommentarer angis det at PPT-regelen er ment å være en videreføring av "the guiding principle", jf. OECD kommentar nr. 77, art. 1 (OECD, s. 77). I guiding principle er det uttalt at "*it should not be lightly assumed*" at skattyter har misbrukt skatteavtalen og at skatteavtalen således skal settes til side. Dette er relevant i tolkningen av "*one of the principal purposes*" i den foreslåtte PPT-regelen (Furuseth, 2016). Ordet "*main purpose*" er benyttet i guiding principle, noe som gjør at det skal tolkes som "*principal purpose*" dersom man skal ta i betraktning at PPT er en videreføring av guiding principle. Det kan derfor være flere hovedformål med transaksjonen, og det er tilstrekkelig at én av disse er å spare skatt.

For å kunne fastslå at grunnvilkåret i den ulovfestede omgåelsesregelen er oppfylt skal det foretas en subjektiv vurdering av hva som har vært skattyters motiv med disposisjonen (tatt ut fra Rt. 2006 s. 1232 Telenor). Selv om det er skattyters

subjektive vurdering som er avgjørende, er det nødvendig for skattyter å ha bevis på den subjektive vurderingen. I noen tilfeller i bevisvurderingen kan det være umulig for domstolene og skattemyndighetene å finne ut av hva skattyter har tenkt uten at det foreligger objektivt bevismateriale som kan underbygge dette. Derfor skal det legges vekt på objektive konstaterbare bevis under omgåelsesnormen. Kommentarene til PPT-regelen foreslår at det også skal legges til grunn en objektiv vurdering av disposisjonen i tillegg til den subjektive vurderingen.

### 2.2.3 Totalvurdering

#### 2.2.3.1 Totalvurdering av den norske ulovfestede omgåelsesnormen

Høyesterett har i Hex-dommen fra 2007 (s. 209) gitt uttrykk for hva som skal anses som gjeldende rett; *"for at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglens formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, jf. Telenor-saken avsnitt 47"*. I totalvurderingen har høyesterett blant annet trukket inn følgende momenter: grad av strid med skattereglens formål, egenverdi, skattyters formål og omstendighetene for øvrig.

Det vektlegges mye i hvor stor grad resultatet av å anvende den aktuelle skatteregelen strider mot skattereglens formål. Det må foreligge en åpenbar motstrid mellom en transaksjons virkninger og formålet med de aktuelle lovbestemmelsene før en gjennomskjæring kan diskuteres, jf. Rt. 1997 Zenith s. 1580. På bakgrunn av mange dommer som har vært oppe til høyesterett er det tvilsomt hvorvidt det er anledning til å legge vekt på et mer overordnet mål i stedet for skattereglens eget formål.

Egenverdi er også en del av totalvurderingen av disposisjonens virkninger. Egenverdien refererer til graden av ikke-skatterettslige sider ved transaksjonen, det vil si sider ved saken som ikke ser ut til å ha blitt gjort for å spare skatt. Jo større grad av ikke-skattemessige virkninger disposisjonen har, jo sterkere grunn er det til å ikke anvende den ulovfestede omgåelsesnormen. Høyesterett har i tidligere

rettspraksis ikke lagt stor vekt på egenverdi. I en treaty shopping situasjon har Høyesterett sett på egenverdien av alle transaksjonene som har blitt gjort. De har kommet frem til at dersom de mellomliggende selskapene som har blitt opprettet er unødvendig for egenverdien, så ser de bort ifra de selskapene og tilordner utbyttet rett til selskapet som sitter igjen med utbyttet til slutt. Dette er fordi det kan se ut til at utbyttet har gått direkte fra selskapet som utdelte utbyttet til selskapet som sitter igjen med det.

Skattyters formål skal først tas stilling til når det vurderes om det hovedsakelige formålet med disposisjonen har vært å spare skatt. Deretter skal den samme vurderingen tas under totalvurderingen når man ser på om det vil stride mot skattereglenes formål å akseptere den skattemessige behandlingen som skattyter har påberopt seg på den aktuelle transaksjonen/arrangementet.

"Omstendighetene for øvrig" er muligens det viktigste momentet under totalvurderingen. Under dette punktet skal det vurderes "i hvilken grad transaksjonen/arrangementet, for å oppnå skatteformålet, er komplisert, kunstig eller unaturlig ut i fra en forretningsmessig o.l. vurdering". Det klare utgangspunktet i skatteretten er at skattyter skal bedømmes ut fra de handlinger og transaksjoner som skattyter faktisk har gjennomført, men dersom skattyter kunne oppnådd det samme, men på en annen måte, skal det mye til for at skattemyndighetene vil anvende omgåelsesnormen og si at det er i strid med skatteavtalens formål å akseptere den løsningen som skattyter faktisk har valgt (Furuseth, 2016).

#### *2.2.3.2 Totalvurderingen under PPT-regelen*

Selv om grunnvilkåret er oppfylt, kan skattyter ha krav på fordelten som følger av skatteavtalen dersom det vil være i overenstemmelse med formålet med den aktuelle skatteavtalebestemmelsen å gi skattyter denne fordelten. For å vurdere om skattyter har krav på redusert kildeskatt etter skatteavtalen må det tas stilling til hva som er formålet bak OECD MC artikkel 10. Deretter må det avgjøres om mottaker av utbyttet kan anses som virkelig rettighetshaver. Dersom skattyter ikke anses som virkelig rettighetshaver har ikke skattyter krav på redusert kildeskatt og det vil ikke være nødvendig å anvende PPT-regelen. Dersom skattyter derimot anses som virkelig rettighetshaver skal det samme formålet som ble brukt for å avgjøre om



skattyter hadde krav på skatteavtalebeskyttelse på nytt brukes i avgjørelsen om PPT-regelen kan anvendes. Det vil si at dersom formålet bak OECD MC art 10 allerede er tatt i betraktning og det er kommet frem til at mottaker av utbyttet er virkelig rettighetshaver, kan det bli vanskelig i neste omgang å konkludere med at å gi redusert kildeskatt strider mot formålet bak OECD MC art. 10 og deretter anvende PPT-regelen. Formålet bak skattebestemmelsene i OECDs artikler 6-21 defineres i kommentar nr. 54 til OECDs artikkel 1 og er det samme, å fremme samhandelen mellom avtalepartene ved å hindre dobbeltbeskatning (OECD, s. 79).

PPT-klausulen har mulighet til å avdekke flere strategier for misbruk av skatteavtaler, men i denne oppgaven avgrenses det til treaty shopping.

## 2.3 Transocean

### 2.3.1 Selskapet

Transocean er en ledende internasjonal leverandør av bore- og riggtjenester innenfor olje og gass. Selskapet spesialiserer seg på teknisk krevende sektorer i den globale offshorevirksomheten. Transocean eier eller har delvis eierandel i 47 flåteenheter (Transocean LTD, 2018b). Selskapet har sin opprinnelse fra midten av 1920-årene som et mindre amerikansk selskap.

### 2.3.2 Konsernets omstrukturering

Transocean har siden 1960-tallet foretatt en rekke fusjoner og oppkjøp (Transocean LTD, 2018a). Selskapet som tidligere het Sonat Deepwater Drilling Inc (SODI), var registrert i Delaware, USA. Dette selskapet kjøpte det norske børsnoterte selskapet Transocean ASA i 1996, og tok det senere av børs. Samtidig opprettet SODI det norske holdingselskapet Transhav AS. Deretter endret morselskapet navn til Transocean Offshore Inc (TOI). TOI var underlagt amerikansk skattelovgivning som amerikansk selskap, selv om selskapet hadde eiendeler både i og utenfor USA. På slutten av 1990-tallet steg inntekter fra virksomheten utenfor USA med 12 prosent, fra 59,5 prosent i 1995 til 71,7 prosent i 1998. Dette kommer frem av konsernets SEC-melding 8. April 1999. Selskapet hadde på dette tidspunktet 31 rigger i virksomhet utenfor USA, hvorav 15 var i Nordsjøen (Engstrøm et al., 2017).

Bedriftsskatten i USA på denne tiden lå på 35 prosent, som var mye i forhold til konkurrentene i andre land. På bakgrunn av dette, samt høye inntekter i land utenfor USA, besluttet selskapet å gjennomføre en strukturell endring i en to-trinns prosess. For å tilpasse seg amerikansk skatt gjennomførte selskapet noe som var veldig vanlig for amerikanske selskaper på denne tiden, såkalt "Tax Inversion". De gjennomførte også en prosess de kalte "TOL-Decontrol".

#### *2.3.2.1 "Tax inversion"*

Det første steget i prosessen var å etablere et eierselskap utenfor USA. Denne prosessen ble kalt "Tax inversion". Dette er en praksis der et selskap flytter sitt juridiske hjemsted til et land med lavere skatt, samtidig som selskapet beholder sin materielle virksomhet i hjemlandet.

TOI opprettet et nytt selskap i Texas de kunne fusjonere med, ettersom lovgivningen i Delaware krevde enstemmighet fra aksjonærene om utflytting av USA. Det fusjonerte selskapet vedtok å konvertere til et nyopprettet selskap på Cayman Islands. Utflyttingen av TOI fra USA til lavskattelandet Cayman Islands – inversion-prosessen – ble slutført i 1999. Konsernets hovedkontor ble værende i Texas. I samme periode fusjonerte også selskapet med Sedco Forex Inc (SFI) i Panama, og morselskapet på Cayman Islands het i en kort periode Transocean Sedco Forex Ltd (TSF).

Utflyttingen av selskapet skjedde ikke som et salg eller ved en avvikling, men ifølge den norske lagmannsretten fulgte de det skattemessige kontinuitetsprinsippet.<sup>2</sup> I utgangspunktet vil utflytting ved bruk av kontinuitetsprinsippet skje skattefritt. Likevel kan det oppstå beskatning av latente gevinster. Transocean ønsket derfor å unngå beskatning på de eiendelene som hadde markedsverdi høyere enn den skattemessige restverdien. Etter amerikansk rett kunne dette skje ved at eiendeler

---

<sup>2</sup> Kontinuitetsprinsippet innebærer at selskapers skatteposisjoner videreføres uendret i de overtakende selskaper. Tilsvarende videreføres også aksjonærenes skatteposisjoner på de nye aksjene.

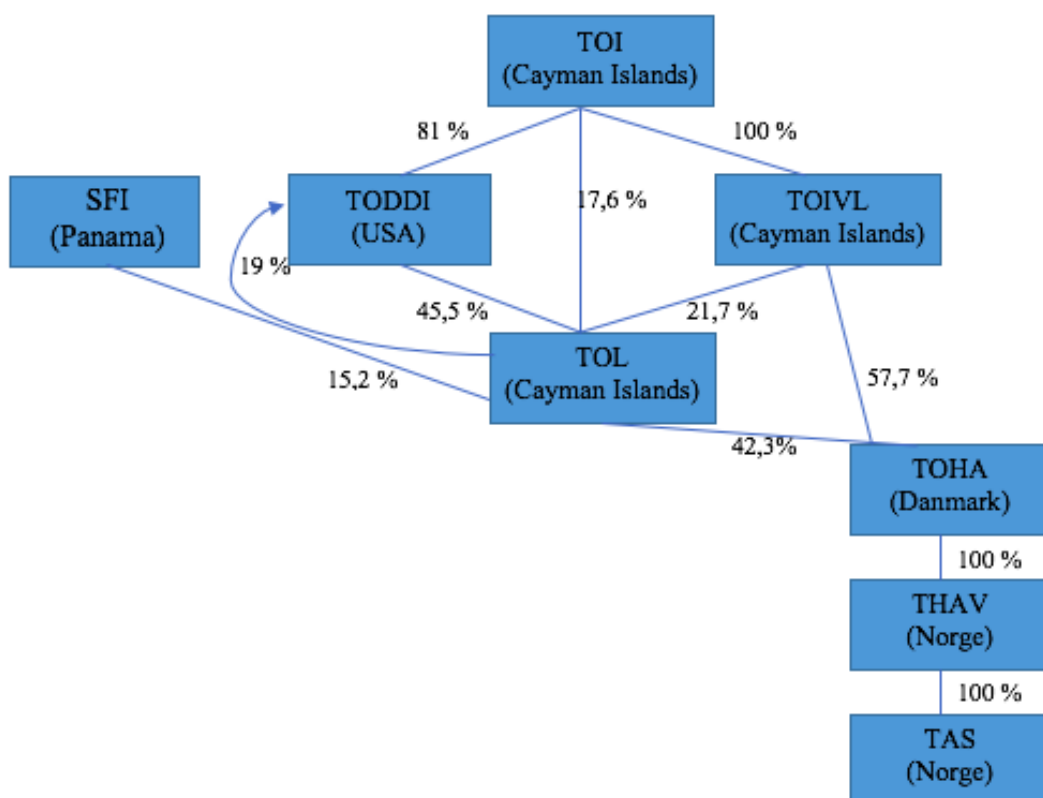
med latent gevinst umiddelbart ble tilbakeført til et amerikansk selskap. TOI stiftet derfor et amerikansk datterselskap av det utflyttede morselskapet, som de kalte Transocean Deepwater Drilling Inc (TODDI). Eiendelene med potensiell gevinst ble skutt inn i dette selskapet.

#### *2.3.2.2 "TOL Decontrol"*

Ettersom det amerikanske datterselskapet TODDI nå hadde eierskap i utenlandske selskaper, var de fortsatt nødt til å skatte til USA på inntekter dersom de utenlandske selskapene var betegnet som "Controlled Foreign Companies" (CFC). Et CFC er et utenlandsk selskap som eies direkte eller indirekte med mer enn 50 prosent av stemmene eller kapitalen av amerikanske aksjonærer. Det andre steget i to-trinns prosessen var derfor å sørge for at TODDI ikke hadde majoritetskontroll over utenlandske eiendeler, spesielt Transocean Offshore Ltd (TOL). TOL var et datterselskap på Cayman Islands som var eid med mer enn 50 prosent av stemmene og kapitalen av TODDI. TOL var derfor betegnet som et CFC. Denne prosessen ble kalt TOL Decontrol-prosessen.

TOL Decontrol-prosessen startet ved at TOL på Cayman Islands utstedte aksjer til konsernspissen TOI også på Cayman Islands. Etter dette var TOL delvis eid av TOI og TODDI (USA). Deretter utstedte TOL aksjer til SFI (Panama), mot oppgjør i aksjer i SFIs datterselskap SFC. Som en del av omstruktureringen ble holdingselskapet Transocean Offshore Holding APS (TOHA) etablert i Danmark og Transocean Offshore International Ventures Ltd (TOIVL) etablert på Cayman Islands. Transocean drev virksomheten i Norge gjennom de norskregistrerte selskapene Transocean AS (TAS) som var heleid av det norske holdingselskapet Transhav AS (THAV). Frem til 20. Januar 2000 var THAV heleid av TOI på Cayman Islands. TOI overførte deretter alle aksjene i THAV som tingsinnskudd i TOHA. THAV var nå heleid av TOHA. Som vederlag mottok TOI aksjer i TOHA. TOI brukte deretter aksjene i TOHA som tingsinnskudd i TOIVL, og TOIVL brukte deler av aksjene i TOHA som tingsinnskudd i TOL (Engstrøm et al., 2017).

TODDI's eierandel i TOL var etter dette redusert. Prosessen ble sluttført i januar 2000, og resultatet var at TOI eide 81 prosent av TODDI, og TODDI's eierskap i TOL var utvannet til 45,5 prosent. TOL kunne ikke lenger karakteriseres som et CFC, og TODDI unnslopp beskatning til USA av de latente gevinstene. Transocean anslo at den umiddelbare skattebesparelsen i USA som følge av TOL-Decontrol-prosessen var rundt NOK 380 millioner.



**Figur 4:** Konsernstruktur etter TOL-Decontrol 27. januar 2000 (Engstrøm et al., 2017).

### 2.3.3 Utbyttesaken

En av de fem tiltalene Økokrim reiste mot Transocean handlet om et utbytteforhold. Økokrim mente Transocean sendte store pengebeløp ut av Norge, via Danmark og videre til Cayman Islands for å unngå beskatning. De tiltalte etter utbyttesaken var tre norske rådgivere samt de to selskapene TOI og TODDI etablert på Cayman Islands.

I 1997 solgte Transhav AS 6 rigger konserninternt til datterselskapet på Cayman Islands. Dette medførte en opphopning av kapital i Transhav AS som konsernledelsen ønsket å føre ut av Norge og opp til morselskapet som den gang het Transocean Sedco Forex Inc (TSF). Beløpet var på NOK 2,6 milliarder.

I 1998 innførte Danmark nye skatteregler for holdingselskaper. Utbytte fra danske holdingselskaper til utenlandske morselskap ble fritatt for kildeskatt. Da den danske ordningen ble innført, besluttet Transocean-konsernet å opprette et anpartsselskap i Danmark. Økokrim mente at dette var for å utnytte de nye danske reglene for holdingselskaper. Det var aldri noen aktivitet i det danske selskapet, og det ble ikke holdt noe styremøte i selskapet før juni 2001 da det ble besluttet å utbetale utbytte til selskapene på Cayman Islands. De nye danske reglene ble etter påtrykk fra EUs finansministre og OECD avvirket av folketinget med virkning fra 1. juli 2001. I Transoceans revisors arbeidspapirer 20. mai 2001 stod det: *"I samarbeid med Klausen og Brask har selskapet besluttet å utdele maks utbytte til morselskapet i Danmark, for at dette skal kunne føres ut av Danmark før 30.06.2001 uten utbytteskatt"*. Transocean hadde generalforsamling 6. juni 2001 hvor de besluttet at en utbetaling av utbytte skulle skje.

Samme dag som generalforsamlingen hadde besluttet at de skulle utbetale utbytte, overførte det norske selskapet THAV et ordinært utbytte på ca. NOK 2,6 milliarder til det danske selskapet TOHA. THAV var 100 prosent eid av TOHA. TOHA var opprettet kort tid før utbetalingen ble besluttet. Den 19. juni 2001, 13 dager etter at TOHA mottok utbyttet fra Norge, videreutdelte TOHA et utbytte av samme størrelse til sine to eierselskaper, TOL og TOIVL, begge hjemmehørende på Cayman Islands. På bakgrunn av den nordiske skatteavtalen ble det ikke trukket kildeskatt på utbytteutdelingen mellom Norge og Danmark. Etter de daværende danske reglene skjedde også utdelingen fra Danmark til Cayman Islands skattefritt. Dette gjorde at det oppstod mistanke om at utbyttet i realiteten var overført fra Norge til Cayman Islands, og at det danske selskapet TOHA kun var benyttet som gjennomstrømmingsselskap. Hadde utbyttet gått direkte fra THAV i Norge til de to selskapene på Cayman Islands, ville beløpet blitt beskattet med 25 prosent kildeskatt, med hjemmel i skatteloven §10-13.

De tiltalte har anført at det i hovedsak er to forhold som taler imot at TOHA ble opprettet for å spare skatt i Norge. Det første er at de aktuelle midlene kunne vært tatt lovlig skattefritt ut av Norge på annen måte ved tilbakebetaling av innskutt kapital og likvidasjon av selskap skattefritt etter skatteloven §10-11 (2). Det andre er at TOHA fylte et nødvendig behov i gjennomføringen av TOL-decontrol-/Tax inversion-prosessen.

I skjemaer for aksjonærbeskatningen, var det opplyst at selskapets aksjonær var det danske selskapet TOHA. Opplysninger om utbytte og trukket kildeskatt i skjemaet var ikke utfylt. Påtalemyndighetene ved Økokrim mente at opplysningene var misvisende og ufullstendige fordi det ikke ble gitt nødvendige opplysninger hvor det fremkom hvem som var virkelig eller endelig rettighetshaver til utbyttet, hvem som hadde reell rådighet over utbyttestrømmen eller hvem som i realiteten endelig mottok midlene. Disse skjemaene var utarbeidet av to av de norske rådgiverne som ble tiltalt i saken for brudd på ligningsloven §12-1. Konklusjon i utbyttesaken ble til slutt at alle de fem tiltalte ble frifunnet.

#### *2.3.3.1 Beneficial owner*

De tyngste vurderingene i dommen ble gjort i tilknytning til hvem som var virkelig rettighetshaver. Begrepet virkelig rettighetshaver er todelt: For det første må personen være rettighetshaver, det vil si ha den juridiske rådighet over det underliggende objekt som tilkommer en eier. Dette må avgjøres etter alminnelige privatrettslige betraktninger. For det andre må personen være den virkelige rettighetshaver. Dette innebærer at han må ha den umiddelbare økonomiske risiko som følger av eierskapet. Etter dette vil personer med svært begrenset rettslig eller faktisk rådighet over det underliggende objekt ikke kunne godtas som virkelig rettighetshaver.

Transocean mente selv at anpartsselskapet i Danmark skulle sees på som virkelig rettighetshaver. For det første hadde TOHA selv insolvensrisikoen. For det andre var det betydelige renter som påløp utbyttet hos TOHA. Den tredje grunnen til at TOHA så på seg selv som virkelig rettighetshaver var at utbyttebeløpet var bokført

i DKK, men skulle utbetales i USD. TOHA hadde derfor en eksponering mot valutaendringer. For det fjerde måtte de selskapsrettslige formalitetene være avgjørende; TOHAs relevante selskapsorganer – styret og generalforsamlingen – hadde den nødvendige formelle autonomi til å fatte en annen beslutning enn den som faktisk ble fattet. I et datterselskap er morselskapet i realiteten alltid generalforsamling, og vil alltid fatte beslutninger som er i morselskapets interesse. TOHA eide alle aksjene i THAV, og TOHA hadde alle rettighetene som følger av eierskap til aksjer, herunder retten til utbytte. Det er slik konsern fungerer. I norsk skatterett aksepteres også rent skattemotiverte holdingselskaper.

Alt dette førte til at retten konkluderte med at TOHA etter OECD art 10 nr. 3 måtte bli ansett som virkelig rettighetshaver. Retten vil særlig peke på at TOHA som selskap var en realitet med selskapsrettelig frihet, ansvar og risiko, og at å styre gangen i utbytteutdelingen må antas å ligge innenfor vanlig konsernstyring. Det tyngste momentet som taler mot konklusjonen er at TOHAs selvstendighet var mer formell enn reell. Generelt anførte de tiltalte at påtalemyndigheten tolket begrepet "virkelig rettighetshaver" alt for snevert.

Retten var av den oppfatning at vurderingen av om TOHA var å anse som virkelig rettighetshaver var en objektiv vurdering. Det var ikke noe rom for å tillegge skattyters subjektive forhold særlig vekt. Retten antok at det rettspraksis og teori gir anvisning på, er at hvis et selskap tilsynelatende ikke har hatt annet formål eller virksomhet enn å være mottaker og videresender av f.eks. et utbytte, så kan dette gi grunnlag for videre undersøkelser. Hvis det kommer frem objektive forhold som tilsier det ene eller det andre resultatet, så er det disse forholdene som er avgjørende, ikke formålet.

#### *2.3.3.2 Hjemmehørende*

Den tredje rådgiveren som det ble tatt ut tiltale mot ble bedt om å vurdere om TOHA ville blitt ansett som hjemmehørende i Danmark etter skatteavtalen mellom Norge og Danmark. I følge OECDs artikkel 4 må man bli ansett som hjemmehørende i

landet som mottar utbyttet for at en skatteavtale skal være gyldig. I denne sammenhengen måtte TOHA bli sett på som hjemmehørende i Danmark for at den nordiske skatteavtalen kunne bli brukt for å unngå kildeskatt. Rådgiveren mente at hovedmotivet med utbytteutdelingen ikke var å spare norsk skatt, men potensiell amerikansk skatt i fremtiden. Tidligere har utenlandsk skattebesparelse vært akseptert som en forretningsgrunn, se for eksempel den Norske Hydro casen, jf. Rt. 2002 s. 456 (Skoghøy, Tjomsland, Rieber-Mohn, Zimmer & Dolva, 2002). Videre mente rådgiveren at utbytteutdelingen kunne uansett blitt gjort gjennom tilbakebetaling av lån i THAV hvis det var norsk skatt det stod om. Han mente også at effektiv kontroll og ledelse hadde hele tiden funnet sted i Danmark. Som tidligere nevnt var det aldri noe aktivitet i selskapet, og det ble ikke holdt noe styremøte i selskapet før det ble besluttet å utbetale utbytte til selskapene på Cayman Islands. Likevel kom retten frem til at TOHA var skatterettslig bosatt i Danmark fordi "*place of effective management*" (effektiv ledelse og kontroll) var i Danmark.

#### 2.3.3.3 Ulovfestet skattemessig gjennomskjæring – subsumsjon

I utbyttesaken ble det reist spørsmål om Norges gjennomskjæringsregel kunne benyttes. Regelens funksjon er i praksis å trekke grensen mellom akseptabel skatteplanlegging og uakseptabel skatteomgåelse, herav om utbytteutdelingen var gjort med formål om å spare norsk skatt. Slik retten ser det kan det ikke legges til grunn at det hovedsakelige formål med å opprette TOHA var å spare norsk skatt. I avsnitt 2.3.2 er det redegjort nærmere for hvordan retten la til grunn at omorganiseringen som Transoceankonsernet ønsket å gjennomføre hadde flere formål. Disse formålene var blant annet å spare skatt i USA (Tax-inversion-prosessen og TOL-decontrol-prosessen - å bringe TOL ut av amerikanske CFC-regler). At skatteformål i relasjon til USA var en viktig faktor bak denne prosessen må i relasjon til norske skatteregler anses som legitimt. Påtalemyndighetene mente at THAV, i TOL-decontrol-prosessen, kunne fylt samme formål som TOHA, og at opprettelsen av et mellomliggende selskap derfor ikke var nødvendig.

Som det er redegjort for ovenfor, er det sannsynliggjort at det vesentlige av det utbetalte utbyttet kunne vært tatt skattefritt ut av Norge på annen legal måte. Etter rettens syn underbygger dette at TOHA hadde et formål som gikk ut over å få midlene skattefritt ut av Norge. Dette igjen tilsier at det ikke er grunnlag for ulovfestet skattemessig gjennomskjæring.



Det ble også nevnt at det må anses godtgjort av TOHA, i den relevante perioden, at det ble vurdert benyttet i en større sammenheng. Dette ble det ikke noe av. Det hadde blitt bestemt at holdingselskapet for den europeiske virksomheten skulle ligge i Danmark. Dette skyldte dels at Danmark var medlem av EU og dels at Danmark hadde et skatteregime som på dette tidspunkt var mer gunstig enn det som fantes i de fleste andre europeiske land. Markedet for offshore-industrien utviklet seg imidlertid ikke som forventet, og i løpet av år 2000 ble framtidsutsiktene generelt dårligere, noe som også fikk konsekvenser for planene for Transocean-konsernets virksomhet i Europa. Aktiviteten i TOHA ble derfor langt mer begrenset enn opprinnelig planlagt. Det som imidlertid er poenget er at også dette tilsier at TOHA var tiltenkt en funksjon som gikk ut over å være et rent instrument for gjennomstrømning av utbytte fra THAV. Også dette måtte tillegges vekt som et forhold som taler imot gjennomskjæringen.

Den ulovfestede gjennomskjæringsregelen må anvendes med forsiktighet når den brukes i sammenheng med en skatteavtale, særlig når skatteavtalen inneholder en "lex specialis". Retten fant ikke grunn til å gå detaljert inn på hvorvidt en intern norsk gjennomskjæringsregel kunne benyttes i et tilfelle som går klar av en skatteavtale, og hvor nasjonal gjennomskjæring ikke er regulert i avtalen. Dette problemet er ikke eksplisitt regulert i OECD MC, og heller ikke klart løst i kommentarene. Men kommentarene synes flere steder å forutsette at en skatteavtale i utgangspunktet ikke avskjærer en avtalestat fra å benytte en internrettslig gjennomskjæringsregel. Retten kom frem til at det ikke forelå grunnlag for en ulovfestet skattemessig gjennomskjæring.

#### *2.3.3.4 Reelt etablert*

Fritaksmetoden og kravet til "reelt etablert" var ikke lovgitt da Transocean-dommen var oppe til domstolene. Hvis man ser nærmere på reelt etablert regelen i forhold til om Danmark var reelt etablert, er det mulig å komme frem til at dette kunne ha vært avgjørende i denne situasjonen. Dette blir for omfattende å se på i vår masteroppgave, og vi kommer derfor til å utelukke denne paragrafen i vår analyse.

## DEL III ANALYSE

### 3.0 Skatteavtalebeskyttelse

I denne delen av oppgaven vil vi anvende LOB- og PPT-klausulene på utbytteforholdet Transocean ble tiltalt for. Vi forsøker å finne svar på om klausulene ville hatt betydning for utfallet av dommen, og hvordan effekt de vil ha i fremtiden.

#### 3.1 Skattyter må ha krav på skatteavtalebeskyttelse

Vurderingen av begrepene "*hjemmehørende*" og "*virkelig rettighetshaver*" vil ikke forsvinne selv om nye klausuler blir implementert i skatteavtalene. Et absolutt krav for å motta skatteavtalebeskyttelse er fortsatt at selskapene må være hjemmehørende i avtalestatene, og for å motta redusert kildeskatt på utbytte er det fortsatt et krav om at mottaker må være virkelig rettighetshaver. Disse vurderingene må tas uavhengig av LOB- og PPT-klausulene. LOB- og PPT-klausulene kommer derfor kun til anvendelse dersom skattyter allerede har krav på skatteavtalebeskyttelse. I Transocean-dommen var dette de tyngste vurderingene som ble gjort. I analysen vil det ikke spekuleres i om Transocean-selskapet i Danmark virkelig var hjemmehørende eller om de faktisk var virkelig rettighetshaver av utbyttet. Det tas utgangspunkt i dommen, der retten kom frem til at selskapet ble ansett som hjemmehørende i Danmark og at de var virkelig rettighetshaver av utbyttet. Etersom begrepet virkelig rettighetshaver er vagt definert og ikke plukker opp alle tilfeller av treaty shopping, vil det derfor presenteres en analyse der vi forsøker å finne svar på om LOB- og PPT-klausulene kan begrense skattefordeler som begrepet virkelig rettighetshaver ikke gjør. Videre tar vi i analysen utgangspunkt i at LOB- og PPT-klausuler blir implementert i den nordiske skatteavtalen.

#### 3.2 Limitations on Benefits

##### 3.2.1 TOHA som kvalifisert person

Det første spørsmålet er om LOB-klausulen ville begrenset skattefordelen Transocean fikk av den nordiske skatteavtalen. Den tyngste vurderingen i dommen var hvorvidt det mellomliggende Transocean-selskapet var hjemmehørende i Danmark og ikke minst om de var virkelig rettighetshaver av utbyttet de mottok fra

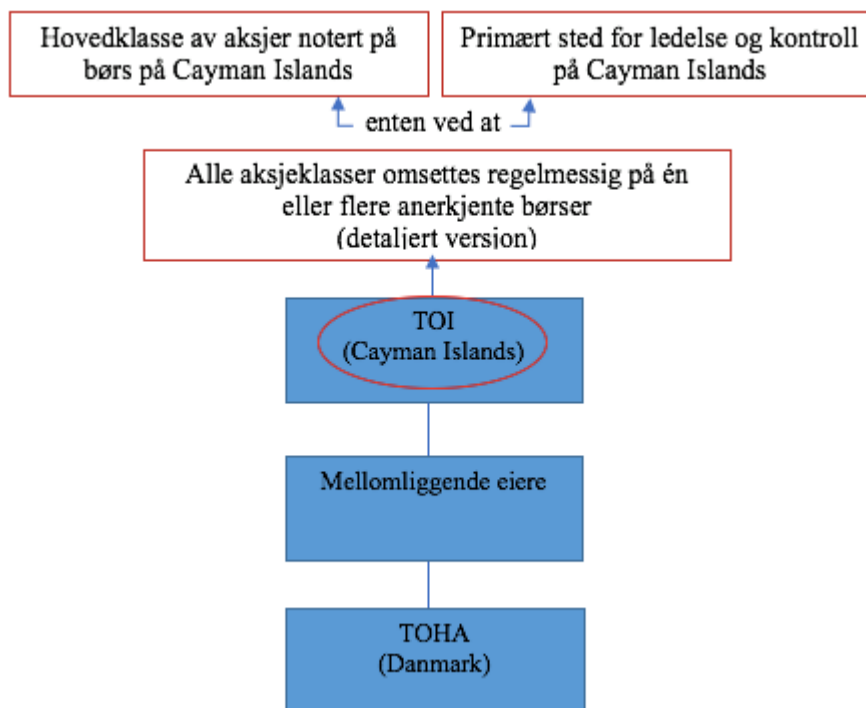
Norge. I følge LOB-klausulen måtte selskapet i Danmark ha vært kvalifisert person for å motta skattefordelen av den nordiske skatteavtalen. Det er tydelig at det mellomliggende selskapet i Danmark, TOHA, ikke er kvalifisert til skatteavtalebeskyttelse som en fysisk person, en statlig enhet, en ideell organisasjon/et anerkjent pensjonsfond, et børsnotert selskap eller et verdipapirfond etter OECDs artikkel 29 (2). Disse er derfor ikke analysert i vår oppgave. Selskapet kan derimot være kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap, eller som annen enhet som oppfyller visse krav til eierskap. Dersom TOHA ikke kan anses som kvalifisert person, er det derimot mulig at TOHA likevel kan motta skatteavtalebeskyttelse dersom selskapet oppfyller noen av kravene for ikke-kvalifiserte personer.

#### *3.2.1.1 d) Datterselskap av børsnotert selskap*

Kan TOHA anses som kvalifisert person som datterselskap av et eller flere børsnoterte selskap?

##### *3.2.1.1.1 Morselskapet TOI må være kvalifisert*

Dersom TOHA skal være kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap, må først og fremst morselskapet være kvalifisert person som børsnotert selskap etter avsnitt 2.1.1.2.3 c). Morselskapet TOI som den gang var hjemmehørende på Cayman Islands, er børsnotert på New York Stock Exchange (NYSE) og deres hovedklasse av aksjer omsettes regelmessig. Eierinteressene i selskapet er derfor godt spredt. Alle aksjeklasser må omsettes regelmessig på én eller flere anerkjente børser. TOI hadde kun én aksjeklasse på det aktuelle tidspunktet. Hovedklassen av aksjer var notert på NYSE, og ikke på børs på Cayman Islands. Dette gjør at TOI ikke oppfyller det første alternativet for å være kvalifisert person som børsnotert selskap. Det avgjørende for at TOI er kvalifisert person som børsnotert selskap etter den detaljerte versjonen av LOB er derfor om det andre alternativet oppfylles, det vil si om det "primære stedet for ledelse og kontroll" fant sted på Cayman Islands.



**Figur 5:** Vilkår for at TOI skal oppfylle kravene til kvalifisert person som børsnotert selskap etter den detaljerte versjonen av LOB.

OECD uttrykker at "*primary place of management and control*" ikke må forveksles med uttrykket "*place of effective management*" (OECD, s. 580). Det betyr at det primære stedet for ledelse og kontroll ikke må forveksles med begrepet effektiv ledelse og kontroll. Begrepet effektiv ledelse og kontroll har i skatteavtalene sammenheng med begrepet hjemmehørende, og i Norge har effektiv ledelse og kontroll tradisjonelt vært avgjørende for om et selskap er hjemmehørende her. Videre har beslutninger på styrenivå vært avgjørende for hvor den effektive ledelsen og kontrollen utøves. OECD referer til begrepet "*primært sted for ledelse og kontroll*" som stedet der det daglige ansvaret for ledelse av selskapet eller enheten (og det direkte og indirekte datterselskaper) utøves. Videre uttrykker OECD at et selskap eller enhets primære sted for ledelse og kontroll er i den staten hvor selskapet er hjemmehørende kun dersom:

- i) Selskapet eller enhetens "*executive officers*" og "*senior management employees*" utøver det daglige ansvaret for den strategiske, finansielle og operasjonelle beslutningsprosessen for selskapet eller enheten og dets

direkte og indirekte datterselskaper, og disse personene og deres ansatte gjennomfører det daglige arbeidet som er nødvendig for å forberede og ta de avgjørelsene, mer i denne staten enn i noen annen stat, og

ii) Slike "*executive officers*" og "*senior management employees*" utøver det daglige ansvaret for den strategiske, finansielle og operasjonelle beslutningsprosessen for selskapet eller enheten og dets direkte og indirekte datterselskaper, og disse personene og deres ansatte gjennomfører det daglige arbeidet som er nødvendig for å forberede og ta de avgjørelsene, mer enn "*executive officers*" og "*senior management employees*" og deres ansatte i andre selskaper eller enheter.

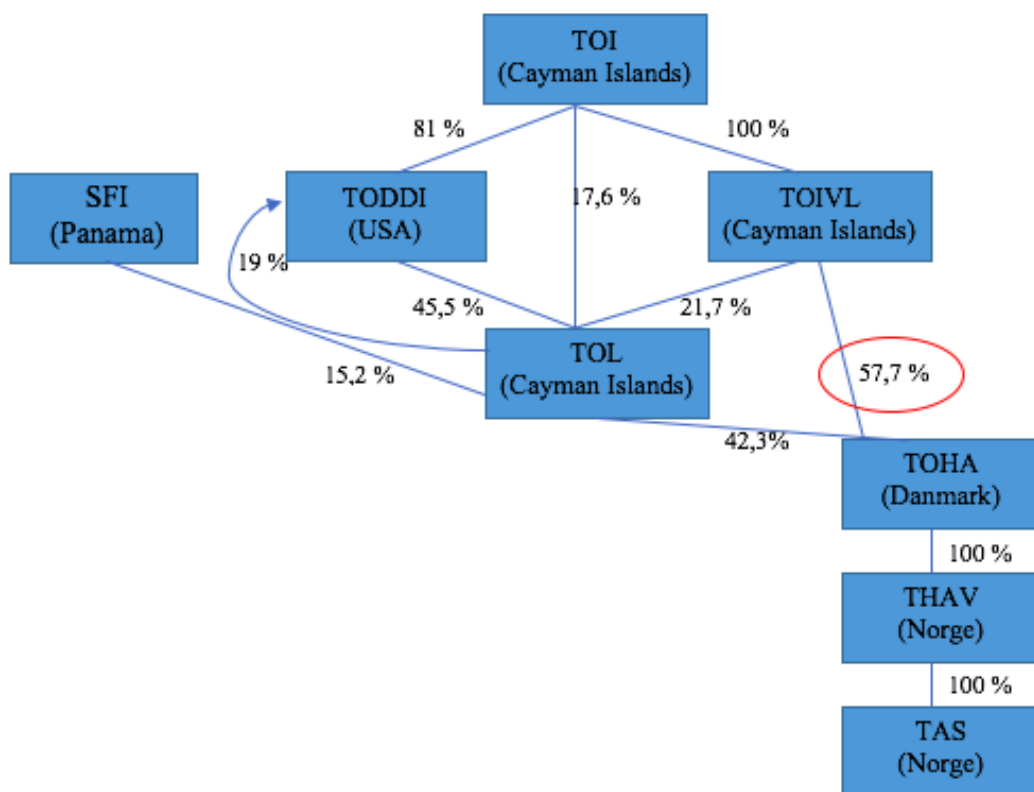
Dette alternative vilkåret forsøker ikke bare å knytte opp den daglige aktiviteten i selskapet med selskapets bostedstad, men det knytter også opp de relevante ansatte både med selskapet og selskapets bostedstad. I de fleste situasjoner vil også en nødvendig betingelse (men ikke en tilstrekkelig) være at konsernsjefen og andre ansatte i ledelsen er i staten hvor selskapet er hjemmehørende.

Dersom det primære stedet for ledelse og kontroll ikke finner sted i TOI på Cayman Islands, vil ikke TOI være kvalifisert som børsnotert selskap. I dette tilfellet vil TOHA ikke under noen omstendigheter være kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap. Analysen av om TOHA oppfyller dette kravet ville i dette tilfellet derfor ha stoppet her.

Dersom det konkluderes med at det primære stedet for ledelse og kontroll fant sted på Cayman Islands, vil TOI oppfylle kravene til kvalifisert person som børsnotert selskap. I dette tilfellet kan TOHA kvalifiseres som datterselskap av børsnotert selskap dersom TOHA oppfyller videre krav for å motta skatteavtalebeskyttelse.

## 3.2.1.1.2 Videre krav

For at TOHA skal være kvalifisert person som datterselskap må minst 50 prosent av de totale stemmene og kapitalen i TOHA være eid direkte eller indirekte, på det aktuelle tidspunktet, av fem eller færre børsnoterte Transocean-selskap som må være kvalifisert person. På tidspunktet for utbyttebetalingen var TOHA eid til sammen 100 prosent av TOL og TOIVL, som igjen var eid av TOI på Cayman Islands. På tidspunktet for utbytteutbetalingen var TOHA eid med 57,7 prosent av TOIVL, som igjen var heleid av TOI (se figur 6 under). Det vil si at TOIVL alene bidrar til at TOHA oppfyller eierskapskravet ettersom de er indirekte eid med mer enn 50 prosent av TOI.



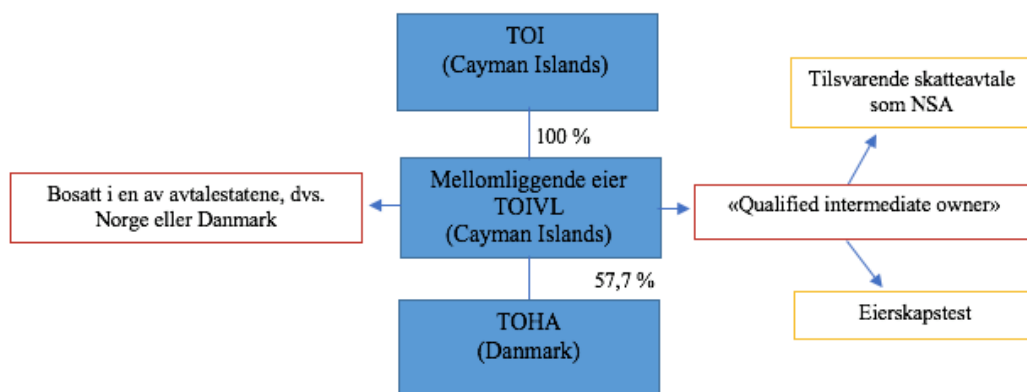
**Figur 6:** TOI er indirekte eier av TOHA med mer enn 50 prosent gjennom TOIVL alene.

Ved indirekte eierskap må mellomliggende eier enten være bosatt i en av avtalestatene, eller så må mellomliggende eier ansees som "*qualified intermediate owner*". Et slikt tilleggsvilkår bidrar til å forhindre at et selskap i en tredjestat utnytter skatteavtalen mellom to andre stater. Den mellomliggende eieren av

TOHA, deriblant TOIVL, er hjemmehørende på Cayman Islands, og oppfyller derfor ikke kravet om å være bosatt i en av avtalestatene Norge eller Danmark.

Det avgjørende blir derfor om TOIVL kan ansees som "*qualified intermediate owner*". Et mellomliggende selskap er ifølge OECD "*qualified intermediate owner*" dersom enten:

- i) Selskapet i tredjestaten har en tilsvarende omfattende skatteavtale med en av statene som skatteavtalebeskyttelse blir søkt fra, eller
- ii) Selskapet i staten det er hjemmehørende i oppfyller én av eierskapstestene i d) eller f) av paragraf 2 eller under "*the derivative benefits rule*" av paragraf 4.



**Figur 7:** Alternative krav som må oppfylles av TOIVL (indirekte eierskap) for at TOHA skal være kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap.

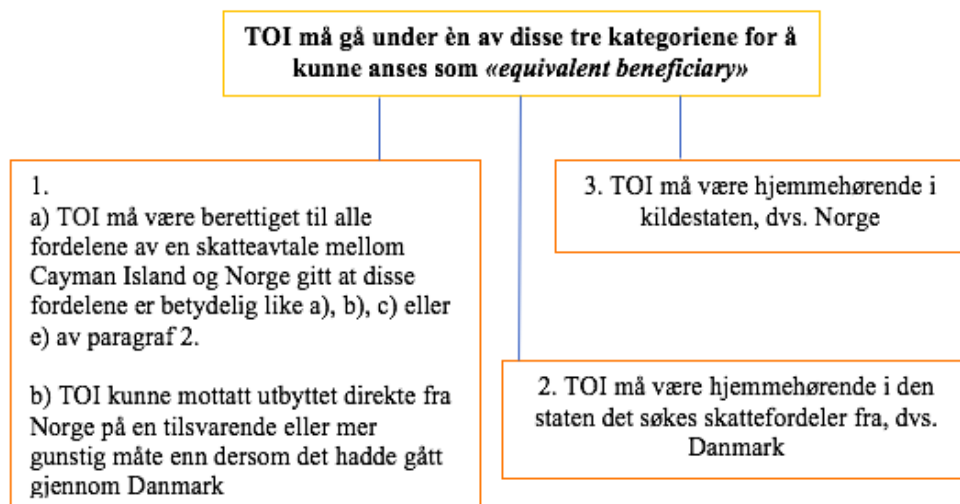
Det betyr at dersom TOIVL skal oppfylle kravet til "*qualified intermediate owner*" etter det første alternativet, måtte Cayman Islands ha en tilsvarende skatteavtale som den nordiske skatteavtalen med Danmark. På tidspunktet for utbyttebetalingen hadde ikke Danmark skatteavtale med Cayman Islands, og TOIVL vil derfor ikke oppfylle kravet som "*qualified intermediate owner*" etter alternativet i i).

Likevel har TOIVL fortsatt mulighet til å bli ansett som "*qualified intermediate owner*" etter ii) dersom TOIVL består én av tre eierskapstester;

1. eierskapstesten er den samme som i d) av paragraf 2 som gjelder for datterselskaper av børsnoterte selskaper. I denne eierskapstesten må minst 50 prosent av de totale stemmene og kapitalen i TOIVL være eid direkte eller indirekte av 5 eller færre børsnoterte Transocean-selskap som må være kvalifisert person.
2. eierskapstesten er den samme som i f) av paragraf 2 som gjelder andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap og krever at TOIVL er eid direkte eller indirekte med mer enn 50 prosent av kvalifiserte personer bosatt i samme stat.
3. den siste eierskapstesten det henvises til er den såkalte "*derivative benefits rule*", som krever at minst 75 prosent av aksjene i TOIVL er eid direkte eller indirekte av andre som anses som "*equivalent beneficiaries*". Aksjene må ha vært eid minst halvparten av dagene i en hvilken som helst ettårsperiode som omfatter tidspunktet for utbyttebetalingen.

Den første eierskapstesten er bestått ettersom det børsnoterte morselskapet TOI på Cayman Islands er direkte eier av 100 prosent av aksjene i TOIVL. Den andre eierskapstesten er også oppfylt, ettersom både TOIVL og TOI er hjemmehørende på Cayman Islands, som vil si samme stat. For å avgjøre den siste eierskapstesten må TOI, som er eieren av den mellomliggende eieren TOIVL være "*equivalent beneficiary*". TOI kan oppfylle kravet til "*equivalent beneficiary*" på tre måter (se figuren under).





**Figur 8:** Én av tre kategorier TOI må gå under for å anses som "*equivalent beneficiary*".

1.

a) Cayman Islands og Norge har ikke skatteavtale. TOI kan derfor ikke være berettiget etter fordelene i hverken a), b), c) eller e) av paragraf 2. TOI kan heller ikke anses som konsernets hovedkvarter, da dette ble værende i Texas, USA etter konsernets omstrukturering. TOI er dermed ikke "*equivalent beneficiary*" etter a).

b) Dersom utbyttet hadde gått direkte fra kildestaten Norge til TOI, hadde det blitt pålagt 25 prosent kildeskatt. Det ville dermed ikke vært mer gunstig å sende utbyttet direkte enn mellom skatteavtalelandene. TOI vil derfor ikke fanges opp av b).

c) TOI vil ikke bli ansett som "*equivalent beneficiary*" etter a) og b). Denne kommer derfor ikke til anvendelse.

2.

TOI er ikke hjemmehørende i den samme kontraherende staten som den staten de søker skattefordeler fra. TOI søker ikke skattefordeler under paragraf 4, og er derfor heller ikke berettiget etter noen av skattefordelene under a), b), c) eller e) av paragraf 2. Det er TOHA som søker skatteavtalebeskyttelse og de er hjemmehørende i Danmark.

3.

Her må TOI være hjemmehørende i kildestaten for å kunne gå under definisjonen. TOI er ikke hjemmehørende i kildestaten Norge, men på Cayman Islands.

TOI kan ikke anses som "*equivalent beneficiary*" etter de tre kategoriene, og oppfyller derfor ikke den tredje eierskapstesten "*derivative benefits rule*". Likevel må TOIVL bare oppfylle én av tre eierskapstester for å anses som "*qualified intermediate owner*". TOIVL oppfyller de to første eierskapstestene og kan derfor anses som

For å oppfylle kravet til kvalifisert person under d) "datterselskaper av børsnotert selskap" må man enten oppfylle kanaliseringstesten eller eierskapstesten. Kanaliseringstesten i d) gjelder ikke for fordelene i henhold til artikkel 10. Som nevnt over kan TOIVL anses som "*qualified intermediate owner*" under eierskapstesten i d). Det vil si at TOIVL oppfyller kravet som datterselskap av børsnotert selskap etter eierskapstesten i d).

Det er ingen tvil om hva som avgjør om TOHA bli kvalifisert person etter d). Dersom "*primary place of management and control*" fant sted på Cayman Islands, ville TOHA vært kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap. Dersom "*primary place of management and control*" derimot ikke fant sted på Cayman Islands, ville ikke TOHA vært kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap.

Likevel er det mest nærliggende å tro at Cayman Islands ikke var det primære stedet for ledelse og kontroll ettersom kravet er at "*executive officers*" og "*senior management employees*" i Transocean måtte utøve mer av det daglige ansvaret for den strategiske, finansielle og operasjonelle beslutningsprosessen knyttet til utbyttet i Norge på Cayman Islands, enn hva det ble gjort i de andre selskapene i konsernet. Dersom dette hadde vært utfallet, ville TOHA ikke vært kvalifisert person etter d) av paragraf 2 og ikke hatt rett på skatteavtalebeskyttelse.

### *3.2.1.2 f) Andre enheter som oppfyller visse krav til eierskap*

Oppfyller TOHA visse krav til eierskap? Etter avsnitt 2.1.1.2.6 f) er det mulig å oppnå skatteavtalebeskyttelse dersom TOHA oppfyller visse krav til eierskap. Kravet er at TOHA må være eid direkte eller indirekte med mer enn 50 prosent av kvalifiserte personer bosatt i samme stat. TOHA er ikke eid av noen Transocean-selskaper i samme stat som seg selv, Danmark. Dette fører til at de ikke oppfyller kravet til kvalifisert person under visse krav til eierskap. Det er dermed ikke nødvendig å vurdere hvorvidt TOHA oppfyller tilleggskravene i den detaljerte versjonen av denne paragrafen.

### *3.2.2 Unntak fra paragraf 2: Ikke-kvalifiserte personer*

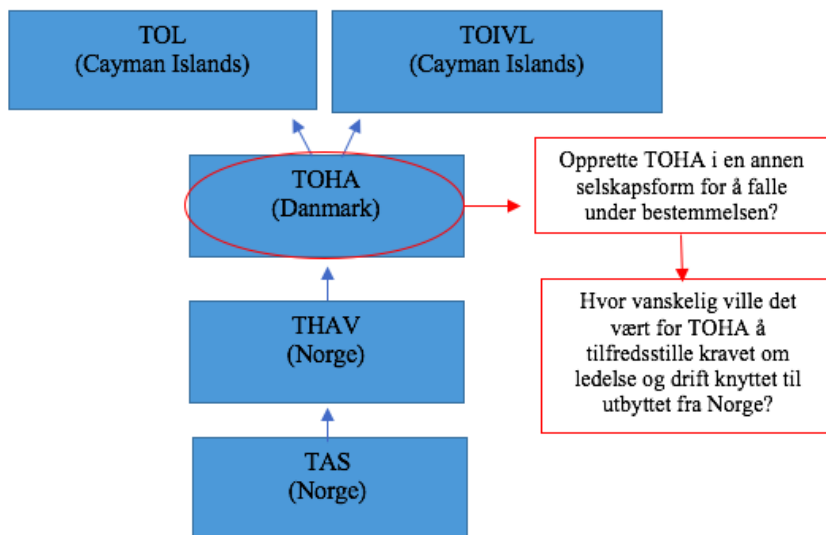
Dersom TOHA ikke oppfyller et av kravene til å være kvalifisert person, inneholder paragraf 3 til 6 unntak som kan gjøre at de likevel mottar fordelene i skatteavtalen.

#### *3.2.2.1 OECD MC art. 29 (3) – «active conduct of a business»*

I følge den forenklete og detaljerte versjonen av OECD MC art. 29 (3) kan TOHA motta fordelene dersom TOHA er engasjert i den aktive gjennomføringen av forretningene, uavhengig av om selskapet anses som kvalifisert person. TOHA må ha tatt del i forretningene som har generert den inntekten som gjør at THAV kan utbetale utbyttet. Den aktive gjennomføringen av forretningene relaterer seg til ledelse og operasjonelle aktiviteter tilknyttet inntekten. Inntekten som gjorde at THAV hadde mulighet til å utbetale utbyttet kom fra salget av riggene. TOHA i Danmark var på salgstidspunktet ikke etablert i Danmark. TOHA i Danmark ble etablert i forbindelse med omstrukturingsprosessen til Transocean-konsernet som fant sted på et senere tidspunkt. Transocean hadde i utgangspunktet under omstruktureringen en plan om at TOHA skulle være en del av en større forretningsmessig betydning, men det var aldri noen aktivitet i TOHA før generalforsamlingen som omhandlet utbytteutdelingen. I senere tid viste det seg at TOHA endte opp med å bli avviklet etter utbyttet var sendt igjennom Danmark. Uansett aktivitet eller ikke, angir kommentarene til OECD at dette unntaket ikke gjelder for holdingselskaper, jf. §3 bokstav a (ii) (OECD, s. 546). TOHA som holdingselskap ville derfor ikke kunne ha blitt omfattet av unntaket i paragraf 3.

I denne situasjonen er det tydelig at TOHA ikke kan berettiges til fordeler, ettersom selskapet er et holdingselskap. Bestemmelsen er effektiv mot såkalte "tomme holdingselskaper", men spørsmålet her blir om TOHA, hvis det på dette tidspunktet var implementert en LOB-bestemmelse som sa at holdingselskaper ikke kunne oppnå en skattefordel, hadde opprettet TOHA som et annet type selskap enn holdingselskap. Da er spørsmålet om det blir vanskelig for TOHA å oppfylle vilkåret om ledelse og drift tilknyttet inntekten som genererte utbyttet fra Norge. Her oppstår det mest sannsynlig ulike måter å tolke vilkåret på. OECD gir ingen andre svar enn at aktivitetene må relatere seg til ledelse og drift, og at dette må tilknyttes inntekten. Noen kan legge mindre vekt på drift og ledelse i selskapet enn hva OECD har ment i utarbeidelsen av bestemmelsen. I tillegg kan noen legge mer vekt på kravet om ledelse enn kravet om drift og vice-versa. Her kan det derfor oppstå en diskusjon om i hvor stor grad drift og ledelse skal vektlegges. Det kan derfor tenkes at paragrafen kan gi skatteavtalebeskyttelse i mange situasjoner hvor skatteavtalebeskyttelse ellers ville blitt benektet.

Denne bestemmelsen ville mest sannsynlig ikke hatt så stor effekt på TOHA som regelen er ment som. I en skatteplanleggingsprosess er det mulig å tro at Transocean ville ha opprettet en annet selskap enn holdingselskap i Danmark. Likevel vil TOHA miste andre skattefordeler som de ellers ville fått ved å drifte gjennom et holdingselskap. Hvis et konsern hadde prøvd seg på skatteplanlegging, tror vi ikke at vilkåret om drift og ledelse hadde vært vanskelig å oppfylle. Det resulterer i at skatteavtalebeskyttelse ikke ville vært vanskelig å oppnå under denne paragrafen og det kan tenkes at bestemmelsen åpner for skatteplanlegging.



**Figur 9:** OECD MC art. 29 (3) kan åpne for skatteplanlegging

### 3.2.2.2 OECD MC art. 29 (4) – «the derivative benefits rule»

Dersom TOHA ikke er kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap, sier OECD MC art. 29 (4) at en "resident of a Contracting State" som ikke er en kvalifisert person, likevel kan motta fordelene i en skatteavtale.

Den forenklete versjonen angir at TOHA kan motta fordelene dersom minst 75 prosent av aksjene er eid direkte eller indirekte av andre som er "equivalent beneficiaries". TOI eier indirekte mer enn 75 prosent av TOHA. Spørsmålet blir derfor om TOI kan anses som "equivalent beneficiary". For å anses som "equivalent beneficiary" måtte TOI ha vært berettiget til tilsvarende eller mer hensiktsmessige fordeler enn den nordiske skatteavtalen dersom de hadde mottatt utbyttet direkte fra Norge (se eksempel i avsnitt 2.1.2.2). Norge og Cayman Islands har ikke skatteavtale, og utbyttet ville derfor blitt beskattet med 25 prosent kildeskatt. TOI er dermed ikke berettiget til en tilsvarende eller mer gunstig fordel enn den nordiske skatteavtalen dersom utbyttet hadde blitt sendt direkte fra Norge til Cayman Islands. TOI kan ikke anses som "equivalent beneficiary" og TOHA ville derfor ikke ha krav på redusert kildeskatt etter unntaket i den forenklete versjonen av paragraf 4.

For at TOHA skal bli berettiget til skattefordeler etter den detaljerte versjonen av denne paragrafen, må TOHA bestå to tester:

- i) TOHA må være eid indirekte eller direkte med 95 prosent av de totale stemmene og verdien av de utestående aksjene av syv eller færre Transocean-selskapet som er "*equivalent beneficiaries*". TOHA er indirekte og direkte eid med 100 prosent av fem andre Transocean-selskaper. Videre må disse selskapene anses som "*equivalent beneficiaries*". Det oppstilles tre kategorier av personer som går under betegnelsen. Den første kategorien inneholder tre måter å oppfylle begrepet på (se avsnitt 2.1.2.2). Alle tre måtene innebærer at eierne av TOHA må være hjemmehørende i tredjestaten for å kunne oppfylle dette begrepet. Etersom SFI i Panama og TODDI i USA er indirekte eiere av TOHA med mer enn 5 prosent, er det ikke i denne situasjonen mulig at Cayman Islands som blir ansett som tredjestat, (og har mulighet til å gå under begrepet "*equivalent beneficiaries*") eier mer enn 95 prosent. Et spørsmål her er hvorvidt SFI og TODDI kunne overført en andel av deres eierskap for at Cayman Islands kunne ha oppfylt kravet om å eie 95 prosent. Å overføre en viss andel av eierskapet til Cayman Islands ville likevel ikke hatt betydning ettersom det oppstilles flere krav for at de andre selskapene skal anses som "*equivalent beneficiaries*", noe de ikke gjør. Den andre kategorien angir at en person er "*equivalent beneficiary*" dersom den er hjemmehørende i den samme kontraherende staten som den staten selskapet søker skattefordeler fra etter paragraf 4 eller dersom selskapet som utbetaler utbyttet er konsernselskapets hovedkvarter etter paragraf 5. Eierne av TOHA måtte derfor ha vært hjemmehørende i Danmark, noe ingen av eierne er. Selskapet som utbetaler utbyttet, det vil si TAS i Norge, er ikke konsernets hovedkvarter. Her vil dermed ingen av eierne anses som "*equivalent beneficiary*". Den siste kategorien av personer som kan anses som "*equivalent beneficiary*" gjelder personer som er hjemmehørende i kildestaten. I dette tilfellet er ingen av eierne til TOHA hjemmehørende i kildestaten Norge.
- ii) Denne testen begrenser kanalisering av inntekt. TOHA kan bare få skatteavtalebeskyttelse dersom de flytter mindre enn 50 prosent av

bruttoinntekten til selskaper som ikke er "*equivalent beneficiaries*". Ettersom det ikke er noen av Transocean-selskapene som går under denne betegnelsen, vil dette gjelde for overskuddsflytting til alle selskapene. TOHA videresendte utbyttebetalingen på 2,6 milliarder til Cayman Islands, og dette beløpet må derfor ha vært mindre enn 50 prosent av TOHAs bruttoinntekt for at TOHA skal bestå testen. TOHA var derimot et tomt holdingselskap og den eneste inntekten selskapet kunne ha fått var gevinst på aksjer (herunder utbytteinntekter). Det er derfor mest nærliggende å tro at TOHA ikke hadde andre inntekter, selv om de muligens hadde planer for dette på et senere tidspunkt. TOHA består dermed ikke kanaliseringstesten.

TOHA oppfyller hverken eierskapstesten eller kanaliseringstesten. TOHA ville derfor ikke hatt krav på redusert kildeskatt etter unntaket i den detaljerte versjonen av paragraf 4. At begge versjonene av paragrafen tar for seg "*equivalent beneficiaries*", samt at den detaljerte versjonen oppstiller strenge krav til eierskap og kanalisering, gjør at paragrafen er spesielt effektiv for å hindre strukturer som typisk resulterer i indirekte mottakelse av skattefordeler til selskaper i tredjestaten som ikke direkte er berettiget til disse skattefordelen.

#### *3.2.2.3 OECD MC art. 29 (5) - «headquarters company»*

I den detaljerte versjonen av LOB er paragraf 5 et unntak fra kvalifiserte personer. Denne paragrafen kan gi skatteavtalebeskyttelse til et multinasjonalt selskaps hovedkvarter. TOHA er ikke Transocean-konsernets hovedkvarter. Som tidligere nevnt er konsernets hovedkvarter i Houston, Texas i USA. TOHA kan tydelig ikke få skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen.

#### *3.2.2.4 OECD MC art. 29 (6) – «discretionary relief»*

Denne paragrafen fremstår som lik i den forenklede og detaljerte versjonen av LOB. Paragraf 6 omhandler selskaper som fremlegger forespørsel til skattemyndighetene hvor skattemyndighetene har lov til å gi skattefordeler dersom selskapet tilfredsstiller visse krav. TOHA må tilfredsstille at etableringen av selskapet i

Danmark ikke hadde skattebesparelse som et av hovedformålene. TOHA må dermed tilfredsstillende at det var klare ikke-skattemessige forretningsmessige grunner for etableringen. I tillegg må de tilfredsstillende at de hadde en ikke-skattemessig tilknytning til Danmark. TOHA ble opprettet som et ledd av en omstrukturering i Transocean-konsernet, og var ment å ha en større forretningsmessig betydning i fremtiden. Dette kan anses som en ikke-skattemessig forretningsmessig grunn for etablering. Likevel ble TOHA opprettet rett før de gunstige danske skattereglene ble opphevet. I tillegg ble det lagt frem bevis i retten på at det ble utvekslet mailer fra rådgiverne i Transocean på at opprettelse av TOHA kunne spare de for norsk skatt. De norske skattemyndighetene mente derfor at TOHA var opprettet som en skattefri kanal til Cayman Islands. Kravet om at TOHA i tillegg må ha en ikke-skattemessig tilknytning til Danmark kan tenkes å være lett å oppfylle av TOHA i denne situasjonen. Her kan det være mulig å bruke den samme omstrukturingsprosessen som bevis på en ikke-skattemessig tilknytning til Danmark. Det ble sagt at Danmark skulle få en større betydning i Transocean-konsernet i fremtiden. På den andre siden tar skattemyndighetene typisk for seg hvorvidt det ville vært tilsvarende eller mer gunstig å sende utbytte direkte fra kildestat til tredjestat. Dette for å se om det foreligger en ikke-skattemessig tilknytning til bostedsstaten. I denne situasjonen er det åpenbart ikke mer gunstig for Transocean å sende utbyttet direkte fra Norge til Cayman Islands. Dette vil imidlertid ikke være avgjørende for at TOHA har en ikke-skattemessig tilknytning til Danmark. I andre situasjoner enn i Transocean-saken kunne dette ha vært av større betydning dersom det var åpenbart at det å sende utbyttet direkte til tredjestaten var minst like gunstig eller mer gunstig.

For å drøfte dette nærmere tar vi i bruk en dom som rettkildefaktor. Dette er en dom som omhandler "*discretionary relief*" i den allerede implementerte amerikanske LOB-regelen som OECD har sitt grunnlag fra. Det amerikanske selskapet Starr International Company var først hjemmehørende i Bermuda, frem til 2004 da det flyttet hjemsted til Irland. Rundt ett år etter selskapet var flyttet til Irland ville selskapet igjen flytte og etablere seg som hjemmehørende i Sveits på bakgrunn av mer gunstige regler for utbytte. Selskapet søkte derfor om å motta skatteavtalebeskyttelse etter skatteavtalen mellom USA og Sveits. Dette gjorde de ved å legge frem en forespørsel for amerikanske myndigheter om å kunne få



skatteavtalebeskyttelse etter skatteavtalens art. 22 (6). Denne bestemmelsen er relativt lik den som nå kommer frem av OECD MC art. 29 (6). Det amerikanske selskapet argumenterte for at de kunne få skatteavtalebeskyttelse fordi etableringen av selskapet i Sveits ikke kunne anses som treaty shopping. Dette mente selskapet fordi de ikke var eid eller etablert av et selskap i en tredjestat. Selskapet mente også at et av hovedformålene med etableringen ikke var å spare amerikansk skatt. Etter en skjønnsmessig vurdering ville ikke de amerikanske myndighetene gi selskapet skatteavtalebeskyttelse på bakgrunn av skatteavtalens art. 22 (6). De mente at selv om flyttingen av selskapet til Sveits ikke kunne anses som treaty shopping, måtte selskapet ha en ikke-skattemessig tilknytning til Sveits. Det var ikke nok at selskapet bare var hjemmehørende der, de måtte også ha en slags tilknytning til staten som var motivert av andre faktorer enn skatt. Selskapet klagde på myndighetenes avgjørelse, og saken kom til retten. 14. August 2017 bestemte United States District Courts at selskapet *ikke* skulle få skatteavtalebeskyttelse på grunn av skatteavtalens art. 22 (6) og at de amerikanske myndighetene dermed hadde foretatt riktig skjønnsmessig vurdering (Roberson & Mussio, 2017).

Selv om Transocean ble frifunnet for utbyttetiltalen, var dette for at andre faktorer ble lagt tyngre vekt på. I tillegg til at omstruktureringen var en del av opprettelsen av TOHA, ble også TOHA ansett som beneficial owner. Dette veide tyngre enn at noen faktorer ifølge skattemyndighetene kunne tyde på at opprettelsen av TOHA var for det formål å spare norsk skatt. Selv om Transocean ble frifunnet på utbyttetiltalen, mente fortsatt norske skattemyndigheter at opprettelsen av TOHA var for å spare skatt. Den amerikanske dommen ovenfor resulterte i at de la større vekt på de ikke-skattemessige tilknytning til bostedsstaten. I en situasjon der skattemyndighetene kan utøve skjønn ville de mest sannsynlig ha fått frem at omstruktureringen var ment som en skattemessig faktor, og ikke en ikke-skattemessig faktor. I henhold til skattemyndighetene hadde de ikke kommet frem til noen ikke-skattemessige grunner til å opprette TOHA. På bakgrunn av dette er det mest nærliggende å tro at de norske myndighetene, etter en skjønnsmessig vurdering, ikke ville gitt Transocean skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen. Denne paragrafen gir skattemyndighetene frihet til å utøve skjønn, og så lenge skattemyndighetene utøver den skjønnsmessige vurderingen i samsvar med kravene

i denne paragrafen, kan det ikke vurderes hvorvidt skattemyndighetene har tatt en avgjørelse som er i strid med denne konvensjonen.

Dersom man først har kommet frem til at et selskap ikke er kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse, er det vanskelig å se for seg at skattemyndighetene i neste omgang vil gi selskapet skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen. Dersom alternativet er at selskaper slutter å benytte seg av skatteavtalene til Norge, og det resulterer i at Norge ikke får en liten andel beskatning i det hele tatt, kan det derimot være at skattemyndighetene vil gi skattefordeler etter denne paragrafen. Dersom et selskap ikke kan motta skatteavtalebeskyttelse på noen andre måter, vil selskapet ikke bestå noen eierskapstester eller kanaliseringstester. Det trenger heller ikke å være aktivitet i selskapet, og ingen krav til eiere i tredjestater må være oppfylt. Når dette er tilfellet, er det vanskelig å konkludere med at et av hovedformålene med etableringen av selskapet ikke var å spare skatt. Det kan også være vanskelig å bevise selskapets tilknytning til bostedsstaten. Det kan dermed tenkes at det er få tilfeller skattemyndighetene vil gi skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen.

### 3.2.3 OECD MC art. 29 (8) – «fast driftssted»

Som tidligere nevnt i analysen er det flere faktorer som gjør at Transocean trolig kunne ha fått skatteavtalebeskyttelse. Denne paragrafen supplerer LOB med å stoppe potensielle misbruk av skatteavtalen der en skattefordel etter paragrafene over er gitt. Paragraf 8 begrenser en eventuell skattefordel som kan oppstå i en situasjon der et fast driftssted er opprettet i en tredjestat med lite eller ingen skatt utelukkende for det formål å spare skatt. Dersom TOIVL og TOL går under betegnelsen "*primary place of management and control*" og har mottatt en skattefordel, vil de mest sannsynlig også være et fast driftssted. Det skal lite til for å bli betegnet som et fast driftssted. Ofte er ledelse i seg selv nok. Spørsmålet er da om TOIVL og TOL var opprettet utelukkende for det formål å spare norsk skatt. I utgangspunktet var TOIVL og TOL opprettet på Cayman Islands som resultat av "inversion-prosessen", der Transocean ønsket å spare amerikansk skatt. Det at Transocean opprettet selskapene på Cayman Islands som en del av "inversion-prosessen" kan ses på som ekstraordinært. I andre tilfeller enn Transoceans ville denne paragrafen mest sannsynligvis vært mer effektiv. I en treaty shopping

situasjon vil det sannsynligvis opprettes et selskap i en tredjestat. Det er positivt for bedrifter å få selskaper i land med lav eller ingen skatt til å være et fast driftssted, både for å bestå eierskapstester som gir deg skattefordeler under paragrafene i LOB og for at skattesatsene er lave. Derfor vil det mest sannsynlig opprettes faste driftssteder i tredjestater utelukkende for det formål å spare skatt. Da ville denne regelen ha stoppet en eventuell skattefordel selv om det etter tidligere paragrafer er gitt skattefordeler. Å bedrive skatteplanlegging for å unngå at det eventuelle faste driftsstedet i en tredjestat skal ha et annet formål enn skattebesparelse kan bli en krevende prosess. Det er også mulig at tolkninger fra forskjellige land vil være ulik.

Det er flere kumulative vilkår for å avgjøre om TOHA kan motta skatteavtalebeskyttelse under LOB, og fast driftssted blir brukt som en sikkerhetsventil hvor de fleste tilfeller av treaty shopping kan bli oppdaget. Et spørsmål som da dukker opp, er om det er nødvendig med så strenge krav til LOB paragraf 1-7 som omhandler TOHA når denne paragrafen omhandler TOIVL og TOL i tredjestaten. Vi stiller oss også spørsmålet om hvor effektivt LOB paragraf 1-7 kan bli sett på når denne paragrafen vil klare å stoppe mange tilfeller av treaty shopping der lavskatteland blir brukt som tredjestat. I henhold til drøftelsen over er det mest nærliggende å tro at denne paragrafen ikke ville hindret Transocean i å oppnå en skattefordel.

#### 3.2.4 Delkonklusjon på *Limitations on Benefits*

Dersom den forenklete versjonen av LOB hadde blitt implementert i norske skatteavtaler, kunne ikke TOHA oppnådd skatteavtalebeskyttelse som kvalifisert person etter paragraf 2. Dersom den detaljerte versjonen av LOB hadde blitt implementert, kunne TOHA blitt ansett som kvalifisert person som datterselskap av børsnotert selskap dersom "primary place of management and control" fant sted på Cayman Islands. Det kan tenkes at dette uttrykket åpner for ulike tolkninger, og det er derfor vanskelig å konkludere med det ene eller det andre.

Unntaket i LOB-bestemmelsens paragraf 3 er lik i forenklet og detaljert versjon. Unntaket i denne paragrafen - "*active conduct of a business*", kan sies å være

effektiv mot tomme holdingselskaper. Ettersom TOHA var et holdingselskap ville ikke selskapet være omfattet av dette unntaket. Likevel kan bestemmelsen åpne for skatteplanlegging. Dersom Transocean hadde opprettet en annet selskap enn et holdingselskap, er det avgjørende om drift og ledelse i TOHA kan knyttes til utbyttet i Norge. Hvorvidt drift og ledelse i et selskap er knyttet til utbytte fra kildestaten er vagt definert av OECD og vil muligens ikke være så vanskelig å oppfylle.

Unntaket i LOB-bestemmelsens paragraf 4 – *"the derivative benefits rule"*, kan sies å være effektiv for å stoppe treaty shopping situasjoner. Den forenklete versjonen er effektiv ved kravet om at eierne av TOHA må være "equivalent beneficiaries". Vilket om at selskapet i tredjestaten må være "equivalent beneficiary" betyr at tredjestaten må ha en tilsvarende eller mer gunstig avtale ved å motta utbyttet direkte enn indirekte gjennom et mellomliggende selskap. Dette vilkåret er effektivt for å hindre strukturer som typisk resulterer i indirekte mottakelse av skattefordeler til selskaper i tredjestaten som ikke direkte er berettiget til disse skattefordelene. Dette vil ramme spesielt tredjestater som er lavskatteland ettersom det sjeldent vil være mulig å få det mer gunstig direkte enn mellom avtalelandene. Den detaljerte versjonen stiller strengere krav til eierskap, kanalisering og "equivalent beneficiaries". Det er derfor ikke mulig å oppnå skatteavtalebeskyttelse under denne paragrafen.

Unntaket i LOB-bestemmelsens paragraf 6 – *"discretionary relief"*, fremgår likt i den forenklete og detaljerte versjonen av LOB. Det kan tenkes at det er få tilfeller skattemyndighetene vil gi skatteavtalebeskyttelse. Dersom man først har kommet frem til at et selskap ikke er kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse, er det vanskelig å se for seg at skattemyndighetene i neste omgang vil gi selskapet skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen. Dersom alternativet er at selskaper slutter å benytte seg av skatteavtalene til Norge, og det resulterer i at Norge ikke får en liten andel beskatning i det hele tatt, kan det derimot være at skattemyndighetene vil gi skattefordeler etter denne paragrafen.

### 3.3 Principal purposes test

At LOB-klausulen klassifiserer TOHA som kvalifisert til å motta skatteavtalebeskyttelse, vil ikke si at PPT-klausulen ikke kan benyttes og at en skattefordel ikke kan nektes (OECD, s. 588). En analyse av anvendelsen av PPT-klausulen på Transocean-saken er derfor relevant.

#### 3.3.1 Grunnvilkåret – den subjektive vurderingen

For å vurdere om PPT-klausulen kunne hindret TOHA i å få skatteavtalebeskyttelse må Transoceans subjektive vurdering av utbyttedisposisjonen drøftes. Spørsmålet her blir om "one of the principal purposes" med opprettelsen av TOHA var å spare skatt. For at grunnvilkåret skal kunne anvendes angir ordlyden at det å spare skatt må ha vært et av hovedformålene med disposisjonen. Det er to relevante tolkninger av "one of the principal purposes".

For det første kan det *tenkes* at den subjektive testen er relativt lett å avgjøre, fordi det i en treaty shopping situasjon kan være vanskelig å si at et av hovedformålene *ikke* var å spare skatt når selskapet har spart kildeskatt. Men OECD uttrykker i sine kommentarer at det ikke bare skal *antas* at skattyter har misbrukt skatteavtalen. Det skal foretas en objektiv analyse av alle omstendighetene, de relevante aspektene rundt disposisjonen og de involverte partene. Likevel sier OECD at det ikke vil være nødvendig å legge frem et objektivt bevismateriale på skattyters subjektive vurdering for å underbygge argumentasjon. Det skal derimot foretas en objektiv analyse for å finne frem til skattyters formål når den subjektive testen skal vurderes. En objektiv analyse ser på omstendighetene rundt selve transaksjonen eller arrangementet og må vurderes separat fra case til case. Etter en grundig, objektiv analyse skal det være rimelig å kunne konkludere med et svar på om en av skattyters hovedhensikter med transaksjonen var å benytte seg av skatteavtalefordelen. Furuseth uttaler at dersom en objektiv analyse skal tas i betraktning ved tolkning av "one of the principal purposes", skal det en del til før grunnvilkåret i PPT-regelen er oppfylt (Furuseth, 2016, s. 299). Dette er fordi det kan komme frem andre ikke-skattemessige hensikter ved transaksjonen som også kan være av betydning. I TOHA sitt tilfelle kan etableringen av selskapet være en slik faktor av ikke-skattemessig betydning.

For det andre sier OECD i videreføringen av "the guiding principle", at det å spare skatt må være et viktig moment, men ikke det dominerende. Det er derfor tydelig at det ikke foreligger et krav om at det formål å spare skatt må ha sannsynlighetsovervekt for at grunnvilkåret skal være oppfylt. De norske rådgiverne til Transocean var klar over, ifølge en melding sendt fra den ene rådgiveren til hovedkontoret i Texas, at å sende utbyttet gjennom TOHA ville spare selskapet for kildeskatt. Et annet eksempel er en e-post av 06.10.04 fra Karen Najvar til en av de norske skatterådgiverne. E-posten lød som følger:

*"I refer to point 8. The overall transaction in January 2000 of which a small part was the transfer of ownership of Transhav AS from Transocean Sedco Forex Inc to Transocean Offshore Holding Aps was designed for US tax reasons. However, the use of the Danish Holding Company in the transfer of ownership of Transhav did not save US tax. It was to save Norwegian tax. We cannot make that statement in point 8" (Engstrøm et al., 2017, s. 133).*

I tillegg visste Transocean at reglene i Danmark skulle endres, og de valgte derfor å sende utbyttet videre til Cayman Islands etter bare 13 dager. Det er tydelig at dette var for å benytte seg av skattefordelen før reglene i Danmark falt bort, og det kan derfor antas at et viktig moment ved både opprettelsen av TOHA og utbyttedisposisjonen var å spare skatt. I motsetning til den norske ulovfestede gjennomskjæringsregelen som ikke kom til anvendelse under Transocean-dommen, vil den subjektive avgjørelsen i PPT-klausulen fange opp flere tilfeller ved å si at bare én av hovedhensiktene ved opprettelse av TOHA og utbyttedisposisjonen må ha vært skattebesparelse. Selv om OECD sier at det ikke vil være nødvendig å legge frem et objektivt bevismateriale på skattyters subjektive vurdering for å underbygge argumentasjon, er det relativt tydelig ut ifra e-posten at det har vært en hensikt å spare norsk skatt. Det kan derimot diskuteres hvorvidt det er en av *hoved*hensiktene.

Transocean at de kunne dele ut utbyttet skattefritt på andre måter uten å opprette TOHA. Transocean anførte også at det var store forretningsmessige grunner til at TOHA ble opprettet. TOHA var en del av konsernets omstrukturering, og skulle

ifølge Transocean ha en større betydning for driften i konsernet i fremtiden. Selv om TOHA ble avvirket fordi Transocean mente at markedet hadde snudd, mente de ikke at hverken hovedformålet med opprettelsen av selskapet eller utbyttedisposisjonen var å spare skatt. Her trekkes det inn flere ikke-skattemessige hensyn som er av betydelig verdi og som kan være tilstrekkelig for at grunnvilkåret *ikke* er oppfylt. Her uttaler Furusest at dersom skattyter har vurdert skattefordelen i skatteavtalen som et viktig moment i beslutningen av om selskapet skal gjennomføre transaksjonen, men det foreligger andre ikke-skattemessig hensyn av ikke helt ubetydelig verdi, er dette tilstrekkelig til at grunnvilkåret i PPT-regelen *ikke* er oppfylt (Furusest, 2016, s. 300). Ved å legge til grunn videreføringen av "the guiding principle" med at det å spare skatt må være et viktig moment, men ikke det dominerende, ser forfatterne av denne masteroppgaven på dette som at ikke-skattemessige hensyn kan ha stor betydning *samtidig* som skattemessige hensyn er et viktig moment for å gjennomføre disposisjonen. Det kan da være tilstrekkelig for at grunnvilkåret er oppfylt.

Ut ifra diskusjonen over er det mest nærliggende å tro at grunnvilkåret er oppfylt. Særlig når grunnvilkåret ikke krever at det må være den avgjørende grunnen. Ved å la utbyttet fra Norge gå igjennom Danmark, for så å videreutdele det bare 13 dager etterpå til Cayman Islands og i tillegg, ifølge en melding som ble sendt ut internt i Transocean-konsernet hvor det er bevis for at de var klar over at de kunne spare et stort beløp kildeskatt, vil det være vanskelig å si at dette ikke anses som en av hovedgrunnene til at transaksjonen ble gjennomført slik den ble. Selv om Transocean hevdet at de kunne dele ut utbyttet skattefritt ved å tilbakebetale lån, ville de ikke ha klart å dele ut 432 millioner av det totale beløpet uten å måtte skatte for det (Engstrøm et al., 2017, s. 217).

Det er mulig at ulike land vil ha ulike oppfatninger om hvordan grunnvilkåret skal tolkes. De største multinasjonale selskapene må derfor legge frem en land-for-land rapportering hvor de viser hvor de betaler skatt, hvor inntektene opptjenes og hvor de ansatte og de fysiske eiendelene finner sted. I tillegg til dette må de legge frem hele selskapsstrukturen. Dette vil gjøre at det er lettere for myndighetene å se om skattebesparelse er en av hensiktene bak opprettelsen av strukturen.

Dersom grunnvilkåret er oppfylt, kan TOHA likevel ha krav på fordelten som følger av skatteavtalen dersom det vil være i overenstemmelse med formålet bak den aktuelle skatteavtalebestemmelsen å gi skattyter denne fordelten. Avgjørelsen på om det er overenstemmelse med formålet bak den aktuelle skatteavtalebestemmelsen å gi skattyter denne fordelten avgjøres ved en objektiv test.

### 3.3.2 Totalvurderingen – den objektive vurderingen

For å vurdere om TOHA har krav på skattefordelen etter PPT som i dette tilfellet er redusert kildeskatt, må det først tas stilling til hva som er formålet bak bestemmelsen i OECD MC art. 10. Formålet bak skattebestemmelsene i OECDs artikler 6-21 defineres i kommentar nr. 54 til OECDs artikkel og er det samme; å fremme samhandelen mellom avtalepartene ved å hindre dobbeltbeskatning (OECD, s. 79).

Artikkel 31 første ledd (se vedlegg 2) i Wien-konvensjonen viser til hvordan man skal tolke bestemmelsene i OECD Mønsteravtale, herunder artikkel 10 - *beneficial owner*. Hovedregelen for hvordan tolke traktatene står under første ledd. Traktatens ordlyd er utgangspunktet for tolkningen, og et objektivt tolkningsprinsipp må legges til grunn. Traktatens ordlyd skal tolkes i "*good faith*" med hensyn til traktatens "*context*", og i lys av traktatens "*object and purpose*". Første ledd i artikkel 31 sier at traktatene skal tolkes i "*good faith*". I henhold til Wien-konvensjonens kommentarer til første ledd (se vedlegg 6) stammer "*good faith*" direkte fra uttrykket "*Pacta sunt servanda*" i artikkel 26 (se vedlegg 3) (van Raad, 2011, s. 1664-1665). Uttrykket sier at den gjeldende skatteavtalen er bindene for partene og må utføres av dem i god tro. Avtalepartene i en skatteavtale skal være lojale med hverandre, og det tolkningsalternativet som stemmer best overens med begge parter intensjoner er den som skal velges. Ved inngåelse av en skatteavtale skal intensjonen være det samme som formålet – å fremme samhandel mellom avtalepartene. I henhold til andre ledd i artikkel 31 skal teksten og andre avtaler som er inngått ved traktatinngåelse regnes som "*context*". Kommentarene til artikkel 31 sier at "*context*" er essensen i tekstens betydning, og partene i en



skatteavtale skal ha den intensjonen som fremgår av den ordinære betydningen av vilkårene. Selv om definisjonen av *beneficial owner* er mye omdiskutert, er selve traktatteksten relativt rett frem. Ordlyden sier at mottakeren av utbyttet må være virkelig rettighetshaver av utbyttet. Det er derfor dette som er essensen i tekstens betydning. Dersom man ønsker å se på OECDs kommentarer til artikkel 10, som også anses som "*context*" i denne sammenhengen, er det blant annet lagt vekt på at selskapet som mottar utbyttet selv må ha risikoen. Kommentarene til stortingsproposisjonen (forslag til lovvedtak og stortingsvedtak) hvor stortinget innarbeider skatteavtalen har tidligere blitt brukt som forarbeider i sammenheng med traktatens "*context*" selv om disse er utarbeidet av norske myndigheter. Dette er et omdiskutert tema. Mange mener dette er feil i og med at forarbeider er forskjellige i forskjellige land. Kommentarene til artikkel 31 andre ledd angir at dokumenter utarbeidet av den ene parten i en skatteavtale, herunder eksempelvis forarbeider, ikke kan benyttes til å tolke traktatens innhold. Vi tar derfor ikke hensyn til forarbeidene i vår analyse. "*Context*" er normalt av liten betydning ved tolkning av skatteavtaler. Den ordinære betydningen av vilkårene skal sees i lys av "*object and purpose*". Skatteavtalenes formål om å unngå dobbeltbeskatning og fremme samhandling mellom avtalestatene er det viktigste hensynet i tolkning av traktater og skal tillegges betydelig vekt.

Sammenligner man tolkningen av PPT, hvor det er bare formålet bak skatteavtalen som skal tas i betraktning, med OECDs artikkel 10 hvor det er flere hensyn som skal tas i betraktning, er det vesentlig å tro at det legges mindre vekt på formålet. Når det skal avgjøres om TOHA er rettmessig eier er det kommet frem til at *context* ikke får så stor betydning. Da er det formålet som legges størst vekt på og det kan derfor diskuteres om det til syvende og sist er det som vil være det avgjørende i tolkningen av OECDs artikkel 10. Dette gjør at forfatterne av denne masteroppgaven tror det blir et hårfint skille mellom tolkningen av PPT og OECDs artikkel 10.

Ettersom TOHA anses som virkelig rettighetshaver, har formålet i OECD MC art. 10 allerede vært oppe til vurdering, og det er kommet frem til at TOHA som virkelig rettighetshaver ikke er i strid med formålet bak bestemmelsen. Dersom man senere

skal vurdere å gjennomskjære, må det samme formålet som ble brukt for å avgjøre om skattyter hadde krav på skatteavtalebeskyttelse på nytt brukes til å avgjøre om PPT-regelen skal anvendes. I og med at formålet bak OECD MC art. 10 allerede er tatt i betraktning og det er kommet frem til at mottaker av utbyttet er virkelig rettighetshaver, kan det bli vanskelig i neste omgang å konkludere med at å si at redusert kildeskatt strider mot formålet bak OECD MC art. 10 og deretter anvende PPT-regelen. Furuseth setter dette på spissen i sin sammenligning av PPT-klausulen og den norske gjennomskjæringsregelen.

Frederik Zimmer, professor i skatterett ved Universitetet i Oslo, setter det ikke like på spissen som Eivind Furuseth. Zimmer mener derimot at dette er en bit av et større spørsmål. I en epost til oss uttaler han følgende: *"ved alm lovtolkning er lovens formål et viktig tolkningsmoment, og noen har hevdet at lovens formål er "brukt opp" i rettsanvendelsen ved vanlig lovtolkning, slik at det ikke blir noe igjen til omgåelsesvurderingen. Jeg tror et hovedsvar på dette er at under omgåelsesnormen<sup>3</sup> har lovens formål vesentlig større vekt enn ved lovtolkning, og først og fremst kan gi grunnlag for å rekarakterisere rettsforholdet til et annet som stemmer bedre med den økonomiske realiteten, selv om man da fraviker transaksjonens privatrettslige innhold. Dette kommer særlig på spissen under art. 10 på grunn av beneficial owner-begrepet, og man kan vel si at jo videre man tolker dette, desto mindre plass (og behov) blir det for PPT-regelen"* (se vedlegg 4 for epost).

### 3.3.3 Delkonklusjon på Principal Purposes Test

I henhold til Transocean-saken kan det tyde på at PPT-regelen vil få mindre effekt enn hva som opprinnelig var ment. Normalt vil det være OECD MC art. 10-12 som er aktuelle å tolke i treaty shopping situasjoner (utbytte, renter og royalties). I andre situasjoner enn treaty shopping, der rettmessig eier ikke tas i betraktning, ser vi derimot at det vil være mulig at PPT kan få større effekt.

---

<sup>3</sup> Her antar vi at Zimmer mener PPT-regelen i stedet for omgåelsesnormen.

## DEL III SVAR PÅ PROBLEMSTILLING

### 4.0 Effekten av LOB og PPT

Når vi skal svare på masteroppgavens problemstilling; *"Hvilken effekt ville OECDs nye virkemidler mot treaty shopping, herunder LOB og PPT, ha fått på utfallet av Transocean-saken?"*, ser vi at det ikke er noen paragrafer i LOB som åpenbart kan gi Transocean skattefordeler. Dette viser at flere av LOB-bestemmelsene ville hatt effekt på utfallet av Transocean-saken. Noen av paragrafene gir mulighet for ulike tolkninger av om Transocean kunne ha påberopt seg skatteavtalebeskyttelse. Dette gjelder spesielt avgjørelsen om *"primary place of management and control"* fant sted på Cayman Islands.

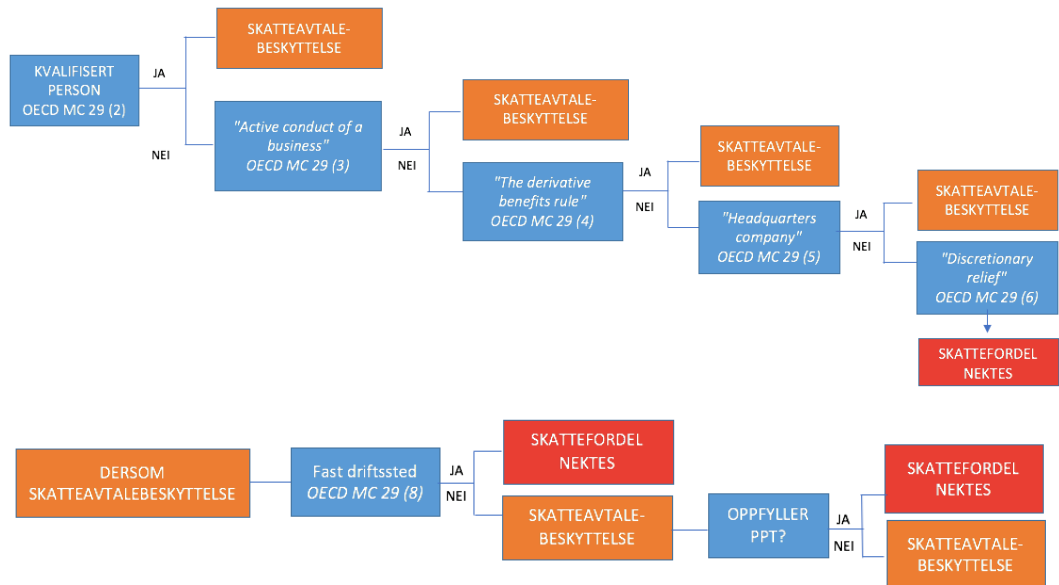
Vi ser derimot at Transocean kunne hatt muligheter til å oppfylle paragraf 2d, 3 og 6 dersom LOB-bestemmelsene hadde vært implementert før utbytteutdelingen. Det er dermed mulig med skatteplanlegging også rundt de nye bestemmelsene. Dersom Transocean hadde tatt i bruk skatteplanlegging ville effekten av LOB-bestemmelsene vært mindre. Dette bør OECD være forberedt på. Å planlegge en struktur for å tilpasse seg de nye reglene hadde likevel blitt mer krevende for Transocean. Når en skatteplanleggingsprosess blir mer omfattende, vil den både være tidkrevende og kostbar, og selskaper må derfor vurdere om dette vil være lønnsomt i det store bildet. Effekten av LOB fremstår derfor noe todelt. Det er ingen tvil om at LOB er effektiv mot tomme holdingselskaper som gjennomstrømmingsselskaper, men det vil fortsatt være smutthull selskaper kan utnytte.

Paragraf 8 nekter skattefordeler der et fast driftssted opprettes i en tredjestat med lite eller ingen skatt utelukkende for det formål å spare skatt. Transocean ville ikke blitt nektet skatteavtalebeskyttelse etter denne paragrafen ettersom TOL og TOIVL ble opprettet på Cayman Islands for å spare amerikansk skatt og i utgangspunktet ikke for å spare norsk skatt. Paragrafen kan derimot være effektiv for å hindre dobbel ikke-beskatning i andre situasjoner der selskap i tredjestaten opprettes utelukkende for å spare norsk skatt.

Når det gjelder PPT, er det vanskelig å si at grunnvilkåret ikke er oppfylt. Særlig når grunnvilkåret ikke krever at det må være den avgjørende grunnen. Ved å la utbyttet fra Norge gå igjennom Danmark, for så å videreutdele det bare 13 dager etterpå til Cayman Islands og i tillegg, ifølge en melding som ble sendt ut internt i Transocean-konsernet hvor det er bevis for at de var klar over at de kunne spare et stort beløp kildeskatt – vil det være vanskelig å si at dette ikke anses som en av hovedgrunnene til at transaksjonen ble gjennomført slik den ble. Når Transocean oppfyller grunnvilkåret, må man ta totalvurderingen i betraktning. Når det tidligere er kommet frem til at TOHA er beneficial owner, tatt formålet bak OECD MC art. 10 i betraktning, blir det i andre omgang vanskelig å konkludere med at Transocean er nektet en skattefordel etter det samme formålet i totalvurderingen. I situasjoner hvor det er kommet frem til at et selskap er beneficial owner vil derfor totalvurderingen stoppe muligheten for gjennomskjæring. For å kunne ta i bruk action 6 sier art. 29 (1) at TOHA må anses som beneficial owner av utbyttet for å i det hele tatt kunne ta i bruk LOB –og PPT reglene. I Transoceans situasjon vil derfor PPT ikke ha noen effekt.

Det samme gjelder andre treaty shopping situasjoner hvor det er snakk om beneficial owner i forbindelse med renter og royalties, jf. OECD MC art. 11-12. Her vil det samme problemet oppstå når det kommer til totalvurderingen av PPT. En annen ulempe med PPT er at klausulen er relativt vag i sitt innhold i forhold til LOB og kan være vanskelig å forholde seg til. PPT klausulen åpner derfor for ulike tolkninger mellom land. Det kan tenkes at PPT klausulen vil være mest effektiv i land med smutthull i internretten. I Norge har vi en ulovfestet omgåelsesregel som har blitt tatt opp til vurdering i flere saker, hvor det virker som omgåelsesregelen går foran skatteavtalene. Det er imidlertid flere land som motsetter seg dette fordi de mener at skatteavtalene begrenser nasjonale omgåelsesregler. Landene som mener dette vil mest sannsynlig implementere PPT-klausulen. I tillegg er det sannsynlig at land som ikke har slike omgåelsesregler i deres internrett i det hele tatt implementer en PPT-klausul.

Figuren under viser hvordan gangen i klausulene vil funke:



**Figur 10:** Gangen i skatteavtalebeskyttelse etter OECD art. 29 (1)-(9).

Hvis selskaper i treaty shopping situasjoner oppnår skatteavtalebeskyttelse etter LOB, kan paragraf 8 likevel nekte den allerede opptjente skattefordelen. Hvis skattefordelen derimot ikke blir nektet under paragraf 8, kan fortsatt PPT komme til anvendelse og gjennomskjære slik at en skattefordel nektes. PPT vil ikke i noen treaty shopping situasjoner klare å oppfylle kravet dersom man står igjen med det samme formålet som tidligere avgjorde om de var beneficial owner av utbytte, renter eller royalties for å kunne benytte seg av LOB og PPT. Det vil si at hvis du først har oppnådd skatteavtalebeskyttelse fra noen av LOB-bestemmelsene, vil ikke PPT endre utfallet. PPT-klausulen vil derfor ikke i slike situasjoner ha den effekten OECD i utgangspunktet har tenkt at den skulle få.

Det er antakeligvis flere treaty shopping situasjoner som kunne ha blitt stoppet ved å implementere LOB. Effekten av LOB vil derfor være nødvendig. De kumulative vilkårene i LOB gjør at det vil være svært krevende å drive skatteplanlegging. Dette gjør at LOB tetter flere smutthull enn tidligere. Dessverre så vil PPT sett fra vår drøftelse ikke ha noen effekt i en treaty shopping situasjon.

## 5.0 Videre forskning/utvikling

Med bakgrunn i Transocean-saken ser vi at det kan være flere situasjoner OECD ikke har tatt i betraktning under utarbeidelsen av LOB og PPT. Det er antakeligvis flere konsernstrukturer som kan være svært omfattende, og likt som Transocean få benytte seg av skatteavtalefordeler. For å stoppe selskaper som uønsket skatteplanlegger ved å operere med omfattende konsernstrukturer må det settes av mer midler til videre forskning av ulike caser slik som vi har gjort i denne oppgaven. I tillegg burde det settes av mer ressurser til kontinuerlig utvikling av LOB og PPT. Det er mange utfall av treaty shopping og det vil være en svært kompleks jobb for OECD å identifisere alle mulige utfall. I tillegg er dette tidkrevende og kostbart.

Et forslag til videre utvikling er at OECD definerer bestemmelser bedre, både i LOB-klausulen og i PPT-klausulen. Et eksempel er unntaket i OECD MC art. 29 (3) – active conduct of a business. Hva må til for at drift og ledelse i et selskap kan knyttes til inntekten fra kildestaten? Dette er ikke presisert godt nok av OECD. PPT-regelen er som nevnt også vagt definert. Dersom slike bestemmelser hadde vært presisert bedre, vil det ikke oppstå like mye tvil rundt bestemmelsene og treaty shopping situasjoner kan bli enklere å stoppe.

LOB gir fortsatt muligheter til å gjennomføre kunstige arrangementer. Skatteplanlegging vil aldri kunne stoppes helt. Som følge av rask globalisering vil det alltid være nye situasjoner som oppstår. Utvikling av nye bestemmelser vil aldri kunne klare å ta følge med samfunnets utvikling, og det vil oppstå smutthull under prosessen med utarbeidelse av nye regler.

## DEL IIII REFERANSER OG VEDLEGG

### 6.0 Bibliografi

Berg-Rolness, G. (2017, Desember). *Tax justice*. Hentet fra Tax justice network Norge: <http://www.taxjustice.no/uploads/documents/enhetlig-skattlegging->

av-multinasjonale-foretak---strategi-for-skattlegging-av-statslos-inntekt-2017.pdf

Deloitte Advokatfirma AS. (2017, september 14). Norway and the multilateral tax treaty.

Engstrøm et al. (2017). *Borgating lagmanssrett - LB-2014-176629-3 - UTV-2017-240* Hentet fra <https://lovdata-no.ezproxy.library.bi.no/pro/#document/LBSIV/avgjorelse/lb-2014-176629-3?searchResultContext=1577> doi

Ernst & Young. (2017). *Norway signs Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*. (Global Tax Alert), Hentet fra [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Norway\\_signs\\_Multilateral\\_Convention\\_to\\_Implement\\_Tax\\_Treaty\\_Related\\_Measures\\_to\\_Prevent\\_BEPS/\\$FILE/2017G\\_04736-171Gbl\\_Norway%20signs%20MC%20to%20Implement%20Tax%20Treaty%20Related%20Measures%20to%20Prevent%20BEPS.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Norway_signs_Multilateral_Convention_to_Implement_Tax_Treaty_Related_Measures_to_Prevent_BEPS/$FILE/2017G_04736-171Gbl_Norway%20signs%20MC%20to%20Implement%20Tax%20Treaty%20Related%20Measures%20to%20Prevent%20BEPS.pdf)

Finansdepartementet. (2017.). Offentliggjøring av norske posisjoner i MLI. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/offentliggjoring-av-norske-posisjoner-i-mli/id2564265/>

Furuset, E. (2013). Beneficial Owner. I O. Gjems-Onstad, & E. Furuset, *Praktisk internasjonal skatterett og internprising* (s. 172). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

Furuset, E. (2016, April). En sammenligning av gjennomskjæringsregelen og "principal purposes test". *idunn*, ss. 291-319. doi:10.18261/issn.1504-310X-2016-04-02

Gjems-Onstad, O. (2018). *Skattelovsamlingen 2017-18* (28. utg.). Trondheim: Gyldendal Juridisk.

H. Liland, A. (2017, Februar 3). *KPMG*. Hentet fra KPMG: <https://home.kpmg.com/no/nb/home/nyheter-og-innsikt/2017/02/medhold-for-transocean-i-utbyttesaken.html>

K. Smorr, L. (2017, Juni 9). *Pwc*. Hentet fra Pwc: <http://blogg.pwc.no/skattebloggen/det-multilaterale-instrumentet-for-implementering-av-beps-tiltak-er-signert>

- KPMG. (2017, Juni 12). *KPMG*. Hentet fra KPMG:  
<https://home.kpmg.com/no/nb/home/nyheter-og-innsikt/2017/06/signering-av-oecd-multilaterale-instrument.html>
- Nordstrøm, J. (2016, November 25). *E24*. Hentet fra E24:  
<https://e24.no/naeringsliv/skatt/ny-supertraktat-skall-stoppe-aggressiv-skatteplanlegging/23856781>
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*: OECD Publishing.
- Oslo Tingrett. (2014, Juni 26). *Norges domstoler*. Hentet fra Norges domstoler:  
<https://www.domstol.no/globalassets/upload/obyri/internett/nyheter/2014/dom-transocean---staten-ved-skatt-vest.pdf>
- Roberson, A. R., & Mussio, E. (2017.). Court Rejects Taxpayer's Claim for US-Swiss Treaty Coverage. Hentet fra  
<https://www.taxcontroversy360.com/2017/08/court-rejects-taxpayers-claim-for-us-swiss-treaty-coverage/>
- Skatteetaten. (2018, Juni 2). *Skatteetaten.no*. Hentet fra Skatteetaten:  
<https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/utenlandsk/utenlandsk-aksjeselskap/skattemelding-og-skatteoppgjor/fast-driftssted/>
- Skoghøy, Tjomsland, Rieber-Mohn, Zimmer, & Dolva. (2002). Rt-2002-456. Hentet fra <http://www.skatteett.net/dommer/Rt-2002-456.pdf>
- Transocean LTD. (2018a.). Our History. Hentet fra  
<http://www.deepwater.com/about/our-history>
- Transocean LTD. (2018b.). Our Rigs. Hentet fra <http://www.deepwater.com/our-fleet/our-rigs>
- Van Raad, K. (2011). *Materials on International & EU Tax Law* (Vol. 1): International Tax Center Leiden.
- Virke, H. (2008.). Hva er en ideell organisasjon? Hentet fra  
<https://www.virke.no/lovverk-radgiving/jus-arbeidsliv/fagartikler/hva-er-en-ideell-organisasjon/>
- Zimmer, F. (2014, Februar). *Idunn.no*. Hentet fra Idunn.no:  
[https://www.idunn.no/skatt/2014/02/internasjonalt\\_selskapsbeskatning\\_und\\_er\\_debatt](https://www.idunn.no/skatt/2014/02/internasjonalt_selskapsbeskatning_und_er_debatt)



Zimmer, F. (2016a). Docplayer.me. *Docplayer*, <http://docplayer.me/25145824-Nou-lovfesting-av-en-generell-omgaelsesregel-i-skatteretten-2016-5-norges-offentlige-utredninger-omgaelsesregel-i-skatteretten.html>

Zimmer, F. (2016b, mars 15). *NOU 2016:15*. Hentet fra Regjeringen.no: <https://www.regjeringen.no/contentassets/759fc25bb136411e8ebfad33c58fa156/no/pdfs/nou201620160005000dddpdfs.pdf>

Zimmer, F. (2016c). Docplayer.me. *Docplayer*, <http://docplayer.me/25145824-Nou-lovfesting-av-en-generell-omgaelsesregel-i-skatteretten-2016-5-norges-offentlige-utredninger-omgaelsesregel-i-skatteretten.html>

## 7.0 Vedlegg

### Vedlegg 1: OECD MC art. 29

#### **ARTICLE 29 ENTITLEMENT TO BENEFITS**

1. [Provision that, subject to paragraphs 3 to 5, restricts treaty benefits to a resident of a Contracting State who is a “qualified person” as defined in paragraph 2].
2. [Definition of situations where a resident is a qualified person, which covers
  - an individual;
  - a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities;
  - certain publicly-traded companies and entities;
  - certain affiliates of publicly-listed companies and entities;
  - certain non-profit organisations and recognised pension funds;
  - other entities that meet certain ownership and base erosion requirements;
  - certain collective investment vehicles.]
3. [Provision that provides treaty benefits to certain income derived by a person that is not a qualified person if the person is engaged in the active conduct of a business in its State of residence and the income emanates from, or is incidental to, that business].
4. [Provision that provides treaty benefits to a person that is not a qualified person if at least more than an agreed proportion of that entity is owned by certain persons entitled to equivalent benefits].

5. [Provision that provides treaty benefits to a person that qualifies as a “headquarters company”].
6. [Provision that allows the competent authority of a Contracting State to grant certain treaty benefits to a person where benefits would otherwise be denied under paragraph 1].
7. [Definitions applicable for the purposes of paragraphs 1 to 7].
8. a) Where
  - (i) an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and the first-mentioned State treats such income as attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction, and
  - (ii) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned State, the benefits of this Convention shall not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than the lower of [rate to be determined bilaterally] of the amount of that item of income and 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned State on that item of income if that permanent establishment were situated in the first-mentioned State. In such a case any income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State, notwithstanding any other provisions of the Convention.
- b) The preceding provisions of this paragraph shall not apply if the income derived from the other State emanates from, or is incidental to, the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise’s own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively).
- c) If benefits under this Convention are denied pursuant to the preceding provisions of this paragraph with respect to an item of income derived by a resident of a Contracting State, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant these benefits with respect to that item of income if, in response to a request by such resident, such competent

authority determines that granting such benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses). The competent authority of the Contracting State to which a request has been made under the preceding sentence shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying the request

9. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.

**Kilde:** ("OECD Library," 2017)

## [Vedlegg 2: Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Article 31](#)

### Article 31 General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
  - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
  - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

#### [Vedlegg 3: Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969. Article 26](#)

##### Article 26 “Pacta sunt servanda”

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

#### [Vedlegg 4: Spørsmål og svar via mail fra Frederik Zimmer](#)

Spørsmål fra Ragnhild Oskarsen og Ane Holen. Svar fra Frederik Zimmer.

## Masteroppgave Handelshøyskolen BI



Holen, Ane &lt;Ane.Holen1@student.bi.no&gt;

Sat 3/24/2018, 2:08 PM

You; frederik.zimmer@jus.uio.no;



Hei Frederik,

Vi er to studenter ved BI Nydalen som skriver masteroppgave om internasjonal skatterett. Vi har et spørsmål vedrørende oppgaven og hadde blitt veldig glade for å få et synspunkt fra deg.

Vår problemstilling er "*hvilken effekt ville OECDs nye virkemidler mot treaty shopping, herunder LOB og PPT, ha fått på utfallet av Transocean-saken?*" (utbyttesaken).

For tiden analyserer vi PPT-klausulen. For å vurdere om skattyter har krav på skattefordelen som i vårt tilfelle er redusert kildeskatt, må det først tas stilling til hva som er formålet bak bestemmelsen i OECD MC art. 10 (beneficial owner). Dersom det er kommet frem til at mottaker av utbyttet er beneficial owner, syns vi det kan bli vanskelig i neste omgang å konkludere med at redusert kildeskatt strider mot formålet bak den aktuelle skatteavtalebestemmelsen og deretter anvende PPT-regelen. Vi tenker at det samme formålet vurderes her, og at PPT regelen derfor sjelden kommer til anvendelse.

Hva tenker du om dette, vil det være mulig å anvende PPT-klausulen dersom man allerede har konkludert med at mottaker av utbyttet er beneficial owner?

Som sagt ville vi blitt veldig glade for å få et synspunkt på dette.

Mvh

Ane Holen &amp; Ragnhild Oskarsen



Frederik Zimmer &lt;frederik.zimmer@jus.uio.no&gt;

Sun 3/25/2018, 10:12 AM

You; Holen, Ane;



Hei,

Slik jeg ser det, er dette en bit av et større spørsmål: ved alm lovtolkning er lovens formål et viktig tolkingsmoment, og noen har hevdet at lovens formål er "brukt opp" i rettsanvendelsen ved vanlig lovtolkning, slik at det ikke blir noe igjen til omgåelsesvurderingen. Jeg tror et hovedsvar på dette er at under omgåelsenormen har lovens formål vesentlig større vekt enn ved lovtolkning, og først og fremst kan gi grunnlag for å rekarakterisere rettsforholdet til et annet som stemmer bedre med den økonomiske realiteten, selv om man da fraviker transaksjonens privatrettslige innhold. Dette kommer særlig på spissen under art. 10 pga beneficial owener-begrepet, og man kan vel si at jo videre man tolker dette, desto mindre plass (og behov) blir det for ppt-regelen). Lykke til!

Mvh

Frederik Zimmer



## Vedlegg 5: Ordliste

LOB = Limitation on benefits

PPT = Principal purposes test

OECD = Organization for Economic Co-operation and Development

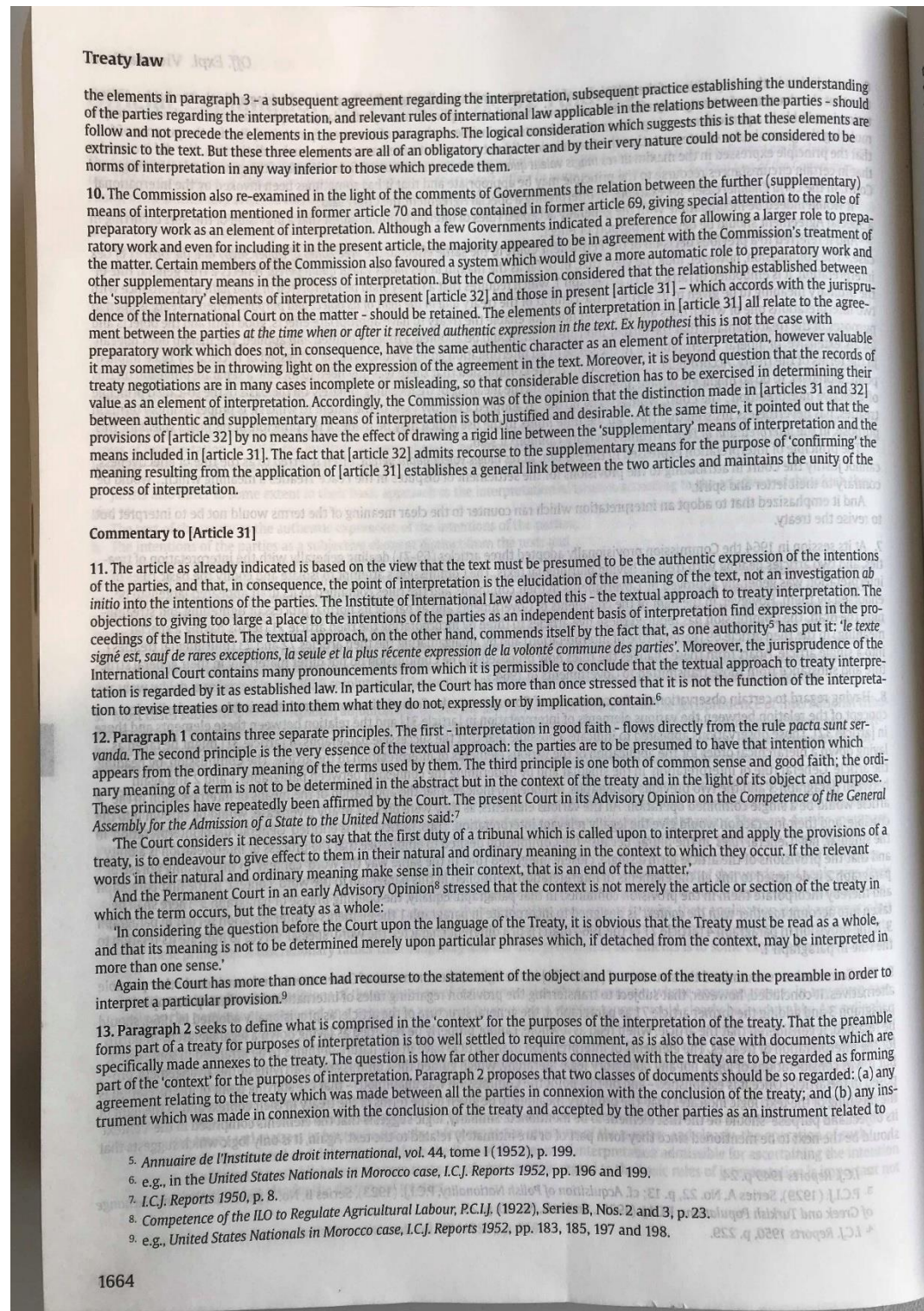
MC = Model Convention

BEPS = Base Erosion & Profit Shifting

MLI = Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting

NOU = Norges Offentlige Utredning

## Vedlegg 6: Commentaries to the VCLT. Article 31



the treaty. The principle on which this provision is based is that a unilateral document cannot be regarded as forming part of the 'context' within the meaning of [article 31] unless not only was it made in connexion with the conclusion of the treaty but its relation to the treaty was accepted in the same manner by the other parties. On the other hand, the fact that these two classes of documents are recognized in paragraph 2 as forming part of the 'context' does not mean that they are necessarily to be considered as an integral part of the treaty. Whether they are an actual part of the treaty depends on the intention of the parties in each case.<sup>10</sup> What is proposed in paragraph 2 is that, for purposes of interpreting the treaty, these categories of documents should not be treated as mere evidence to which recourse may be had for the purpose of resolving an ambiguity or obscurity, but as part of the context for the purpose of arriving at the ordinary meaning of the terms of the treaty.

14. Paragraph 3(a) specifies as a further authentic element of interpretation to be taken into account together with the context any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty. A question of fact may sometimes arise as to whether an understanding reached during the negotiations concerning the meaning of a provision was or was not intended to constitute an agreed basis for its interpretation.<sup>11</sup> But it is well settled that when an agreement as to the interpretation of a provision is established as having been reached before or at the time of the conclusion of the treaty, it is to be regarded as forming part of the treaty. Thus, in the *Ambatielos*<sup>12</sup> case the Court said: '... the provisions of the Declaration are in the nature of an interpretation clause, and, as such, should be regarded as an integral part of the Treaty...'. Similarly, an agreement as to the interpretation of a provision reached after the conclusion of the treaty represents an authentic interpretation by the parties which must be read into the treaty for purposes of its interpretation.

15. Paragraph 3(b) then similarly specifies as an element to be taken into account together with the context: 'any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the understanding of the parties regarding its interpretation'. The importance of such subsequent practice in the application of the treaty, as an element of interpretation, is obvious; for it constitutes objective evidence of the understanding of the parties as to the meaning of the treaty.<sup>13</sup> Recourse to it as a means of interpretation is well-established in the jurisprudence of international tribunals. In its opinion on the *Competence of the ILO to Regulate Agricultural Labour*<sup>14</sup> the Permanent Court said: 'If there were any ambiguity, the Court might, for the purpose of arriving at the true meaning, consider the action which has been taken under the Treaty.'

At the same time, the Court<sup>15</sup> referred to subsequent practice in confirmation of the meaning which it had deduced from the text and which it considered to be unambiguous. Similarly in the *Corfu Channel* case,<sup>16</sup> the International Court said:

The subsequent attitude of the Parties shows it has not been their intention, by entering into the Special Agreement, to preclude the Court from fixing the amount of the compensation.'

The value of subsequent practice varies according as it shows the common understanding of the parties as to the meaning of the terms. The Commission considered that subsequent practice establishing the understanding of the parties regarding the interpretation of a treaty should be included in paragraph 3 as an authentic means of interpretation alongside interpretative agreements. The text provisionally adopted in 1964 spoke of a practice which 'establishes the understanding of all the parties'. By omitting the word 'all' the Commission did not intend to change the rule. It considered that the phrase 'the understanding of the parties' necessarily means 'the parties as a whole'. It omitted the word 'all' merely to avoid any possible misconception that every party must individually have engaged in the practice where it suffices that it should have accepted the practice.

16. Paragraph 3(c) adds as a third element to be taken into account together with the context: 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties'. This element, as previously indicated, appeared in paragraph 1 of the text provisionally adopted in 1964, which stated that, *inter alia*, the ordinary meaning to be given to the terms of a treaty is to be determined 'in the light of the general rules of international law in force at the time of its conclusion'. The words in italics were a reflection of the general principle that a juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it. When this provision was discussed at the sixteenth session<sup>17</sup> some members suggested that it failed to deal with the problem of the effect of an evolution of the law on the interpretation of legal terms in a treaty and was therefore inadequate. Some Governments in their comments endorsed the provision, others criticized it from varying points of view. On re-examining the provision, the Commission considered that the formula used in the 1964 text was unsatisfactory, since it covered only partially the question of the so-called intertemporal law in its application to the interpretation of treaties and might, in consequence, lead to misunderstanding. It also considered that, in any event, the relevance of rules of international law for the interpretation of treaties in any given case was dependent on the intentions of the parties, and that to attempt to formulate a rule covering comprehensively the temporal element would present difficulties. It further considered that correct application of the temporal element would normally be indicated by interpretation of the term 'in good faith'. The Commission therefore concluded that it should omit the temporal element and revise the reference to international law so as to make it read 'any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties'.

<sup>10</sup> *Ambatielos case* (Preliminary Objection), I.C.J. Reports 1952, pp. 43 and 75.  
<sup>11</sup> cf. the *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter) case*, I.C.J. Reports 1948, p. 63.  
<sup>12</sup> (Preliminary Objection). I.C.J. Reports 1952, p. 44.  
<sup>13</sup> In the *Russian Indemnity case* the Permanent Court of Arbitration said: '... l'exécution des engagements est, entre États, comme entre particuliers, le plus sûr commentaire du sens de ces engagements'. *Report of International Arbitral Awards*, vol. XI, p. 433. ('... the fulfilment of engagements between States, as between individuals, is the surest commentary on the effectiveness of those engagements'. English translation from J.B. Scott, *The Hague Court Reports* (1916), p. 302.)  
<sup>14</sup> P.C.I.J. (1922), Series B, No. 2, p. 39; see also Interpretation of Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne, P.C.I.J. (1925), Series B, No. 12, p. 24; the *Brazilian Loans case*, P.C.I.J. (1929), Series A, No. 21, p. 119.  
<sup>15</sup> *Ibid.*, pp 40 and 41.  
<sup>16</sup> I.C.J. Reports 1949, p. 25.  
<sup>17</sup> Paragraph (11) of the commentary to articles 69-71; *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, pp. 202 and 203.

Vedlegg 7: Forprosjekt til masteroppgaven

Innholdsfortegnelse

INNHOLDSFORTEGNELSE.....I  
 SAMMENDRAG.....II  
 1. INTRODUKSJON.....1

1.1 PROBLEMSTILLING.....	1
1.2 BAKGRUNN FOR PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNING.....	1
1.3 INNLEDNING TIL SENTRALE TEMAER.....	1
1.3.1 «Beneficial owner» og «Resident of a Contracting State».....	3
1.3.2 BEPS-prosjektet.....	4
1.3.3 Limitation on Benefits og Principal Purposes Test.....	5
1.3.4 Transocean-saken.....	6
2. METODE.....	8
3. KILDER.....	9
4. FORSLAG TIL DISPOSISJON.....	9
5. FREMDRIFTSPLAN.....	10
6. REFERANSER.....	11
7. VEDLEGG.....	12
8.1 ORDLISTE.....	12
8.2 OECD MC. ART. 29.....	12

## Sammendrag

Temaet for vår masteroppgave vil være skatteplanlegging, herunder OECDs forslag til “*Limitation on Benefits*”-klausulen og “*Principal Purposes Test*”-klausulen i modellavtalen. Valg av tema har bakgrunn i at det oppstår gap og smutthull når lands ulike regelsett og skatteavtaler støter sammen. Store multinasjonale selskaper som opererer i flere land kan derfor utnytte disse smutthullene uten å bryte loven. Den mest vanlige utnyttelsen er skatteplanlegging, herunder “*treaty shopping*” - traktatmisbruk. Treaty shopping er en metode hvor et selskap etablerer seg i et land på bakgrunn av dets gunstige skatteavtaler.

Oppgavens tema avgrenses av en problemstilling som vi søker å finne svar på:

*“Hvilken effekt ville OECDs nye virkemidler mot treaty shopping, herunder LoB og PPT, ha fått på utfallet av Transocean-saken?”*

Limitation on Benefits og Principal Purposes Test er tiltak for å forhindre misbruk av skatteavtaler. Det er en erklæring om at skatteavtalene mellom partene i traktaten



skal eliminere dobbeltbeskatning uten å skape muligheter for ikke-beskatning eller redusert beskatning gjennom skatteunndragelse eller skatteomgåelse.

For å besvare problemstillingen er det valgt å benytte juridisk metode. Masteroppgaven skal ta for seg Transocean-saken og vi skal undersøke om utfallet av saken ville vært annerledes ved implementering av OECDs BEPS-prosjekt.

## **1. Introduksjon**

### **1.1 Problemstilling**

*"Hvilken effekt ville OECDs nye virkemidler mot treaty shopping, herunder LoB og PPT, ha fått på utfallet av Transocean-saken?"*

### **1.2 Bakgrunn for problemstilling og avgrensning**

Det er enda ikke noen dokumentert effekt på inngåelsen av OECDs BEPS-prosjekt. Endelig versjon av OECDs BEPS-rapporter kom høsten 2015. Rapportene foreslår endringer av nasjonal lovgivning og dels endring av skatteavtaler. Endringene tar tid og som følge av dette så har vi per i dag liten grad mulighet til å se effekten av BEPS-prosjektet. Vi har derfor valgt å ta for oss det som er omtalt som norgeshistoriens største skattestraffesak, Transocean-saken. Vi skal i denne oppgaven analysere hvordan utfallet ville vært hvis BEPS-prosjektet var innført før den endelige dommen kom i Transocean-saken. Dette for å se om inngåelsen av Limitation on Benefits (LoB) og Principal Purposes Test (PPT) i fremtiden vil føre til store endringer og tette smutthullene i internasjonal skatterett.

OECDs BEPS-prosjekt består av 15 tiltak (Action 1- Action 15) mot "Base Erosion and Profit Shifting". Et av tiltakene i BEPS-prosjektet, action 6, identifiserer treaty shopping som det mest kritiske misbruket av skatteavtalene. I masteroppgaven vil vi kun fokusere på Action 6 som omhandler LoB og PPT. Dette er tiltak mot misbruk av skatteavtaler, herunder treaty shopping.

Transocean-saken er en lang og svært kompleks sak med flere tiltaleposter. I denne oppgaven er vi derfor nødt til å avgrense vår studie av saken til det som vil være relevant for vår problemstilling. Vår studie av Transocean vil derfor være avgrenset til utbyttesaken.

### **1.3 Innledning til sentrale temaer**

Som følge av lands ulike regelsett og skatteavtaler oppstår det gap og smutthull når disse skattesystemene støter sammen. Store multinasjonale selskaper som opererer i flere land kan derfor utnytte disse smutthullene uten å bryte loven. En av de mest vanlige formene for utnyttelse er skatteplanlegging, herunder metoden “treaty shopping” - traktatmisbruk. Traktat betyr en avtale mellom to eller flere land. Treaty shopping går ut på at skatteavtalene mellom land brukes som virkemiddel i skatteplanleggingen, primært for å unngå kildeskatter på aksjeutbytte, renter og royalty. Det er en metode hvor et selskap etablerer seg i et land på bakgrunn av dets gunstige skatteavtaler. Dersom hovedhensikten med opprettelsen av det nyetablerte selskapet er bevisst å spare skatt, kalles dette landet gjennomstrømningsland og selskapet er et gjennomstrømmingsselskap. Inntekter kanaliseres gjennom dette selskapet og eventuelt videre til eiere i en tredje stat (Zimmer, 2014)

I oppgaven vil det være viktig å skille mellom begrepene skatteunndragelse, skatteplanlegging, og skatteomgåelse. Skatteunndragelse er ulovlig og foregår ved å oppgi uriktige opplysninger eller skjule informasjon om skattepliktige forhold. Skatteplanlegging derimot, er fullt lovlig og handler om å tilpasse seg skattereglene slik at skatter og avgifter blir minst mulig. Skatteplanleggingen kan gå over til å være skatteomgåelse. Dersom formålet med disposisjonen er å spare skatt, og hvor lovgivningen brukes på en måte som strider mot regelens formål, vil det være snakk om skatteomgåelse. Treaty shopping kan i utgangspunktet falle innenfor alle tre begrepene, avhengig av hva som er hensikten med transaksjonene og hvordan de utføres.

Som følge av rask globalisering av økonomien er skatteplanlegging, herunder treaty shopping, et stadig økende fenomen. De 20 siste årene har internett og IT-

teknologien utviklet seg raskt. En rekke utfordringer har oppstått når gamle prinsipper har møtt den nye IT-verden. Flere av verdens største multinasjonale selskaper betaler lite eller ingen skatt. Det sies at moderne teknologi har skapt en “winner takes all-økonomi” (Gjems-Onstad, 2013 s. 33).

Selskapsstrukturer og ulike transaksjoner i store multinasjonale selskaper er kompliserte og smutthull i internasjonal skatterett gjør det vanskelig å fastslå hvorvidt et selskap bedriver treaty shopping på en måte som er i strid med loven. OECDs modellavtale har benyttet to vilkår som skal motvirke treaty shopping, nemlig vilkåret “resident of a Contracting State” og vilkåret om “Beneficial Owner”. Bestemmelsene ser ikke ut til å fange opp alle tilfellene av treaty shopping. Disse utfordringene beskrives i OECDs rapport som ble offentliggjort 12. februar 2013, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* som på daværende tidspunkt var et påbegynt prosjekt. Ved implementeringen av BEPS-prosjektet i februar 2016, anslo OECD at inntektstapet fra overskuddsoverføring (BEPS) er rundt USD 100-240 milliarder årlig. Det vil si 4-10% av den globale selskapsskatten (Berg-Rolness, 2017). Formålet med oppgaven er derfor å se på om BEPS-prosjektet, spesielt Action 6 (tiltak mot treaty shopping), vil ha effekt på utfordringene rundt treaty shopping. Dette skal vi se på i lys av Norges største skattesak, Transocean.

### **1.3.1 “Beneficial owner” og “Resident of a Contracting State”**

Et av vilkårene som må være oppfylt for at et selskap skal kunne anvende en skatteavtale er at den må være “resident of a Contracting State”, jf. OECD MC art.4. For å ha rett på redusert kildeskatt, må mottakeren av utbytte være “Beneficial Owner”, jf. OECD MC art. 10 (2). Vilrårene er gamle og internasjonalt har det vært få dommer oppe til vurdering. Etter at treaty shopping har fått mer oppmerksomhet både i Norge og internasjonalt, har det i senere tid kommet en del dommer fra utenlandske nasjonale domstoler hvor tolkningen av begrepet “Beneficial Owner” har vært et av hovedspørsmålene (Furuseth, 2013 s. 172).

Begrepet “Resident of a Contracting State” sier at en person skal svare skatt til en stat dersom personen er hjemmehørende i staten. Her er hovedregelen at et selskap er bosatt i den staten selskapet har alminnelig skatteplikt til. Det er flere måter et

selskap kan forsøke å motta fordeler på som en skatteavtale gir mellom to stater. Ofte går forsøkene ut på at et selskap som tilhører en tredjestat forsøker å indirekte få tilgang til fordelene i en skatteavtale mellom to land. Dette er treaty shopping. Bestemmelsen i OECD MC Art. 4 (3) sier at dersom et selskap er bosatt i to stater, så er det i staten selskapet har sin effektiv ledelse og kontroll på styrenivå, selskapet er bosatt i. Vilkårene gjør det derfor mer krevende for et selskap å opprette et gjennomstrømmingsselskap i en tredjestat.

Vilkåret “Beneficial Owner” ble først introdusert i modellavtalen i 1977. Begrepet oversatt til norsk vil være “rettmessig eier” og fanger opp enkle situasjoner av treaty shopping. Bestemmelsen sier at de som mottar utbytte, renter og royalties fra en kildestat må være den rettmessige eieren dersom de etter skatteavtalen skal ha krav på redusert kildeskatt. Begrepet “Beneficial Owner” er et av de mest omdiskuterte temaene innen internasjonal skatterett. Begrepet er til dels uklart og gir derfor mulighet for forskjellige tolkninger.

### **1.3.2 BEPS-prosjektet**

Internasjonalt har den negative oppmerksomheten rundt store multinasjonale selskapers lave beskatning og statenes behov for skatteinntekter resultert i BEPS-prosjektet. For å tette gapene i internasjonal skatterett startet derfor OECD og G-20 landene arbeidet med prosjektet i 2012. BEPS står for Base Erosion and Profit Shifting, og referer til strategier for skatteomgåelse ved å utnytte gap og mangler i skattereglene. Prosjektet går ut på å forhindre dobbel ikke-beskatning og at statens skattefundamenter undergraves av skatteplanlegging som leder til at inntekt overføres til lavskatteland. BEPS-tiltakene supplementerer regjeringen med nasjonale og internasjonale instrumenter for å forhindre skatteomgåelse, og for å sikre at inntekt blir beskattet i de landene økonomisk aktivitet genererer profitt og der hvor verdiskapningen faktisk skjer. I forbindelse med BEPS-prosjektet er 15 tiltak (Actions) utarbeidet, og blant de er Action 6 tiltak mot misbruk av skatteavtaler. Vi kommer nærmere tilbake til Action 6 nedenfor.

Det femtende tiltaket, Action 15, er et multilateralt instrument (MLI) som tilbyr konkrete løsninger for å implementere resultatene av BEPS-prosjektet i bilaterale skatteavtaler over hele verden. Målet med instrumentet er å forenkle prosedyren for endring av skatteavtaler gjennom en samlet prosess. Alternativet er å forhandle bilateralt mellom avtalestater, som ville vært langt mer ressurs- og tidkrevende å gjennomføre (Nordstrøm, 2016). Instrumentet inneholder endringer som er valgfrie for avtalepartene, men også minimumsstandarder som avtalestatene er forpliktet til å følge. For at en enkelt skatteavtale skal endres, kreves det at avtalestatene “matcher”. Det vil si at begge avtalestatene må være enige om hvilket alternativ som skal velges (KPMG, 2017).

Finansdepartementet signerte instrumentet på vegne av Norge 7. juni 2017, og per dags dato, 12 januar 2018, er det over 100 land som har signert. Landene som har signert avtalen har til sammen angitt rundt 2300 skatteavtaler som skal omfattes, som betyr over 1100 matchende avtaler (K. Smorr, 2017).

### **1.3.3 Limitation of Benefits og Principal Purposes Test**

OECD BEPS Action 6 omhandler tiltak for å forhindre misbruk av skatteavtaler. Det er en erklæring om at skatteavtalene mellom partene i traktaten skal eliminere dobbeltbeskatning uten å skape muligheter for ikke-beskatning eller redusert beskatning gjennom skatteunndragelse eller skatteomgåelse. Tiltakene som skal forhindre dette er omtalt som “Limitation on Benefits” og “Principal Purposes Test”. LoB-klausuler har i flere år blitt brukt i amerikanske skatteavtaler, og den foreslåtte LoB-klausulen er basert på LoB-klausulen i artikkel 22 i den amerikanske modellavtalen. LoB er en spesiell omgåelsesregel og defineres i OECD MC art. 29 (1) - (8). I tillegg til å være “resident of a Contracting State”, bestemmer LoB hvilke skattytere som kan påberope seg de gunstige skattefordelene i en skatteavtale. Med andre ord, for å oppnå redusert kildeskatt, jf. OECD art. 10 (2) så må man gå under betegnelsen “Qualified Person”. Dersom et selskap ikke oppfyller dette kravet, kan de likevel motta fordelene i en skatteavtalene dersom selskapet oppfyller vilkårene i OECD MC art. 29 (3) - (6). “Resident of a Contracting State” er som tidligere nevnt definert under OECD MC art. 4. Videre defineres ”Qualified Person” under

andre ledd. Gjennom inngåelse av LoB i en skatteavtale kan man forhindre treaty shopping ved bruk av gjennomstrømningselskap.

Principal Purposes Test defineres i OECD MC art. 29 (9). Det er et forslag til en traktatfesting av en generell omgåelsesregel. Effekten av en PPT-regel er å unngå at en skattefordel oppstår i en skatteavtale hvor hovedformålet med transaksjonen eller disposisjonen er å spare skatt. PPT kan se ut til å være veldig lik den norske ulovfestede omgåelsesregelen. Hvis man derimot gjør en grundig sammenligning av vilkår for og rekkevidden av de to omgåelsesreglene viser det seg at på enkelte punkter er det betydelige forskjeller (Furuseth, 2016). Ved tolkning av den norske omgåelsesnormen må man bruke den norske metodelæren, mens for å tolke PPT-regelen må man anvende Wien-konvensjonen om tolkning av traktater.

LoB og PPT har begge sine styrker og svakheter. De vil ikke alltid passe inn i alle lands avtaler. Det vil også være noen land som allerede har implementert noen av bestemmelsene i LoB og PPT som gjør at de ikke trenger å kombinere begge reglene. Traktaten anbefaler at partene velger mellom tre alternative tilnæringer, (1) En “Principal Purposes Test”, (2) Forenklet “Limitation on Benefits” kombinert med en “Principal Purposes Test”, eller (3) En mer kompleks “Limitation on Benefits” kombinert med enten en regel som forhindrer misbruk av gjennomstrømningsland eller en “Principal Purposes Test”.

#### **1.3.4 Transocean-saken**

Transocean-saken er trolig den største skattesaken som har vært ført for en norsk domstol. Riggselskapet Transocean og tre skatterådgivere ble etterforsket av Økokrim fra 2005 til 2014. Selskapet ble tiltalt for fem straffbare forhold. Et av tiltalene handlet om et utbytteforhold, der Økokrim mente at riggselskapet sendte store pengebeløp ut av Norge, via Danmark og videre til Caymanøyene for å unngå beskatning. Et utbytte på nær 2,6 millioner kroner ble i 2001 utbetalt fra det norske selskapet Transocean AS til det danske holdingselskapet Transocean Offshore Holding Aps (Oslo Tingrett, 2014). Det fremgår av den nordiske skatteavtalen at det ikke skal betales kildeskatt av utbytte mellom Norge og Danmark innenfor

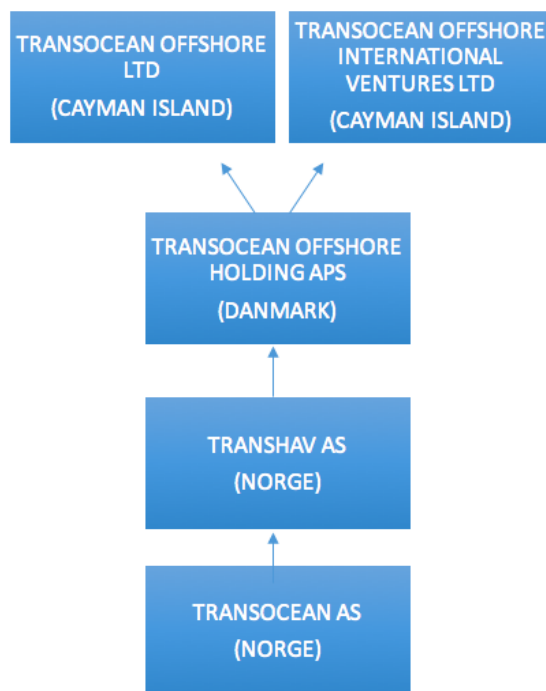
samme konsern, og det skulle derfor ikke betales kildeskatt til Norge av utbyttet. 13 dager senere ble pengene sendt fra det danske holdingselskapet til to morselskaper i Transocean-konsernet registrert på Caymanøyene. På det aktuelle tidspunktet innebar danske skatteregler at det ikke skulle betales kildeskatt ved utbytte fra Transocean Offshore Holding Aps til de to morselskapene på Cayman Islands.

Den norske staten mente at holdingselskapet i Danmark var stiftet for å skape en skattefri kanal til lavskattelandet Cayman Islands, og at holdingselskapet kunne klassifiseres som et “gjennomstrømmingsselskap”. Staten så på forholdet som en ulovlig form for treaty shopping. Spørsmålet i Transocean-saken var derfor om Norge kunne foreta en ulovfestet gjennomskjæring eller om utbyttet kunne tilordnes direkte til morselskapene på Cayman Islands (H. Liland, 2017). Transocean, på sin side, mente at holdingselskapet i Danmark ikke var opprettet for å unngå norsk kildeskatt. De mente at dersom de måtte betale kildeskatt på utbyttet til Norge, ble de ofre for kjedebeskatning av samme inntekt, det vil si dobbeltbeskatning. Videre argumenterte selskapet med at formålet bak den nordiske skatteavtalen er nettopp å unngå kjedebeskatning innenfor samme eierstruktur.

I saken ble blant annet holdingselskapets opprettelse undersøkt, og retten fant at selskapet var opprettet som et ledd i en omorganisering i Transocean-konsernet og ikke primært for å unngå norsk kildeskatt. Formålet var derfor ikke besparelse av skatt, og en gjennomskjæring kunne ikke benyttes. At utbyttet kun hadde vært i holdingselskapet i 13 dager fant de lite betydelig. Kravet til “Beneficial Owner” eller rettmessig eier ble også undersøkt, og retten fant at kravet ble oppfylt (Engstrøm et al., 2017). Dersom ikke det danske holdingselskapet var rettmessig eier av utbyttet, hadde de ikke hatt krav på redusert kildeskatt etter skatteavtalen, og måtte ha svart kildeskatt med 25% til Norge. Norge har ikke skatteavtale med Cayman Islands. Det vil si at dersom utbyttet hadde blitt tilordnet direkte til morselskapene på Cayman Islands, måtte morselskapene derfor svart kildeskatt til Norge også med 25%. Ettersom de ikke kunne foreta gjennomskjæring og i tillegg fant det danske holdingselskapet som rettmessig eier, kunne ikke utbyttet tilordnes

direkte til morselskapet på Cayman Islands. Transocean ble frifunnet på utbyttetiltalen.

I Transocean-dommen ble det uttalt at bestemmelsen om "Beneficial Owner" ikke fanger opp alle situasjoner av treaty shopping og at det derfor må innarbeides regler mot gjennomstrømmingsselskaper i avtaleteksten. Det er også uttalt at senere internasjonale avtaler mot "Base Erosion and Profit Shifting" - BEPS - ikke er relevant i tolkningen av den nordiske skatteavtalen fra 1997 (Engstrøm et al., 2017). Saken berører mange av de kompliserte spørsmålene innen skatteretten, både nasjonalt og internasjonalt. Det er ingen tvil om at denne saken vil få betydning for fremtidig skattelegging av store selskaper.



## 2. Metode

I vår masteroppgave vil den primære metoden være juridisk metode. Juridisk metode sier hvordan vi skal gå frem for å løse et juridisk problem og for å finne svar på et rettsspørsmål. I problemstillingen skal vi analysere hvordan utfallet av Transocean-saken ville blitt på bakgrunn av de nye retningslinjene til OECD, og



skattelovgivningens og skatteavtalenes lover og regler vil bli presentert. Juridisk metode vil derfor være hensiktsmessig.

Det er flere relevante rettskildefaktorer vi vil ta for oss. Lovene og deres forarbeider, forskrifter, formålsbetraktninger, rettspraksis og internasjonale skatteavtaler som ble benyttet i avgjørelsen av Transocean-saken vil være viktig. Vi vil også ta for oss OECDs nye retningslinjer LoB og PPT. Kommentarer til OECDs modellavtale vil bli lagt til grunn ved tolkning av skatteavtalenes bestemmelser. Ved tolkning av internasjonale skatteavtaler vil vi bruke retningslinjene som er fastsatt i Wien-konvensjonen, jf. art. 31-33. Juridisk litteratur og reelle hensyn vil også bli benyttet til å støtte opp de teoretiske og analytiske delene av oppgaven. Det vil i denne sammenheng være viktig å fokusere på hvordan de ulike rettskildefaktorene vektlegges.

### **3. Kilder**

OECDs BEPS-rapport vil være en viktig kilde i oppgaven, spesielt OECD BEPS Action 6 som omhandler LoB og PPT. Andre rapporter fra OECD vil også være viktig for å kunne skaffe nok informasjon om modellavtalen før BEPS-prosjektet ble implementert. Videre vil vi benytte oss av Transocean-dommen fra Borgarting Lagmannsrett for å undersøke hvordan forholdene i saken faktisk ble tolket og vurdert. Både OECD og dommen fra lagmannsretten ser vi på som svært pålitelige kilder.

I tillegg ønsker vi å se på hvordan LoB og PPT fortolkes eller forstås av fagpersoner i ulike miljøer, og også hvordan de ser på utfallet av Transocean-saken. “De fire store”, spesielt PwC, Deloitte og KPMG har svært mange artikler innenfor dette temaet. EY derimot, har publisert lite om Transocean-saken. Grunnen til dette er at to av deres ansatte var tiltalt i straffesaken som rådgivere for Transocean. Artikler fra PwC, Deloitte og KPMG vil derfor være interessant å benytte som kilder i oppgaven. Uttalelser og kommentarer fra offentlige etater som skatteetaten, finansdepartementet o.l. er også relevant litteratur.

#### 4. Forslag til disposisjon

DEL 1	DEL 2	DEL 3	DEL 4	DEL 5
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Problemstilling</li> <li>• Avgrensning</li> <li>• Innledning og bakgrunn for problemstilling</li> <li>• Innføring i sentrale temaer</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nåværende skatteregler               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Beneficial Owner</li> <li>- Resident of a Contracting State</li> </ul> </li> <li>• Nye virkemidler mot treaty shopping               <ul style="list-style-type: none"> <li>- LoB og PPT</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Analyse: Hva utfallet av Transocean-saken ville blitt dersom man tok LoB og PPT i betraktning</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konklusjon</li> <li>• Forslag til videre forskning</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Referanser</li> <li>• Vedlegg</li> </ul>

#### 5. Fremdriftsplan

Det langsiktige målet vil være og jobbe mot å ferdigstille masteroppgaven i slutten av juni. Dette vil si at vi sikter oss inn på å skrive masteroppgaven fra januar 2017 til juni 2017. Fremdriftsplanen er som følger:

MÅNED FREMDRIFTSPLAN	
<b>Januar</b>	Levere Preliminary Thesis Innhente og bearbeide faglitteratur Starte på DEL 1
<b>Februar</b>	Ferdigstille DEL 1 Starte på DEL 2, ferdigstille DEL 2 Sende inn førsteutkast til veileder
<b>Mars</b>	Starte på DEL 3 Sende inn andreutkast til veileder

<b>April</b>	Ferdigstille DEL 3 Sende inn tredjeutkast til veileder
<b>Mai</b>	Starte på DEL 4, ferdigstille DEL 4 Korrekturlesing
<b>Juni</b>	Starte på DEL 5, ferdigstille DEL 5 Korrekturlesing Ferdigstille masteroppgaven i slutten av juni

## 6. Referanser

Berg-Rolness, G. (2017, Desember). *Tax justice*. Hentet fra Tax justice network Norge: <http://www.taxjustice.no/uploads/documents/enhetlig-skattlegging-av-multinasjonale-foretak---strategi-for-skattlegging-av-statslos-inntekt-2017.pdf>

Furusest, E. (2013). Beneficial Owner. I O. Gjems-Onstad, & E. Furusest, *Praktisk internasjonal skatterett og internprising* (s. 172). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

Furusest, E. (2016, April). En sammenligning av gjennomskjæringsregelen og "principal purposes test". *idunn*, ss. 291-319. doi:10.18261/issn.1504-310X-2016-04-02

Gjems-Onstad, O. (2013). Internasjonal skatterett og internpriser. I O. Gjems-Onstad, & E. Furusest, *Praktisk internasjonal skatterett og internprising - Life is a losing game?* (s. 33). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

H. Liland, A. (2017, Februar 3). *KPMG*. Hentet fra KPMG: <https://home.kpmg.com/no/nb/home/nyheter-og-innsikt/2017/02/medhold-for-transocean-i-utbyttesaken.html>

K. Smorr, L. (2017, Juni 9). *Pwc*. Hentet fra Pwc: <http://blogg.pwc.no/skattebloggen/det-multilaterale-instrumentet-for-implementering-av-beps-tiltak-er-signert>

KPMG. (2017, Juni 12). *KPMG*. Hentet fra KPMG: <https://home.kpmg.com/no/nb/home/nyheter-og-innsikt/2017/06/signering-av-oecd-multilaterale-instrument.html>

Engstrøm et al. (2017). *Borgating lagmanssrett - LB-2014-176629-3 - UTV-2017-240*. Hentet fra [https://lovdata-no.ezproxy.library.bi.no/pro/#document/LBSIV/avgjorelse/lb-2014-176629-3?searchResultContext=1577](https://lovdata.no.ezproxy.library.bi.no/pro/#document/LBSIV/avgjorelse/lb-2014-176629-3?searchResultContext=1577) doi

Nordstrøm, J. (2016, November 25). *E24*. Hentet fra E24: <https://e24.no/naeringsliv/skatt/ny-supertraktat-skal-stoppe-aggressiv-skatteplanlegging/23856781>

OECD. (2017, Desember 18). *OECD Library*. Hentet fra OECD Library: <http://www.oecd-ilibrary.org.ezproxy.library.bi.no/docserver/download/2317531e.pdf?expires=1515513825&id=id&accname=ocid41017227&checksum=BA624B3B0EE73F36A870BF716E545159>

Oslo Tingrett. (2014, Juni 26). *Norges domstoler*. Hentet fra Norges domstoler: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/obyr/internett/nyheter/2014/dom-transocean---staten-ved-skatt-vest.pdf>

Zimmer, F. (2014, Februar). *Idunn.no*. Hentet fra Idunn.no: [https://www.idunn.no/skatt/2014/02/internasjonalt\\_selskapsbeskatning\\_under\\_debatt](https://www.idunn.no/skatt/2014/02/internasjonalt_selskapsbeskatning_under_debatt)

## 7. Vedlegg

### 7.1 Ordliste

LoB = Limitation on benefits

PPT = Principal purposes test

OECD = Organization for Economic Co-operation and Development

BEPS = Base Erosion & Profit Shifting

MLI = Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting

DTAAs = Double taxation avoidance agreements

## **8.2 OECD MC art. 29**

### **ARTICLE 29 ENTITLEMENT TO BENEFITS**

[Provision that, subject to paragraphs 3 to 5, restricts treaty benefits to a resident of a Contracting State who is a “qualified person” as defined in paragraph 2].

[Definition of situations where a resident is a qualified person, which covers

- an individual;
- a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities;
- certain publicly-traded companies and entities;
- certain affiliates of publicly-listed companies and entities;
- certain non-profit organisations and recognised pension funds;
- other entities that meet certain ownership and base erosion requirements;
- certain collective investment vehicles.]

[Provision that provides treaty benefits to certain income derived by a person that is not a qualified person if the person is engaged in the active conduct of a business in its State of residence and the income emanates from, or is incidental to, that business].

[Provision that provides treaty benefits to a person that is not a qualified person if at least more than an agreed proportion of that entity is owned by certain persons entitled to equivalent benefits].

[Provision that provides treaty benefits to a person that qualifies as a “headquarters company”].

[Provision that allows the competent authority of a Contracting State to grant certain treaty benefits to a person where benefits would otherwise be denied under paragraph 1].

[Definitions applicable for the purposes of paragraphs 1 to 7].

a) Where

(i) an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and the first-mentioned State treats such income as attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction, and

(ii) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned State, the benefits of this Convention shall not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than the lower of [rate to be determined bilaterally] of the amount of that item of income and 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned State on that item of income if that permanent establishment were situated in the first-mentioned State. In such a case any income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State, notwithstanding any other provisions of the Convention.

b) The preceding provisions of this paragraph shall not apply if the income derived from the other State emanates from, or is incidental to, the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively).

c) If benefits under this Convention are denied pursuant to the preceding provisions of this paragraph with respect to an item of income derived by a resident of a Contracting State, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant these benefits with respect to that item of income if, in response to a request by such resident, such competent authority determines that granting such benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses). The competent authority of the Contracting State to which a request has been made under the

preceding sentence shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying the request

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

**Kilde:** (OECD, 2017)