

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Sveitsisk høyesteretts avgjørelse i den såkalte Swiss Swap Case

En analyse av problemstillinger knyttet til forståelsen av *beneficial ownership* i OECDs mønsteravtale

Kandidatnummer: 212

Leveringsfrist: 10.11.2016

Antall ord: 37 325



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Kildeskatt .....	2
1.2.1	Utgangspunkt .....	2
1.2.2	OECD MTC – kildeskatt på utbytte.....	3
1.2.3	Skatteavtaler og omgåelse.....	4
1.2.4	Annen terminologi .....	7
1.3	Avgrensning .....	9
1.4	Oppgavens oppbygning.....	11
<b>2</b>	<b>METODE – SÆRLIG OM TOLKNING OM SKATTEAVTALER</b> .....	<b>13</b>
2.1	Innledning.....	13
2.2	OECD MTC .....	13
2.3	Tolkning av OECD MTC bestemmelser .....	13
2.3.1	Wien-konvensjonen .....	13
2.3.2	OECD-kommentarene til MTC og dens betydning .....	14
2.3.3	Rettspraksis .....	15
2.3.4	Juridisk teori.....	16
<b>3</b>	<b>BRUK AV FINANSIELLE DERIVATER TIL Å ETABLERE ØKONOMISKE POSISJONER I AKSJER</b> .....	<b>17</b>
3.1	Innledning.....	17
3.2	Finansielle instrumenter .....	17
3.2.1	Total Return Swaps (TRS).....	17
3.2.2	Futures.....	18
3.2.3	Økonomiske posisjoner i et finansielt instrument.....	18
<b>4</b>	<b>OVERORDNET OM SWISS SWAP CASE</b> .....	<b>22</b>
4.1	Innledning.....	22
4.2	Bakgrunn for sakene.....	22
4.3	Swiss Swap Case, avgjørelsen om TRS-avtalen .....	24

4.3.1	De faktiske forhold.....	24
4.3.2	Den rettslige problemstilling og tolknings spørsmål .....	26
4.3.3	Resultatet i dommen.....	27
4.3.4	Overordnet om rettens begrunnelse .....	27
4.4	Avgjørelsen om Futures-avtalen .....	34
4.4.1	De faktiske forhold.....	34
4.4.2	Den rettslige problemstilling og tolknings spørsmål .....	34
4.4.3	Resultatet i dommen.....	34
4.4.4	Overordnet om rettens begrunnelse .....	35
<b>5</b>	<b>INTRODUKSJON AV VILKÅRET BENEFICIAL OWNER .....</b>	<b>37</b>
5.1	Innledning.....	37
5.2	Når ble vilkåret beneficial owner introdusert? .....	37
5.3	Formål .....	41
5.4	Utbredelse generelt og i Norges skatteavtaler .....	41
5.4.1	Generelt.....	41
5.4.2	Begrepet i Norge .....	42
5.5	OECD og FN MTC .....	43
<b>6</b>	<b>HVORVIDT SWISS SWAP CASE ER I SAMSVAR MED TRADISJONELL FORSTÅELSE FOR BENEFICIAL OWNER .....</b>	<b>45</b>
6.1	Innledning.....	45
6.2	Kan et vilkår om beneficial owner innfortolkes i skatteavtaler inngått før 1977.....	45
6.2.1	Innledning .....	45
6.2.2	Skatteavtalens ordlyd .....	46
6.2.3	Wien-konvensjonen .....	47
6.2.4	OECD-kommentarene, innplassering i Wien-konvensjonens system .....	52
6.2.5	Reviderte OECD MTC og tilhørende kommentarer ved tolkning av eldre skatteavtaler .....	55
6.2.6	OECD MTC og kommentarene fra 1977 til 2010.....	58
6.2.7	Rettspraksis .....	61
6.2.8	Vurdering .....	66
6.3	Er sveitsisk høyesteretts vurdering av det materielle innholdet i beneficial owner i samsvar med den tradisjonelle forståelsen av begrepet? .....	70

6.3.1	Innledning .....	70
6.3.2	OECD MTC og kommentarene fra 2014 .....	71
6.3.3	Avsnitt 12 «paid [...] to a resident» .....	72
6.3.4	Avsnitt 12.1 «object and purpose» .....	78
6.3.5	Avsnitt 12.4 «contractual or legal obligation» .....	81
6.3.6	Avsnitt 12.2 «agent and nominee» og Avsnitt 12.3 «conduit» .....	89
6.3.7	Vurdering .....	92
<b>7</b>	<b>BETYDNINGEN AV SKATTEYTERS SUBJEKTIVE MOTIV .....</b>	<b>97</b>
7.1	Innledning .....	97
7.2	Tradisjonell lære .....	97
7.3	Swiss Swap Case .....	101
<b>8</b>	<b>ER DET EN FORUTSETNING AT ETHVERT UTBYTTE HAR EN BENEFICIAL OWNER? .....</b>	<b>103</b>
8.1	Innledning .....	103
8.2	Tradisjonell lære .....	103
8.3	Swiss Swap Case .....	105
<b>9</b>	<b>VIL SWISS SWAP CASE BLI LAGT TIL GRUNN I NORGE? .....</b>	<b>107</b>
9.1	Innledning .....	107
9.2	Relevans .....	107
9.2.1	Wien-konvensjonen .....	108
9.2.2	Andre nasjoners praksis og synspunkt .....	109
9.2.3	OECD MTC og kommentarene .....	113
<b>10</b>	<b>PROBLEMSTILLINGEN I SWISS SWAP CASE VURDERT OPP MOT NORSKE INTERNRETTLIGE REGLER .....</b>	<b>116</b>
10.1	Innledning .....	116
10.2	Tilordning .....	117
10.3	Den ulovfestede omgåelsesnorm .....	120
10.4	Betydningen av EØS-avtalen .....	123

<b>11 LITTERATURLISTE.....</b>	<b>127</b>
11.1 Bøker.....	127
11.2 Artikler.....	130
11.3 Lovgivning.....	133
11.3.1 Norske lover og forskrifter.....	133
11.3.2 Utenlandske lover.....	134
11.3.3 Traktater.....	134
11.3.4 Modellavtaler.....	136
11.4 Kommentarer og rapporter.....	136
11.5 Dommer.....	138
11.5.1 Norge.....	138
11.5.2 EF-domstolen.....	139
11.5.3 Utenlandske dommer.....	139
11.6 Forarbeider.....	141
11.7 Administrative uttalelser.....	142
11.8 Nettsider.....	142
11.9 Videoklipp fra Youtube og andre nettsteder.....	144
11.10 Utilgjengelige kilder.....	145
11.11 Oversikt figurer.....	145

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Denne masteroppgaven tar utgangspunkt i den sveitsiske høyesterettsavgjørelsen i den såkalte *Swiss Swap Case*.<sup>1</sup> Jeg vil foreta en analyse av problemstillinger vedrørende forståelsen av *beneficial owner*<sup>2</sup> i OECD Model Tax Convention (MTC), også kalt modellavtale eller mønsteravtale.<sup>3</sup>

I mai 2015 avsa sveitsisk høyesterett to avgjørelser<sup>4</sup> i en offentlig, muntlig høring. Den skriftlige versjonen av avgjørelsene ble publisert 28. oktober 2015, nesten et halvt år senere. To danske banker, med registrert hovedkontor i København, hadde inngått TRS- og Futuresavtaler<sup>5</sup> med motparter i USA, Storbritannia og Frankrike. Bankene hadde sikret sine posisjoner i avtalene ved å kjøpe de underliggende aksjene i avtalene av uavhengige meglere. De danske bankene holdt sikrede sveitsiske aksjeposisjoner og krevde refusjon av sveitsisk kildeskatt for mottatt utbytte. Det er med andre ord skattemessig behandling av utbytte til aksjonær som ikke har økonomisk eierinteresse i aksjene fordi den økonomiske eierinteressen er nøytralisert gjennom et finansielt derivat. Det sentrale spørsmålet er om aksjonærens mangel på økonomisk eierinteresse har betydning for kildestatens adgang til å beskatte utbyttet til aksjene.

Det som gjør temaet interessant er det at derivater blir stadig vanligere, herunder det å etablere økonomiske posisjoner i finansielle instrumenter. I Berg-Rolness nylige utgitte bok «Skatteparadisene og den internasjonale selskapsskatteretten» hevder han at den «direkte utløsende årsaken til finanskrisen var som påpekt de nye finansielle instrumentene, og derivater som ble lagt i fond lokalisert i skatteparadiser, først og fremst Caymanøyene».<sup>6</sup> På grunn av dette ble blant annet Dodd-Frank Act<sup>7</sup> i USA gjennomført.<sup>8</sup> Derivater blir ofte benyttet til sikring og for spekulasjonsformål. I så måte har beneficial ownership blitt et

---

<sup>1</sup> Heretter benyttes Swiss Swap Case uten kursivering grunnet tekstens lesbarhet

<sup>2</sup> Heretter benyttes beneficial owner uten kursivering grunnet tekstens lesbarhet

<sup>3</sup> Heretter forkortet OECD MTC

<sup>4</sup> Swiss Swap Case; se 2C\_364/2012, 2C\_377/2012 (Swiss Swap Case) og 2C\_895/2012 (Futures-saken)

<sup>5</sup> Se kapittel 3 for forklaring av begrepene

<sup>6</sup> Berg-Rolness (2016) s. 149

<sup>7</sup> Dodd-Frank Act

<sup>8</sup> Whitehouse (2010)

vanskelig definerbart internasjonalt skattekonsept siden derivater ofte blir benyttet for å skifte det økonomiske fokuset på eiendeler, gjeld eller inntektsstrømmer uten endring av rettslig eierskap.<sup>9</sup>

Avgjørelsene kan synes å markere et skifte i tolkningen av vilkåret beneficial ownership i OECD MTC art. 10 (2). I denne oppgaven presenteres begge avgjørelsene (både TRS- og Futures-saken i kapittel 4) og det tas utgangspunkt i TRS-avgjørelsen også kjent som Swiss Swap Case.

## **1.2 Kildeskatt**

### **1.2.1 Utgangspunkt**

OECD, *The Organization for Economic Co-operation and Development*, er et samarbeidsforum for regjeringer. Her kan man dele erfaringer og finne felles løsninger på globale problemer.<sup>10</sup> OECD har utviklet MTC som en modellavtale i samarbeid med sine medlemsland. Intensjonen er at MTC skal fungere som en mal for bilaterale skatteavtaler mellom medlemslandene.

De siste tiårene har grensekryssende investeringer og bruken av mellommenn økt. Eksempler på slike mellommenn kan være finansielle institusjoner, agenter og gjennomstrømmingsselskap. Når transaksjoner krysser to ulike lands grenser på denne måten kan det føre til dobbeltbeskatning av inntekten. Internasjonal dobbeltbeskatning reguleres av et stort nettverk av skatteavtaler og dels av internrettslige regler.<sup>11</sup> En stat skattlegger inntekten med bakgrunn i at skatteyteren er hjemmehørende i staten. Mens en annen stat skattlegger den samme inntekten fordi den har sin kilde der. Skatteavtalenes bestemmelser gir gjensidig avkall på nasjonal beskatningsrett. Skatteavtalene gir ikke i seg selv hjemmel for skatteplikt (ofte omtalt som den gylne regelen i skatteavtaleretten), men gjør unntak for skattelovgivningen.<sup>12</sup> Den vanligste formen for dobbeltbeskatning er at staten der skatteyteren er hjemmehørende, og staten der inntekten er opptjent (kildestaten), skattlegger inntekten.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Weidmann (2016) s. 620

<sup>10</sup> OECD (a)

<sup>11</sup> Zimmer (2009) s. 18

<sup>12</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>13</sup> Zimmer (2009) s. 18

Grenseoverskridende økonomiske relasjoner ville være truet om to eller flere stater utsatte samme inntekt for skatt. Mange stater inngår derfor bilaterale dobbeltbeskatningsavtaler<sup>14</sup> for å eliminere dobbeltbeskatning. De bestemmer i hvilken grad en stat kan skattlegge.<sup>15</sup> Hver bilaterale dobbeltbeskatningsavtale forhandles og inngås separat. Mange av de eksisterende dobbeltbeskatningsavtalene ligner på hverandre. Dette har sammenheng med at modellavtalene utvikles av internasjonale organisasjoner som OECD.<sup>16</sup>

Dobbeltbeskatningsavtaler er avtaler under internasjonal folkerett. Det er opp til kontraktstatene å bestemme hvordan de blir implementert i nasjonal lovgivning. Vanligvis er dette en konstitusjonell sak. Ifølge konstitusjonelle bestemmelser, kan dobbeltbeskatningsavtaler enten ha samme status som nasjonale bestemmelser eller så kan de vektlegges i større eller mindre enn nasjonale bestemmelser.<sup>17</sup>

Uavhengig av dobbeltbeskatningsavtalenes status i nasjonal lovgivning så kan innholdet i dobbeltbeskatningsavtalenes regler motsi nasjonale regler. Ifølge flere juridiske forfattere er dobbeltbeskatningsregler *special rules* knyttet til nasjonale skatteregler. Dobbeltbeskatningsavtalenes regler er basert på deres *lex specialis*-karakter.<sup>18</sup>

### 1.2.2 OECD MTC – kildeskatt på utbytte

OECD MTC, og de aller fleste norske skatteavtaler, bestemmer at retten til å skattlegge aksjeutbytte skal deles mellom statene.<sup>19</sup> I MTCs skatteavtalebestemmelser finner man begrepet beneficial owner i relasjon til aksjeutbytte, renter og royalties (art. 10, 11 og 12). I denne oppgaven er fokuset på OECD MTC art. 10 om aksjeutbytte, også kalt dividende. I OECD MTC art. 10 om skattlegging av utbytte er oppbygningen slik at art. 10 (1) bestemmer at aksjonærens hjemstat kan skattlegge aksjeutbyttet. I art. 10 (2) (se også nordisk skatteavtale (NSA) art. 10 (3)),<sup>20</sup> bestemmes det at også kildestaten, det utdelende selskaps hjemstat, kan

---

<sup>14</sup> *Double taxation convention* forkortet DTC

<sup>15</sup> Lang m.fl. (2010) s. 25

<sup>16</sup> *ibid.* s. 27

<sup>17</sup> *ibid.* s. 32

<sup>18</sup> *ibid.* s. 33

<sup>19</sup> Zimmer (2009) s. 217

<sup>20</sup> Den nordiske skatteavtalen (NSA)



skattlegge aksjeutbyttet, men da bare innenfor en viss grense. MTC og NSA setter grensen til 15% av utbyttets bruttoverdi. Skatteyteren kan derfor ikke kreve fradrag for omkostninger i kildestatens beskatningsgrunnlag i og med at kildeskatten beregnes ut fra utbyttets bruttoverdi. Kildestaten er bare forpliktet til å begrense skattleggingen til den skattesatsen som fremgår av skatteavtalen dersom mottakeren er «beneficial owner of the dividends» jf. MTC art. 10 (2) («den virkelige rettighetshaver til dividendene», se også NSA art. 10 (3)). Vilkåret om beneficial owner har som formål å forebygge misbruk av skatteavtalene med sikte på å oppnå redusert kildeskatt.<sup>21</sup> Se mer om dette i kapittel 5.3 om beneficial owners formål.

### 1.2.3 Skatteavtaler og omgåelse

#### 1.2.3.1 Internasjonalt

Skatteavtalers formål er å hindre dobbeltbeskatning. En direkte konsekvens av dette er at partene fordeler skattegrunnlaget mellom seg.<sup>22</sup> Lik fordeling av skattegrunnlaget er også nevnt som et formål i seg selv. Et annet formål ved skatteavtalene er å unngå skatteunndragelse og -unntak.<sup>23</sup>

Internasjonal skatteplanlegging og omgåelse<sup>24</sup> av skatteregler har de siste årene blitt et økende problem. Ofte skjer skatteplanleggingen med det mål for øyet å få gjeldende inntekt overført til stater med lav eller ingen skatt (og utgifter til stater med høy skatt).<sup>25</sup> Skatteunndragelser er straffbare forhold og kan for eksempel være inntekt som skjules i utlandet, typisk i stater med bankhemmelighold.<sup>26</sup> Dette vil ikke behandles videre i oppgaven.

Skatteavtalenettet skaper i seg selv skatteplanleggingsmuligheter, ved for eksempel å legge til rette for at en skatteyter kan «rute» betalingsstrømmer via selskaper i land med gunstig skatteavtalenettverk (såkalt *treaty shopping*).<sup>27</sup> I økende utstrekning tas det derfor inn

---

<sup>21</sup> Zimmer (2009) s. 218

<sup>22</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 55

<sup>23</sup> OECD-kommentarene 2014 art. 1 avsnitt 7

<sup>24</sup> For mer om omgåelse av skatteregler se bl.a. kapitlene 1.2.4, 6.3.3 og 10.3

<sup>25</sup> Zimmer (2009) s. 19

<sup>26</sup> *ibid.* s. 19

<sup>27</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

bestemmelser i skatteavtalene som skal sikre at «rutingen» av betalingsstrømmene må ha en viss økonomisk realitet for å bli akseptert.<sup>28</sup> Se mer om dette i kapittel 1.2.3.3 treaty shopping.

*Group of Twenty*, forkortet G-20, er en internasjonal organisasjon som består av medlemslandenes finansministre og sentralbanksjefer. Organisasjonen ble opprettet i 1999 og er en løs sammensetning med skiftende medlemstall. EU er medlem og representert ved det roterende formannskapet og den europeiske sentralbanken.<sup>29</sup> G-20 har utarbeidet handlingsplanen *Base Erosion and Profit Shifting Project* (BEPS).<sup>30</sup> I Moskva, den 19. juli 2013, la G-20 frem handlingsplanen BEPS og det ble fastslått at de ulike nasjonenes skatteregulverk ikke samsvarer med utviklingen av verdens globaliserte- og digitale økonomi. Dette har skapt skattehull som kan utnyttes av multinasjonale foretak for kunstig reduksjon av selskapenes skattekostnader. Handlingsplanen BEPS<sup>31</sup> er ment å være en global veileder som skal tilrettelegge slik at landene kan hente inn sine rettmessige skatter.<sup>32</sup>

### 1.2.3.2 Norge

Internasjonal skatteplanlegging har etter hvert blitt svært utbredt. Dette betyr at ulikheter i statenes internrett kan gi slik skatteplanlegging mye å spille på. Noen internrettslige regler har som hovedformål å hindre slike former for tilpasninger. Dette gjelder for eksempel skatteloven<sup>33</sup> § 13-1 om internprising i konserner og sktl. § 10-60 ff. om NOKUS (norsk-kontrollerte utenlandske selskaper i lavskattelend). Skatteavtalene forstås slik at de gir adgang til å anvende internrettslige regler, men har ellers få regler rettet spesielt mot dette.<sup>34</sup> Den norske ulovfestede omgåelsesregelen kan som utgangspunkt anvendes på grenseoverskridende transaksjoner.<sup>35</sup>

---

<sup>28</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>29</sup> Store norske leksikon (2016)

<sup>30</sup> OECD (b)

<sup>31</sup> Base erosion and profit shifting (BEPS) er et av OECDs fokusområder i kampen mot skatteplanlegging og omgåelse

<sup>32</sup> Berg-Rolness (2016) s. 705

<sup>33</sup> Skatteloven, heretter forkortet sktl.

<sup>34</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>35</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 891; Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada)

### 1.2.3.3 *Treaty shopping*

Skatteplanlegging kan tilrettelegge for visse former for utnyttelse av skatteavtaler, ofte omtalt som treaty shopping.<sup>36</sup> Treaty shopping er når en skatteyder som er hjemmehørende i en stat og har inntekter fra en annen stat innretter seg slik at han eller hun drar nytte av en eller flere skatteavtaler som uten denne tilpasningen ikke ville ha vært tilgjengelig. Det kan for eksempel gjøres ved å etablere et selskap i en tredjestat som har skatteavtaler som er fordelaktig for skatteyder.<sup>37</sup> Skatteyderen kan på denne måten føre sine transaksjoner via selskaper i land med fordelaktig skatteavtalenettverk.<sup>38</sup> Det gjøres ved å etablere et selskap i en stat med gunstig skatteavtale (gjennomstrømningslandet). Inntekten kanaliseres så gjennom dette selskapet (gjennomstrømnings-selskapet) og eventuelt videre til dets eier(e) i en tredjestat. Teknikken brukes gjerne når man ønsker å unngå kildeskatt på aksjeutbytte, renter og/eller royalty.<sup>39</sup>

Stater med få internrettslige regler om kildeskatter og et stort nettverk av skatteavtaler, som har bestemmelser om unntak når det kommer til kildeskatter, anses som gunstige for slik treaty shopping.<sup>40</sup> I OECD MTC art. 10, 11 og 12 finner man bestemmelser om begrensninger knyttet til om kildestatens beskatningsrett er betinget av at mottakeren er «the beneficial owner» av inntekten.<sup>41</sup> Treaty shopping benyttes ofte ved gjennomstrømnings-selskaper eller ved *stepping stone*-metoden.

### 1.2.3.4 *Stepping stone*

Stepping stone-metoden benyttes når en skatteyder ønsker å omgå *limitation of benefits*, også kalt LOB-klausuler. Se kapittel 1.2.4 for forklaring av LOB-klausuler. Man oppnår ikke det ønskede resultat via et gjennomstrømnings-selskap. I stedet for å etablere et selskap som skatteyder selv eier i en gjennomstrømningsstat, kan han eller hun for eksempel inngå en avtale med et allerede eksisterende selskap om at det skal fungere som en stepping stone for å kanalisere og videresende inntektene via gjennomstrømningsstaten.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> Zimmer (2009) s. 44

<sup>37</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 846

<sup>38</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>39</sup> Zimmer (2009) s. 44

<sup>40</sup> *ibid.* s. 45

<sup>41</sup> Zimmer (2009) s. 45

<sup>42</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 846

#### 1.2.4 Annen terminologi

Manipulering av utbytte – dividendestripping – er en betegnelse som anvendes på ethvert forhold hvor det på kunstig vis foretas transaksjoner for å redusere skatteplikten ved utdeling av utbytte.<sup>43</sup> Dette kan være (i) transaksjoner som erstatter utbytte med andre former for betaling. Det kan være (ii) transaksjoner som tilslører hvem som er virkelig eier (beneficial owner) av utbyttet, og det kan også være (iii) utdeling av utbytte via valgte jurisdiksjoner, stepping stone-transaksjoner.<sup>44</sup>

Dividendestripping er ikke et rettslig begrep og det er derfor ikke presist definert. Dividendestripping tar først og fremst sikte på tilfeller hvor utbytte overføres fra selskap til aksjonær via mellommann.<sup>45</sup> Helminen beskriver dividendestripping som:

Such arrangements, where a third party, instead of the actual equity investor, receives the dividend from a corporate entity, and transfers the economic benefit of dividend to the actual investor in a form other than the dividend, are referred to as dividend-stripping.<sup>46</sup>

For begrepet *tilordning* skal inntekter skattlegges hos en skatteyter. Dette beskrives ofte som hvem som skal tilordnes en inntekt, herunder utbytte. Reglene om tilordning er ansett som implisitt nedfelt i de enkelte skattelovregler. Det å tilordne inntekt til en skatteyter er vanligvis enkelt. Det er jo logisk at en arbeidstaker skattlegges for arbeidsinntekt, huseieren for husleieinntekter og kreditor for renter på bankinnskudd. Zimmer oppsummerer dette slik: «*Det subjekt som etter det underliggende forhold (privatrettslig, trygderettslig, osv.) er den berettigede, skal tilordnes inntekten.*»<sup>47</sup> Tilsvarende skal et fradrag tilordnes den som privat- eller offentligrettslig pådras en kostnad.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Berg-Rolness (2016) s. 604

<sup>44</sup> l.c.

<sup>45</sup> Folkvord (2013) s. 35

<sup>46</sup> Helminen (2010) s. 91

<sup>47</sup> Zimmer (2012) s. 111

<sup>48</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 330

For omgåelsesspørsmål er det ofte slik at en privatrettslig form utnyttes for å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med (det man antar er) skattelovgivningens formål.<sup>49</sup> Omgåelsesregler bør ikke benyttes dersom skatteyteren er beskattet omtrent på samme måte i den andre staten.<sup>50</sup> Det å unngå dobbeltbeskatning tillegges stor vekt dersom det ikke finnes grunnlag for misbruk av skatteavtalen.<sup>51</sup> Om skatteavtalen brukes riktig av begge stater, skal dobbeltbeskatning avverges ved at hjemstaten enten gir kredit eller unntak. I prinsippet, hevder Skaar, gjelder dette også for omgåelsesregelen, «forutsatt at bruk av omgåelsesregelen er i samsvar med skatteavtalen».<sup>52</sup>

Den internasjonale betegnelsen for omgåelse er *General Anti-Avoidance Rules* (GAAR), og den norske gjennomskjæringsnormen henføres som en GAAR.<sup>53</sup> Generelle omgåelsesnormer benyttes både på nasjonale og internasjonale rettsregler som i sin alminnelighet slår ned på omgåelse av skattereglene. Betegnelser som *anti-abuse rules* eller *substance over form rules* benyttes også til tider. I enkelte land som Canada, Sverige og Tysland er slike regler kodifisert, i andre land, som Norge og Danmark, er regelverket utviklet i samarbeid mellom rettspraksis og juridisk teori.<sup>54</sup> Ifølge Skaar anses substance over form som et utslag av det alminnelige skatterettslige prinsippet om at man skal legge de reelle forhold til grunn ved den skattemessige bedømmelsen av en disposisjon.<sup>55</sup> OECD beskriver substance over form som en doktrine «which allows the tax authorities to ignore the legal form of an arrangement and to look to its actual substance in order to prevent artificial structures from being used for tax avoidance purposes».<sup>56</sup> Substance over form benyttes i amerikansk rett og fokuset er da på den rettslige formen og det økonomiske innholdet.

I denne fremstillingen forsøker jeg å omtale problemstillingen som omgåelse, men noen steder benyttes gjennomskjæring. Det er vanlig å benytte gjennomskjæring, men ifølge Zimmer er dette uttrykket ikke veldig heldig siden det minner om gjennomskjæring av

---

<sup>49</sup> Zimmer (2012) s. 60 flg.

<sup>50</sup> OECD-kommentarene art. 1 avsnitt 26

<sup>51</sup> ibid. art. 1 avsnitt 22.2

<sup>52</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 895

<sup>53</sup> Berg-Rolness (2016) s. 401

<sup>54</sup> l.c.

<sup>55</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 581

<sup>56</sup> OECD (c)

(aksje)selskapsform. Og det er det aldri snakk om i skatteretten. I Lignings-ABC er problemstillingen behandlet under stikkordet *tilsidesettelse*.<sup>57</sup>

Andre ord og uttrykk forklares løpende i fremstillingen.

### 1.3 Avgrensning

Man finner også den internasjonale betegnelsen for spesielle omgåelsesregler som *Special Anti-Avoidance Rules* (SAAR). Et eksempel på SAAR er LOB-klausuler som er en type spesielle omgåelsesnormer. Disse finner man i enkelte skatteavtaler. LOB-klausuler er ulike spesifikke vilkår som begrenser en skattyters adgang til skatteavtalens fordeler.<sup>58</sup> LOB-klausulene gjelder spesielt om skatteavtalen medfører at inntekt som går fra en kilde i en stat til mottaker i en annen stat ikke blir beskattet i det hele tatt. Eksempelvis kan skatteavtalen gi kildestaten eksklusiv rett til å beskatte en inntekt, selv om staten ikke har internrettslig hjemmel til å gjennomføre beskatningen. Hjemstatens motivasjon for å oppgi sin beskatningsrett over inntekten bortfaller ettersom inntekten blir fullstendig skattefri. I noen skatteavtaler er det derfor inntatt LOB-klausuler som skal forhindre slik dobbeltbeskatning.<sup>59</sup> Jeg vil ikke utdype dette nærmere i oppgaven.

Oppgaven avgrenses til de problemstillinger Swiss Swap Case oppstiller. Saken er tilskåret og fokuset er på beneficial owner. Videre avgrenses oppgaven mot Futures-saken som ble avgjort i samme offentlige høring som Swiss Swap Case. Det å analysere begge sakene blir for omfattende for oppgaven både med hensyn til tid og ordomfang. Uansett bygger begge sakene på samme forståelse av beneficial owner. Avgrensningen er også tilforlataelig ettersom Futures-saken viser tilbake til beneficial owner-vurderingen retten foretok i TRS-saken.

Videre avgrenses det mot sveitsisk intern rett og metode. Det bør nevnes at i sveitsisk internrett finner man et eget begrep for beneficial owner som går i retning av økonomisk tolkning, dvs. substance over form-fokus. Dette kan ha betydning når sveitsisk høyesterett tolker beneficial owner i en internasjonal sammenheng og benytter skatteavtalen som rettslig

---

<sup>57</sup> Zimmer (2012) s. 60 flg.

<sup>58</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 844 flg

<sup>59</sup> *ibid.* s. 845

grunnlag. Jeg lar det bli med denne avgrensningen da det å gå inn på Sveits' rettslige interne rettsområde vil bli for omfattende for denne oppgaven.

Oppgaven avgrenses mot OECD-kommentarene gjengitt tidligere år, bortsett fra 2014-kommentarene da disse antas å gjengi gjeldende rett. De ulike årgangene av kommentarene er gjengitt kort i kapittel 6 med hensyn til hvilke endringer som er foretatt og om dette har vært en materiell endring.

Videre avgrenses mot FNs modellavtale. FNs modellavtale er kort presentert i kapittel 5.5, men etter dette vil den ikke tas med i senere vurderinger.

Oppgaven avgrenses mot et EU-rettslig perspektiv. Fokus på EØS-rett fra et norsk perspektiv finner man i kapittel 10.4.

Oppgaven avgrenses også mot annen forståelse av beneficial owner og dets innhold. Jeg legger til grunn forståelsen i MTC art. 10 (2). Det avgrenses derfor mot andre omgåelsesregler enn vilkåret beneficial owner i MTC art. 10 (2). Forståelsen av noen av disse finner man i OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.6:

The above explanations concerning the meaning of «beneficial owner» make it clear that the meaning given to this term in the context of the Article must be distinguished from the different meaning that has been given to that term in the context of other instruments<sup>60</sup> that concern the determination of the persons (typically the individuals)

---

<sup>60</sup> Her viser OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.6 til en fotnote som jeg finner interessant:

See, for example, Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris, 2012), which sets forth in detail the international anti-money laundering standard and which includes the following definition of beneficial owner (at page 110): ‘the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted. It also incorporates those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.’ Similarly, the 2001 report of the OECD Steering Group on Corporate Governance, ‘Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes’ (OECD, Paris, 2001), defines beneficial ownership as follows (at page 14): In this Report, ‘beneficial ownership’ refers to ultimate beneficial ownership or interest by a natural person. In some situations, uncovering the beneficial owner may involve piercing through various intermediary entities and/or individuals until the true owner who is a natural person is found. With respect to corporations, ownership is held by shareholders or members. In partnerships, interests are held by general and limited partners. In trusts and foundations, beneficial ownership refers to beneficiaries, which may also include the settlor or founder. (min uthevning)

that exercise ultimate control over entities or assets. That different meaning of «beneficial owner» cannot be applied in the context of the Article. Indeed, that meaning, which refers to natural persons (i.e. individuals), cannot be reconciled with the express wording of subparagraph 2 a), which refers to the situation where a company is the beneficial owner of a dividend. In the context of Article 10, the term «beneficial owner» is intended to address difficulties arising from the use of the words «paid to» in relation to dividends rather than difficulties related to the ownership of the shares of the company paying these dividends. For that reason, it would be inappropriate, in the context of that Article, to consider a meaning developed in order to refer to the individuals who exercise «ultimate effective control over a legal person or arrangement.»<sup>61</sup>

Videre avgrenses det mot andre problemstillinger som kan minne om omgåelse som for eksempel skatteunndragelse. Med dette menes det saker hvor det gis gale eller ufullstendige opplysninger, slik at for eksempel ligningen baseres på galt faktum. Videre avgrensninger gjøres mot proformasaker hvor partenes rettslige form ikke er den som faktisk gjelder. Videre er det riktig å avgrense mot rettsforhold med uriktig betegnelse. Dette kan være en avtale som for eksempel fremstår som kjøpskontrakt, men der innholdet tilsvarer en leieavtale. Det bør nevnes at grensen mot omgåelsesforhold er flytende.

#### **1.4 Oppgavens oppbygning**

I kapittel 2 redegjøres det for oppgavens metodebruk, herunder folkerettslig metode. Videre forklares bruk av finansielle derivater til å etablere økonomiske posisjoner i aksjer i kapittel 3. Kapittel 3 danner grunnlaget og forståelsen for noe av terminologien benyttet i presentasjonen av Swiss Swap Case i kapittel 4. I kapittel 5 introduseres vilkåret beneficial owner. De fem første kapitlene kan anses som en introduksjon til selve analysen av hvorvidt Swiss Swap Case er i samsvar med den tradisjonelle forståelse av beneficial owner, herunder OECD-kommentarene fra 2014. I kapittel 7 vurderes betydningen av skatteyters subjektive motiv. Og i kapittel 8 analyseres tradisjonell lære opp mot Swiss Swap Case med utgangspunkt i problemstillingen; er det en forutsetning at ethvert utbytte har en beneficial owner? Tilslutt, i den norske delen av fremstillingen, vurderer jeg om Swiss Swap Case vil bli lagt til grunn i

---

<sup>61</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.6



Norge. Og i kapittel 10 vil problemstillingen i Swiss Swap Case vurderes opp mot norske internrettslige regler.

## **2 Metode – særlig om tolkning om skatteavtaler**

### **2.1 Innledning**

OECD er et globalt samarbeidsforum for økonomiske, sosiale- og miljøforhold jf. kapittel 1.2. OECDs Committee on Fiscal Affairs, Skattekomiteen, behandler spørsmål om skatt og har utarbeidet OECD MTC (mønsteravtalen) jf. kapittel 2.2. Skatteavtaler er bilaterale avtaler (traktater) og skal som utgangspunkt tolkes i samsvar med Wien-konvensjonen jf. kapittel 2.3.1. OECD har utarbeidet kommentarer til MTCs enkeltbestemmelser jf. kapittel 2.3.2. I praksis tillegges kommentarene til OECD betydelig vekt ved tolkning av skatteavtaler jf. kapittel 2.3.2.

### **2.2 OECD MTC**

I 1963 ble det første utkastet til MTC publisert. Utkastet bygget på tidligere inngåtte skatteavtaler mellom OECDs medlemsstater. OECD MTC er ment å være en felles mal for medlemslandenes bilaterale skatteavtaler. Den skal forenkle og effektivisere arbeidet med avtalene. MTC har blitt revidert i 1977 og 1992. Fra 1992 har MTC og kommentarene (se kapittel 2.3.2) blitt revidert og oppdatert flere ganger i 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010 og nå sist i 2014. OECDs *Committee on Fiscal Affairs*, Skattekomiteen, anbefaler sine medlemsstater å benytte MTC som mal for skatteavtalene de inngår, men her bør det nevnes at de ikke er forpliktet til det, det er *kun* en anbefaling.

### **2.3 Tolkning av OECD MTC bestemmelser**

#### **2.3.1 Wien-konvensjonen**

Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (*Vienna Convention on the law of treaties*) er en sentral rettskilde for inngåelse, tolkning og opphør av traktater.<sup>62</sup> Wien-konvensjonens regler om traktattolkning er en kodifisering av folkerettslig sedvanerett<sup>63</sup> og folkerettslig metodelære. Skatteavtaler er traktater og skal tolkes i samsvar med folkerettslige regler.

Sveits tiltrådte Wien-konvensjonen 7. mai 1990. Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjon ettersom den er i konflikt med Grunnloven, men den gjengir i stor grad hva som anses for

---

<sup>62</sup> Ruud og Ulfstein (2011) s. 70

<sup>63</sup> Zimmer (2009) s. 74

folkerettslig sedvanerett.<sup>64</sup> Tolkingsreglene i art. 31-32 er ansett å være folkerettslig sedvanerett jf. Rt. 2004 s. 957 (PGS).

### 2.3.2 OECD-kommentarene til MTC og dens betydning

OECD-kommentarene er ment som en veileder ved tolkning av skatteavtalenes artikler. Via kommentarene forsøker man å oppnå likhet i de ulike landenes tolkningsresultater.<sup>65</sup> Kommentarene antas å bli påvirket av de ulike nasjoners rettspraksis og er derfor en mulig veileder når det kommer til gjeldende rett. Kommentarene er ikke rettslig bindende for medlemsstatene.<sup>66</sup>

Kommentarenes plassering i Wien-konvensjonens system er et debattert tema og det finnes flere ulike løsninger på tolkningsproblemet. Kommentarene tillegges i praksis vesentlig vekt ved tolkning av skatteavtaler som bygger på OECD MTC,<sup>67</sup> men antas å ha liten formell vekt. Spørsmålet om medlemsstatene er forpliktet til å ta kommentarene i betraktning ved skatteavtaletolkning avhenger av hva slags rettskilde kommentarene anses å være, og hvordan de innpasses i Wien-konvensjonens system.<sup>68</sup> Se mer om dette i kapittel 6.2.4.

#### 2.3.2.1 Nye OECD-kommentarer ved tolkning av eldre skatteavtaler

Reviderte OECD-kommentarer kan ha betydning ved tolkning av eldre skatteavtaler. OECD-kommentarene i introduksjon avsnitt 35 går selv langt i å tillegge nyere formuleringer slik vekt:

Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because

---

<sup>64</sup> Ruud og Ulfstein (2011) s. 70; Rt. 2008 s. 577 (Søvik) avsnitt 46

<sup>65</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 58

<sup>66</sup> OECD-kommentarene 2014 introduksjon avsnitt 29

<sup>67</sup> Vogel m.fl. (1997) Introduction punkt 80

<sup>68</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 58

they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations.<sup>69</sup>

OECDs vidtgående standpunkt i avsnitt 35 er omdiskutert, ikke minst fordi enkelte kommentarendringer har vært hevdet å utgjøre endringer av modellavtalen i realiteten.<sup>70</sup> OECD presiserer videre i avsnitt 36:

Whilst the Committee considers that changes to the Commentaries should be relevant in interpreting and applying conventions concluded before the adoption of these changes, it disagrees with any form of *a contrario* [motsetningsvis] interpretation that would necessarily infer from a change to an Article of the Model Convention or to the Commentaries that the previous wording resulted in consequences different from those of the modified wording. Many amendments are intended to simply clarify, not change, the meaning of the Articles or the Commentaries, and such *a contrario* interpretations would clearly be wrong in those cases.<sup>71</sup> (min utheving)

I kapittel 6.2.6 vil jeg gjennomgå OECD-kommentarene mer i detalj. Her vil jeg kort se på endringer foretatt i OECD MTC og kommentarene de siste årene.

### 2.3.3 Rettspraksis

Et viktig spørsmål er i hvilken grad man skal vektlegge andre staters praksis, herunder synspunkt. Zimmer hevder at rettskildevekten av utenlandske dommer er omdiskutert, men utenlandsk rettspraksis kan være med på å utvikle og presisere begreper som vil kunne være felles for alle skatteavtaler.<sup>72</sup>

Se mer om dette i kapittel 6.2.7 om rettspraksis og kapittel 9 om Swiss Swap Case vil bli lagt til grunn i Norge.

---

<sup>69</sup> OECD-kommentarene 2014 introduksjon avsnitt 35

<sup>70</sup> Zimmer (2009) s. 80

<sup>71</sup> OECD-kommentarene 2014 introduksjon avsnitt 36

<sup>72</sup> Zimmer (2009) s. 77-78

#### 2.3.4 Juridisk teori

Både nasjonale og internasjonale juridiske forfatteres synspunkt vedrørende begrepet om beneficial owner er av sentral art for å kartlegge vilkåret i oppgaven. I kapittel 6 flg. og videre i drøftelsen benyttes derfor ulike forfatteres synspunkt for å fastlegge innholdet i begrepet og vurdere dets mangefasetterte sider.

### **3 Bruk av finansielle derivater til å etablere økonomiske posisjoner i aksjer**

#### **3.1 Innledning**

I dette kapitlet redegjøres det kort for de ulike finansielle instrumenter som Swiss Swap Case omhandler. Det vil kort bli forklart hva finansielle derivater er og hvordan man kan ta økonomiske posisjoner i aksjer.<sup>73</sup>

#### **3.2 Finansielle instrumenter**

Finansielle instrumenter er et samlebegrep på eiendeler og forpliktelser som det handles med i verdipapirmarkedet, derivatmarkedet og dels valutamarkedet. Begrepet omfatter blant annet aksjer, grunnfondsbevis, obligasjoner, verdipapirfondsandeler og derivater.<sup>74</sup> Finansielle instrumenter kan kategoriseres i to hovedgrupper; for det første som primærinstrumenter herunder (i) egenkapitalinstrumenter (typisk aksjer mv.) og (ii) fremmedkapitalinstrumenter (typisk obligasjoner mv.). Den andre hovedgruppen er derivater.<sup>75</sup> Derivatene er instrumenter som utleder sine økonomiske egenskaper av et underliggende objekt.<sup>76</sup> Det underliggende objektet kan være et annet finansielt instrument (primærinstrument) som aksjer og obligasjoner (tradisjonelle instrumenter). Men også andre derivater eller ikke-finansielle instrumenter som for eksempel olje og elektrisitet kan være et slikt underliggende objekt.<sup>77</sup> Ulike typer derivater inkluderer opsjoner, utstedelsesretter, terminkontrakter, futures, swap-avtaler mv. Derivater er en kontraktuell rettighet<sup>78</sup> og benyttes ofte for å håndtere uforutsette fremtidige risikoer.

##### **3.2.1 Total Return Swaps (TRS)**

En *Total Return Swap* (TRS) er en bilateral finansiell transaksjon hvor motpartene bytter den totale avkastningen av en enkelt aksje eller en kurv av aksjer i bytte for periodiske kontantstrømmer, typisk en flytende rente som LIBOR +/- (a basis point spread<sup>79</sup>)<sup>80</sup> og en

---

<sup>73</sup> Kapittel 3.2.3 om økonomiske posisjoner i aksjer er i hovedsak basert på BAHR (2015)

<sup>74</sup> Finans Norge

<sup>75</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 736

<sup>76</sup> Tjaum (1996) s. 36

<sup>77</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 736

<sup>78</sup> Helminen (2010) s. 115

<sup>79</sup> Basis Point Spread (BPS) referer til en felles måleenhet for renter og andre prosenter i finans. BPS er ofte brukt for å beregne endringer i renter, aksjeindekser og utbyttet av en fast inntekt sikkerhet.

garanti mot eventuelle kurstap. En total return swap er strukturert slik at den totale avkastningen (kontantstrøm pluss verdistigning/avskrivning) til en aksje (instrument) er byttet snarere enn bare kontantstrømmene.<sup>81</sup> *Total return* speiler derfor den fulle avkastningen av en aksje (aktivum) – både utbytte og kursutviklingen. Et viktig trekk ved TRS'en er at partene ikke overfører faktisk eierskap av den underliggende aksjen (aktivumet). International Swap and Derivatives Association Inc. (ISDA)<sup>82</sup> har utarbeidet ulike standardkontrakter som *stand alone*-kontrakter og rammeavtaler. Disse kontraktene danner utgangspunktet for de fleste swap-kontrakter.<sup>83</sup>

### 3.2.2 Futures

Futures-kontrakter er standardiserte terminkontrakter. Den underliggende objektet for både futures- og terminkontrakter kan for eksempel være en aksje (evt. en vare, en valuta eller en obligasjon). Mens terminkontrakter i utgangspunktet utformes individuelt, er futures-kontrakten standardisert med hensyn til størrelse eller mengde, kvalitet og forfallstidspunkter. Som et børshandlet instrument kan oppgjørsformene avvike fra terminkontrakter. Futures-kontrakter er videre normalt omsettelige. Blant de mest betydelige futures-markedene er Chicago Board of Trade (CBOT), Chicago Mercantile Exchange (CME), International Monetary Market (IMM) i Chicago, New York Futures Exchange (NYFE) og London International Futures Exchange (LIFFE).<sup>84</sup>

### 3.2.3 Økonomiske posisjoner i et finansielt instrument

Det kan skilles mellom tre økonomiske posisjoner i et finansielt instrument, for eksempel en aksje. Man kan være *long*, *short* eller *neutral* i aksjen. Long-posisjon er posisjonering som går i pluss ved aksjens kursoppgang, men også dersom avkastningen kommer i form av utbytte. Og dens motsetning – short-posisjon – er en posisjon som går i pluss ved kursnedgang. Både long- og short-posisjon kan oppnås ved å gjennomføre faktiske handler i aksjene.

---

<sup>80</sup> Investopedia (b)

<sup>81</sup> Financial-edu

<sup>82</sup> Tjaum (1996) s. 31 flg. og 123 flg.

<sup>83</sup> *ibid.* s. 132 flg.

<sup>84</sup> *ibid.* s. 36

### 3.2.3.1 «Long»-posisjon

Long-posisjon innebærer å kjøpe aksjen/eier av aksjen (*own the share*). Det er også en mulighet for å kunne etableres på andre måter enn ved eierskap, typisk ved bruk av derivatkontrakt (syntetisk aksje, *phantom share*). Man har her et håp om at verdien av aksjen skal gå opp.

### 3.2.3.2 «Short»-posisjon

Short-posisjon innebærer å selge aksjen med levering i fremtiden/stillingen man får som skyldner av aksjen (*owe the share*). Det er også en mulighet for å kunne etableres ved å selge aksjen man ikke har, evt. ved å anvende en derivatkontrakt. Hensikten med en *short stock* er å tjene på nedgangen i en aksjes pris, man har et håp om at verdien av aksjen skal gå ned. Samlet kan en *short stock*-portefølje tjene på børsnedgang og dermed fungere som en porteføljesikring til long-posisjoner.<sup>85</sup>

### 3.2.3.3 «Neutral»-posisjon

Neutral-posisjon innebærer at man ikke har en utsatt posisjon i aksjen, og er likegyldig til om aksjeverdien går opp eller ned. Man har en nøytral posisjon som kan være en konsekvens av at man er både har en long- og short-posisjon (*netting*).

En markedsnøytral strategi er en type investeringsstrategi foretatt av en investor/forvalter som ønsker å forholde seg nøytral i ett eller flere markeder (man tjener/taper ingenting). Man forsøker helt å unngå alle former for markedsrisiko. Markedsnøytrale strategier kan ofte oppnås ved å ta matchende long og short-posisjoner i ulike aksjer for å øke avkastningen fra å gjøre gode aksjevalg og redusere avkastningen fra store markedsbevegelser.<sup>86</sup>

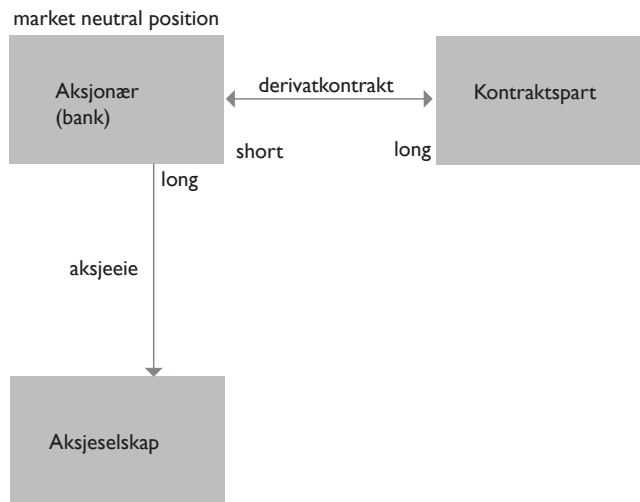
Når en bank blir *short* en aksje som følge av en derivatkontrakt med kunde, kan banken etablere en motsvarende long-posisjon ved å erverve aksjen. Da har banken etablert sikring, dvs. bevart samme market neutral-posisjon som før inngåelse av derivatkontrakten.

---

<sup>85</sup> Aima Canada Strategy Series (2007)

<sup>86</sup> Investopedia (a)



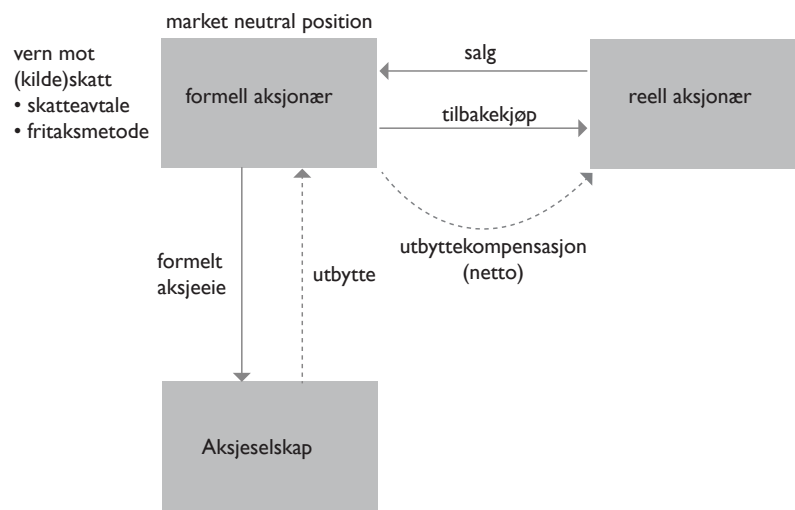


**Figur 1: Derivatkontrakt med short og long posisjon<sup>87</sup>**

Det sentrale poenget i denne oppgaven er at long- og short-posisjoner også kan oppnås gjennom handel i derivater. Ved for eksempel bruk av en TRS-avtale kan man få en long-posisjon uten å bli rettslig eier av aksjen. Ved inngåelse av derivatkontrakt kan den økonomiske interessen i en aksje flyttes fra aksjonæren til motparten i kontrakten. Når man (banken) bruker derivater på denne måten kan det enten være for å spekulere eller, som i Swiss Swap Case, for å etablere sikring/nøytralisere andre posisjoner. Vel så sentralt i Swiss Swap Case er (det mest sannsynlige) motivet til den andre parten i TRS-kontrakten, nemlig det å unngå kildebeskatning.

---

<sup>87</sup> BAHR (2016)



**Figur 2: Derivatkontrakt med short og long posisjon samt underliggende sikring<sup>88</sup>**

<sup>88</sup> BHR (2016)

## 4 Overordnet om Swiss Swap Case

### 4.1 Innledning

Innledningsvis ble to avgjørelser fra høyesterett i Sveits presentert, se kapittel 1.1 om tema og problemstilling. Hovedfokuset i denne oppgaven er avgjørelsen som har blitt kjent som Swiss Swap Case. Før jeg sammenligner avgjørelsen med gjeldende rett for beneficial owner er det nødvendig med en mer detaljert gjennomgang av avgjørelsen og dens innhold. Futures-saken bygger på vurderingene fra Swiss Swap Case og jeg vil derfor presentere denne kort. Deretter vil jeg behandle bakgrunnen for sakene: hva/hvorfor valgte sveitsiske skattemyndigheter å prøve sakene for domstolen? Videre presenterer jeg Swiss Swap Case<sup>89</sup> og tilslutt Futures-saken.<sup>90</sup> Presentasjonen i dette kapitlet er basert på den engelske oversettelsen av Swiss Swap Case<sup>91</sup> og noen av nyhetsbrevene<sup>92</sup> som ble publisert i kjølvannet av avgjørelsen.<sup>93</sup>

### 4.2 Bakgrunn for sakene

Sveits kildebeskatter utbytte med 35 prosent og har et system for refusjon med helt eller delvis unntak fra kildebeskatning. For selskapsaksjonærer hjemmehørende i Sveits må ytterligere vilkår være oppfylt og for utenlandske aksjonærer når det følger av skatteavtale. Man må fremme et refusjonskrav til de sveitsiske skattemyndighetene. Den sveitsiske aksjeinnehaveren mottar så et kontantbeløp som representerer 65 prosent av utbyttet. Ved innlevering av ovennevnte refusjonskrav, får man helt eller delvis refusjon for 35 prosent kildeskatt. En sveitsisk aksjeinnehaver har rett til full refusjon. Man får vanligvis en kontantbetaling i løpet av få måneder etter mottak av utbyttet. En ikke-sveitsisk aksjonær har normalt ikke rett til full refusjon. En ikke-sveitsisk aksjonær kunne tidligere forvente refusjon av kildeskatt innen ni måneder etter innlevering av kravet, men dette er ikke lenger realiteten.

I 2005 avdekket sveitsiske skattemyndigheter en såkalt parkeringssak. I Sveits hadde en sveitsisk bank skaffet seg store posisjoner i sveitsiske aksjer fra ikke-sveitsiske motparter noen dager før dividendeutbetaling. På samme tid inngikk den sveitsiske banken en syntetisk *forward* med de samme ikke-sveitsiske motparter. De ikke-sveitsiske aksjeeiere med

---

<sup>89</sup> 2C\_364/2012 og 2C\_377/2012

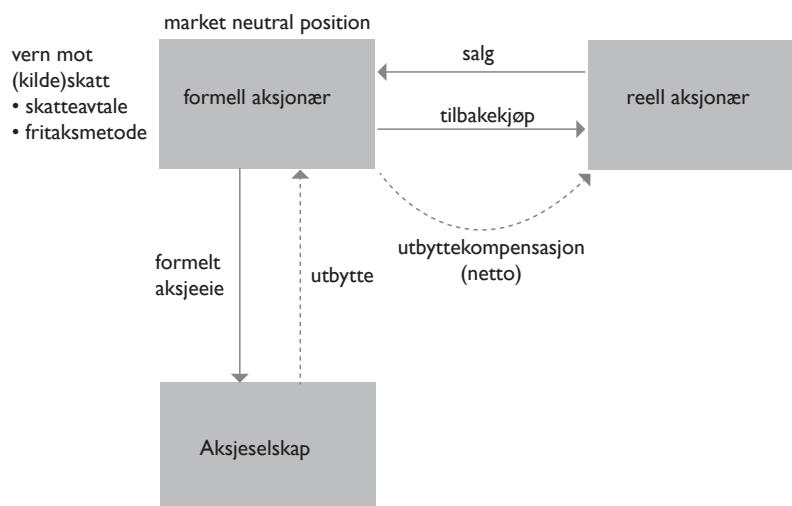
<sup>90</sup> 2C\_895/2012

<sup>91</sup> 2C\_364/2012 og 2C\_377/2012

<sup>92</sup> Baumgartner og Georges (2015), Hermann (2014), Perryman (2015), EY (2015), Fischer og Buchmann (2015), Deloitte (2015), PWC (2015)

<sup>93</sup> Se også BAHR (2016)

kildeskattelikte parkerte aksjer i den sveitsiske banken til over utbyttedato. Så foretok de salg og tilbakekjøp i henhold til opsjonsordninger. Umiddelbart etter dividendeutbetaling returnerte den sveitsiske banken de sveitsiske aksjene til de ikke-sveitsiske motpartene og benyttet seg av en av opsjonene. Transaksjonene medførte at man omgikk sveitsisk kildeskatt for de ikke-sveitsiske motparter. Den sveitsiske banken kunne kreve full refusjon på 35 prosent kildeskatt, mens de ikke-sveitsiske motpartene bare kunne tilbakekreve 65- eller 85 prosent av det totale utbyttet/dividende) (avhengig av gjeldende skatteavtale mellom de respektive landene). Sveitsiske skattemyndigheter avviste bankens refusjonskrav og mente transaksjonene var dividendestripping.



**Figur 3: En grafisk illustrasjon av parkeringssaken<sup>94</sup>**

Parkeringsaken i 2005 førte til en omfattende sveitsisk skattekontroll av samtlige (både sveitsiske og ikke-sveitsiske) banker og finansinstitusjoner de siste syv til åtte årene som har fremsatt refusjonskrav om kildeskatt. I første omgang ble danske banker kontrollert. Dette fordi skatteavtalen mellom Sveits og Danmark (endret i 2009) ga Danmark eksklusiv rett til å beskatte utbytte. I etterkant har refusjonskrav for transaksjoner foretatt av tyske, franske, italienske, luxembourgske, britiske og amerikanske institusjoner, som vanligvis ble assosiert med swaps, forwards, futures og andre derivater også blitt kontrollert.

<sup>94</sup> BHR (2016)

Sveitsiske skattemyndigheters kontroll avdekket at bankenes refusjonskrav ofte gjaldt utbytte på aksjer der bankenes økonomiske interesser i aksjene ble nøytralisert ved bruk av derivater. Motparten i derivatkontrakten hadde som regel dårligere vern mot sveitsisk kildebeskatning. Etter oppdagelsen nektet sveitsiske skattemyndigheter refusjon av kildeskatt og krevde tilbakebetaling av allerede utbetalt, refundert kildeskatt. Sveitsiske skattemyndigheter anførte at bankene ikke oppfylte kravet i skatteavtalen om å være beneficial owner og at transaksjonene var skatteunndragelse/misbruk av skatteavtalen. Banken ble derfor ikke ansett for å være beneficial owner av utbyttet og transaksjonen var ikke forretningsmessig motivert, men begrunnet i skattemessige motiv.

Sveitsiske skattemyndigheter anla sak for de sveitsiske domstolene for å rettslig prøve hva de anførte å være ulovlige dividendetransaksjoner. I 2012 avgjorde den sveitsiske underretten (Swiss Federal Administrative Lower Court) sin første sak om dividendetransaksjonene. Retten avgjorde to saker som ble forent til en offentlig, felles behandling for domstolen. Det hele var en uvanlig prosess med lang saksbehandlingstid. Rettens konklusjon ble kjent 5. mai 2015 og dommen med premissene ble først publisert den 28. november 2015. Sakene gjaldt utbytte på sveitsiske aksjer eid av en dansk bank holdt som sikring av henholdsvis en TRS-avtale og aksjefutures (terminkontrakter). I denne oppgaven er fokuset som nevnt på TRS-saken. Avgjørelsen har blitt kjent som Swiss Swap Case, også kalt «Danish Bank case». Futures-saken presenteres kort da den bygger på vurderingen i TRS-saken.

### **4.3 Swiss Swap Case, avgjørelsen om TRS-avtalen**

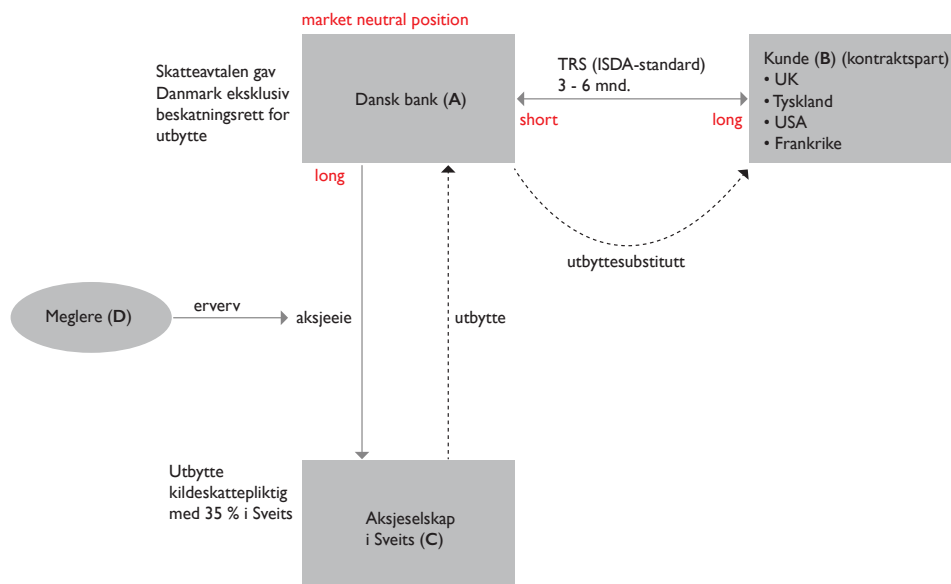
#### **4.3.1 De faktiske forhold**

En dansk bank, med etablert hovedkontor i København og som drev bankvirksomhet, inngikk i 2005 en rekke TRS-avtaler med motparter i bl.a. USA, Tyskland, Frankrike og Storbritannia (alle tredjestater med skatteavtaler som ikke ga vern mot kildebeskatning i Sveits).

TRS-avtalene hadde en løpetid på tre til seks måneder og var inngått etter ISDA's bransjestandard. Avtalestrukturen var slik at banken aksepterte forpliktelsen til å betale prisøkningen for de gjeldende aksjene, mens motpartene i retur aksepterte en tilsvarende prisreduksjon. Banken var derfor forpliktet til å kompensere motpartene i TRS-avtalene for dividende betalt på de underliggende aksjene og aksjenes prisstigning. Motpartene i TRS-

avtalene var på sin side forpliktet til å kompensere banken for aksjenes prisnedgang og i tillegg betale variabel rente (Libor) samt en fast avgift. TRS-avtalenes underliggende objekt var aksjer i sveitsiske selskaper som løp over utbyttedato.

Fra et økonomisk perspektiv, hadde banken som følge av salget av TRS'ene en syntetisk short-posisjon i de underliggende aksjene. For å sikre seg mot risikoen i TRS-kontraktene ervervet den danske banken aksjer i de underliggende, sveitsiske selskapene. Samlet sett medførte TRS-kontraktene og eierskapet til aksjene at banken opprettholdt en markedsnøytral posisjon i aksjene. Det vil si at banken muliggjorde TRS-avtalene ved å bruke de underliggende aksjer som hedge (sikring). De underliggende aksjene som fungerte som sikring ble kjøpt til markedspris fra en profesjonell tredjepartsmegler. Forholdet mellom banken og kunden var slik at kundene ikke visste om – og i tilfelle hvordan – banken hadde sikret seg. Og motsatt, banken kjente ikke til kundenes (motpartene i TRS-avtalene) motiv for å inngå TRS'ene. Banken fikk alt i alt en market neutral posisjon, slik at den økonomiske realiteten ble at motparten i TRS-kontrakten (kundene i tredjelandene) ble eier av (long i) aksjene. Figur 4 under illustrerer situasjonen godt:



**Figur 4: TRS-avtalen og de ulike partenes økonomiske posisjoner. Den danske bank (A), TRS-motpartene (B), aksjeselskapet i Sveits (C) og meglerne (D)<sup>95</sup>**

<sup>95</sup> BAHN (2016)

Etter TRS-avtalenes utløpsdato solgte banken de underliggende aksjene i de sveitsiske selskapene. De sveitsiske selskapene utbetalte utbytte, og 35 prosent kildeskatt på utbyttet ble holdt tilbake og overført de sveitsiske skattemyndigheter (SFTA). Banken krevde så refusjon på kildeskatt jf. skatteavtalen mellom Danmark og Sveits av 1973. Kildeskatt for 2006 ble refundert av skattemyndighetene til banken på grunnlag av innsendte refusjonsskjema til skattemyndighetene. Skjemaet viste at banken var hjemmehørende i Danmark og skattepliktig for inntekt, samt at banken var beneficial owner av de respektive aksjene på utbyttedato. Tilbakebetaling av kildeskatt for banken i årene 2007 og 2008 ble derimot ikke refundert av sveitsiske skattemyndigheter.

#### 4.3.2 Den rettslige problemstilling og tolkningsspørsmål

Spørsmålet i saken var om den danske banken (A) hadde krav på refusjon av sveitsisk kildeskatt på CHF 91 422 048 (tilsvarende ca. NOK 794 832 428) på et utbytte som banken hadde mottatt fra det sveitsiske selskapet i inntektsårene 2006-2008. Det rettslige utgangspunktet var at Sveits kildebeskatter 35 prosent av utbyttet med system for refusjon til innenlandske og utenlandske selskaper/skattesubjekt som har helt eller delvis vern etter skatteavtalen.

Den rettslige problemstillingen i saken var om den danske banken var beneficial owner av mottatt utbytte og om banken hadde rett til refusjon på kildeskatt. Tolkningsspørsmålet i saken var forståelsen av vilkåret beneficial owner i OECD MTC art. 10 (2). Skatteavtalen inneholdt ikke vilkåret beneficial ownership, dette ble først eksplisitt inntatt i skatteavtalen i 2009-endringen. I tillegg la skatteavtalen mellom Sveits og Danmark fra 1973 artikkel 10, slik den lød på det aktuelle tidspunktet, all beskatningsrett for utbytte til hjemstaten (Danmark).

Problemstillingen for sveitsisk høyesterett var hvorvidt banken var *beneficial owner* av det mottatte utbyttet fra de sveitsiske aksjene – holdt som sikring under TRS-avtalene. Med andre ord, kvalifiserte banken til refusjon av kildeskatten på dividende betalt til banken jf. skatteavtalen mellom Danmark og Sveits fra 1973 art. 10.

Tolkningsspørsmålet var om transaksjonene under TRS-avtalene og bankens risikosikring ved kjøp av de underliggende aksjene for TRS-avtalene var gjensidig avhengige, og egentlig

innebar de en videresending av utbytteinntekten fra banken til TRS-motpartene. Dersom en slik videresending av inntekten ble antatt, ville ikke banken lenger ha full råderett over utbyttet og heller ikke oppfylle vilkåret om å være beneficial owner av dividende/utbyttet.

Domstolsprøvingen dreide seg om bankens refusjonskrav kunne avvises på grunn av mangel på beneficial ownership til utbyttet. Federal Administrative Court (sveitsisk underrett) ga banken medhold, Federal Supreme Court (sveitsisk høyesterett) ga skattemyndighetene medhold.

### 4.3.3 Resultatet i dommen

Sveitsisk høyesterett fant at beneficial ownership var implisitt inntatt i skatteavtalen mellom Danmark og Sveits av 1973, selv med endringen i 2009 hvor vilkåret eksplisitt ble inntatt i skatteavtalen.

I tillegg konkluderte høyesterett at den danske banken ikke var beneficial owner av mottatt utbytte fra de sveitsiske underliggende aksjene holdt som sikring for risikoen i TRS-avtalene for årene 2007 og 2008. Det var derfor ikke nødvendig å ta stilling til hvem som var beneficial owner av mottatt utbytte. I tillegg måtte banken tilbakebetale allerede refundert kildeskatt for året 2006, i tillegg til rente.

Høyesterett konkluderte med at bankens TRS-transaksjoner utgjorde en stepping stone-ordning som tillot skatteavtalefordeler for TRS-motpartene tilhørende jurisdiksjoner med en mindre gunstig skatteavtale med Sveits.

Spørsmålene om forholdet mellom vilkåret beneficial owner og omgåelse av skatteavtaler ble ikke besvart. Videre ble det ikke vurdert om vilkåret beneficial ownership kan brukes for å hindre misbruk av skatteavtaler.

### 4.3.4 Overordnet om rettens begrunnelse

#### 4.3.4.1 *Innfortolke beneficial owner når det ikke følger av skatteavtalens ordlyd*

Den første problemstillingen var hvorvidt et krav om beneficial owner kan innfortolkes i skatteavtalen mellom Danmark og Sveits av 1973. Skatteavtalen inneholdt ikke eksplisitt et vilkår om beneficial owner.



Høyesterett viste først til at når skatteavtalen mellom Danmark og Sveits legger all beskatningsrett til hjemstaten (Danmark), noe som ikke er vanlig, og ikke har noe krav om beneficial owner, så legger dette til rette for en ordlydbasert tolkning som åpner for omgåelse av skatteavtalen slik at den kan misbrukes.

I juridisk teori er det lagt til grunn som både tillatt og ønskelig å innfortolke beneficial owner, først og fremst i eldre avtaler. Vilåret beneficial owner gjelder for alle skatteavtaler inngått av Sveits, selv de som fra en tidligere periode bare referer til «payment to a person resident» i den andre staten (her viste høyesterett til skatteavtaler inngått før 1977 og introduksjonen av beneficial owner i OECD MTC. Se mer om dette i kapittel 5.2.

I nyere tid har noen forfattere tatt til orde for et mer restriktivt syn. Dette synspunktet må ses i sammenheng med generell sveitsisk høyesterettspraksis om tolkning av dobbeltbeskatningsavtaler. En slik tolkning samsvarer med folkeretten jf. særlig Wien-konvensjonen. Skatteavtalen bør tolkes etter ordinær forståelse, «in good faith», ut fra kontekst og ut fra hva partene faktisk har ment, altså formålsbetraktninger.

Videre viste høyesterett til absurditetstesten i Wien-konvensjonens art. 32 vedrørende prinsippet «in good faith». Dersom en tolkning i utgangspunktet medfører et absurd resultat som partene «in good faith» ikke ønsket, må tolkningen korrigeres. Dette gjelder dersom et rent mellomselskap som ikke er beneficial owner skal nyte godt av avtalen.

Ifølge sveitsisk høyesterett er meningsforskjellene for spørsmålet om man skal innfortolke begrepet beneficial owner når det ikke følger av skatteavtalens ordlyd, basert på sveitsisk juridisk litteratur eller folkeretten jf. Wien-konvensjonen, bare relevant for dobbeltbeskatningsavtalen mellom Danmark og Sveits.

Videre pekte høyesterett på at det både i Sveits og Danmark synes lagt til grunn at beneficial owner kan innfortolkes. I Sveits ble det vist til protokoll<sup>96</sup> datert 21.08.2009 som eksplisitt inkluderte beneficial owner i skatteavtalen mellom Danmark og Sveits i art. 10, samt en

---

<sup>96</sup> Tilleggsprotokoll til skatteavtale mellom Sveits og Danmark (2009)

føderal rapport som antok en slik forståelse av skatteavtalen alltid har vært lagt til grunn. Derfor vises det til at endringen som ble foretatt i protokollen etter OECD MTC-spesifikasjonene var ment som en klargjøring av vilkåret beneficial owner og ikke en materiell endring.

I Danmark har det tidligere vært lagt mindre vekt på vilkåret beneficial owner da samme resultat kunne oppnås med tradisjonelle, generelle rettslige prinsipper. De senere år har derimot danske skattemyndigheter og domstoler begynt å benytte vilkåret beneficial owner, spesielt gjelder dette i kampen mot holdingselskapsstrukturer. Videre ble det vist til den danske ISS-saken hvor domstolen benyttet vilkåret beneficial owner uten videre forklaring (se mer om ISS-saken i kapittel 6.2.7 om rettspraksis).

Høyesterett pekte videre på at både Sveits og Danmark synes å ha lagt til grunn at beneficial owner skal innfortolkes og at utfallet derfor vil bli det samme uavhengig av hvilke «skole» man valgte.

Høyesterett viste også til at det allerede fra starten av har vært nødvendig å innfortolke beneficial owner for å unngå misbruk. Om ikke ved derivater, så ved truster (se mer om dette i kapittel 5.2 om når vilkåret beneficial owner ble introdusert).

Videre gikk ikke høyesterett inn på sammenhengen om det var nødvendig å undersøke hvorvidt vilkåret relaterer seg til reservasjon av skatteavtalemisbruk som et implisitt instrument når det gjelder å tolke dobbeltbeskatningsavtaler, eller hvorvidt vilkåret beneficial owner er ment å forhindre skatteomgåelse/skatteavtalemisbruk.

#### ***4.3.4.2 Spørsmålet om banken oppfylte vilkåret beneficial owner***

##### ***4.3.4.2.1 Overordnet***

Overordnet viste retten til at for å oppfylle vilkåret beneficial owner må man ha rett til å disponere over det mottatte utbyttet uten hinder av lovpålagte eller kontraktsrettslige forpliktelser. De mente også at det var relevant å ta disposisjonsrestriksjonene i betraktning, spesielt de som ikke kommer til uttrykk i noen dokumenter, men bare hvis det fremgår av de faktiske/økonomiske omstendighetene for øvrig at det foreligger en restriksjon.

En restriksjon vil typisk medføre at utbyttet på en eller annen måte videreføres (gjennomstrømmes) til et annet subjekt.

#### *4.3.4.2 Kontraktsrettslige, faktiske eller økonomiske forpliktelser*

Sveitsisk høyesterett tok utgangspunkt i samme beneficial owner-definisjon som underretten, men la til grunn en annen fortolkning. Dette for å se hvorvidt banken var beneficial owner av aksjeutbyttet og slik hadde krav på kildeskatt.

Ifølge juridisk litteratur tar man utgangspunkt i intensiteten i forholdet mellom utbyttet og mottakeren når det gjelder kompetanse til å bestemme hvordan utbyttet skal benyttes. Kjerneforholdet i beneficial owner er retten til å disponere over utbytte, med andre ord den som har myndighet til å disponere utbyttet.

Overordnet viste høyesterett til at for å være beneficial owner må man ha rett til å disponere over det mottatte utbyttet uten hinder av lovpålagte eller kontraktsrettslige forpliktelser. Restriksjoner av disponeringsretten som ikke kommer til uttrykk i dokumenter må også tas med i betraktningen – om det da ikke fremgår av faktiske og/eller økonomiske omstendigheter at en restriksjon foreligger. Høyesterett viste også til Vogels definisjon og oppsummerte denne som «Beneficial owner is the person who can decide about the attribution of the capital or commercial asset for use or about the use of benefits, possibly about both.»

Høyesterett sammenlignet så det engelske uttrykket med det tyske. Det engelske begrepet tilsier at det må foreligge eierskap og økonomisk kontroll over den myndighet som utøves. Det tyske begrepet tilsier at beneficial ownership ikke bør tolkes snevert, og at man må ta høyde for økonomiske konsekvenser.

Høyesterett viste videre til at relevante forpliktelser ofte er en konsekvens av utarbeidede dokumenter, men at de også kan utledes av faktiske omstendigheter.

Høyesterett tolket vilkåret beneficial owner i lys av formålet og viste til at selv om vilkåret har som formål å forhindre at man oppnår skattefordeler, så gjelder kravet selv om det ikke oppnås noen skattefordeler.

#### 4.3.4.2.3 Betydningen av kausal sammenheng

Retten viste til at det i teorien (Baumgartner) antas at det foreligger en relevant restriksjon – det vil si en restriksjon som medfører at mottaker av utbyttet ikke er beneficial owner – dersom det er tilstrekkelig kausal sammenheng mellom mottak av utbyttet og forpliktelsen til å videreføre midlene. Kravet til kausalitet er oppfylt dersom (i) det at man mottar utbyttet er betinget av forpliktelsen til å videreføre midlene og (ii) forpliktelsen til å videreføre midlene er betinget av at man har mottatt utbytte.

Høyesterett tok utgangspunkt i samme definisjon som underretten. Definisjonen til Baumgartner innebærer at vilkåret beneficial owner er oppfylt for den som kan (i) fatte visse beslutninger om utbyttet og (ii) fatte disse beslutningene på uavhengig basis.

Høyesterett viste til at en restriksjon medfører typisk at utbyttet på en eller annen måte videreføres (gjennomstrømmes) til et annet subjekt. Intensiteten i forholdet mellom utbyttet og mottakeren, når det gjelder kompetanse til å bestemme hvordan utbyttet skal anvendes, bør også tas i betraktning.

Vilkåret om beneficial owner er ikke oppfylt dersom personen må videreføre utbyttet basert på kontraktsrettslige forpliktelser som forelå før utbyttet ble mottatt, eller som en følge av faktiske restriksjoner (*de facto obligations*). En faktisk restriksjon må antas å foreligge dersom begge disse vilkårene er kumulativt oppfylt; (i) man får utbytte (bare) fordi man har påtatt seg forpliktelsen til å videreføre det og (ii) man har bare plikt til å videreføre i den grad man får utbytte. Faktiske restriksjoner fremgår ofte ikke direkte, men må utledes av omstendighetene.

Alternativt kan dette forstås som at vilkåret beneficial owner fordrer at det er en kausal sammenheng mellom forpliktelsen til å videreføre utbyttet og at man mottar det. Det er derimot ingen slik kausal sammenheng dersom man forplikter seg til å videreføre utbyttet som et ledd i selve bruken av utbyttet.

#### 4.3.4.2.4 Hovedtyper av gjennomstrømming

Retten viste til at det i praksis er to hovedtypetilfeller av gjennomstrømming, dvs. de to vanligste måtene å videreføre utbytte på, som kan reflektere at det foreligger en restriksjon

som medfører at utbyttemottaker ikke er beneficial owner. Enten ved (i) direkte gjennomstrømming (*direct conduit*) som innebærer at det videreføres som utbytte på eierandel i mottakerselskap, med andre ord; det mottatte utbyttet videreføres til bakenforliggende eier som utbytte. Eller som en (ii) stepping stone/springboard strategy som innebærer at det videreføres som en kostnad (rente, kommisjon mv.), med andre ord; det mottatte utbyttet videreføres til et annet subjekt i form av fradragsberettiget betaling av rente, kommisjon eller annen kostnad.

#### 4.3.4.2.5 *Rettens konkrete vurdering*

Ut fra en vurdering av de faktiske/økonomiske omstendigheter kom høyesterett frem til at det forelå tilstrekkelig kausalitet mellom bankens mottak av aksjeutbytte og betaling av utbyttesubstitutt. Banken kunne derfor ikke anses som beneficial owner av utbyttet.

Høyesterett viste videre til at jo større sammenheng det er mellom mottaket av utbyttet og forpliktelsen til å videreføre det, dess svakere står også beneficial owner. Ved bevisføringen må man se på forpliktelsen som foreligger og hva som faktisk skjer. At et mindre beløp holdes tilbake (*service fee*) er ikke tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om beneficial owner.

Det avgjørende er hvilke forpliktelser som foreligger på utbyttetidspunktet. I vurderingen bør hvorvidt utbyttet faktisk videreføres på et senere tidspunkt eller ikke tas med i betraktning, spesielt ettersom videreføringen kan være uttrykk for en forpliktelse som forelå allerede på utbyttetidspunktet.

Når det gjelder Baumgartners andre punkt, det vil si bare plikt til å videreføre faktisk mottatt utbytte, så blir det som utgangspunkt bare problematisk for finansielle arrangementer (se stepping stone) der det som skal betales avhenger av utbyttet som mottas. Dersom vederlag for finansiering skal betales uavhengig av utbytte (selskapet bærer risikoen for utbyttet) så er det ifølge Baumgartner uproblematisk dersom selskapet har finansiell evne til å bære risikoen.

Høyesterett aksepterte at det ikke var noen rettslig eller faktisk forpliktelse for banken til å erverve aksjene. Høyesterett mente videre at fraværet av en slik forpliktelse var irrelevant og vektla følgende; rent faktisk foretok banken fullstendig sikring ved å kjøpe aksjene. Det vil si at banken kjøpte aksjene med en egeninteresse for å sikre seg. Selv om sikring ikke var

rettslig pålagt, så var det i realiteten tvingende for banken å foreta sikringen. TRS'ens forpliktelse for motparten om å betale løpende rente la alt til rette – den finansierte med andre ord bankens aksjekjøp. Når banken aksepterte TRS-vilkårene var det fordi banken kunne og ville sikre seg. Enhver risiko etter TRS'en som ikke ble hedget gjennom aksjekjøpet (kreditrisikoen knyttet til TRS-motpartens oppgjør) var reflektert i Libor-marginen.

Høyesterett konkluderte med at det rent økonomisk var en signifikant årsakssammenheng mellom TRS'en og aksjekjøpet. Den rettslige sammenhengen var at TRS'en påla motparten en forpliktelse til å svare rente pluss margin, noe som tilrettela for aksjekjøpet og kompenserte for gjenværende risiko.

Høyesterett var som utgangspunkt enige i at det – isolert sett – ikke var noen ren kontraktsrettslig forpliktelse for banken til å videreføre utbyttene, men beløp som svarte til utbyttene. Men høyesterett viste til at underretten bare hadde sett på det kontraktsrettslige og ikke på den økonomiske sammenhengen mellom betalingsstrømmene. Også her må det tas i betraktning at TRS'en la til rette for at banken kunne kjøpe aksjene. I tillegg var det fullt samsvar mellom mottatt utbytte og plikt til å betale utbyttekompensasjon (fullstendig match). Den fullstendige matchen eksisterte ikke bare de facto, men var også eksplisitt identifisert og navngitt slik av TRS-avtalen. Det var altså det motsatte mellom fjern og løs sammenheng. Høyesterett antok en de facto forpliktelse til å viderebetale, det vil si at dette vilkåret ble ansett som oppfylt. Med andre ord var det en gjensidig avhengighet som nevnt tidligere mellom mottatt dividende og videreføring av det mottatte beløpet.

Høyesterett viste til at dette var et eksempel på en planlagt stepping stone med full videreføring.

Høyesterett konkluderte med at begge vilkårene etter Baumgartners tilnærming var oppfylt.

Dersom man kom frem til at banken ikke var beneficial owner, så var det ikke nødvendig å vurdere om det var en omgåelse av skatteavtalen.

## **4.4 Avgjørelsen om Futures-avtalen**

### **4.4.1 De faktiske forhold**

I februar 2007 solgte en dansk bank SMI Futures og kjøpte de underliggende sveitsiske aksjene for å sikre sin posisjon. Den danske banken kjøpte aksjer i selskaper notert i den sveitsiske markedsindeksen (SMI) for beløpet CHF 3 745 000 000, tilsvarende ca. NOK 31 808 158 000 (fysisk long-posisjon). Banken solgte de underliggende aksjene i de sveitsiske selskapene som var notert i SMI på futureskontraktens forfallsdato og avsluttet dermed de samme futureskontraktene. Futureskontraktene og aksjene ble omsatt hos ulike meglere. I løpet av transaksjonens varighet foretok mottaker ulike utbyttebetalinger som det ble krevd refusjon av kildeskatt for. En prosentandel av transaksjonen på ca. 6,6 prosent av brutto utbytte eller 0,08 prosent av hele transaksjonsbeløpet forble hos banken. Høyesterett fant at selv om en liten sum forble hos banken og ikke fullt dividende/utbytte ble videresendt, var det likevel riktig å regne det som en videresending av dividendeinntekt.

Den danske banken fremsatte tilbakebetalingskrav for kildeskatt på de ervervede, forfalte sveitsiske aksjer under SMI Futures-kontraktens varigheten med basis i skatteavtalen mellom Sveits og Danmark.

### **4.4.2 Den rettslige problemstilling og tolknings spørsmål**

Sveitsisk høyesterett stilte spørsmålstegn ved om det danske selskapet var i stand til å handle selvstendig da oppkjøpet av de sveitsiske aksjene var fullt ut lånefinansiert av bankens svenske morselskap. I tillegg ble det stilt spørsmålstegn ved om videresending av inntektene av de interne finansieringsstrukturene (utbyttet) også kunne ha blitt videresendt ved å bestemme kjøps- og salgpriser av aksjene.

### **4.4.3 Resultatet i dommen**

Høyesterett konkluderte med å nekte banken refusjon av kildeskatt på grunn av manglende beneficial ownership. Høyesterett baserte dette på avtalestrukturen. I tillegg ble mesteparten av utbytteinntekten av finansieringskostnadene og prisstrukturen på kjøpet og salget av aksjene videresendt.

#### 4.4.4 Overordnet om rettens begrunnelse

Det svenske morselskapet finansierte transaksjonen betalt til den danske banken. Høyesterett stilte spørsmålstegn ved om den danske banken var i stand til å handle selvstendig ettersom oppkjøpet av de sveitsiske aksjene var fullt ut lånefinansiert av bankens svenske morselskap. Skatteavtalen med Sverige forutsatte en restkildeskatt på 15 prosent som kan bli kreditert mot betalbar skatt i den andre kontraherende stat. Under rettssaken bekreftet den danske banken at refinansieringskostnadene hadde vært lavere enn først oppgitt til de sveitsiske skattemyndighetene. Høyesterett antok derfor at forskjellen mellom de oppgitte og effektive/faktiske kostnadene ble brukt for å videreføre deler av utbyttet til morselskapet i Sverige.

På spørsmålet om videresending av inntektene av de interne finansieringsstrukturene (utbyttet) også kunne ha blitt videresendt ved å bestemme kjøps- og salgspriser av aksjene foretok høyesterett følgende vurdering. Banken brukte to forskjellige meglere (banken ønsket ikke å avsløre identitetene til meglerne), de brukte én for hvert transaksjonsskritt (for futures og aksjer) til å utføre transaksjonene. I februar 2007 solgte banken futureskontrakter gjennom en megler (CHF 3,7 milliarder som var omtrent 130 prosent av den normale, daglige gjennomsnittsomsetningen). Transaksjonsvolumet og bruken av ulike meglere utelukket ikke en avtale mellom involverte parter som kjente hverandre. Noe også høyesterett konkluderte med (sirkulære- og forhåndsarrangerte transaksjoner). I tillegg hadde minst én megler fungert som hovedmann, og ikke som megler, og handlet på egne vegne før vedkommende solgte verdipapirene videre til parter bosatt i Sverige, USA og Nederland (alle med en restkildeskatt på 15 prosent). Megleren var bosatt i Storbritannia, som også har en restkildeskatt på 15 prosent. I tillegg nektet banken å avsløre identiteten til motpartene (meglerne) og den avtalte risikoen for transaksjonen.

Følgelig antok høyesterett at forskjellen mellom de oppgitte kostnadene ble brukt til å overføre en del av utbyttet til morselskapet i Sverige. Sveitsisk høyesterett konkluderte med at banken hadde videresendt en del av det mottatte utbyttet i form av rentebetalinger til sitt svenske morselskap.

Banken beholdt en liten del av inntekten (0,04 prosent og 0,08 prosent av totalt transaksjonsvolum). Det var derfor høyesterett konkluderte med at banken ikke hadde tatt en



betydelig risiko og derfor også bare var forpliktet til å videresende utbytteinntekter som faktisk var mottatt. Høyesterett konkluderte videre med at banken kun hadde de underliggende aksjene for en svært kort periode. Deretter solgte banken tilbake de underliggende aksjene til den opprinnelige selgeren som en del av den skapte transaksjonsstrukturen. Dette resulterte i at mesteparten av det mottatte utbyttet ble videresendt til personer bosatt utenfor Danmark.

## 5 Introduksjon av vilkåret beneficial owner

### 5.1 Innledning

Innledningsvis i kapittel 1 viste jeg til at OECD MTC deler beskatningsretten til aksjeutbytte, renter og royalty mellom hjemstaten og kildestaten.<sup>97</sup> MTC art. 10, 11 og 12 begrenser kildestatens beskatningsrett og fokus i denne oppgaven er utbytte, jf. MTC art. 10. Den gjennomgående hovedregelen er at kildestatens beskatningsrett er begrenset til en viss prosent av den gjeldende inntekten, og at hjemstaten må gi kreditt for dette skattebeløpet.<sup>98</sup> Begrensningen i kildestatens beskatningsrett er betinget av at mottakeren er beneficial owner av inntekten (i norsk traktattekst *virkelig rettighetshaver*).<sup>99</sup> Begrepet beneficial owner er sentralt for hvilken risiko man tar og hva slags kontroll man har over utbyttet. Om mottakeren av utbyttet er beneficial owner kan dette ha betydning for hvilken kildesats som blir ilagt utbyttet. Både OECD og FN MTC inneholder begrensninger for om man kan ilegge kildeskatt på utbytte dersom mottakeren er å anse som beneficial owner av nettopp utbyttet. Dersom utbyttmottaker ikke er å anse som beneficial owner, har ikke MTC noen begrensning på kompetansen til å beskatte kontraktspartene hva gjelder kildeskatt på utbytte. Se mer om denne problemstillingen i kapittel 8; er det en forutsetning at ethvert utbytte har en beneficial owner? Det kan ha stor økonomisk betydning for utbyttmottaker om vedkommende er å anse som beneficial owner.<sup>100</sup>

Bestemmelsene i OECD MTC art. 10 er til dels uklare og har vist seg vanskelige å anvende. Deres rettslige innhold er heller ikke klart, og de ulike avtalestatenes tolkning varierer. I tillegg kan det være vanskelig å få tak i opplysninger som er nødvendige for å vurdere vilkåret.<sup>101</sup>

### 5.2 Når ble vilkåret beneficial owner introdusert?

Vilkåret beneficial owner ble inntatt i OECD MTC i 1977. Det ble ikke definert og man fant få opplysninger om dets mening i OECD-kommentarene.<sup>102</sup> Begrepet beneficial owner har tidligere vært benyttet i nasjonal skattelovgivning i blant annet Australia, Canada og

---

<sup>97</sup> Kildestat er den stat der en inntekt er opptjent (for eksempel der arbeid er utført eller aksjeutbyttet er utbetalt)

<sup>98</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 579

<sup>99</sup> Zimmer (2009) s. 45

<sup>100</sup> Furusest (2009) s. 180

<sup>101</sup> Zimmer (2009) s. 45

<sup>102</sup> Du Toit (1999) s. 179

Storbritannia. Ofte ble begrepet brukt i sammenheng med bestemmelser om eiendomssalg i engelsk lovgivning.<sup>103</sup> Ellers finner man lite informasjon om begrepets historie og grunnene til hvorfor nettopp begrepet beneficial owner ble inkorporert i OECD MTC. Det er i tillegg lite tilgjengelig dokumentasjon om den tiltenkte meningen av beneficial ownership bortsett fra det man finner i offisielle OECD-dokumenter som OECD MTC, OECD-kommentarene og OECD Conduit Companies Report.<sup>104</sup>

Beneficial ownership ble derimot omtalt i skatteavtalen mellom Canada og USA allerede i 1942. I denne sammenheng gjaldt beneficial ownership selskapsaksjer som tillot noe skattelette for *virkelige* datterselskaper. En lignende bestemmelse om informasjonsbytte i samme skatteavtale brukte også beneficial ownership. Den gangen for at beneficial owner skulle få skattefordeler, men det medførte ikke skattefordeler til *agents* (agenter) og *nominees* (forvaltere).<sup>105</sup>

I Section 17 (6) of the Finance Act of 1954<sup>106</sup> om beskatning av selskapsomorganiseringer i Storbritannia finner man også begrepet beneficial owner. I *Wood vs. Prior*<sup>107</sup> fra the Court of Appeal diskuterte J. Harman bestemmelsen og hevdet at beneficial owner er «an ownership which is merely the legal ownership by the mere fact of being on the register but the right at least to some extent to deal with the property as your own».<sup>108</sup> I den samme avgjørelsen argumenterte Lord Donovan for at om et selskap ikke har «the rights to selling or disposing or enjoying the fruits of [...] shares» kan det heller ikke kalles beneficial owner. Han la til at det å finne en uttømmende definisjon av begrepet beneficial owner «would be rash».

Man finner også begrepet beneficial ownership i en protokoll vedrørende en skatteavtale mellom Storbritannia og USA i 1966 som dekket *nominees*, *agents* og *trusts*.<sup>109</sup> Videre dukket begrepet opp i et notat datert 6. januar 1966 i forbindelse med skatteavtaleforhandlingene

---

<sup>103</sup> Lang m.fl. (2015) s. 26

<sup>104</sup> Du Toit (1999) s. 181

<sup>105</sup> Lang m.fl. (2015) s. 26

<sup>106</sup> Finance Act of 1954

<sup>107</sup> *Wood vs. Prior*

<sup>108</sup> *l.c.*

<sup>109</sup> Lang m.fl. (2015) s. 26

mellom Storbritannia og Australia. Eksempler fra *trust law* brukes for å forklare nærmere hvordan begrepet beneficial owner bør forstås:

[G]enerally speaking, a beneficial owner of property may be said to be one who has the right to use and enjoyment of the property, including on a sale, the right to the proceeds. [...] Thus, the beneficial owner of a dividend is the person who has the ultimate right to receive the dividend and do with it as he wishes. [...] A common example is the nominee holder of shares who is no more than a «dummy» for the true owner. The nominee is the legal, but not the beneficial owner; the title to the exemption and reliefs by the agreement will depend on the status of the beneficial or true owner.<sup>110</sup>

Notatet viser kanskje den første bruken av beneficial owner i internasjonal skatteavtalesammenheng. En *trustee* (som kunne holde den rettslige tittelen) var ikke å anse som en beneficial owner, vedkommende skulle heller anses som *the beneficiary*. Notatets rettskildevekt antas å være liten, men ordlyden i notatet minner noe om den man finner i OECD-kommentarene og andre OECD-dokumenter. Antagelig kan 1966-notatet ha relevans når man tolker formuleringene som kan være videreført i OECD-kommentarene.<sup>111</sup>

Etter at OECD-delegatene hadde slutført sitt arbeid med 1963-utkastet til MTC (og 1966 MTC-utkastet for eiendomsskatt) etterspurte de problemstillinger som de andre medlemslandenes delegater hadde oppdaget i tilknytning til bruken av 1963 MTC-utkastet. Storbritannias delegasjon mente i denne forbindelse at begrepet beneficial owner kunne være relevant for artiklene om dividende, renter og royalties:<sup>112</sup>

If a «subject to tax» test is not included in these Articles we think that the drafting is defective. The items of income, which qualify for relief in the country of source, are those paid to a resident of the other contracting State. In our view the relief provided for under these Articles ought to apply only if the beneficial owner of the income in question is resident in the other Contracting State, for otherwise the Articles are open to abuse by taxpayers who are resident in third countries and who would, for instance, put

---

<sup>110</sup> Gjems-Onstad og Furuseth m.fl. (2013) s. 173; Taylor (2010) note 20

<sup>111</sup> Gjems-Onstad og Furuseth m.fl. (2013) s. 172-73

<sup>112</sup> Lang m.fl. (2015) s. 282

their income into the hands of nominees who are resident in the other contracting State. You will no doubt have noticed that in our recent protocol with the United States and with Switzerland we have introduced the test of beneficial ownership, which clearly reflects what was intended by the Committee when the Model Convention was prepared.<sup>113</sup>

For å forstå subject to tax, bør også liable to tax forklares. Liable to tax er første steg og fokuserer på et selskaps inntektsegenskaper. Subject to tax-bestemmelser er steg to og fokuserer på den faktiske skattebehandlingen.<sup>114</sup> I OECD-kommentarene til forslaget om subject to tax er bestemmelsen formulert slik at skattefordeler i kildestaten ikke innrømmes med mindre inntekten blir skattlagt i skatteyderens hjemstat. Det er poengtert i OECD-kommentarene at dersom statene ønsker å unngå en slik situasjon, kan de modifisere avtaleteksten slik at hjemstatens eksklusive beskatningsrett er betinget av at hjemstaten faktisk skattlegger inntekten.<sup>115</sup> I subject to tax-bestemmelser kan ikke skatteyteren påberope seg fritak for eller redusert skatt i den ene avtalestaten med mindre inntekten er gjenstand for beskatning i den andre avtalestaten. Slike bestemmelser er særlig utformet med tanke på å forebygge dobbelt ikke-beskatning. Man kan gjennom dobbelt ikke-beskatning også forebygge treaty shopping.

Arbeidsgruppe 27 svarte Storbritannia og mente at det å fastslå den sanne mottaker var en ren administrativ sak.<sup>116</sup>

If it is the desire of the United Kingdom Delegation to make relief in the country of source dependent on effective liability to tax the recipient's country of residence, then the suggestion would be contrary to the spirit and the general arrangement of the Draft Convention. On the other hand, it is evident that relief in the country of source applies only if the recipient is actually resident in the other contracting State.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> OECD, Difficulties Raised by the OECD Draft Convention (1967)

<sup>114</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 11

<sup>115</sup> Naas m.fl. (2011) s. 920

<sup>116</sup> Lang m.fl. (2015) s. 283

<sup>117</sup> OECD (1968)

Begrepet beneficial owner ble inkludert i OECD MTC i 1977, som nevnt over. Begrepet beneficial owner ble på 1960-tallet satt i sammenheng med OECD-artiklene 10 – 12 og beneficial owner. Det kan synes som om begrepets betydning og mening innebar å eliminere skatteavtalefordeler for *agents* (agenter) og *nominees* (forvaltere) som mottok inntekt for andre.<sup>118</sup>

### **5.3 Formål**

Vilkåret beneficial owner ble inntatt i OECD MTC for å hindre skatteunndragelse. Formålet er derfor å hindre skatteunndragelse. Personer som ikke er berettiget til rettigheter som følger av en skatteavtale skal forhindres fra å oppnå slike goder ved hjelp av mellommenn (treaty shopping).<sup>119</sup> Vilkåret beneficial owner er designet for å unngå treaty shopping, med andre ord for å unngå bruk av mellommenn i tilfeller hvor beneficial owner ikke har rett til traktatsbeskyttelse.<sup>120</sup>

Kommentarene gir ingen klar definisjon av begrepet beneficial owner. Om man tar utgangspunkt i OECD-kommentarene for art. 10 avsnitt 12.1 som beskrives i kapittel 6 bør begrepet beneficial owner forstås i lys av OECD MTCs formål om å hindre dobbeltbeskatning samt å hindre skatteunndragelse.

### **5.4 Utbredelse generelt og i Norges skatteavtaler**

#### **5.4.1 Generelt**

Innledningsvis nevnte jeg at OECD MTC og de aller fleste norske skatteavtaler bestemmer at retten til å skattlegge aksjeutbytte skal deles mellom statene. De fleste skatteavtaler har bestemmelser som begrenser kildeskatt på utbytte til en aksjonær hjemmehørende i en annen skatteavtalestat.<sup>121</sup> Videre ble vilkåret inntatt i OECD MTC fra 1977. Begrepet beneficial owner er ikke definert i OECD MTC, FN MTC eller USA MTC.

---

<sup>118</sup> Lang m.fl. (2015) s. 306

<sup>119</sup> Vogel m.fl. (1997) s. 561

<sup>120</sup> *ibid.* s. 597

<sup>121</sup> Gjems-Onstad og Furuseth m.fl. (2013) s. 170

## 5.4.2 Begrepet i Norge

Begrepet beneficial owner finnes i de fleste skatteavtaler inngått av Norge etter 1977. Unntak kan altså finnes for skatteavtaler inngått før 1977.

Begrepet blir ofte oversatt til norsk med «virkelig rettighetshaver».<sup>122</sup> Også andre oversettelser benyttes, som for eksempel «rettmessig eier».<sup>123</sup> Beneficial owner er et innarbeidet skatteavtalebegrep, jeg velger derfor ikke å vektlegge den norske oversettelsen av begrepet ettersom jeg ser det som mindre relevant i denne sammenheng.<sup>124</sup> Et annet argument for å anvende det engelske beneficial owner er at «virkelig rettighetshaver» også anvendes om den som skal tilordnes utbyttet etter de internrettslige reglene.

Norge har ca. 132 bilaterale skatteavtaler med andre nasjoner.<sup>125</sup> Dette inkluderer både i- og u-land. Beneficial owner-begrepet er ikke definert i Norges skattelovgivning, men det finnes en rekke nasjonale og internasjonale kilder som legger grunnlaget for begrepets tolkning. Norge har foreløpig ingen avgjørelser om beneficial owner fra høyere rettsinstanser som Norges Høyesterett. Derimot har man en avgjørelse fra Oslo Tingrett; den såkalte Transocean-saken.<sup>126</sup> Det kan ha relevans, men da det bare er en tingrettsavgjørelse så er vekten av den antatt å være liten. Videre har selve avgjørelsen vært omstridt. Man kan også se en utvikling i Sverige og Danmark som kan være relevant når man vurderer begrepet i Norge. I tillegg finnes en mengde rettspraksis og synspunkter fra andre nasjoner, i tillegg til juridisk litteratur, som komplementerer OECD-kommentarene.

De fleste norske skatteavtaler inneholder et vilkår om at mottakeren av utbyttet må være beneficial owner for at vedkommende skal ha krav på den reduserte skatteavtalesatsen.<sup>127</sup> Et

---

<sup>122</sup> Se Lignings-ABC 2016 under stikkord «Fritaksmetoden», punkt 2.3.4 om «Nærmere om virkelig rettighetshaver» s. 634-635. Tilsvarende er «virkelig rettighetshaver» benyttet i den nordiske skatteavtalen (NSA). Også begrepet «rettmessig eier» blir benyttet som en norsk oversettelse på beneficial owner

<sup>123</sup> Se for eksempel NOU 2009:4 Tiltak mot skatteunndragelser i punkt 3.5.7, hvor beneficial owner er oversatt med «rettmessig eier»

<sup>124</sup> Gjems-Onstad og Furuseth m.fl. (2013) s. 170

<sup>125</sup> Regjeringen (2016)

<sup>126</sup> TOSLO-2011-104857-4

<sup>127</sup> Furuseth (2009) s. 180

eksempel kan være den nordiske skatteavtalen<sup>128</sup> inngått mellom de nordiske land hvor art. 10 (3) om virkelig rettighetshaver lyder

Dividender fra et selskap hjemmehørende i en kontraherende stat til en person bosatt i en annen kontraherende stat kan også skattlegges i den kontraherende stat der selskapet som utdeler dividendene er hjemmehørende, og i henhold til lovgivningen i denne, men hvis den virkelige rettighetshaver til dividendene er en person bosatt i den annen kontraherende stat skal den skatt som ilegges ikke overstige 15 prosent av dividendens bruttobeløp. Slike dividender skal imidlertid være unntatt fra beskatning i den førstnevnte stat dersom den virkelige rettighetshaver til dividendene er et selskap (med unntak av personsammenslutninger og dødsboer) som direkte eier minst 10 prosent av det utbetalende selskaps kapital.<sup>129</sup>

Begrepet virkelig rettighetshaver antas å tilsvare begrepet beneficial owner i OECD MTC art 10 (2).<sup>130</sup>

## 5.5 OECD og FN MTC

De fleste skatteavtaler bygger enten på OECD eller FN MTC. På et generelt grunnlag kan man derfor si at de fleste skatteavtaler vil ha et vilkår – for å være berettiget til den reduserte kildeskatten – og vilkåret er at mottakeren av utbyttet også er å anse som beneficial owner av utbyttet.<sup>131</sup>

FN MTC<sup>132</sup> ble utgitt i 1980 og bygger på OECD MTC. Siste versjon av FN MTC er fra 2011. I FN MTC finner man et større fokus på kildestatsbeskatning. Dette er for å beskytte utviklingslandenes interesser. FN MTC ble revidert i 1980 og etter dette har det kommet flere endringer. Norge har benyttet FN MTC i flere skatteavtaler inngått med utviklingsland.<sup>133</sup> FN

---

<sup>128</sup> Den nordiske skatteavtalen (NSA). Avtaleparter er Sverige, Danmark, Færøyenes landsstyre, Finland og Norge. NSA er basert på OECD MTC. Formålet med NSA er, som navnet angir, å unngå dobbeltbeskatning.

<sup>129</sup> NSA art. 10 (3)

<sup>130</sup> St.prp. nr. 5 (96-97), komiteens merknader til NSA art 10.

<sup>131</sup> Furuseth (2009) s. 179

<sup>132</sup> FN MTC

<sup>133</sup> Naas m.fl. (2011) s. 84



MTC benytter seg av en del av bestemmelsene, det samme gjør kommentarene til OECD MTC.

Zimmer uttaler at OECD-kommentarene til MTC er meget viktige rent praktisk, og tilsvarende viktig er FN MTC for avtaler med u-land.<sup>134</sup> Verken OECD eller FN MTC inneholder noen definisjon av begrepet beneficial owner, men både OECD og FN MTC gir en viss veiledning til hvordan begrepet skal forstås.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Zimmer (2009) s. 78

<sup>135</sup> Furuseth (2009) s. 180

## **6        Hvorvidt Swiss Swap Case er i samsvar med tradisjonell forståelse for beneficial owner**

### **6.1        Innledning**

I dette kapitlet tar jeg utgangspunkt i de problemstillingene Swiss Swap Case oppstiller. Jeg vil vurdere hvorvidt Swiss Swap Case harmonerer med den tradisjonelle forståelsen av beneficial owner, med særlig vekt på om de samsvarer med OECD-kommentarene fra 2014. Dette innebærer en redegjørelse for hvordan beneficial owner har blitt forstått (bygge videre på kapittel 4) for så å sammenligne med hvordan det ble forstått i Swiss Swap Case (bygge videre på kapittel 3). Swiss Swap Case reiser følgende hovedproblemstillinger; (i) kan et vilkår om beneficial owner innfortolkes i skatteavtaler inngått før 1977, og (ii) er sveitsisk høyesteretts vurdering av det materielle innholdet i beneficial owner i samsvar med den tradisjonelle forståelsen av vilkåret? Her tilsvarende den tradisjonelle forståelsen av vilkåret OECD-kommentarene fra 2014.

### **6.2        Kan et vilkår om beneficial owner innfortolkes i skatteavtaler inngått før 1977**

#### **6.2.1      Innledning**

I kapittel 5.1 viste jeg til at vilkåret beneficial owner ble inntatt i OECD MTC i 1977. Før 1977 var ikke vilkåret inkludert i MTC, og ordlyden var annerledes. Dette reiser flere spørsmål. Hvordan har skatteavtaler uten begrepet beneficial owner, inngått før 1977, blitt forstått tidligere? Har man innfortolket vilkåret beneficial owner i disse skatteavtalene, eller har dette vært implisitt angitt uten å være eksplisitt nevnt? Videre har OECD-kommentarene (se også kapittel 6.2.5) blitt endret flere ganger i tråd med utviklingen av MTC og den økende globaliseringen av verdensmarkedene for øvrig. Hvordan skal man så forholde seg til kommentarer av nyere dato når man tolker tidligere inngåtte skatteavtaler? I dette kapitlet vil jeg videreføre den metoden som ble presentert i kapittel 2. Jeg tar først for meg de ulike rettskildene og vurderingen kommer i kapittel 6.2.8.

## 6.2.2 Skatteavtalens ordlyd

Høyesterett i Swiss Swap Case tok utgangspunkt i traktatteksten til skatteavtalen mellom Sveits og Danmark av 1973.<sup>136</sup> Skatteavtaler er traktater og det er folkerettens regler om tolking av traktater som legges til grunn.<sup>137</sup> Ifølge folkeretten skal traktater tolkes med utgangspunkt i traktattekstens ordlyd.

I skatteavtalen mellom Sveits og Danmark av 1973 (før den ble endret i 2009) ga art. 10 all beskatningsrett for utbytte til mottakerens hjemstat. Artikkelen lød slik: «Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a person resident of the other Contracting State *may only be taxed in that other State*»<sup>138</sup> (min utheving i kursiv). Dette vil si at utbytte som er betalt av et selskap hjemmehørende i en avtalestat (Sveits) til en person (banken) hjemmehørende i den andre avtalestaten (Danmark) kan bare beskattes i den andre staten (Danmark). I tillegg krevde bestemmelsen bare en «payment» til en «person resident» i den andre staten for å kunne motta full refusjon av kildeskatt. Skatteavtalens ordlyd sa ingen ting om at mottakeren (banken) måtte være beneficial owner av utbyttet.

Høyesterett fant støtte for sin tolkning og synspunkt i juridisk teori.<sup>139</sup> I sveitsisk juridisk teori er det lagt til grunn som både tillatt og ønskelig å innfortolke vilkåret beneficial ownership (dette er først og fremst aktuelt i eldre avtaler). I motsatt fall kan avtalen lett misbrukes jf. formålsbetraktninger.

Høyesterett i Sveits viste til at når vilkåret beneficial owner ikke er eksplisitt inntatt i skatteavtalen kan ordlydbasert tolkning åpne for omgåelser av skatteavtalen (treaty shopping) og føre til at skatteavtalens artikler misbrukes. Høyesterett ga som eksempel en tenkt situasjon; dette ville kunne gi et insentiv til å holde en eierandel i et sveitsisk selskap som en ren skattebesparelse i form av omgåelse via et selskap hjemmehørende i Danmark. Høyesterett viste til nasjonal rettspraksis som støttet denne tolkningen.

---

<sup>136</sup> Skatteavtalen mellom Danmark og Sveits (1973)

<sup>137</sup> Zimmer (2009) s. 74

<sup>138</sup> Skatteavtalen mellom Danmark og Sveits (1973)

<sup>139</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.2

Høyesterett i Swiss Swap Case viste til at i de senere år har noen forfatterne ment at riktig forståelse av folkeretten medfører en mer restriktiv tolkning av skatteavtaler som går ut på at de bør tolkes i samsvar med folkeretten jf. særlig Wien-konvensjonen.<sup>140</sup>

Dette stemmer overens med den generelle oppfatningen i internasjonal skatterett om at bilaterale skattetraktater bør tolkes i samsvar med folkeretten som anses å være kodifisert i Wien-konvensjonen.

### 6.2.3 Wien-konvensjonen

I Swiss Swap Case viste høyesterett til juridisk teoris' tolkning av sveitsisk høyesterettspraksis om tolkning av dobbeltbeskatningsavtaler.<sup>141</sup> Folkerettens regler om tolkning av traktater er kodifisert i Wien-konvensjonen. Utgangspunktet for tolkningen er traktatteksten.<sup>142</sup>

Wien-konvensjonen art. 31(1) lyder slik: «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*».<sup>143</sup> (mine uthevinger)

Tolkningen skal skje «in good faith» (i god tro), man skal ta hensyn til tekstens «context» (den alminnelige betydningen av traktatens ord og uttrykk skal fastslås ut fra kontekst), og tolkningen skal skje på bakgrunn av traktatens «object and purpose» (med fokus på formålet).<sup>144</sup>

Høyesterett i Sveits viste videre til Wien-konvensjonens art. 26, 31 og 32 som relevante for denne tolkningen.<sup>145</sup> I Swiss Swap Case tok høyesterett utgangspunkt i Wien-konvensjonen art. 31(1) om den «ordinary meaning» (den alminnelige betydningen) av de «terms» (ord og uttrykk) som brukes i traktaten. Skatteavtalen i Swiss Swap Case ble således tolket tilnærmet lik den ordinære forståelsen av ordlyden, «in good faith» ut fra sammenhengen den står i og ut

---

<sup>140</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.3

<sup>141</sup> *ibid.* punkt 4.3.1

<sup>142</sup> Zimmer (2011) s. 74

<sup>143</sup> Wien-konvensjonen art. 31(1)

<sup>144</sup> Zimmer (2009) s. 75.

<sup>145</sup> 2C\_377/2012 punkt 4.3.2

fra hva partene har ment. I tillegg viste Swiss Swap Case til at skatteavtalen mellom Danmark og Sveits må tolkes i henhold til formålsbetraktninger, i motsatt fall kan skatteavtalen åpne for omgåelser og misbrukes.

Videre skal det foretas en objektiv tolkning av ordlyden. Man bør ikke foreta en streng bokstavfortolkning. Det er den allment aksepterte betydningen innenfor det aktuelle rettsområdet som normalt anses som den alminnelige betydningen, ikke vanlig dagligtale.<sup>146</sup>

Skatteavtalen bør også tolkes i henhold til Wien-konvensjonen art. 26 som lyder: «Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith».<sup>147</sup> Artikkelen viser til begrepet *pacta sunt servanda*, som betyr at avtaler skal holdes. Tolkning i henhold til «god tro» må ses i sammenheng med den grunnleggende regelen om at avtaler skal holdes. Prinsippet bør fungere som en retningslinje for tolkningsprosessen og ingen selvstendig tolkningsregel.<sup>148</sup>

I folkeretten er Wien-konvensjonens art. 32 tillatt som supplement til tolkning av art. 31 om forhold tas i betraktning. For det første for å bekrefte resultatet etter å ha benyttet art. 31. For det andre for å bestemme om tolkningen foretatt etter artikkel 31 er tvetydig, obskur eller leder til et åpenbart absurd eller urimelig resultat.<sup>149</sup>

I Swiss Swap Case viste høyesterett til at prinsippet om «god tro» i samsvar med Wien-konvensjonen art. 26 og art. 31(1) legger an til en absurditetstest.<sup>150</sup> Om den vanlige betydningen av en bestemmelse med «litteral, systemic and teleological interpretation»<sup>151</sup> (jf. art. 31) og med utfyllende hjelp ved tolkning (jf. art. 32) i en konkret sak fører til et åpenbart absurd eller urimelig resultat som partene i avtalen i «god tro» ikke ønsket å oppnå, så må tolkningen korrigeres. Med andre ord, man tolker i samsvar med folkeretten jf. særlig Wien-konvensjonen.

---

<sup>146</sup> Vogel m.fl. (1997) Introduksjon pkt. 70; Skaar m.fl. (2006) s. 51

<sup>147</sup> Wien-konvensjonen art. 26

<sup>148</sup> Skaar (2006) s. 50

<sup>149</sup> Du Toit (1999) s. 213

<sup>150</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.3.2

<sup>151</sup> l.c.

Videre er det viktig å bemerke at tolkningsmomentene i Wien-konvensjonens art. 31 er primære kilder. Wien-konvensjonens art. 32 anses å angi supplerende kilder for tolkning man kan ta i betraktning. Slikt supplerende materiale kan for eksempel være forarbeider, forhistorie til den enkelte traktat, og omstendigheter rundt inngåelsen. Supplerende kilder kan bare benyttes som støtte opp mot en løsning som allerede følger av de primære kildene, eller når primærkildene gir et tolkningsresultat som er tvetydig og uklart eller når de leder til et resultat som åpenbart er absurd eller urimelig.<sup>152</sup> I praksis bør derfor supplerende kilder tillegges mindre vekt enn de primære kildene, selv om Wien-konvensjonen i prinsippet ikke angir noe klart vektforhold mellom de ulike kildene.<sup>153</sup>

Dersom en tolkning medfører et absurd resultat som partene «in good faith» ikke ønsket, så må tolkningen korrigeres jf. absurditetstesten. Dette begrunnet høyesterett i Swiss Swap Case med at dette gjelder dersom et rent mellomselskap, som ikke er beneficial owner, skal få nyte godt av avtalen.<sup>154</sup> Her viste høyesterett til en tolkning av ordlyden etter Wien-konvensjonen art. 32.

Videre synes det lagt til grunn i juridisk teori og rettspraksis i Sveits, med videre henvisning til ISS-saken,<sup>155</sup> at det ikke er i strid med internasjonale prinsipper for skatteavtaletolkning (jf. Wien-konvensjonen) når ansvarlige myndigheter i både Sveits og Danmark synes å mene at dette er en rimelig tolkning.<sup>156</sup> Begge avtalepartene legger til grunn en innfortolkning av beneficial owner. Her viste høyesterett til prinsippet om «good faith».

Videre tolket høyesterett hva de ulike avtalepartene av skatteavtalen mellom Danmark og Sveits legger til grunn mht. til vilkåret beneficial owner.

På sveitsisk side viste høyesterett i Swiss Swap Case til etterfølgende dokumenter som protokollen datert 21.08.2009. Protokollen ble beneficial owner eksplisitt inntatt i skatteavtalen mellom Sveits og Danmark.<sup>157</sup> I henhold til OECD MTC ble denne eksplisitt

---

<sup>152</sup> Wien-konvensjonen art. 32

<sup>153</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 52

<sup>154</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.3.2

<sup>155</sup> l.c.

<sup>156</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.4

<sup>157</sup> ibid. punkt 4.4.1

inntatt som en klargjøring av skatteavtalen og var ikke ment som en materiell endring jf. juridisk litteratur.

Videre viste høyesterett i Swiss Swap Case at på dansk side la man i mange år mindre vekt på vilkåret beneficial owner og mente at samme resultat kunne oppnås ved å benytte tradisjonelle generelle prinsipper.<sup>158</sup> Danske myndigheter og domstolene hadde først nylig (de siste årene) begynt å benytte vilkåret beneficial owner.<sup>159</sup> Høyesterett tolket dansk praksis til å samsvare med sveitsisk tolkning.<sup>160</sup> I ISS-saken ble vilkåret beneficial owner benyttet uten videre forklaring som definert i siste utgave av OECD-kommentarene (for mer om ISS-saken se kapittel 6.2.7).

I ISS-avgjørelsen benyttet dansk høyesterett begrepet beneficial owner uten videre forklaring som definert i OECD-kommentarene fra 2003 (ISS-saken gjaldt en skatteavtale fra 1980 der vilkåret om beneficial owner var inntatt i teksten). I tillegg tolket danskene vilkåret om beneficial owner utvidende for å utfordre skattemotiverte strukturer som involverte bruken av *conduit companies*.<sup>161</sup>

Høyesterett oppsummerte at det både i Sveits og Danmark synes lagt til grunn at beneficial owner kan innfortolkes, dermed skulle resultatet bli det samme, uavhengig av hvilken skole man valgte.<sup>162</sup> Et objektivt fortolkningsprinsipp ble anvendt.<sup>163</sup>

Ifølge tradisjonen finner man tre teorier om hvordan traktater bør tolkes – objektiv, subjektiv og teleologisk tolkning.<sup>164</sup> Objektiv fortolkingsteori angir at en objektiv ordlydsfortolking er avgjørende. Den objektive fortolkingsteorien fastslår at «statene er suverene og ikke er underkastet noen annen vilje enn sin egen».<sup>165</sup> Den har sitt utgangspunkt i suverenitetsprinsippet, det vil si at en objektiv ordlydfortolking er avgjørende og en stats

---

<sup>158</sup> Bundgaard (2013) s. 94.

<sup>159</sup> I.c.

<sup>160</sup> 2C\_377/2012 punkt 4.4.2

<sup>161</sup> Bundgaard (2013) s. 113

<sup>162</sup> 2C\_377/2012 punkt 4.4.3

<sup>163</sup> Zimmer (2011) s. 75

<sup>164</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 49; Ruud og Ulfstein (2002) s. 69

<sup>165</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 49

suverenitetsavståelse gjennom en traktat vil etter denne teorien ikke kunne strekkes lenger enn det som fremgår av traktaten selv.<sup>166</sup>

For den subjektive fortolkningsteorien skal man velge «det tolkningsresultat som er best i overenstemmelse med partenes intensjoner med traktaten, selv om det er i strid med ordlyden».<sup>167</sup> Den subjektive tolkningsteori angir derfor at tolkningen skal stemme overens med statenes intensjoner, selv om dette går på ordlydens bekostning. Derimot innebærer den objektive tolkningsteori at traktatens ordlyd er avgjørende.<sup>168</sup>

Og tilslutt, den teleologiske tolkningsteorien vektlegger at «effektivitetsprinsippet legges til grunn for tolkningen, og tolkningen skal derfor søke det resultat som gjør det mulig å effektivt gjennomføre traktatens overordnede formål».<sup>169</sup> Denne teorien legger minst vekt på ordlyden. Den teleologiske tolkningsteori innebærer derfor at traktatens formål først må bestemmes og at man bør forsøke å tolke i overensstemmelse med dette formålet.<sup>170</sup>

I utgangspunktet viser Wienkonvensjonen art. 31 til at fokus er på den objektive tolkningsteori (ordlyden er utgangspunktet). Men både den subjektive og teleologiske momenter kan også være relevante. Det fremgår av «object and purpose» jf. art. 31. Noe tyder på at dette også følger av art. 31 (4) og 32 der partenes intensjoner står sentralt. Høyesterett i Swiss Swap Case benyttet Wienkonvensjonen art. 32 som utgangspunkt. Grunnen til at ordlyden anses som det sentrale, jf. Wienkonvensjonen, er det at skatteavtaleteksten i seg selv gir direkte uttrykk for hva statene har blitt enige om. Derfor er ordlyden primærtolkningsgrunnlaget nettopp av hensyn til «good faith», det vil si statenes lojalitetsplikt overfor hverandre.<sup>171</sup> For skatteavtalens formål er ikke dette det samme som statenes intensjoner. Formålet bør *objektiveres* og det å vektlegge «the objective purpose of the treaty as evidenced by the treaty itself, looked at as a whole» anses som viktig.<sup>172</sup>

---

<sup>166</sup> Skaar (2006) s. 49; Ruud og Ulfstein (2002) s. 69

<sup>167</sup> I.c.

<sup>168</sup> Sinclair (1974) s. 70–71

<sup>169</sup> Skaar (2006) s. 49; Ruud og Ulfstein (2002) s. 69

<sup>170</sup> Sinclair (1974) s. 70; Shelton (2004) s. 173 pkt. 4.36

<sup>171</sup> Engelen (2004) s. 132

<sup>172</sup> Shelton (2004) s. 173 pkt. 4.36



#### 6.2.4 OECD-kommentarene, innplassering i Wien-konvensjonens system

Det kan synes som sveitsisk høyesterett i Swiss Swap Case tolker Wien-konvensjonen art. 32 slik at OECD-kommentarene utgjør et supplement til tolkningen jf. avsnittet over om et absurd resultat og omgåelse (med tillegg av etterfølgende rapporter som suppleringen av inntagelsen av beneficial owner fra 2009 og henvisningen til dansk rettspraksis; ISS-saken).<sup>173</sup> Stemmer denne tolkningen overens med gjeldende forståelse av OECD-kommentarenes innplassering i Wien-konvensjonens system? Og hvor skal kommentarene plasseres i Wien-konvensjonens system?

Lang finner det interessant at høyesterett i Swiss Swap Case anser OECD-materialet som supplerende tolkningsmateriale jf. Wien-konvensjonens art. 32.<sup>174</sup> OECD-kommentarenes innplassering i Wien-konvensjonens system er omdiskutert i juridisk litteratur. Det er med andre ord ingen konsensus for anvendelsen av Wien-konvensjonens art. 31, art. 32, OECD MTC og OECD-kommentarene. Dette kan være fordi OECD-kommentarene ikke er rettslig bindende. Kommentarene er unike ettersom de ikke relaterer seg til en faktisk avtale, men til OECD MTC, som heller ikke er rettslig bindende.<sup>175</sup> Bør OECD-kommentarene anses som supplerende materiale når det kommer til tolkning? Bør de anses som en del av traktatkonteksten? Eller kan man se bort fra dem?<sup>176</sup> I kapittel 6.2.4 viste jeg til at art. 31 veier noe tyngre i en drøftelse enn art. 32, men at Wien-konvensjonen ikke angir noe konkret vektforhold mellom de to artiklene.

OECD MTC og de tilhørende kommentarene har ikke like stor vekt som konvensjonens ordlyd fordi de ikke er en del av avtalen. I tillegg til OECD MTC og de tilhørende kommentarene bør andre historiske, teleologiske og systematiske aspekter, i tillegg til ordlyden i konvensjonen, tas med i betraktning. Hvilket argument som kan sies å være avgjørende må vurderes i hver konkrete sak. Art. 31 er ingen regel som tilsynelatende tillater at en fortolkningsmetode er bedre enn en annen.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.4.2

<sup>174</sup> Lang m.fl. (2012) s. 226, 228 flg.

<sup>175</sup> Ward m.fl. (2005) s. 18

<sup>176</sup> Du Toit (1999) s. 213

<sup>177</sup> Lang m.fl. (2010) s. 43

I Swiss Swap Case viste høyesterett til at prinsippet om god tro samsvarer med art. 26 og art. 31(1) i Wien-konvensjonen og at den bør tolkes i samsvar med en absurditetstest.<sup>178</sup> Om den vanlige betydningen av en bestemmelse med «literal, systemic and teleological interpretation»<sup>179</sup> (art. 31) og med utfyllende hjelp av tolkning (art. 32) fører i en konkret sak til et åpenbart absurd eller urimelig resultat, som avtalepartene i god tro ikke ønsket som utfall, så må dette resultatet korrigeres med basis i absurditetsprinsippet. Et eksempel på et slikt uønsket resultat er at en person som ikke er bosatt i en traktatsstat ikke bør kunne kreve traktatfordeler for utbyttet, det vil si; ikke bør kunne kreve refusjon på kildeskatt for utbyttet.<sup>180</sup>

Noen juridiske forfattere hevder at de delene av OECD-kommentarene som forklarer eller tolker MTC kan henføres under art. 31(1).<sup>181</sup> MTC og OECD-kommentarene beskriver derfor «the ordinary meaning» jf. Wien-konvensjonen art. 31(1).<sup>182</sup> Vogel og Ault hevder at når OECDs medlemsstater inngår skatteavtaler med MTC som mal så må det antas at disse statene ønsket at artiklene i den inngåtte avtalen skal formidle den tiltenkte meningen av MTC og OECD-kommentarene.<sup>183</sup> Dette kan enten forstås som den «the ordinary meaning» jf. Wien-konvensjon art. 31(1) eller «special meaning» jf. Wien-konvensjonen art. 31(4).<sup>184</sup> Lang støtter dette synspunktet og anser det som «historical interpretation material».<sup>185</sup> Dette synet støttes også av High Court of Australia som uttalte at MTC og OECD-kommentarene er «a guide to the current usage of terms by the parties».<sup>186</sup>

Andre juridiske kommentatorer hevder derimot at art. 31(2) bør benyttes.<sup>187</sup> Og andre igjen hevder at art. 31(3) bør benyttes.<sup>188</sup> Det er også noen juridiske kommentatorer som mener at tolkningen bør foretas i samsvar med art. 31(4).<sup>189</sup> Art. 31(4) viser til at en «special meaning

---

<sup>178</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.3.2

<sup>179</sup> l.c.

<sup>180</sup> l.c.

<sup>181</sup> Ward m.fl. (2005) s. 18

<sup>182</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 8

<sup>183</sup> Vogel m.fl. (1997) s. 44

<sup>184</sup> l.c.

<sup>185</sup> Lang m.fl. (2010) avsnitt 85

<sup>186</sup> Thiel v. Federal Commissioner of Taxation (1988) s. 531, 537

<sup>187</sup> Ward m.fl. (2005) s. 18

<sup>188</sup> l.c.

<sup>189</sup> l.c.

intended by the parties» må hentes fra et sted.<sup>190</sup> Ault hevder derimot at det er en «bridge between Article 31 and Article 32» som gjør det mulig å vurdere for eksempel forberedende materiale når man skal bestemme den spesielle betydningen tiltenkt av partene.<sup>191</sup> Og tilslutt, noen juridiske forfattere hevder at OECD-kommentarene passer inn i art. 32. Kommentarene utgjør forberedende arbeid til en skatteavtale som er tillatt som tolkningsformål i henhold til artikkel 32.<sup>192</sup>

Ward<sup>193</sup> hevder at OECD-kommentarene ikke passer inn i Wien-konvensjonens art. 31 og 32 om supplerende dokumenter og tolkning. Ward viser til at det finnes ukodifiserte rettsregler som ikke er inntatt i Wien-konvensjonen. Prinsippene om «logic and good sense» er beskrevet som gode retningslinjer til begreper i skatteavtalene som partene mente å tillegge mening. Kommentarene kan ifølge Ward tillegges en viktig rolle i samsvar med prinsippene for «logic and good sense» i en tolkningsprosess som involverer OECD-kommentarene slik de eksisterte da man opprinnelig inngikk en skatteavtale og kan derfor antas å reflektere den tiltenkte fortolkningen av skatteavtalebestemmelsene som følger av OECD MTC.<sup>194</sup>

Supplerende materiale bekrefter, som nevnt ovenfor, den vanlige betydning som bestemt i Wien-konvensjonen art. 31. Spørsmålet om OECD-materialet faller innenfor omfanget av art. 32 er mindre relevant i lys av det faktum at materialet i alle tilfeller bekrefter den betydning som er bestemt i henhold til art. 31.<sup>195</sup>

Det synes ikke klart hvor OECD-kommentarene bør plasseres i Wien-konvensjonens system basert på de ulike synspunkter ovenfor. Uansett hvor OECD-kommentarene passer inn så viser Vogel til at OECD-kommentarene reflekterer forståelsen og tolkningen til høytstående skatteeksperter på spørsmål om avtaletolkning og de er «clearly intended to very great weight».<sup>196</sup> Vogels synspunkt er at slike kommentarer henter sin myndighet, eller i alle fall

---

<sup>190</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 7

<sup>191</sup> l.c.

<sup>192</sup> Ward m.fl. (2005) s. 18

<sup>193</sup> ibid. s. 110-114

<sup>194</sup> ibid. s. 18

<sup>195</sup> Du Toit (1999) s. 213

<sup>196</sup> Ward m.fl. (2005) s. 27

deler av den, fra sine argumenter og bør rangeres på samme nivå som meninger til lignende, høytstående eksperter.<sup>197</sup>

OECD MTC og de tilhørende kommentarene er, som allerede nevnt, ment som en mal for skatteavtaler og en veileder ved tolkning av skatteavtalenes artikler. Man forsøker å oppnå likhet i de ulike landenes tolkningsresultater og man antar at både MTC og OECD-kommentarene blir påvirket av ulike nasjoners rettspraksis og synspunkter. Spørsmålet om medlemsstatene er forpliktet til å ta kommentarene i betraktning ved skatteavtaletolkning avhenger av hva slags rettskilde kommentarene anses å være, og hvordan de innpasses i Wien-konvensjonens system.<sup>198</sup> Uansett gis kommentarene betydelig vekt i praksis og det er derfor rimelig å anta at de vil være en god veileder når det kommer til å uttrykke gjeldende rett.

#### 6.2.5 Reviderte OECD MTC og tilhørende kommentarer ved tolkning av eldre skatteavtaler

Et spørsmål oppstår vedrørende Swiss Swap Case bruk av OECD-kommentarene fra 2014 med henvisning til den danske ISS-saken og bruken av OECD-kommentarene fra 2003. Høyesterett i Swiss Swap Case uttalte:

Thus in the ISS Case, the Danish Eastern High Court applied the term of beneficial owner without further explanation as defined in the latest edition of the commentary on the OECD-MC; notwithstanding that the Case in question concerned a DTC with Luxembourg, which had been signed before publication of the supplementary commentary. In this Case, the Court assumed that the prerequisites previously contained in the convention had been clarified in the latest commentary, without resulting in any material changes.<sup>199</sup>

Skatteavtalen i ISS-saken var fra 1980. Kan man benytte den reviderte OECD MTC og de tilhørende kommentarene ved tolkning av eldre skatteavtaler? Med andre ord; er nyere kommentarer tillatt å ta i betraktning når man tolker eldre skatteavtaler? Reviderte OECD-

---

<sup>197</sup> Ward m. fl. (2005) s. 27

<sup>198</sup> Skaar (2006) s. 58

<sup>199</sup> 2C\_364/2012

kommentarer kan ha betydning ved tolkning av eldre skatteavtaler. OECD-kommentarene går selv langt i å tillegge nyere formuleringer slik vekt jf. OECD-kommentarene 2014 introduksjon avsnitt 35, se metodekapittel 2.3.2. OECDs syn i avsnitt 35 er omdiskutert, nettopp fordi noen kommentarendringer hevdes å utgjøre endringer av OECD MTC i realiteten.<sup>200</sup>

OECD-kommentarene til MTCs enkeltbestemmelser er en viktig tolkningsfaktor når det kommer til vilkåret beneficial owner. Kommentarene definerer ikke begrepet beneficial owner, men gir veiledning i form av ulike punkter. Kommentarene er, som nevnt tidligere, ikke rettslig bindende, men angir en alminnelig forståelse av MTCs begreper. Det er noe usikkert om nye kommentarer som endrer det materielle innholdet i OECD MTCs enkeltbestemmelser kan benyttes ved tolkning av eldre skatteavtaler.<sup>201</sup> Rettspraksis og synspunkter er ikke konsistent på dette området og varierer i de ulike medlemslandene. Det bør derfor avklares om det har skjedd en materiell endring i MTC'en og de tilhørende kommentarer under de disse revisjonene.

Det første utkastet til OECD MTC og til kommentarene forelå i 1963, se kapittel 5.2. Etter dette ble både MTC og kommentarene endret i 1977. Neste endring av MTC og kommentarene ble foretatt i 1992. Etter dette har endringene skjedd fortløpende i 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, og nå sist i 2014.<sup>202</sup>

I introduksjonen til OECD MTC stadfestes det at eksisterende dobbeltbeskatningsavtaler, så langt som mulig, skal tolkes i lys av ånden til de reviderte kommentarene.<sup>203</sup> Denne tilnærmingen er kritisert av noen juridiske kommentatorer, ettersom senere reviderte kommentarer ikke har blitt vurdert av regjeringene som inngikk dobbeltbeskatningsavtalen. Det hevdes at kommentarer som er laget i sammenheng med inngåelsen av avtalen kan bli ansett som *context*. Dette utelukker senere kommentarer som en del av «context» jf. art. 31 (1). Senere kommentarer ville trenge regjeringens godkjenning for å være «subsequent agreement» jf. art. 31 (3). Om de ikke har denne godkjenningen vil senere kommentarer

---

<sup>200</sup> Zimmer (2009) s. 80

<sup>201</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 63

<sup>202</sup> l.c.

<sup>203</sup> Lang m.fl. (2010) s. 45

blande seg med kompetansen til den lovgivende makt. Derfor kan en endring i kommentarene aldri overprøve en eksisterende dobbeltbeskatningsavtale.<sup>204</sup> For å kunne være *subsequent agreement* er det behov for bevis for at kommentarene faktisk skal kunne reflektere etterfølgende praksis fra begge kontraktstater; det å stole på ordlyden i OECD-kommentarene vil derfor ikke være tilstrekkelig i denne sammenheng.<sup>205</sup> Og tilslutt, siden partene ikke kunne ha forutsett en fortolkning som senere kommentarer angir, og som ikke eksisterte da dobbeltbeskatningsavtalen ble inngått, kan ikke kommentarene være «special meaning» jf. art. 31(4).<sup>206</sup> Derfor bør den versjonen av OECD MTC og de respektive kommentarene som eksisterte da dobbeltbeskatningsavtalen ble inngått også benyttes ved tolkningen.<sup>207</sup>

I ISS-saken<sup>208</sup>, se kapittel 6.2.7, tolket dansk høyesterett skatteavtalen dynamisk ved å referere til OECD-kommentaren til art. 10 fra 2003, selv om saken involverte tolkning av en skatteavtalen fra 1980. Det samme gjelder for Swiss Swap Case som viste til ISS-saken.

I Prévost Car-saken, se kapittel 6.2.7, tolket den canadiske domstolen OECD-dokumenter fra 1977 og 2003, samt OECD Conduit Companies Report Gjeldende skatteavtaler i Prévost-avgjørelsen var som følger; skatteavtalen mellom Canada og Sverige<sup>209</sup> var fra 1983, skatteavtalen mellom Canada og Storbritannia<sup>210</sup> var fra 1978, skatteavtalen mellom Canada og Nederland<sup>211</sup> var fra 1986, og «1993 Second Protocol to the Canada-Netherlands tax treaty»<sup>212</sup> fra 1993. Det kan synes som om domstolen i Prévost Car også la til grunn en dynamisk tolkning av skatteavtalene.

Det som er drøftet over betyr at juridiske kommentatorer i internasjonal skatterett ikke er samstemt om hvordan OECD-materialet bør tolkes. Skal man legge til grunn en dynamisk forståelse, eller er dette ikke «tillatt»? Uansett om senere versjoner av OECD-kommentarene

---

<sup>204</sup> Lang (2010) s. 46

<sup>205</sup> l.c.

<sup>206</sup> l.c.

<sup>207</sup> l.c.

<sup>208</sup> SKM 2011.121 Ø

<sup>209</sup> Skatteavtalen mellom Canada og Sverige (1983)

<sup>210</sup> Skatteavtalen mellom Canada og Storbritannia (1978)

<sup>211</sup> Skatteavtalen mellom Canada og Nederland (1986)

<sup>212</sup> Second Protocol to the Canada-Netherlands tax treaty (1993)

er tillatt å ta i betraktning eller ei ved tolkning av eldre skatteavtaler, så kan man muligens enes om at kommentarene er ansett som ekspertuttalelser og gjengir hva som kan anses å være tradisjonell rett da de er basert på samarbeid mellom de ulike medlemsstatene og til en viss grad andre nasjoners rettspraksis innenfor gjeldende område.<sup>213</sup> Jeg mener på denne bakgrunn at kommentarene bør vektlegges når det kommer til tolkning av bilaterale skatteavtaler. Nettopp fordi de seneste versjonene reflekterer eksisterende praksis og tradisjonell rett.<sup>214</sup> Det følger videre av dette at dersom de sist publiserte OECD-kommentarene, i vårt tilfelle fra 2014, kan legges til grunn ved tolkning av skatteavtalen, må det kunne presumeres at statene har ønsket å åpne for en dynamisk tolkning av skatteavtalen.

## 6.2.6 OECD MTC og kommentarene fra 1977 til 2010

### 6.2.6.1 Innledning

I dette kapitlet presenterer jeg endringene i OECD MTC og kommentarene for å vise utviklingen av beneficial owner. Det presiseres at dette ikke er dyptgående analyse. Jeg vil fortløpende foreta gjennomgangen av endringene under de respektive overskriftene. Jeg viser også til kapittel 5 om introduksjon av vilkåret beneficial owner.

### 6.2.6.2 OECD MTC og kommentarene med endringer fra 1977

I 1977 ble ordlyden i MTC om dividende art. 10 (2) endret til:

[H]owever, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the recipient is the *beneficial owner* of the dividends the tax so charged [...].<sup>215</sup> (min utheving)

I kommentarene fra 1977 i avsnitt 12 står det:

---

<sup>213</sup> Lang m.fl. (2010) s. 47

<sup>214</sup> l.c.

<sup>215</sup> OECD MTC (1977) artikkel 10 (2)

[T]he limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State.<sup>216</sup>

Kommentaren fra 1977 viser til at redusert kildeskatt ikke oppnås når et mellomledd (eksempelvis en agent eller stråmann) står mellom «the beneficiary» og det utdelende selskapet, hvis da ikke også den som anses som beneficial owner er hjemmehørende i den kontraherende staten. Utgangspunktet er da at utbyttmottaker som er hjemmehørende i den kontraherende staten anses som beneficial owner. Redusert kildeskatt kan også oppnås om mellomleddet og beneficial owner er hjemmehørende i samme kontraherende stat. Om mellomleddet og beneficial owner er hjemmehørende i ulike stater kan ikke redusert kildeskatt oppnås. Man kan ut fra det historiske OECD-materialet forstå dette slik at agenter (*agents*) og stråmenn (*nominees*) var ment ekskludert fra skatteavtalefordeler under beneficial ownership-testen.

#### **6.2.6.3 OECD MTC og kommentarene med endringer fra 1995 og 1997**

I 1995 ble ordlyden i MTC endret. Setningens ordlyd «if the recipient is the beneficial owner of the dividends» ble erstattet med «if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State». Endringen ble gjort for å klargjøre at utbyttmottakeren må høre hjemme i den kontraherende staten for å bli ansett som beneficial owner. Dette var ikke ment som en materiell endring. Nyere OECD-kommentarer kan derfor benyttes ved tolkning av skatteavtaler fra og med 1977. 1995 og 1997 endringene av OECD MTC art. 10 er ansett som klargjøringer, uten at det definerer eller utdyper begrepet beneficial ownership ytterligere av den grunn.<sup>217</sup>

#### **6.2.6.4 OECD MTC og kommentarene med endringer fra 2003 og 2010**

OECD-kommentaren ble revidert i 2003 og avsnitt 12 endret ordlyd i tillegg til nye avsnitt i 12.1 og 12.2. Endringen ga vilkåret beneficial owner et bredere nedslagsfelt med ny vekt på skatteavtalens formål og hensikt; «to prevent tax avoidance and evasion».<sup>218</sup> Begrepet beneficial owner skal ikke benyttes «in a narrow technical sense», men «should be understood

---

<sup>216</sup> OECD-kommentarene 1977 avsnitt 12

<sup>217</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 33

<sup>218</sup> OECD-kommentarene 2003 art. 7 avsnitt 1



in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance».<sup>219</sup> Kommentaren la til at:

[A] conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.<sup>220</sup>

I OECD-kommentaren fra 2010 ble de to avsnittene 12 og 12.1 fra 2003-endringen beholdt og ingen ytterligere endringer ble foretatt. Den nye ordlyden fra 2003 regnes ikke som en materiell endring i forhold til tidligere kommentarer. Dette kan man stille spørsmålstegn ved når vilkåret gis et bredere nedslagsfelt enn tidligere kommentarer. Det har blitt hevdet at man ofte tolker 1977-kommentarene dithen at de støttet en relativt smal forståelse av beneficial ownership, mens 2003-kommentarene legger an til en bredere forståelse «in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance».<sup>221</sup> Uansett om endringene i 2003 kan tas i betraktning eller ei, viser de til en utvikling i forståelsen av regelen. Høyesterett i Swiss Swap Case la 2014-kommentarene til grunn med videre henvisning til dansk rettspraksis jf. ISS-avgjørelsen.

Endringene i kommentarene så langt kan oppsummeres som (i) beneficial owner ble opprinnelig inkludert i OECDs modellavtale for å forhindre nominees (forvaltere) fra å kreve skatteavtalefordeler. Conduits (gjennomstrømming) ble aldri nevnt i de tidligste OECD-diskusjonene, noe som kan tilsa at dette ikke var hovedfokus. Det kan videre virke som om (ii) beneficial ownership har vært tiltenkt å komplementere «paid [...] to a resident» da det klargjør mottaker av betalingens karakteristikker som er nødvendige for å kreve skattefradrag. Beneficial ownership bør tolkes i en (iii) «narrow technical sense». Skatteavtalen derimot bør tolkes i sammenheng med dens kontekst, samt «object and purpose». I tillegg til (iv) agents (agenter) og nominees (forvaltere) stadfester 2003-kommentarene at conduits (gjennomstrømming) skal ekskluderes fra beneficial ownership-testen dersom et gjennomstrømmingsselskap er den formelle eier og har «very narrow powers» som gjør det i

---

<sup>219</sup> OECD-kommentarene 2003 art. 10 avsnitt 12; art. 11 avsnitt 9; art. 12 avsnitt 4

<sup>220</sup> l.c.

<sup>221</sup> OECD-kommentarene 2003 art. 10 avsnitt 12.1; art. 11 avsnitt 10; art. 12 avsnitt 4.1

forhold til inntekten «a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties».<sup>222</sup>

Selv om det hevdes at endringene av kommentarene ikke innebærer noen materiell endring, kan det synes som de reviderte kommentarene tillegger tolkningen av beneficial owner en sterkere økonomisk tilnærming. Det kan også synes som om dette skifter retning for vilkåret beneficial ownership mot en sterkere fokus på omgåelse av skatteavtaler.<sup>223</sup> Dette synes ikke å samsvare med indikasjonene fra de historiske OECD –dokumentene som synes å tillegge beneficial owner en tilordningsfunksjon.<sup>224</sup>

Oppsummert kan man si at OECD MTC art. 10 (2) har endret seg lite opp igjennom årene. Endringene som har funnet sted har tatt for seg ulike tolkningsproblemer.<sup>225</sup> Sammenligner man med endringer foretatt i OECD-kommentarene forbigår endringene selve OECD MTC-artiklene. Det kan synes som om OECDs ønske har vært å ikke endre på artiklene i MTC. Fokuset har heller vært å endre kommentarene når det kom til endringer av forståelsen av begrepet beneficial owner.<sup>226</sup>

### 6.2.7 Rettspraksis

Det fremkommer ikke tydelig i Swiss Swap Case, men slik jeg tolker avgjørelsen henfører sveitsisk høyesterett andre nasjoners rettspraksis under Wien-konvensjonens art. 32 om absurde resultat. I Swiss Swap Case vises det både til nasjonal- og dansk rettspraksis.

Arnesen og Stenvik viser i «Internasjonalisering og juridisk metode» til konvensjonspraksis og henfører denne under Wien-konvensjonen art. 31 (3) for medlemsstatenes praksis som en relevant faktor ved tolkningen av traktater. Det som «shall be taken into account», står oppført «any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation». Begrepet «practice» forstås vidt, men for at praksis skal omfattes av art. 31 (3), kreves at alle medlemsstatenes tilslutning til den

---

<sup>222</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 53

<sup>223</sup> *ibid.* s. 54

<sup>224</sup> *ibid.* s. 54

<sup>225</sup> Lang m.fl. (2015) s. 30

<sup>226</sup> *l.c.*

rettsoppfatningen som praksisen gir uttrykk for, enten aktivt eller passivt, innretter seg etter en uttrykt rettsoppfatning.<sup>227</sup>

Videre kan det ha noe å si hvorvidt rettspraksis er fra common- eller civil law-land. Tidligere har jeg nevnt at begrepet stammer fra common law-land og ble mest sannsynlig hentet derfra og inkorporert i OECD MTC.<sup>228</sup> I common law land har rettslig fokus og utvikling ofte basis i rettspraksis, mens i civil law land er retten ofte nedfelt i skriftlige lover (kodifisert rett). I common law kan det synes som begrepet benyttes særlig i formueretten og knyttes til eiendeler.<sup>229</sup> I tillegg knyttes begrepet i common law-jurisdiksjoner ofte til et skille mellom *juridisk* og *økonomisk* eier (råderett holdt opp mot rett til avkastningen). Begrepet *beneficial owner* kommer fra rettslige tradisjoner i common law land,<sup>230</sup> så dets mening er klar i noen land (som for eksempel Storbritannia og USA).<sup>231</sup> En del andre nasjoner benytter ikke begrepet i det hele tatt.<sup>232</sup> I common law land viser begrepene *nominee*, *legal owner* og *beneficial owner* ofte til at ulike eierskapsfunksjoner er delt på flere personer. De rettslige tradisjoner fra common law land har typisk variasjoner mellom økonomisk/finansiell og rettslig eierskap, en *beneficial owner* relaterer seg ofte til økonomiske eierskapet.<sup>233</sup> I OECD-kommentarene avsnitt 12.1 vises det til siste setning om at *beneficial owner* ikke skal forstås på en:

narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words “paid ... to a resident”, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.<sup>234</sup>

---

<sup>227</sup> Arnesen og Stenvik (2015) s. 38

<sup>228</sup> Du Toit (1999) s. 178

<sup>229</sup> Smits (2009) s. 121-122

<sup>230</sup> Bundgaard og Winther-Sørensen (2008) s. 593

<sup>231</sup> l.c.

<sup>232</sup> l.c.

<sup>233</sup> l.c.

<sup>234</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.1

I flere civil law land (for eksempel Danmark) finner man ingen slik forskjell mellom økonomisk og rettslig eierskap. Dansk skatterett vurderer for eksempel at det samlede eierskap skal plasseres hos de samme personene. Det vil si at fastsettelse av hvem som er den skattemessige eier er basert på en vurdering om hvem som har makt til å utøve normal *eierskap* iht. dansk selskapsrettslig lovgivning.<sup>235</sup>

Domstoler, juridiske forfattere og de ulike nasjoners skattemyndigheter vurderer ofte andre nasjoners rettspraksis samt synspunkter ved skatteavtaletolkning. Andre nasjoners synspunkt kan være nyttig veiledning når det kommer til hvordan andre land tolker og anvender en bestemmelse. Andre nasjoners rettspraksis er også ofte eksplisitt sitert av en domstol som tolker samme bestemmelse. Videre, når nasjonale domstoler gir viktige skatteavtaletolkninger, blir disse ofte drøftet av OECD for å finne ut om fortolkningen er i samsvar med eksisterende OECD MTC og kommentarene. Slik foretas en gradvis utvikling av OECD-materialet basert på medlemslandenes synspunkter.

Hensynet til å avverge dobbeltbeskatning og dobbelt ikke-beskatning tilsier å tillegge andre staters praksis vekt.<sup>236</sup> Hensynet til staters suverenitet trekker i motsatt retning dersom utenlandsk praksis tillegges vekt, vil den nasjonale selvstendighet svekkes.<sup>237</sup> Forutsetningen for å ta en tredjestats praksis i betraktning, må imidlertid være at avtalene bygger på samme mønsteravtale.<sup>238</sup>

Andre nasjoners rettspraksis er ikke formelt bindende for en annen stats domstol. Vektlegging av andre nasjoners rettspraksis varierer av mange grunner. Om avgjørelsen ikke er avsagt av nasjonens høyesterett, for eksempel, så kan dette gi den mindre vekt. Om avgjørelsen baserer seg på en senere versjon av OECD-kommentarene, bør man forsikre seg om at retten ikke uforvarende adopterer en senere kommentar og vektlegger denne likt som den eksisterende kommentaren. I tillegg er det viktig å nevne at det ikke ligger en selvfølgelig forsikring i det at en annen nasjons domstol har tatt en avgjørelse eller gitt en fortolkning av bestemmelsen.<sup>239</sup>

---

<sup>235</sup> Bundgaard og Winther-Sørensen (2008) s. 593

<sup>236</sup> Zimmer 2009 s. 77

<sup>237</sup> Zimmer 2009 s. 77; Skaar m.fl. (2006) s. 64

<sup>238</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 64

<sup>239</sup> Lang m.fl. (2010) s. 50

I den danske ISS 1-avgjørelsen<sup>240</sup> fra Østre Landsret omhandlet saken utbyttebeskatning. Det var spørsmål om kildeskatteplikt på dividendebetaling fra et dansk selskap til et morselskap i Luxembourg S.a.r.l. Situasjonen var en oppkjøpsstruktur benyttet av private aksjefond i oppkjøpstransaksjoner. Goldman Sachs og EQT var investorene i strukturen. Det danske selskapet (HoldCO A A/S) delte ut utbytte til sitt morselskap i Luxembourg (HoldCo H1 Sarl.). HoldCo H1 Sarl (morselskapet) lånte så en del av utbyttet tilbake til HoldCO A A/S. Deretter kapitalforhøyet HoldCO A A/S ett av sine danske datterselskaper (HoldCO D A/S) ved å bruke midlene lånt av morselskapet. Datterselskapet brukte disse midlene til et oppkjøp av et nytt dansk selskap. På slutten av regnskapsåret var lånet fra morselskapet konvertert som aksjer hos HoldCO S A/S. Spørsmålet i saken var om HoldCo H1 Sarl (morselskapet) var et *conduit*-selskap, med det formål å unngå kildeskatt, eller om det var beneficial owner av utbyttet mottatt fra det danske selskapet. Mellomsselskapet hadde ingen aktivitet bortsett fra eierandeler i den danske gruppen. Selskapene var formelt registrert i Luxembourg med ingen ansatte.

Retten kom til at morselskapet var beneficial owner av det mottatte utbyttet. Det ble uttalt at begrepet burde tolkes i overensstemmelse med den internasjonale forståelsen jf. OECD-kommentarene fra 2003, rapporten fra the Committee on Fiscal Affairs fra 1986 og Indofooddommen. Retten verken diskuterte eller refererte til den danske internrettslige forståelsen av begrepet. Videre benyttet retten begrepet beneficial owner uten videre forklaring som definert i siste utgave av OECD-kommentarene. I tillegg anvendte den danske skattedomstolen en vid fortolkning av beneficial owner for å utfordre skattemotiverte strukturer som involverte *conduit companies*.<sup>241</sup> De benyttet omgåelsesnormen på bestemmelsen beneficial owner.

Canada er en civil- og common law nasjon. I Prevost Car-avgjørelsen avsa Tax Court of Canada (førsteinstansdomstolen) først dom i saken.<sup>242</sup> Avgjørelsen ble anket videre til Canadian Federal Court of Appeals (ankedomstolen) som stadfestet dommen.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> SKM 2011.121 Ø

<sup>241</sup> Bundgaard (2013) s. 113

<sup>242</sup> *Prevost Car Inc. v. The Queen*, 231

<sup>243</sup> *ibid.* 57

Det svenske selskapet Volvo Bussar AB (Volvo) og det britiske selskapet Henlys Group PLC (Henlys) eide alle aksjene sammen i det nederlandske selskapet Prévost Holding B.V (PHBV). PHBV eide 100 prosent av aksjene i det canadiske selskapet Prévost Car Inc (Prévost), med ingen ansatte eller kontorer i Nederland.

Skatteavtalen mellom Canada og Nederland ga en kildeskattesats på 5 prosent om mottaker var beneficial owner. I tillegg finner man hjemmel for 25 prosent kildeskatt på utbytte til utenlandsk aksjonær i canadisk internrett. Nederland hadde ingen slik internrettslig hjemmel for kildeskatt på utbytte til utenlandsk aksjonær, og derfor ble det ikke ilagt kildeskatt på utbytteutdelingen til Volvo og Henly.

Ifølge Volvo og Henlys aksjonæravtale skulle PHBV (og datterselskapenes) overskudd deles ut som utbytte til aksjonærene (minst 80 prosent av overskuddet). For årene 1996 til 1999 og 2001 ble utbyttet fra PHBV utbetalt til Volvo og Henlys. Utbyttet hvert år tilsvarte nesten det samme beløpet som utbyttet fra Prévost til PHBV.

Problemstillingen var om PHBV var beneficial owner av utbyttet. Eller var selskapet et gjennomstrømmingsselskap slik at utbyttet kunne sendes videre til Volvo og Henlys og gi redusert kildeskatt på 5 prosent? Canadas skatteavtaler med Sverige og Storbritannia måtte legges til grunn om PHBV ikke var å anse som beneficial owner. Om så, ville utbyttet ilegges kildeskattesatser på henholdsvis 15 og 10 prosent.

Domstolen hevdet at et rent gjennomstrømmingsselskap eller en aksjonær, uten rett til å bestemme over aksjene, kan ikke anses som beneficial owner. Man fant intet bevis for at PHBV var et slikt rent gjennomstrømmingsselskap.

Retten vektla at PHBV hadde selv kjøpt aksjene og var i tillegg eierregistrert av disse. PHBV var utbytteeier frem til vedtagelsen av utdeling jf. nederlandske selskapsrettsregler. I forkant hadde verken Volvo og Henlys rett til utbyttet og PHBVs kreditorer hadde tilgang på midlene. Ei heller var det forhåndsbestemt hvor mye av utbyttet PHBV mottok fra Prévost som skulle deles ut videre. I avgjørelsen ble formelle vilkår vektlagt i stor grad. Det kan synes som om selskapets begrensede innflytelse over utbyttet oppfylte vilkåret beneficial owner.

En anke ble fremmet og ankedomstolen kom til samme avgjørelse med tilnærmet samme vurdering som førsteinstansen. Videre viste ankedomstolen at forholdet mellom PHBV og aksjonærene ikke ble ansett å være et agentforhold. PHBV var et eget selvstendig rettssubjekt etablert i Nederland iht. deres internregler. I tillegg eide selskapet sine egne aksjer. Videre var PHBV ikke en aksjonæravtalepart og det viste at selskapet ikke var bundet av avtalen.

I dette kapitlet har jeg presentert to avgjørelser som benyttet beneficial owner-testen på ulike måter. I ISS-avgjørelsen ble den til dels benyttet som en omgåelsesnorm, og i Prévost Car-saken som en tilordningsregel. Selv om sakenes fakta er noe ulikt så viser dette også hvordan nasjonenes tilnæringsmåte varierer. En målsetting om fungerende rettslikhet bør være at nasjonal rettspraksis i andre konvensjonsstater tillegges betydning, men hvordan *velger* man blant de ulike synspunktene når fortolkningen er så ulik? Det kan synes som om markedenes utvikling og globalisert handel bør spille en viktig rolle i dette. OECD tar i betraktning andre nasjoners rettspraksis når de for eksempel videreutvikler OECD-kommentarene. Før endringen av OECD-kommentarene for beneficial owner, ble forslagene sendt på høring til det internasjonale skattesamfunnet to ganger. Første gang i 2011 og siste gang i 2012. Videre er det viktig å ta i betraktning at det ikke finnes noen internasjonal eller overnasjonal domstol som avgjør skattekonflikter. Dette er enda et argument for at andre nasjoners rettspraksis, og ikke minst synspunkt, kan ha betydning. Det kan virke som om relevansen av andre nasjoners rettspraksis kan avhenge noe av hvor overbevisende resonnerementet er.<sup>244</sup>

### 6.2.8 Vurdering

Høyesterett konkluderte i Swiss Swap Case med at det både i Sveits og Danmark synes lagt til grunn at beneficial owner skal innfortolkes i skatteavtaler inngått før begrepet ble inntatt i OECD MTC. Slik ville resultatet bli det samme uten hensyn til hvilken *skole* man valgte.

I kapittel 6.2.2, om skatteavtalens ordlyd, viste jeg til at om man tolket skatteavtalen mellom Danmark og Sveits fra 1973 bare ut fra ordlyd, la dette til rette for treaty shopping. Høyesterett i Swiss Swap Case konkluderte med at i de senere år har noen forfatterne ment at riktig forståelse av folkeretten medfører en mer restriktiv tolkning av skatteavtaler som går ut

---

<sup>244</sup> Lang m.fl.(2010) s. 50

på at det bør tolkes i samsvar med folkeretten jf. særlig Wien-konvensjonen.<sup>245</sup> Etter dette ble det vist til tolkning i samsvar med Wien-konvensjonen. Det å tolke skatteavtaler bare basert på deres ordlyd kan legge til rette for omgåelser noe avhengig av dobbeltbeskatningsavtalens ordlyd.

I kapittel 6.2.3, om Wienkonvensjonen, tok Høyesterett i Swiss Swap Case utgangspunkt i Wienkonvensjonen art. 26, 31 og 32. Høyesterett tolket Wienkonvensjonen art. 31 med utfyllende hjelp fra art. 32 til at om en konkret sak åpenbart førte til et absurd eller urimelig resultat som partene i «god tro» ikke ønsket, så må tolkningen korrigeres. Høyesterett oppsummerte dette slik at det både i Sveits og Danmark synes lagt til grunn at beneficial owner kan innfortolkes, dermed skulle resultatet bli det samme, uavhengig av hvilken skole man valgte.<sup>246</sup> Et objektivt fortolkningsprinsipp ble anvendt.<sup>247</sup> Jeg minner om det som tidligere har blitt nevnt om vektforholdet mellom Wien-konvensjonens art. 31 og 32. Videre viste jeg i drøftelsen at de juridiske kommentatorer ikke er samstemte i dette spørsmålet om hvordan bilaterale skatteavtaler skal tolkes. Her er konklusjonen uklar.

I kapittel 6.2.4, om OECD-kommentarenes innplassering i Wienkonvensjonens system, viste jeg til Lang som fant det interessant at høyesterett i Swiss Swap Case tolket OECD-materialet som supplerende materiale jf. Wien-konvensjonens art. 32.<sup>248</sup> Videre viste drøftelsen at det er mange ulike synspunkt blant juridiske kommentatorer i internasjonal skatterett på denne problemstillingen. Det synes som en klar konklusjon er vanskelig å komme frem til. Den mest tiltalende løsningen synes å være Vogels uttalelse som viser at OECD-kommentarene reflekterer forståelsen og tolkningen til internasjonale skatteeksperter ift. avtaletolkning og de er «clearly intended to very great weight».<sup>249</sup> Uansett bør man ikke glemme at Wienkonvensjonen på ingen måte er uttømmende og kodifiserer bare de mest generelle reglene og ikke alle mulige fortolkningsmåter.<sup>250</sup>

---

<sup>245</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.3

<sup>246</sup> *ibid.* punkt 4.4.3

<sup>247</sup> Zimmer (2011) s. 75

<sup>248</sup> Lang m.fl. (2012) s. 226, 228 flg.

<sup>249</sup> Ward m.fl. (2005) s. 27

<sup>250</sup> *l.c.*



I kapittel 6.2.5, om de reviderte OECD MTC og tilhørende kommentarer ved tolkning av eldre skatteavtaler, var spørsmålet Swiss Swap Case sin bruk av OECD-kommentarene fra 2014 jf. henvisningen til ISS-saken og deres bruk av OECD-kommentarene fra 2003. Min konklusjon var at senere kommentarer bør vektlegges når det kommer til tolkning av tidligere inngåtte bilaterale skatteavtaler. Dette fordi de seneste versjonene reflekterer tradisjonell rett, det vil si eksisterende praksis.<sup>251</sup> Det følger av dette at om man benytter de siste publiserte OECD-kommentarene ved tolkning av skatteavtalen, så kan det presumeres at statene har hatt et ønske om å åpne for en dynamisk tolkning av skatteavtalen(e). Uansett bør hver sak vurderes i det konkrete tilfellet.

I kapittel 6.2.6, om OECD MTC og kommentarer fra 1977 frem til 2010, ga jeg en kort fremstilling a endringene opp igjennom årene. Her fant jeg at det synes som om OECD MTC har endret seg lite opp igjennom årene. De fleste endringer OECD har gjennomført har blitt foretatt i OECD-kommentarene. Videre har endringene tatt for seg ulike tolkningsproblemer noe som har styrket min oppfatning om at det å ta i betraktning de seneste OECD-kommentarene når man vurderer bilaterale skatteavtaler. Med vår globaliserte verden og økende grensekryssende handel kan det synes uhensiktsmessig å benytte OECD-kommentarer fra for eksempel 1977 når man tolker problemstillinger med dato i 2016.

I kapittel 6.2.7, om rettspraksis, ble det vist til Swiss Swap Case henviste til ISS-saken for å benytte senere publiserte OECD-kommentarer for tolkning av eldre skatteavtaler. I dette kapitlet blir det vist både til Wienkonvensjonens art. 31 (3) og forskjellen mellom civil og common law land hvor begrepet synes å legge til grunn en ulik fortolkning. Videre ble ulike hensyn nevnt, som for eksempel det å avverge dobbeltbeskatning, staters suverenitet og at en av forutsetningene for å bygge videre på en tredjestats synspunkt bør være at avtalene bygger på samme mønster (for eksempel som Sveits og Danmark i Swiss Swap Case). I tillegg kan målsettingen om fungerende rettslikhet tilsi at andre nasjoners rettspraksis tillegges betydning. For eksempel tar OECD i betraktning andre nasjoners synspunkt og rettspraksis når de videreutvikler OECD-kommentarene. Det at det ikke finnes noen internasjonal eller overnasjonal domstol som avgjør skattekonflikter har også betydning.

---

<sup>251</sup> Lang (2010) s. 47

For kapittel 6.2, om et vilkår om beneficial owner kan innfortolkes i skatteavtaler inngått før 1977, så legger jeg til grunn at man bør foreta en dynamisk tolkning av bilaterale skatteavtaler. Det bør derfor legges til grunn at beneficial owner, introdusert i MTC i 1977, var ment som en presisering av forståelsen OECDs medlemsstater allerede hadde forut for introduksjonen. Endringen av ordlyden i 1977 innebar derfor mest sannsynlig ingen materiell endring. Utgangspunktet for eldre skatteavtaler var også at man skulle legge de reelle forhold til grunn. Man antar derfor samme tolkningsresultat selv om begrepet ikke var inntatt i skatteavtalen.<sup>252</sup> Jeg tenker da også spesielt på den henvisningen som ble gjort i Swiss Swap Case mht. de tidlige trusteships og lignende fra midten av forrige århundre og frem til derivater i dag:

From the start, it was accepted by the various states concerned that it cannot be the purpose of double taxation conventions that their benefits are enjoyed by persons resp. companies, which, for example, only had a purely formal relationship to the state of residence, whereby this relationship was only interposed or intermediary. Examples of such interposition were discussed in the early years, especially trusts or similar, which were common structures in those days (in accordance with English terminology: nominees, agents, trustees [in English] and not the complex Instruments of the international financial markets which were not introduced until later. When the discussions extended to these Instruments and were now conducted in relation to effective beneficial ownership, it remained clear that it was not a matter of the introduction of a new or stricter assessment criterion. Rather, it was a question of a clarification and at most a refinement of the already implicitly existing requirement that a purely formal beneficiary ownership even in international terms could not be classified as sufficient.<sup>253</sup>

Forståelsen i avsnittet hentet fra Swiss Swap Case synes bekreftet av Vogel. Vogel hevder at selv om vilkåret beneficial owner ikke var inntatt i OECD-utkastet i 1963, vil skatteavtaler basert på 1963-utkastet normalt ikke lede til et annet resultat på grunn av de generelle prinsippene om misbruk av traktater.<sup>254</sup> Videre viser jeg til kapittel 2.3.2.1 om nye OECD-

---

<sup>252</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 582; UTV 2000/1235 FIN

<sup>253</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.4.3

<sup>254</sup> Vogel m.fl. (1997) s. 598

kommentarer ved tolkning av eldre skatteavtaler. OECD-kommentarene i introduksjon avsnitt 35 går langt i å selv tillegge nyere formuleringer vekt. Jeg legger derfor til grunn at vilkåret beneficial owner kan innfortolkes i skatteavtaler inngått før 1977 uten beneficial owner eksplisitt inntatt.

### **6.3 Er sveitsisk høyesteretts vurdering av det materielle innholdet i beneficial owner i samsvar med den tradisjonelle forståelsen av begrepet?**

#### **6.3.1 Innledning**

I dette kapitlet er fokus på vilkåret beneficial owner og hvorvidt Swiss Swap Case harmonerer med den tradisjonelle forståelsen av beneficial owner, med særlig vekt på om det er i samsvar med OECD-kommentarene 2014. Det kan derfor være hensiktsmessig å redegjøre for hvordan beneficial owner har vært forstått (jeg bygger videre på kapittel 5) for så å sammenligne det med hvordan det har blitt forstått i Swiss Swap Case (her tar jeg trådene videre fra kapittel 4). Et utfordring i denne sammenheng er at beneficial owner ikke synes å ha et felles grunnlag når det gjelder tolkning og forståelse. De ulike OECD-medlemslandenes domstoler og administrasjoner, med tillegg av juridiske kommentatorer, tolker beneficial owner ulikt og det er derfor vanskelig å utlede en felles forståelse. Jeg tar derfor utgangspunkt i OECD-kommentarene fra 2014 når jeg sammenligner Swiss Swap Case med disse da de antas å representere gjeldende rett. OECD beskriver beneficial owner slik:

A person who enjoys the real benefits of ownership, even though the title to the property is in another name. Often important in tax treaties, as a resident of a tax treaty partner may be denied the benefits of certain reduced withholding tax rates if the beneficial owner of the dividends etc. is resident of a third country.<sup>255</sup>

Ifølge OECDs beskrivelse av beneficial owner lyder dette relativt enkelt. Det er ikke tilfellet da beneficial owner bærer preg av rettslig usikkerhet noe Swiss Swap Case er et godt eksempel på.

---

<sup>255</sup> OECD (c)

### 6.3.2 OECD MTC og kommentarene fra 2014

I 2014 ble OECD-kommentarene i tilknytning til artiklene 10-12 om beneficial ownership endret. Disse endringene ble innledet av to diskusjonsutkast, et utkast i 2011<sup>256</sup> og en senere revidert versjon i 2012,<sup>257</sup> som ble utgitt av OECD og kommentert av en rekke praktikere og juridiske kommentatorer.

I 2014 ble MTC art. 10(2) endret:

However, ~~such~~ dividends **paid by a company which is a resident of a Contracting State** may also be taxed in **that State** ~~the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and~~ according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed [...] <sup>258</sup> (~~striketrough~~ er det som ble slettet og **bold** er det som ble lagt til).

Endringen i MTC 2014 var ment som en klargjøring av begrepet beneficial owner.<sup>259</sup> Bakgrunnen for endringen var en kommentar i drøftelsen fra 2012<sup>260</sup> som OECD-arbeidsgruppen sa seg enig i. Dette gjaldt forståelsen av uttrykket «such dividends» i art. 10 (2) som noen mente kunne lede til en vurdering om at «these dividends must be dividends that are paid direct to a resident of a Contracting State».<sup>261</sup> Dette kunne føre til null reduksjon i kildeskatt. OECD-arbeidsgruppen bestemte seg for å endre artikkelen, selv om avsnitt 12.7 synes å tilbakevise en slik tolkning. Med dette som bakgrunn anses endringen i MTC som en klargjøring og ikke som en materiell endring.<sup>262</sup>

OECD MTC og kommentarene fra 2014 er ment å gi en autonom mening av beneficial ownership. Den kan fravike noe fra den nasjonale forståelsen av beneficial ownership og

---

<sup>256</sup> OECD, Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft (2011)

<sup>257</sup> OECD, Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12 (2012)

<sup>258</sup> OECD-kommentarene 2014 artikkel 10 (2) (Strykningen viser hva som er utelatt og fet utheving hva som er lagt til i endringen i 2014)

<sup>259</sup> Lang m.fl. (2015) s. 37

<sup>260</sup> OECD, Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12 (2012)

<sup>261</sup> l.c.

<sup>262</sup> Lang m.fl. (2015) s. 37

spesielt fra noen nasjoners trust law.<sup>263</sup> Se mer om trust law i kapittel 5.2 og i OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.1 siste setning.

### 6.3.3 Avsnitt 12 «paid [...] to a resident»

OECD-kommentarene for artikkel 10 avsnitt 12 lyder:

«The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words «paid [...] to a resident» as they are used in paragraph 1 of the Article. [...]. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by paid direct to a resident of a State with which the State of source had concluded a convention.»<sup>264</sup> (min utheving i kursiv)

Videre i dette kapittelet vil jeg ta for meg problemstillingen hvorvidt beneficial ownership er en regel om tilordning eller omgåelse.

#### 6.3.3.1 Er beneficial owner en regel om tilordning eller omgåelse?

Jeg vil videre se på hvorvidt beneficial ownership er en tilordnings- eller omgåelsesregel. Dette er et spørsmål om man skal vektlegge det reelle eierforhold fremfor det rettslige innholdet i begrepet. Begrepet muliggjør et skille mellom formelle og reelle eierforhold.

I Swiss Swap Case ble beneficial owner benyttet som en omgåelsesregel. Om man hadde basert tolkningen på skatteavtalens ordlyd kunne dette ha ført til omgåelse av skatteavtalen. Det ble vist til formålsbetraktninger, juridisk teori og rettspraksis i Sveits og Danmark, samt internasjonal skatteavtalepraksis.

Jeg minner kort om begrepene tilordning og omgåelse som ble kort introdusert i kapittel 1.2.4. For begrepet tilordning regulerer man hvem som i gitte tilfeller skal beskattes for en bruttoinntektspost eller innrømmes fradrag for en kostnad.<sup>265</sup> Tilordning er når man bestemmer hvilket skattesubjekt som skal skattlegges for den enkelte inntektspost og kan

---

<sup>263</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 74

<sup>264</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12

<sup>265</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 330, Zimmer (2005) s. 195

kreve fradrag for den enkelte utgiftspost.<sup>266</sup> Den som skal tilordnes inntekten er beskrevet som *Det subjekt som etter det underliggende forhold (privatrettslig) er den berettigede.*<sup>267</sup>

Skaar viser til at det typiske for mange omgåelsesspørsmål er at «en privatrettslig form utnyttes til å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med det som antas å være skattelovgivningens formål».<sup>268</sup> Omgåelsen kan for eksempel være en transaksjon med formål om å oppnå gunstige skattemessige virkninger ved at det eksisterer et misforhold mellom det transaksjonen fremstår som og det reelle innholdet i transaksjonen.<sup>269</sup> For at en transaksjon skal regnes som en omgåelse må den ha få underordnede forretningsmessige virkninger, og resultatet må være i strid med de grunnleggende hensyn for den aktuelle skatteregel.<sup>270</sup> Har eksempelvis en overføring skjedd fra A til B til C, men veien om B er skattemotivert, kan beskatningen foretas som om overføringen gikk direkte fra A til C (selv om det er en realitet at den gikk via B). Det vanskelige er å trekke grensen mellom akseptabel skatteplanlegging og uakseptabel skatteomgåelse.<sup>271</sup>

I tillegg vises det til substance over form i Swiss Swap Case.<sup>272</sup> Substance over form introduserte jeg kort i kapittel 1.2.4. Doktrinen kan for eksempel benyttes når man tolker generelle skattebestemmelser eller for omgåelsesformål. Når det kommer til tolkning av skattebestemmelser kan substance over form prinsippet for eksempel benyttes når man stiller spørsmål ved om en faktisk forpliktelse til å videreføre inntekten foreligger, hvem som faktisk drar nytte av inntekten eller hvem som har den faktiske kontrollen over inntekten.<sup>273</sup> Når det gjelder omgåelsesnormer og substance over form kan for eksempel omgåelsesnormer ofte ta i betraktning hvorvidt et mellomsselskap har økonomisk substans (for eksempel kontorer, ansatte, eiendeler osv.), hvorvidt et mellomsselskap kan sies å ha faktisk forretningsaktivitet eller om de har et forretningsformål.<sup>274</sup> OECD viser til at substance over form doktrinen kan forstås som noe som tillater «tax authorities to ignore the legal form of an arrangement and to

---

<sup>266</sup> Zimmer (2012) s. 88

<sup>267</sup> *ibid.* s. 111

<sup>268</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 331

<sup>269</sup> Gisle (2010) s. 285

<sup>270</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 331; Zimmer (2005) s. 61-64

<sup>271</sup> Zimmer (2009) s. 60 flg.

<sup>272</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.2, 5.2.5 og 6.2.1

<sup>273</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 10

<sup>274</sup> *l.c.*

look to its actual substance in order to prevent artificial structures from being used for tax avoidance purposes».<sup>275</sup> Substance over form kan forstås som en økonomisk tilnærming hvor man vurderer de faktiske hendelser og omstendigheter rundt transaksjonene (som ofte inkluderer mottakers egenskaper) og fokuserer dermed på det økonomiske innholdet.<sup>276</sup> USA har flere ulovfestede generelle omgåelsesnormer, f.eks. substance over form-doktrinen.<sup>277</sup> Storbritannia har en domstolsutviklet *step transaction*-doktrine som åpner for å se bort fra unødvendige mellomledd i en transaksjonsrekke.<sup>278</sup>

Systematikken i OECD MTC og bruken av overskriften «persons covered» i art. 1, taler for at beneficial owner kan forstås som en tilordningsregel når det kommer til skatteavtalenes fordelingsbestemmelser. Dividendebestemmelsen i art. 10 har også uttrykket «paid [...] to a resident».<sup>279</sup> Det er ingen automatikk i at det er den som faktisk mottar utbytte som har krav på refusjon av kildeskatt. Det følger av OECD-kommentarene art. 10 avsnitt 12 at begrepet beneficial owner er utviklet for å klargjøre betydningen av uttrykket «paid [...] to a resident».

Da vilkåret beneficial owner opprinnelig ble innført støttet det en relativt snever forståelse av beneficial owner. Jeg viser til kapittel 5.2 hvor jeg har drøftet dette tidligere, samt den korte oppsummeringen av utviklingen til OECD MTC og kommentarene i kapittel 6.2.6. Jeg ønsker i denne sammenheng å trekke frem et sitat fra Duffs kapittel om «Beneficial Owner: Recent Trends»:

While the 1977 Commentary is generally read to support a relatively narrow meaning of beneficial ownership, the 2003 Commentary advances a broader interpretation «in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance».<sup>280</sup>

I Swiss Swap Case benyttet man kommentarene fra 2014, selv om gjeldende skatteavtale var fra 1973. Høyesterett tok utgangspunkt i at om man baserte tolkingen på ordlyden i

---

<sup>275</sup> OECD (c)

<sup>276</sup> Meindl Ringler (2016) s. 10

<sup>277</sup> Banoun (2003) s. 22–23

<sup>278</sup> *ibid.* s. 30–35

<sup>279</sup> Strømstad (2013) s. 151

<sup>280</sup> Lang m.fl. (2013) s. 4

traktatteksten vil dette lett kunne føre til omgåelse av skatteavtalens bestemmelser. I Swiss Swap Case ble det gitt følgende eksempel på skattebesparelse ved å omgå skatteavtalen for selskap hjemmehørende i Danmark. Dette ga et spesielt insentiv til å holde en eierandel i et sveitsisk selskap som en ren skattebesparelse i form av omgåelse via et selskap hjemmehørende i Danmark. Det kan for eksempel være at skattelettelse til utbyttemottakere tilsvarer det samlede kildeskattebeløp for selskaper hjemmehørende i Danmark, men som er lavere i andre land. Eller det kan ha sin begrunnelse i fraværet av en dobbeltbeskatningsavtale, såkalt treaty shopping.<sup>281</sup>

Furusest viser til at det som er rettslig relevant er hvordan begrepet beneficial owner tolkes. Hvorvidt det vurderes som en tilordnings- eller en omgåelsesregel, har trolig ingen rettslig betydning, men rent praktisk kan klassifiseringen ha noe betydning. Når det gjelder omgåelsesnormer kan ofte rettsanvenderen vri tolkningen mer i retning av en omgåelsestankegang, og det å spare skatt er tradisjonelt et sentralt moment ved vurderingen av om det foreligger omgåelse. Hvorvidt man har oppnådd skattebesparelser er mindre relevant i vurderingen av om mottakeren er å anse som beneficial owner. Og motsatt, dersom beneficial owner betegnes som en tilordningsregel, vil rettsanvenderen fokusere på hvem utbyttet faktisk blir betalt til – er det den direkte mottakeren, eller er betalingen egentlig gjort til en bakenforliggende aksjonær?<sup>282</sup> Det bør nevnes at Furusest tar utgangspunkt i Prévost Car-avgjørelsen når han tolker vilkåret beneficial owner.

I Prévost Car-avgjørelsen, gjengitt i kapittel 6.2.7, argumenterte de canadiske skattemyndigheter for at beneficial owner var den som «ultimately benefit from the dividend». Dette kan tyde på at skattemyndighetene innfortolket en gjennomskjæringsregel i beneficial owner-kravet.<sup>283</sup> Verken førsteinstansdomstolen eller ankeinstansdomstolen stemte i favør av skattemyndighetene, og mye kan tyde på at beneficial owner-kravet kan oppfattes som en tilordningsregel i canadisk rett.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.3.1

<sup>282</sup> Gjems-Onstad og Furusest m.fl. (2013) s. 201

<sup>283</sup> Furusest (2009) s. 190

<sup>284</sup> ibid. s. 189



I Swiss Swap Case tolket sveitsisk høyesterett Wien-konvensjonens art. 31 og 32. Videre ga de et eksempel på et absurd resultat i form av omgåelse. Et eksempel som er åpenbart absurd og vil gi et urimelig resultat som traktatpartene i god tro ikke kan ha ønsket, er dersom et (rent formelt) mellomselskap, som åpenbart ikke er beneficial owner av utbyttet, innføres for å nyte godt av skatteavtalefordeler jf. dobbeltbeskatningskonvensjonen.<sup>285</sup> Sagt på annet vis, mottakeren er altså beneficial owner til inntekten om vedkommende har reell bestemmelsesrett over hvordan formuesobjektet skal benyttes for å innbringe inntekt eller reell bestemmelsesrett med hensyn til hvordan inntekten skal anvendes.<sup>286</sup>

Om man ser til OECD-kommentarene fra 2014 avsnitt 12.5, 12.6 og 12.7 kan disse også gi en viss veiledning i hvorvidt man bør tolke beneficial owner som en tilordnings- eller omgåelsesregel. I avsnittene 12.5, 12.6 og 12.7 er det presisert at for vilkåret beneficial owner så er fokus på inntekt, og ikke på de underliggende aktiva. I OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.5:

The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraphs 17 and 22 below). As explained in the section on “Improper use of the Convention” in the Commentary on Article 1, there are many ways of addressing conduit company and, more generally, treaty shopping situations. These include specific anti-abuse provisions in treaties, general anti-abuse rules and substance-over-form or economic substance approaches. Whilst the concept of “beneficial owner” deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases.<sup>287</sup>  
(mine uthevinger)

---

<sup>285</sup> 2C\_377/2012 punkt 4.3.2

<sup>286</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 581

<sup>287</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.5

I dette avsnittet presiserer OECD at beneficial owner og andre omgåelsesregler gjelder samtidig, ettersom beneficial owner er avgrenset og tiltenkt en funksjon rettet mot en spesifikk form for skatteomgåelse, for eksempel «those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else».<sup>288</sup> Det vil si at beneficial owner omfatter omgåelse av skattebestemmelser som involverer mellomledd hvor en mottaker er forpliktet til å formidle utbyttet videre til noen andre. Det beskrives ikke hvordan denne videreformidlingen er tenkt. Videre presiseres det at beneficial owner ikke legger begrensninger på bruken av andre omgåelsescnormer i skatteavtalene. I tillegg er et av formålene med skatteavtaler å hindre omgåelse av skatteregler.

Forståelsen av beneficial owner avgrenses også i OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.6 som er gjengitt i kapittel 1.4. I OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.6 presiseres avsnitt 12. Videre viser OECD til at rettslig eierskap må skilles fra beneficial ownership og det er hensiktsmessig å bruke ulike definisjoner for samme begrep i de ulike sammenhengene. Beneficial owner er ment å løse problemer som oppstår ved bruk av ordene «paid to» i forhold til utbytte i stedet for problemer relatert til eierskapet av aksjene i selskapet som utbetaler utbyttet. Derfor anses det som upassende å vurdere en mening utviklet for å referere til enkeltpersoner som har den *ultimate* kontroll over det juridiske selskapet/person. I OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.7:

Subject to other conditions imposed by the Article, the limitation of tax in the State of source remains available when an intermediary, such as an agent or nominee located in a Contracting State or in a third State, is interposed between the beneficiary and the payer but the beneficial owner is a resident of the other Contracting State (the text of the Model was amended in 1995 and in 2014 to clarify this point, which has been the consistent position of all Member countries).<sup>289</sup>

Her vises det til tilfeller ved bruk av mellommenn, for eksempel en agent eller nominee med tilholdssted i en kontraherende stat eller tredjestat, som er plassert mellom *the beneficiary* og betaleren, mens den reelle eieren er bosatt i den annen kontraherende stat. I denne

---

<sup>288</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.5

<sup>289</sup> *ibid.* avsnitt 12.7

sammenheng ble teksten endret i OECD MTC i 1995 og 2014 for å klargjøre dette punktet. Nettopp fordi det har vært den konsekvente holdningen til alle OECD medlemsland. Dette kan tale i retning for en omgåelsesnorm når det kommer til tilfeller med bruk av mellommenn. I tillegg nevnes det i OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.4, at fokus bør være på inntekt og ikke de underliggende eiendeler.

Det man kan anta basert på det jeg har drøftet hittil er at beneficial owner synes å bevege seg i retning av en omgåelsesnorm basert på utviklingen i OECD-kommentarene fra 2014 og avgjørelsen i Swiss Swap Case. På den annen side så er beneficial owner vilkåret omdiskutert i juridisk litteratur og noe klart fasitsvar synes ikke å være mulig å komme frem til. Når man skal utlede en tilordnings- eller omgåelsesregel, synes det til en viss grad å avhenge av hvilket lands rettspraksis, herunder synspunkt, man tolker og vektlegger. Dette selv om OECD-kommentarene avgrenser mot common law stater trust-lovgivning. Jeg viser til det som tidligere er drøftet om common og civil law land i kapittel 6.2.7. I de innledende *Discussion Drafts 2011* og *Revised Discussion Draft 2012* ble en klargjøring av beneficial owner som tilordning eller omgåelsesregel spesifikt etterspurt. OECD fikk en del kommentarer i forbindelse med beneficial ownership og omgåelsesregler.<sup>290</sup> Spesielt mente *New Zealand Institute of Chartered Accountants Tax Advisory Group* at vilkåret beneficial owner ikke var ment å forstås som en omgåelsesregel.<sup>291</sup> OECD har derimot spesifisert at det å oppfylle vilkåret og være beneficial owner ikke automatisk vil si at andre omgåelsesregler ikke gjelder. Men, det OECD burde også ha utdypet var hvordan dette kan forstås for de fagmiljøene som *ikke* forstår beneficial owner som en omgåelsesregel, men bare fokuserer på denne som en tilordningsregel.<sup>292</sup>

#### 6.3.4 Avsnitt 12.1 «object and purpose»

I OECD-kommentarene fra 2014 er avsnitt 12.1 endret. Den lyder etter endringen slik:

Since the term «beneficial owner» was added to address potential difficulties arising from the use of the words «paid to [...] a resident» in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have

---

<sup>290</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 71

<sup>291</sup> New Zealand Institute of Chartered Accountants Tax Advisory Group (2012) s. 4

<sup>292</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 72

had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). The term «beneficial owner» is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words «paid [...] to a resident», and in light of the *object and purposes* of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.<sup>293</sup> (min utheving)

Hvordan tolket Swiss Swap Case «object and purpose» i skatteavtalen? Og hva med den tradisjonelle forståelsen? I kapittel 6.2.2 viste jeg til at høyesterett i Swiss Swap Case tolket først skatteavtalens ordlyden, for så å legge til grunn en folkerettslig tolkning jf. Wienkonvensjonen art. 31 og 32. Swiss Swap Case la de respektive skatteavtalelandenes (dansk og sveitsisk) tolkning av begrepet beneficial owner til grunn, i tillegg til internasjonal tolkning av skatteavtaler. Høyesterett viste i Swiss Swap Case både til den etterfølgende rapporten fra 2009 som eksplisitt inntok vilkåret beneficial owner i skatteavtalen mellom Sveits og Danmark og til dansk rettspraksis og OECD-kommentarene fra 2014. I tillegg tolket høyesterett, vedrørende hva som ligger i kravet til beneficial owner, både Vogels definisjon, samt den engelske og den tyske forståelsen av begrepet.

Hovedformålet til OECD MTC er å fremme samhandelen mellom avtalepartene, samt å fremme bevegelse av kapital og personer. Dette hovedformålet søkes oppnådd ved å hindre dobbeltbeskatning. Videre er det også et formål med skatteavtalen å hindre omgåelse og unndragelse av skatt.<sup>294</sup> Jeg viser også til beneficial owner forstått som formål i kapittel 5.3.

Beneficial owner er tolket ulikt i OECD-medlemslandenes jurisdiksjoner og rettspraksis som jeg har tidligere vist til. Avhengig av jurisdiksjonen kan begrepet enten tolkes via internretten (spesielt i common law land), eller tolkes snevert eller bredt i en internasjonal finanspolitisk

---

<sup>293</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.1

Den siterte passasje har en interessant note jeg ønsker å gjengi: «For example, where the trustees of a discretionary trust do not distribute dividends earned during a given period, these trustees, acting in their capacity as such (or the trust, if recognised as a separate taxpayer), could constitute the beneficial owners of such income for the purposes of Article 10 even if they are not the beneficial owners under the relevant trust law.»

<sup>294</sup> Gjems-Onstad og Furuseth m.fl. (2013) s. 180

sammenheng.<sup>295</sup> Skal man legge til grunn en nasjonal eller en internasjonal forståelse av vilkåret beneficial owner? Jeg har tidligere avgrenset mot internretten i kapittel 1.3, og vil ikke utdype dette nærmere.

I Swiss Swap Case ble både det engelske og tyske uttrykket av beneficial owner tolket når sveitsisk høyesterett viste til hvem som hadde retten til å disponere utbyttet. Det engelske uttrykket tilsier eierskap og økonomisk kontroll over den myndigheten som utøves. Det tyske uttrykket tilsier at beneficial owner ikke bør tolkes så snevert, og at man bør ta de økonomiske omstendighetene med i betraktning.<sup>296</sup>

Videre kan man finne støtte for en internasjonal tolkning ved at de fleste OECD-stater (og ikke-OECD-stater) ikke er enige om en presis definisjon av beneficial owner. Det er logisk at en internasjonal forståelse gis betydning og dette bekreftes i en rekke nasjoners rettspraksis, som for eksempel i ISS-saken hvor dansk høyesterett ga beneficial owner en autonom fiskal betydning av beneficial ownership i skatteavtaler.

Bundsgaard sier seg enig i en autonom internasjonal tolkning og mener dette er anbefalt av de fleste internasjonale skatterettskommentatorer.<sup>297</sup> Selv med Wien-konvensjonens klare regel om å starte tolkningsprosessen med ordlydbasert tolkning.<sup>298</sup> Vogel beskriver dette som

excluded, therefore, is only an interpretation which, though corresponding to the intent of the parties, is in no way supported by the wording of the treaty. It is even less acceptable for a court to use as a basis of interpretation that which it presumes the parties must have intended.<sup>299</sup>

Det følger av de reviderte OECD-kommentarene fra 2014 til art. 10 at beneficial owner ikke skal tolkes etter nasjonale regler, men at man skal søke en autonom internasjonal forståelse.

---

<sup>295</sup> Lang m.fl. (2013) s. 51

<sup>296</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.1

<sup>297</sup> Bundgaard og Winther-Sørensen (2008) s. 593

<sup>298</sup> Du Toit (1999) s. 194

<sup>299</sup> *ibid.* s. 195

Swiss Swap Case følger opp dette ved å legge den internasjonale forståelsen til grunn ved å tolke både det engelske og det tyske forståelsen av beneficial owner.

### 6.3.5 Avsnitt 12.4 «contractual or legal obligation»

Den internasjonale forståelsen av beneficial owner er basert på problemstillingen om at mottaker av inntekten har en «right to use and enjoy the payment unconstrained by a contractual or legal obligation to forward the payment to another person» (jf. avsnitt 12.4). Man har ikke «the right to use and enjoy the [payment] «unconstrained» by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person» (jf. avsnitt 12.4). Slike forpliktelser dekker ikke (jf. avsnitt 12.4) «[...] obligations that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient». En slik forpliktelse kan komme fra «relevant legal documents» eller «facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the [payment] unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person».

Videre er det fokus på inntekt og ikke de underliggende eiendeler når man fastslår beneficial owner som tidligere nevnt. OECDs nåværende tilnærming ekskluderer fremdeles *agents* og *nominees* fra å kreve skatteavtalefordeler, og fokuser mer på *conduit*-strukturer.<sup>300</sup>

#### 6.3.5.1 Kontraktsrettslige, faktiske eller økonomiske forpliktelser

Første del av OECD-kommentarens avsnitt 12.4 avgrenses negativt. Kommentarene redegjør for hvem som *ikke* er beneficial owner. Dersom mottakeren av utbyttet enten er rettslig eller kontraktsrettslig forpliktet til å sende det mottatte utbyttet videre, er mottakeren av utbyttet ikke å anse som beneficial owner. Her er det et sentralt moment at mottaker av utbytteinntekt er rettslig eller kontraktsrettslig forpliktet til å betale det mottatte utbyttet videre til et bakenforliggende selskap.<sup>301</sup>

In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the direct recipient of the dividend is not the “beneficial owner» because that recipient’s *right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or*

---

<sup>300</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 74

<sup>301</sup> Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 182

*legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in **substance**, the recipient clearly does not have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person [...].*<sup>302</sup> (min utheving i kursiv og fet)

De siste linjene i avsnitt 12.4 angir beneficial owner positivt:

This type of obligation *would not include* contractual or legal obligations that are not dependent on the receipt of the payment by the direct recipient such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a *party to financial transactions*, or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1. *Where the recipient of a dividend does have the right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person, the recipient is the «beneficial owner» of that dividend.* It should also be noted that Article 10 refers to the beneficial owner of a dividend as opposed to the owner of the shares, which may be different in some cases.»<sup>303</sup> (mine uthevinger)

Overordnet viste høyesterett i Swiss Swap Case at for å oppfylle vilkåret beneficial owner må man ha rett til å disponere over det mottatte utbyttet uten hinder av lovpålagte eller kontraktsrettslige forpliktelser.<sup>304</sup> Høyesterett viste til Vogels definisjon som lyder «Hence, the ‘beneficial owner’ is he who is free to decide (1) whether or not the capital or other asset should be used or made available for use by others or (2) on how the yields therefrom should be used or (3) both».<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.4

<sup>303</sup> *ibid.* avsnitt 12.4

<sup>304</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.1

<sup>305</sup> Vogel m.fl. (1997) s. 562

Høyesterett i Swiss Swap Case mente at det er også relevant å vurdere restriksjoner på disposisjonsretten som ikke kommer til uttrykk i noe dokument eller hvis det fremgår av de faktiske/økonomiske omstendighetene for øvrig at det foreligger en restriksjon. En restriksjon vil typisk medføre at utbyttet på en eller annen måte videreføres (gjennomstrømmes) til et annet subjekt.<sup>306</sup>

Wardzynski finner at verken en helt rettslig eller økonomisk tilnærming til beneficial ownership er riktig. Vedkommende argumenterer for en «targeted hybrid approach» når det gjelder beneficial ownership.<sup>307</sup> Denne tilnærmingen vil hovedsakelig fokusere på rettslige faktorer når man vurderer om vilkåret beneficial owner er oppfylt (for eksempel rettslig forpliktelse til å videreføre inntekten), men for å kunne takle de mer aggressive tilfellene av *treaty shopping*, så bør økonomiske aspekter også vurderes. Dette er i tråd med OECD-kommentarene fra 2014 om beneficial ownership, som fokuserer på *contractual or legal obligation and legal documents* men som også fokuserer på økonomiske aspekter, med ordlyden *facts and circumstances* og *in substance* indikerer.<sup>308</sup> Det bør nevnes at hva OECD legger i ordlyden *substance* i forhold til *facts and circumstances* ikke er tydelig klarlagt. I denne sammenheng synes det som om testen som foreskrives av *facts and circumstances* så bør man også ta i betraktning den økonomiske realiteten.

Sveitsisk høyesterett i Swiss Swap Case tok utgangspunkt i Baumgartners to vilkår som har flere likhetstrekk med retningslinjene i OECD-kommentarene fra 2014. Ifølge Baumgartner så er beneficial ownership en substance-over-form med fokus på beslutningsmyndighet.<sup>309</sup> Andre viktige momenter som kan være av betydning er muligheten til å bruke inntekten som sin egen og aksept av risiko.<sup>310</sup>

Ifølge Baumgartner har et selskap ikke beslutningsmyndighet over utbyttet dersom dette selskapet har en forpliktelse til å videresende betalingen til et annet selskap uten å være i

---

<sup>306</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.1

<sup>307</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 73; Wardzynski, s. 179, 183 flg., s. 186 flg.

<sup>308</sup> *ibid.* s. 73; *ibid.* s. 179, 188 flg.

<sup>309</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 92; Baumgartner (2010) s. 121, 409. Ifølge Baumgartner, så fungerer «paid» som en tilordningsregel (se s. 164, 413)

<sup>310</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 123, 125, 146, 409



stand til å bestemme i det minste i visse saker.<sup>311</sup> En slik forpliktelse kan enten oppstå fra en kontraktsrettslig eller faktisk forpliktelse med faktiske begrensninger, for eksempel sterk selskapsrettslig kontroll.<sup>312</sup> I så måte minner Baumgartner om OECD-kommentarene fra 2014 sin tilnæringsmåte.

### 6.3.5.2 *Betydningen av kausal sammenheng*

Høyesterett viste til at det i teorien (Baumgartner) er antatt å foreligge en relevant restriksjon – dvs. en restriksjon som medfører at mottaker av utbyttet ikke er beneficial owner – dersom det er tilstrekkelig kausal sammenheng mellom mottaket av utbyttet og forpliktelsen til å videreføre midlene. Kravet til kausalitet er oppfylt dersom (i) det at man mottar utbyttet er betinget av forpliktelsen til å videreføre midlene, og (ii) forpliktelsen til å videreføre midlene er betinget av at man har mottatt utbyttet. Omformulert kan dette problematiseres som; (i) var mottaket av aksjeutbyttet betinget av forpliktelsen til å betale utbyttesubstitutt på TRS'en? Og (ii) var forpliktelsen til å betale utbyttesubstitutt på TRS'en betinget av mottaket av aksjeutbyttet?<sup>313</sup>

I følge Baumgartner er en plikt til å videresende betalingen først tilstede dersom det foreligger en gjensidig avhengighet mellom det å motta inntekt og plikten til å videresende inntekten.<sup>314</sup> I tillegg må den mottatte inntekten være helt<sup>315</sup> og faktisk videreført.<sup>316</sup>

Høyesterett var i Swiss Swap Case i utgangspunktet enig i underrettens vurdering om at det ikke eksisterte noen ren kontraktsrettslig forpliktelse for banken til å videreføre utbyttene med beløp som tilsvarte utbyttene.<sup>317</sup> Men høyesterett viste også til følgende: Underretten har bare vurdert det kontraktsrettslige, den økonomiske sammenhengen mellom betalingsstrømmene er

---

<sup>311</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 92; Baumgartner (2010) s. 130, 409 flg.

<sup>312</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 122, 410. Ifølge Baumgartner eksisterer slik kontroll når selskapet bare kan opptre i samsvar med de kontrollerende aksjonærer vilje (s. 126 flg., 410)

<sup>313</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.2, se den engelske uoffisielle oversettelsen av avgjørelsen

<sup>314</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 139, 410

<sup>315</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 142 flg., 411. Ifølge Baumgartner er en betaling ikke fullstendig videreført om mellomledet beholder 5% av betalingen. Men, det å beholde bare et minimalt beløp (bestemt absolutt og ikke relativt i prosent) kan være skadelig.

<sup>316</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 141, 411

<sup>317</sup> 2C\_364/2012 punkt 6.3

ikke vurdert. Høyesterett nevnte også at man burde vurdere om TRS'en la til rette for at banken kunne kjøpe aksjene.<sup>318</sup>

Skaar hevder at begrepet beneficial owner kan ses på som et utslag av det alminnelige skatterettslige prinsippet om at man skal legge de reelle forhold til grunn ved den skattemessige bedømmelsen av en disposisjon (substance over form).<sup>319</sup> Sammenfatter man dette kan det derfor legges til grunn at: «The beneficial owner is the person whose ownership attributes outweigh that of any other person.»<sup>320</sup>

Høyesterett i Swiss Swap Case viste til en substance over form-tilnærming, med andre ord er retten til å kreve skatteavtalefordeler ikke tilstede dersom mottakerens dividende ikke beholdes av mottakeren selv.<sup>321</sup> Jeg viser til det jeg har beskrevet i kapittel 1.2.4 og 6.3.3.1 om substance over form. Det er fordi det da foreligger en rettslig eller økonomisk forpliktelse til å videreføre midlene. Dette er tilfellet om avtaleparten ikke beholder inntektene selv, men viderefører – med basis i et kontraktsforhold, selskapsrettighet eller annen næringsstruktur – til beneficial owner utenfor bostedsstaten (og dermed gjør disse skattefrie).

Ifølge Lang benytter domstolene i noen land prinsippet om substance over form for å kunne se bort fra den juridiske formen av en transaksjon i favør av sin sanne substans (f.eks i USA).<sup>322</sup> I USA finner man en gjennomskjæringsstandard (GAAR) som er domstolskapt.<sup>323</sup> I den sammenheng er avgjørelsen Gregory v. Helverings<sup>324</sup> (1935) fra amerikansk høyesterett (US Supreme Courts) grunnleggende. I Gregory v. Helverings hadde skattyteren utnyttet regler om skattefrie omorganiseringer til å omdanne (skattepliktig) aksjeutbytte til (skattefrie) aksjegevinst. Transaksjonsstrukturen hadde bare skattemessig mening og derfor ingen økonomisk betydning. Transaksjonen lå derfor utenfor omdannelsesreglenes formål. Gregory v. Helvering-saken har dannet utgangspunkt for flere doktriners utvikling. Forholdet mellom

---

<sup>318</sup> 2C\_364/2012 punkt 6.3.3

<sup>319</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 581; Oreby Hansen og Bjørholm (2002) s. 450

<sup>320</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 581; Du Toit (1999) s. 212

<sup>321</sup> 2C\_364/2012 punktene 5.2.2, 5.2.5 og 6.2.1

<sup>322</sup> Lang (2010) s. 59

<sup>323</sup> Berg-Rolness (2016) s. 129

<sup>324</sup> Gregory v. Helvering (1935)

doktrinene varierer og er ikke klare. En dominerende rolle har den såkalte *Economic Substance Doctrine* spilt i de senere år.<sup>325</sup> Doktrinen ble delvis lovfestet i 2010.<sup>326</sup>

Substance over form-prinsippet benyttes av og til når man skal bestemme innholdet i beneficial owner. En økonomisk (substance over form) tilnærming tar utgangspunkt i transaksjonens fakta og omstendigheter (noe som ofte inkluderer egenskaper og kjennetegn ved mottakeren) og fokuserer derfor på den økonomiske siden.<sup>327</sup> I NOU 2016:5, om lovfesting av den norske omgåelsesnormen, beskrives substance over form slik:

I substance over form doctrine er søkelyset på spenningen mellom rettslig form og økonomisk innhold. En viktig undergruppe er the step transaction doctrine som antas å ha atskillig selvstendig betydning ved siden av economic substance doctrine. Denne doktrinen gir skattemyndighetene rett til å vurdere det samlede resultatet av en transaksjonskjede; myndighetene skal altså ikke begrense seg til å vurdere hver enkelt transaksjon for seg. Det er omdiskutert hvor strengt kravet til sammenheng mellom de enkelte ledd i disposisjonsrekken må være. Det antas at det kreves at transaksjonene må være ledd i en samlet plan fra skattyterens side (en subjektiv test: «the end result test») og at enkeltrinnene ville være lite meningsfulle om ikke transaksjonskjeden fullføres (en objektiv test: «the interdependence test»). Derimot er det omdiskutert om det også kreves at det foreligger en rettslig plikt til å fullføre hele disposisjonskjeden («a binding commitment test»)<sup>328</sup>.

Disse doktrinene er i stor utstrekning overlappende, og myndighetene anfører normalt flere. Det hender ikke sjelden at én instans avgjør saken på grunnlag av én av doktrinene, mens en ankeinstans opprettholder resultatet på grunnlag av en annen doktrine.<sup>329</sup>

---

<sup>325</sup> NOU 2016: 5 s. 53

<sup>326</sup> Berg-Rolness (2016) s. 129; Code of Federal Regulations Act (FICA)

<sup>327</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 10

<sup>328</sup> Streng og Yoder (2002) s. 613

<sup>329</sup> l.c.

Et felles trekk ved doktrinene er at de i det vesentlige er objektive.<sup>330</sup> Likevel inneholder både economic substance test og step transactions test subjektive elementer (hhv. business purpose og the end result test).<sup>331</sup>

Baumgartners første vilkår og problemstilling var at bankens mottak av aksjeutbyttet var betinget av forpliktelsen til å betale utbyttesubstitutt på TRS'en.

Høyesterett besvarte problemstillingen med at uten TRS'en ville ikke banken hatt sikringsbehov, og den ville ikke ha ervervet aksjene og heller ikke mottatt utbytte. Høyesterett i Swiss Swap Case viste til at banken rent faktisk foretok en fullstendig sikring ved å kjøpe de underliggende aksjene. Sikring var ikke rettslig pålagt, men i praksis så var banken tvunget til å foreta sikring. Motpartens TRS-forpliktelse (betale løpende rente) finansierte bankens aksjekjøp. Risikoen i TRS-avtalen som ikke ble «hedget» gjennom aksjekjøpet (kreditrisikoen tilknyttet TRS-motpartens oppgjør) var reflektert i marginen på Libor (motpartens betaling i TRS-avtalen). Konklusjonen høyesterett kom til i Swiss Swap Case var at det forelå en økonomisk årsakssammenheng mellom TRS'en og aksjekjøpet. Motparten ble pålagt en forpliktelse jf. TRS'en til å svare på renten, pluss margin, noe som igjen tilrettela for aksjekjøpet og kompenserte for gjenværende risiko.

Baumgartners andre vilkår og problemstilling var at forpliktelsen til å betale utbyttesubstitutt på TRS'en var betinget av bankens mottak av aksjeutbytte.

Høyesterett kom frem til at uten å etablere sikring gjennom aksjeervervet kunne ikke banken ha inngått TRS'en med forpliktelse om å betale utbyttesubstitutt.

Når det gjaldt Baumgartners andre vilkår var dette bare problematisk for finansielle arrangementer (jf. stepping stone) der det som skal betales avhenger av utbyttet som mottas. Dersom vederlag for finansiering skal betales uavhengig av utbyttet (selskapet bærer risikoen for utbyttet) så er det iht. Baumgartner uproblematisk, dersom selskapet har finansiell evne til

---

<sup>330</sup> Streng og Yoder (2002) s. 614

«The application of the various tests described above often purports to be accomplished on the basis of objective standards which can measure whether the substance should control over form, the applicability of the economic substance doctrine etc.»»

<sup>331</sup> NOU 2016:5 s. 53-54

å bære risikoen. Et annet kriterium, er spørsmålet om hvem som skal bære risikoen knyttet til aksjetransaksjoner. Noen juridiske forfattere mener dette aspektet om trygg risiko er et tegn på beneficial ownership. Dette er relevant i Swiss Swap Case da risikoen for at selskapet hjemmehørende i kildestaten ikke vil foreta noen utbytteutdeling i det hele tatt. I tillegg til utbytterisikoen, bør de andre risikofaktorene (spesielt kredittrisikoen eller risikoen for kurstap) også undersøkes for å finne ut om betalinger fremdeles utføres, selv om i realiteten intet har blitt mottatt, det vil si at transaksjonen ikke involverer viderebetaling av det mottatte beløp.<sup>332</sup>

Som nevnt tidligere var det fullt samsvar mellom mottatt utbytte og plikten til å betale utbyttekompensasjon. Høyesterett antok en faktisk forpliktelse til å viderebetale og at dette vilkåret var oppfylt. Høyesterett mente videre at dette var et eksempel på en planlagt stepping stone/springboard model med fullstendig videreføring.<sup>333</sup>

Men i OECD-kommentarene avsnitt 12.4 legges det til grunn at det ikke skal tas i betraktning finansielle kontraktsforpliktelser som gjelder uten hensyn til mottaket av utbyttet:

This type of obligation would *not include* contractual or legal obligations [...] such as an obligation that is not dependent on the receipt of the payment and which the direct recipient has as a debtor or as a *party to financial transactions* [...].<sup>334</sup> (min utheving)

Høyesterett fokuserte i Swiss Swap Case på en økonomisk tilnærming av omstendighetene og brukte derfor en mye videre fortolkning av begrepet *gjensidig avhengighet* enn underretten gjorde. Men de går tilsynelatende utenfor hva OECD-kommentarene foreskriver som gjeldende rett når det kommer til sitatet over om «party to financial transactions»<sup>335</sup>.

I tillegg kan det synes som om høyesterett i Swiss Swap Case går utenfor OECD-kommentarene avsnitt 12.5 når de legger til grunn en forståelse på linje med «substance-over-form» eller «economic substance approaches». I Swiss Swap Case viser høyesterett til

---

<sup>332</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.3

<sup>333</sup> *ibid.* punkt 6.4.2

<sup>334</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.4

<sup>335</sup> *ibid.* avsnitt 12.4

«substance-over-form» i punktene 5.2.2, 5.2.5 og 6.2.1. I OECD-kommentarene avsnitt 12.5 nevnes spesifikt det faktum at mottakeren av utbytte anses å være beneficial owner av utbyttet betyr imidlertid ikke at skattefritak fastsatt i artikkel 10 (2) vil automatisk bli innvilget. Kildeskatt bør ikke innvilges i tilfeller av misbruk av denne bestemmelsen. Videre viser avsnitt 12.5 til punktet om «Improper use of the Convention» i kommentarene til artikkel 1, så er det mange måter å møte gjennomstrømmingsselskap og treaty shopping situasjoner. Dette inkluderer spesifikke omgåelsesnormer i traktatene som «general anti-abuse rules and **substance-over-form** or **economic substance approaches**» (min uthevning). Videre i avsnitt 12.5 kan det synes som om det avgrenses mot hvilke situasjoner beneficial ownership omfatter:

«[D]eals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases».

Av det som fremkommer over kan det synes som om OECD-kommentarene avgrenser mot omgåelsestilfeller som *omfatter* substance-over-form situasjoner. Men i siste setning av avsnitt 12.5 viser kommentarene til et eksempel på omgåelse som det omfatter; «those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else». Det synes ikke tydelig hva kommentarene sikter til her. Uansett kan tilfellet i Swiss Swap Case omfattes eller ei noe avhengig av hvordan man velger å tolke det gjengitte avsnittet.

#### 6.3.6 Avsnitt 12.2 «agent and nominee» og Avsnitt 12.3 «conduit»

Høyesterett viste i Swiss Swap Case til at det i praksis er to hovedtypetilfeller av gjennomstrømming som kan vise at det foreligger en restriksjon som medfører at utbyttemottaker ikke er beneficial owner. Det er (i) *direct conduit* hvor det mottatte utbyttet videreføres til bakenforliggende eier som utbytte. Og det er (ii) *stepping stone/springboard strategy* hvor det mottatte utbyttet videreføres til et annet subjekt i form av fradragsberettiget

betaling av rente, kommisjon eller annen kostnad.<sup>336</sup> Swiss Swap Case faller i kategorien stepping stone/springboard.

I Swiss Swap Case ble det vist til at den delte forståelsen, som ligger til grunn både i Danmark og Sveits, også harmonerer med forståelsen i internasjonal skatteavtaletolkning av beneficial owner. Fra starten av ble det akseptert av de ulike medlemslandene i OECD at hensikten med dobbeltbeskatningsavtalene ikke kan være at deres fordeler skal nyttes av personer, henholdsvis selskaper, som for eksempel bare har et formelt forhold til bostaten eller når de bare fungerer som et mellomledd.<sup>337</sup>

Ifølge OECD-kommentarene er «agents and nominees» (agenter og forvaltere) og visse «conduit» unntatt fra beneficial ownership-begrepet (jf. avsnitt 12.2 og 12.3). Risikoen for dobbeltbeskatning i situasjoner som involverer «agents and nominees» er med i de reviderte kommentarene (jf. avsnitt 12.2). Videre er «agents» (agenter), «nominees» (forvaltere) og «conduits» (gjennomstrømmingsselskap), som kan fremstå som rene «fiduciary» eller som administratorer, også ekskludert under beneficial ownership-testen (jf. avsnitt 12.3). I avsnitt 12.2 i OECD-kommentarene gjengitt under:

[W]here an item of income is paid to a resident of a Contracting State acting in the capacity of *agent or nominee* it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the direct recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The direct recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence.<sup>338</sup> (min utheving)

I tillegg til skatteavtalens formål gir OECD-kommentarene eksempler på mottakere av utbytte som ikke er å anse som beneficial owner. Dette gjelder for tilfeller der mottakeren av utbyttet opptrer i egenskap av *agent* eller *nominee* (forvalter). Agenter og forvaltere som opptrer som mellommenn for den virkelige aksjeeieren kan være en uavhengig tredjemann eller, som

---

<sup>336</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.3

<sup>337</sup> *ibid.* punkt 4.4.3

<sup>338</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.2

kanskje er mest aktuelt ved tolkning av begrepet beneficial owner, et selskap i samme konsern som den virkelige aksjeeieren.<sup>339</sup>

I Swiss Swap Case ble det gitt eksempler på slike mellommenn som ble diskutert i henhold til begrepet når problemstillingen oppstod for første gang. Spesielt gjaldt dette for *trusteeships* eller lignende, som var vanlige strukturer (i henhold til engelsk terminologi; *nominees*, *agents*, *trustees*) og ikke de komplekse instrumentene på de internasjonale finansmarkedene som ble innført på et senere tidspunkt. Når debattene om vilkåret beneficial ownership inkluderte slike finansielle instrumenter, var det klart at det ikke var et spørsmål om å innføre et nytt og strengere vilkår. Snarere var det et spørsmål om en avklaring og på det meste en videreutvikling av det allerede implisitte, eksisterende kravet om at en ren formell beneficial ownership også i internasjonal sammenheng ikke er tilstrekkelig.<sup>340</sup> I OECD-kommentaren fra 2014 avsnitt 12.3 om gjennomstrømmingsselskap lyder denne:

[I]t would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned. For these reasons, the report from the Committee on Fiscal Affairs entitled «Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies» concludes that a *conduit company* cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.<sup>341</sup> (min utheving)

Oppsummert vil dette si at det vil være like uforenlig med konvensjonens formål og hensikt for kildestaten å gi skattefordeler når en person bosatt i en kontraherende stat virker som gjennomstrømmingskanal for en annen person/selskap som mottar utbyttet. Derfor kan et gjennomstrømmingsselskap normalt ikke kan anses som beneficial owner, selv om den formelle eier opptrer for de interesserte parter.

---

<sup>339</sup> Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 180-181

<sup>340</sup> 2C\_364/2012 punkt 4.4.3

<sup>341</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.3



Høyesterett i Swiss Swap Case gjennomgikk som nevnt tidligere de to vanligste formene for overføring; ulike typer av *direct conduit* og *stepping stone*. For *direct conduit* blir det utdelte utbyttet umiddelbart viderelevert fra hjemstaten som dividende (eller inntekt) til andre stater. Det vil si utelukkende på grunnlag av forholdet selskapet og det mellomliggende selskapet har med sine aksjeeiere. For at *direct conduit*-strategien skal virke må to forutsetninger være oppfylt: For det første at inntekten fra kildestaten ikke er skattlagt i staten til det mellomliggende selskapet. Og for det andre at hjemstaten ikke skattlegger inntekten videreført til aksjeeierne i kildestaten eller at sluttmottakers stat har inngått en dobbeltbeskatningsavtale som er mer fordelaktig enn kildestatens skatteavtale. *Stepping stone* kan for eksempel være «utdeling av utbytte via utvalgte jurisdiksjoner».<sup>342</sup>

Tilsvarende er det lagt til grunn i OECD-kommentarene at heller ikke et gjennomstrømmingsselskap (*conduit company*) er å anse som beneficial owner selv om selskapet privatrettslig er å anse som eier. Her opptrer gjennomstrømmingsselskapet kun på vegne av den som regnes som beneficial owner.<sup>343</sup> I OECD-kommentarene art. 10 avsnitt 12.2 er det uttalt at det i disse tilfellene ikke er fare for dobbeltbeskatning, ettersom mottakerne av utbyttet ikke er å anse som mottaker av utbyttet for skattemessige formål i det landet hvor de er hjemmehørende.<sup>344</sup> Dette nevnes også i OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.7 som at skattebegrensningen i kildestaten gjelder når en mellommann er plassert mellom mottaker og utbytteutbetaleren mens den reelle eieren er bosatt i en annen kontraherende stat.

### 6.3.7 Vurdering

Det kan synes som om beneficial owner beveger seg mer i retning av en omgåelsesnorm basert på utviklingen i OECD-kommentarene fra 2014 og avgjørelsen i Swiss Swap Case. Videre synes det som om det historiske utgangspunktet for vilkåret beneficial owner var ment som en tilordningsregel. Dette er omdiskutert i juridisk litteratur og svaret kan synes å avhenge noe av hvilket lands synspunkt samt rettspraksis man legger til grunn i tolkningen. Videre ble OECD i de innledende diskusjonsfaser før endringen av OECD-kommentarene fra 2014 spesifikt etterspurt om en klargjøring av beneficial owner som tilordning eller

---

<sup>342</sup> Berg-Rolness (2016) s. 604

<sup>343</sup> Gjems-Onstad og Furuseth (2013) s. 181

<sup>344</sup> *ibid.* s. 181

omgåelsesregel.<sup>345</sup> OECD viste til at beneficial owner ikke automatisk utelukker andre omgåelsesregler men utdypet ikke hvordan vilkåret kan forstås for fagmiljøene som anser beneficial owner som en tilordningsregel.<sup>346</sup> Ut fra dette antas det at beneficial owner var i starten tiltenkt som en tilordningsregel, men regelen utelukket visse *agents* og *nominees* som beneficial owner. Videre har beneficial owner i takt med økende globalisering og skattetilpasning beveget seg mer i retning av en omgåelsesnorm, spesielt med tanke på tilfeller som for eksempel mellommenn og videreføring av utbytte.

Videre følger det av de reviderte OECD-kommentarene avsnitt 12.1 at begrepet beneficial owner ikke skal tolkes etter nasjonale regler, men man bør søke en autonom internasjonal forståelse. Swiss Swap Case følger opp dette ved å legge den internasjonale forståelsen til grunn ved å tolke både det engelske og det tyske begrepet av vilkåret beneficial owner samt vise til internasjonal skattepraksis.

I OECD-kommentarene avsnitt 12.4 tok høyesterett i Swiss Swap Case utgangspunkt i Baumgartners to vilkår og en substance-over-form test med fokus på beslutningsmyndighet.<sup>347</sup> Et selskap har ikke beslutningsmyndighet over utbyttet om selskapet er forpliktet til å videresende betalingen til et annet selskap uten å være i stand til å bestemme i noen saker.<sup>348</sup> Forpliktelsen kan være kontraktsrettslig eller faktisk med begrensninger i form av for eksempel sterk selskapsrettslig kontroll.<sup>349</sup> Baumgartners tilnæringsmåte har i så måte flere likhetstrekk med retningslinjene i OECD-kommentarene fra 2014.

For kausal sammenheng var fokus på en økonomisk tilnærming og høyesterett anvendte en mye videre tolkning av begrepet *gjensidig avhengighet* enn underretten gjorde. Sveitsisk høyesterett går tilsynelatende utenfor OECD-kommentarene avsnitt 12.4 og dens ordlyd «party to financial transactions».<sup>350</sup> I tillegg er det uklart om Swiss Swap Case går lenger enn

---

<sup>345</sup> New Zealand Institute of Chartered Accountants Tax Advisory Group (2012) s. 4

<sup>346</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 72

<sup>347</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 92; Baumgartner (2010) s. 121, 409. Ifølge Baumgartner, så fungerer «paid» som en tilordningsregel (se s. 164, 413)

<sup>348</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 130, 409 flg.

<sup>349</sup> *ibid.* s. 92; *ibid.* s. 122, 410.

Ifølge Baumgartner eksisterer slik kontroll når selskapet bare kan opptre i samsvar med de kontrollerende aksjonærer vilje (s. 126 flg., 410)

<sup>350</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12.4

hva OECD-kommentarene avsnitt 12.5 beskriver både mht. treaty shopping og substance over form situasjoner. I avsnitt 12.5 vises også til et omgåelseseksempel som omfatter mellomselskap som mottaker og dens forpliktelse til å videreføre utbyttet til en annen enhet.

I OECD-kommentarene avsnitt 12.2 «agent and nominee» og avsnitt 12.3 «conduit» fant man at Swiss Swap Case faller innenfor kategorien stepping stone (springboard). Tilsvarende er det lagt til grunn i OECD-kommentarene at heller ikke et gjennomstrømmingsselskap (conduit company) er å anse som beneficial owner selv om selskapet privatrettslig er å anse som eier.

I Swiss Swap Case antok sveitsisk høyesterett et økonomisk syn (substance over form) på vurderingen av vilkåret beneficial ownership. Beneficial ownership ble ikke bare vurdert med henblikk på det rettslige/lovpålagte og/eller faktiske forpliktelser, men også med henblikk på helheten av de relevante og faktiske omstendigheter. Avgjørelsen baserte seg tungt på økonomiske argumenter og kan derfor ses på som et resultat av en viss grad av rettslig usikkerhet. Det er også mulig å si at avgjørelsen er i tråd med retningen resten av verden tar. Myndigheter og domstoler, og ikke minst OECD BEPS, vil mest sannsynlig se om et arrangement fremstår som kunstig eller ei. På den annen side synes det, som nevnt over, at høyesterett går utenfor hva OECD-kommentarene beskriver som «party of financial transaction». Dette kan øke den rettslige usikkerhet ytterligere, noe som er uheldig i og med at OECD-kommentarene fra 2014 var ment som en klargjøring av et allerede uklart begrep.

Underretten og høyesterett var enige i definisjonen av beneficial ownership, men kom likevel til ulike resultater. Underretten og høyesterett forstod Baumgartners vilkår om gjensidig avhengighet ulikt. Underretten mente at det ikke fantes noen gjensidig avhengighet mellom transaksjonene i avgjørelsen, siden banken ikke var forpliktet til å «hedge»-posisjonen jf. TRS-avtalen. Underretten avgjorde vilkåret om gjensidig avhengighet basert på en kontraktsrettslig vurdering. Høyesterett sa seg ikke enig i underrettens konklusjon (herunder subsumsjon), men bare det rettslige utgangspunktet som underretten la til grunn. Sveitsisk høyesterett tok vurderingen ett steg lenger. Høyesterett fokuserte ikke bare på om det var en sammenheng mellom transaksjonene fra kontraktsforholdet. De aksepterte enhver økonomisk forbindelse på bakgrunn av transaksjonene i avgjørelsen selv om forbindelsen bare lot seg

indirekte utlede av avtalen. Høyesterett fokuserte på de økonomiske omstendigheter og anla en mye videre tolkning av begrepet *gjensidig avhengighet* enn det underretten hadde gjort.<sup>351</sup>

Videre uttalte høyesterett i obiter dicta hva som var irrelevant for saken, bl.a «it is irrelevant whether the interposition of an intermediary in another state actually results in a tax benefit».<sup>352</sup> Videre viste sveitsisk høyesterett til at det også var irrelevant at:

the global swap market is large and there may indeed be non-fiscal reasons for share swaps. It may also indeed be the case that the Respondent [banken] did not always completely hedge the baskets of shares contained in its swap agreements and that it signed swap agreements throughout the entire year.<sup>353</sup>

Problemstillingen om forholdet mellom begrepet beneficial ownership og begrepet treaty abuse ble ikke besvart. Det ble heller ikke vurdert om begrepet beneficial ownership tjener som instrument mot treaty abuse. Det skal nevnes at sveitsisk høyesterett kommenterte dette eksplisitt i Swiss Swap Case.

Videre kan det synes som om avgjørelsen i Swiss Swap Case kan ses i lys av noen internasjonale utviklingstrekk. Foretrekker man å strekke begrepet beneficial owner, eller bør man i stedet fokusere på mer generelle omgåelsesregler? I tillegg til det å strekke vilkåret beneficial owner, ser man også en trend mot å se hen til økonomisk eierskap i stedet for juridisk. I tillegg har amerikanske myndigheter hatt fokus på bruken av finansielle instrumenter som benyttes for å unngå kildeskatt på utbytte fra amerikanske selskaper.<sup>354</sup> Jeg går ikke nærmere inn på dette her.

Utviklingen i BEPS er også interessant. BEPS handler om å endre regelverket, stramme inn og øke skattene for de store selskapene. I tillegg er fokus på økt compliance byrde for de store selskapene og en bedre innsikt i skatteyternes situasjon for ligningsmyndigheter.<sup>355</sup> BEPS

---

<sup>351</sup> Meindl-Ringler (2016) s. 248

<sup>352</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.1 siste avsnitt

<sup>353</sup> ibid. punkt 7.1 siste avsnitt

<sup>354</sup> Av interesse her kan nevnes Industry Directive on Total Return Swaps (2010)

<sup>355</sup> Deloitte (2016)

kjerne er å skille hvor inntekt inntektsføres og hvor de skapes. Utgangspunktet er at verdien som skapes i et land, gjennom ulike juridiske strukturer, allokeres til andre land. Det er hovedutfordring i BEPS, og man ønsker å endre dette gjennom BEPS.<sup>356</sup> Det er videre 15 «actions» som ligger i tre plan; (i) coherence, det må være sammenheng i skattesystemet, (ii) substans, i større krav se hen til realitet og stille krav til aktivitet og realitet for at noen skatteregler skal gjelde og (iii) transparens og sikkerhet og økt rapportering for selskaper.

Momentene i dette kapitlet bærer preg av å være knyttet til en objektiv vurdering. I kapittel 7 reises problemstillingen om beneficial owner-vurderingen består av bare objektive momenter eller om også mottakers subjektive motiv spiller inn.

---

<sup>356</sup> Deloitte (2016)

## 7 Betydningen av skatteyers subjektive motiv

### 7.1 Innledning

Beneficial ownership har som formål å hindre utnyttelse av skatteavtaler. Har skatteyers subjektive motiv om skattetilpasning betydning? Er det en omgåelsesnorm i den forstand at skatteyers motiv og mulige skattefordeler tas i betraktning ved vurderingen av hvem som er beneficial owner?

I kapittel 6 benyttet jeg for det meste objektive momenter i vurderingen av hvem som kan anses som beneficial owner. Jeg viste til at i Swiss Swap Case ble beneficial owner benyttet som en snever omgåelsesnorm. Jeg drøftet blant annet betydningen av om banken hadde en viss eierrådighet over utbyttet, om den var kontraktsrettslig eller faktisk forpliktet til å videresende utbyttet og om det var en gjensidig avhengighet mellom utbyttet og videresendingen av dette (utbyttesubstituttet). I kapittel 7 er problemstillingen om, og i så fall hvilke, subjektive momenter som bør være til stede for at mottaker/banken av utbyttet kan anses som beneficial owner.

### 7.2 Tradisjonell lære

Ifølge OECD-kommentarene fra 2014 finner man få, om ingen, holdepunkter for at beneficial ownership er tiltenkt å legge vekt på skatteyers (bankens) subjektive motiv om skattebesparelse. Det kan synes som om hovedvekten er samlet rundt de objektive elementene som beskrives blant annet i OECD-kommentarenes avsnitt 12.4. Jeg kan naturligvis ikke utelukke at de ulike landenes domstoler vektlegger *både* objektive og subjektive elementer i en beneficial ownership test. Mitt utgangspunkt er jo OECD-kommentarene, og da er det dette den videre drøftelsen vi handle om.

Til støtte for synspunktet om at subjektive momenter ikke vektlegges i særlig grad finner jeg etter et søk i OECD-kommentarene fra 2014. Søket *subjective* gir ingen resultater. Derimot gir søket *motive* og *motive test* i dokumentet flere resultater. OECD viser til at motive test kan forstås som en «Test often found in tax rules which are designed to prevent tax avoidance. For example, the rules may provide that certain consequences will follow if the sole, main or principal purpose of certain transaction is the reduction of tax».<sup>357</sup> Søket i OECD-

---

<sup>357</sup> OECD (c)

kommentarene gir ingen treff som relaterer seg til beneficial ownership-testen. Det er andre artikler som gir treff, herunder artikkel 5 om «permanent establishment» hvor man har anbefalt å ikke innføre en motive test.<sup>358</sup> Videre i søket motive finner man artikkel 17 «Entertainers and sportspersons»<sup>359</sup>, tynn kapitalisering<sup>360</sup>, bruken av baseselskap<sup>361</sup> m.v.<sup>362</sup> for å nevne noe. Ingen av disse relaterer seg direkte til beneficial ownership-testen, og vil derfor ikke drøftes nærmere.

I en analyseartikkel av underrettens vurdering, i Swiss Swap Case, gis følgende sitat fra underretten: «Furthermore, the concept of beneficial ownership disregards subjective factors, such as any intention of abuse. Thus the reasons for choosing a particular structure are immaterial to the question of beneficial ownership».<sup>363</sup> Sveitsisk underrett har naturligvis begrenset betydning, men dette sitatet kan også tale i retning av at subjektive motiver ikke tillegges vekt.

Mot synspunktet om å ikke vektlegge subjektive motiver finner man i amerikansk rett hvor opphavet til den såkalte *economic substance doctrine* stammer fra. Doktrinen har i en viss grad dominert i amerikansk rett og ble delvis lovfestet i 2010. Den viktigste bestemmelsen finner man i Internal Revenue Code § 7701 (o).<sup>364</sup> Noe av det sentrale med å lovfeste den amerikanske ulovfestede omgåelsesnormen var å klargjøre at både det objektive vilkåret (bokstav A) og det subjektive (bokstav B) må være oppfylt. Lovfestingen gjaldt ikke hele doktrinen og derfor har ulovfestet rett fortsatt betydning.<sup>365</sup> Amerikansk rett har også begrenset vekt, men da den økonomiske doktrinen synes å være hentet fra USA kan dette ha en viss innvirkning. Særlig også siden USA har utfordringer når det kommer til finansielle instrumenter som TRS-avtaler og kildeskatt.

---

<sup>358</sup> OECD-kommentarene 2014, se C(5)-48

<sup>359</sup> *ibid.*, se C(17)-13 og C(17)-26

<sup>360</sup> *ibid.*, se R(4)-5

<sup>361</sup> *ibid.*, se R(5)-3, R(5)-8 og R(5)-10

<sup>362</sup> *ibid.*, se R(8)-12 og R(16)-35

<sup>363</sup> Desax og Busenhardt (2012) s. 562; A-6537/2010 punkt 3.4.2

<sup>364</sup> Internal Revenue Code (2010)

<sup>365</sup> NOU 2016:5 s. 53

Videre kan det være verdt å merke seg hva som skjer i arbeidet med BEPS ift. artikkel 1 og OECD-kommentaren avsnitt 9.5.<sup>366</sup> I NOU 2016:5 er denne oppsummert på en god måte. Avsnitt 9.5 viser til at statene ikke er forpliktet til å gi skatteavtalefordeler «where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into».<sup>367</sup> Videre heter det:

It is important to note, however, that it should not be lightly assumed that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.»<sup>368</sup>

Ifølge NOU 2016:5 antar man at *main purpose* med transaksjonen var å oppnå en fordelaktig behandling. Det vil si at transaksjonen ikke trenger å være «fullt ut eller i det alt vesentlige skattemessig motivert».<sup>369</sup> Man kan ha flere hovedformål med transaksjonen og det antas at det holder at én av disse var å spare skatt.<sup>370</sup> I tillegg bør en slik fordelaktig behandling være «contrary to the object and purpose of the relevant provisions». Det kan synes som om bestemmelsens formål er relevant. Videre er det antatt at man også bør se mer overordnet til formålet med skatteavtaler – dvs. å forebygge dobbeltbeskatning.<sup>371</sup>

I tillegg kan BEPS action 6 gi veiledning. Denne handler om tiltak for å unngå misbruk av skatteavtaler. I denne har OECD formet en *Limitation-of-benefit*-regel og en generell omgåelsesregel. Dette blir ofte kalt en PPT-regel (*principal purpose test*). Forslaget går ut på at i hvert fall en av disse inntas i skatteavtaler.<sup>372</sup> Forslaget lyder:

---

<sup>366</sup> NOU 2016:5 s. 59

<sup>367</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 9.4 til artikkel 1

<sup>368</sup> l.c.

<sup>369</sup> NOU 2016:5 s. 58-59

<sup>370</sup> l.c.

<sup>371</sup> NOU 2016:5 s. 59

<sup>372</sup> l.c.



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.<sup>373</sup>

Denne antas å være en videreføring av OECD-kommentaren avsnitt 9.5 til art. 1 om the guiding principle.<sup>374</sup>

Jeg har tidligere beskrevet at det typiske for noen omgåelsesspørsmål er at en privatrettslig form utnyttes for å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med det som antas å være skattelovgivningens formål. Høyesterett stadfestet i Swiss Swap Case at en restriksjon på utbyttet forelå og at utbyttet ble videreført (gjennomstrømmet) til et annet subjekt.

Det kan være flere ulike subjektive forhold som er tilknyttet selskapets (bankens) disposisjoner. Man kan for eksempel tenke seg at en transaksjon gjennomføres for å oppfylle en avtale. Den vil da gjerne være motivert av et forretningsmessige forhold. Skattemotiverte transaksjoner kan også være vanlige, uten at de nødvendigvis anses som å være rettsstridig omgåelse av skatteregler. Derimot når motivet bak transaksjonen fremstår som om det er i strid med, i vår tilfelle, skatteavtalens formål kan det være relevant å motvirke transaksjonen.

Skatteytters motiv er ofte et element i vurderingen av transaksjonen. Det kan derfor være unaturlig å ikke vektlegge dette. Det kan være problematisk med et absolutt krav om at en spesielt motiv bør eksistere. Om man da kontrollerer for eksempel transaksjonen har kildestaten bare det første leddet å forholde seg til, i vårt tilfelle banken. Kildestatens

---

<sup>373</sup> BEPS, Action 6 s. 55

<sup>374</sup> NOU 2016:5 s. 59

myndigheter har derfor liten innsikt i den videre selskapsstrukturen og eventuelle bakmenns motiver som for eksempel TRS-motpartene.<sup>375</sup>

Furusetth hevder at beneficial owner skal forstås som en objektiv tilordningsregel og vurderer om det også kreves et subjektivt element om skattetilpasning hos skatteyder.<sup>376</sup> Vogel peker på at beneficial owner er utviklet for å forhindre misbruk av skatteavtalene, men hevder samtidig at det er uten betydning om misbruk foreligger i det konkrete tilfellet.<sup>377</sup> Visstnok har Danske Skat i praksis støttet denne konklusjonen. Strømstad viser til at Vogel og Lehner antagelig har rett, og om man gjennomgår noe av rettspraksisen som omhandler beneficial owner kan det etterlate et visst inntrykk av at skattemyndighetene møter motstand om det ikke kan påvises at arrangementet har et skattemotiv.<sup>378</sup> Basert på det jeg har døftet i dette kapitlet synes det som om beneficial owner-testen, basert i tradisjonell rett, bare inneholder objektive- og ingen subjektive momenter.

### 7.3 Swiss Swap Case

Ved beneficial owner-vurderingen er det essensielt å se på hvorvidt motparten i derivatkontrakten faktisk oppnådde skattefordeler sammenlignet med om han hadde ervervet aksjene. Løsningen i Swiss Swap Case forutsetter at aksjene erverves med det formål å etablere sikring av derivatet.

I Swiss Swap Case fant høyesterett at banken hadde forsøkt å omgå skatteavtalen mellom Danmark og Sveits ved inngåelse av TRS-avtalen og den underliggende transaksjonsstrukturen. Bankens økonomiske eierinteresse var nøytralisert gjennom et finansielt derivat. Høyesterett fant at banken var del av et *stepping stone scheme* for at TRS-motpartene skulle få nyte godt av fordelene fra skatteavtalen mellom Danmark og Sveits, herunder redusert kildeskatt for sine investeringer.

I Swiss Swap Case var skattemotiv for TRS-kontraktspartene uten betydning i en beneficial owner-vurdering. Derfor var det også uten betydning om motpartene eventuelt kunne komme

---

<sup>375</sup> Strømstad (2013) s. 158

<sup>376</sup> I.c.

<sup>377</sup> Vogel og Lehner (2008) s. 283

<sup>378</sup> Strømstad (2013) s. 158

like godt ut av det ved å kjøpe aksjene selv gjennom kreditreglene (noe som var tilfellet i denne saken og som ikke kvalifiserte for godtgjørelse). Det var en stepping-stone-modell, men ikke nødvendigvis i betydning skattefordel. Høyesterett fant det ikke nødvendig å ta stilling til hvem som var beneficial owner.

Videre viste sveitsisk høyesterett til at det var «irrelevant whether the interposition of an intermediary in another state actually results in a tax benefit».<sup>379</sup> Høyesterett viste til at fremgangsmåten kan anvendes til misbruk, men fant det ikke nødvendig å godtgjøre at det var skatteomgåelsesmotiv i det konkrete tilfellet.

Jeg vil derfor anta at Swiss Swap Case er i samsvar med det som er gjeldende oppfatning, jf. kapittel 7.2 i drøftelsen over. Sveitsisk høyesterett viste til at fremgangsmåten kan anvendes til misbruk, men fant det ikke nødvendig å godtgjøre at det var skatteomgåelsesmotiv i det konkrete tilfellet. Høyesterett vurderte de objektive momentene i sin vurdering, og tok ikke hensyn til bankens eller kundens subjektive motiv.

---

<sup>379</sup> 2C\_364/2012 punkt 5.2.1 siste avsnitt

## **8 Er det en forutsetning at ethvert utbytte har en beneficial owner?**

### **8.1 Innledning**

I Swiss Swap Case var en av bankens anførsler at skattemyndighetenes synspunkt førte til absurde resultater dersom beneficial ownership ikke ble tilkjent banken, men derimot til motparten. Banken hevdet at det ville være ulogisk å anta at beneficial ownership lå som grunnlag for transaksjonskjeden hos TRS-motpartene. Sveitsisk høyesterett avviste argumentet som irrelevant og mente det ikke var nødvendig å undersøke hvem som var beneficial owner av aksjeutbyttet.

Som jeg beskrev i kapittel 6.1 i innledningen – om mottakeren av utbyttet ikke er å anse som beneficial owner – ja, da inneholder OECD MTC ikke begrensninger av beskatningskompetansen til kontraktspartene hva gjelder kildeskatt på utbyttet. Det kan ha stor økonomisk betydning for utbyttmottaker om vedkommende er å anse som beneficial owner.<sup>380</sup> Swiss Swap Case innebærer at ingen var beneficial owner av det sveitsiske utbyttet.

### **8.2 Tradisjonell lære**

Dersom man følger sveitsisk høyesteretts tilnærming – og finner aksept for at den danske banken ikke var beneficial owner av utbyttet fra de sveitsiske aksjene holdt som sikring under TRS'en – er det betimelig å stille spørsmålene: Er det en forutsetning at (i) ethvert utbytte må ha en beneficial owner (selv om det ikke er nødvendig å finne hvem det er i den konkrete saken), (ii) kan det tenkes utbytte som ikke har noen beneficial owner i det hele tatt, eller (iii) er det uklart.

Om man ser til OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12 så fastslår disse at kildestaten ikke er «obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was paid direct to a resident of a State with which the State of source had concluded a convention».<sup>381</sup> I dette sitatet finner man at det ikke er gitt at det er den som faktisk mottar utbyttet som har krav på beskyttelse av skatteavtalene. Jeg minner om at ifølge OECD-kommentarene art. 10

---

<sup>380</sup> Furuseth (2009) s. 180

<sup>381</sup> OECD-kommentarene 2014 avsnitt 12

avsnitt 12 så er vilkåret beneficial owner utviklet for å klargjøre betydningen av uttrykket «paid [...] to a resident».

Videre i OECD-kommentarene avsnitt 12.2 fastslås at beneficial owner bør forstås i lys av skatteavtalens «object and purpose». Det vil derfor være i strid med «object and purpose»<sup>382</sup> om en agent eller forvalter som er bosatt i den andre kontraherende staten, og som i tillegg ikke innehar eierstatus av utbytte slik at ingen fare for dobbeltbeskatning oppstår, får nyte godt av skatteavtalefordelene. I avsnitt 12.3 avgrenses det også mot gjennomstrømmingsselskap spesielt når de har «very narrow powers» og er «a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties»<sup>383</sup> når det kommer til utbytteinntekten.

Dette kan tale for at alternativ (ii) er riktig, nemlig at det kan tenkes utbytte som ikke har noen beneficial owner. Unntakene er altså agenter, forvaltere og gjennomstrømmingsselskap, nettopp fordi selskapet bare er et instrument for eierne.<sup>384</sup> Når det gjelder selskaper som helt eller delvis er skattemessige transparente i henhold til hjemstatens skattelovgivning, vil dette også kunne tale for at selskapet ikke er beneficial owner av inntekten. Hvert tilfelle må imidlertid vurderes for seg, og man må undersøke konkret om enheten helt eller delvis mangler rettslig handleevne eller opptrer helt eller delvis på vegne av andre.<sup>385</sup> Om mottaker (banken) ikke er beneficial owner av utbyttet, kan kildestatens beskatningsrett være ubegrenset, ut i fra det synspunktet at betalingen skjer via en mellommann.<sup>386</sup>

Dette taler igjen for at alternativ (ii) er riktig, nemlig at det kan tenkes utbytte som ikke har noen beneficial owner. Mot dette synet kan man finne i OECD-kommentarene avsnitt 12.5 som er gjengitt i kapittel 6.3.3.1. I avsnitt 12.5 bekreftes at selv om man er beneficial owner av utbyttet så behøver ikke det å bety at man automatisk får innvilget skatteavtalefordeler som kildeskatt. Dette taler i retning for at alternativ (i) er riktig, nemlig at ethvert utbytte må ha en beneficial owner selv om skatteavtalefordeler ikke nødvendigvis innvilges.

---

<sup>382</sup> OECD-kommentarene avsnitt 12.2

<sup>383</sup> *ibid.* avsnitt 12.3

<sup>384</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 581

<sup>385</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 581; Utv. 2000/1235 FIN

<sup>386</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 582

I tillegg finner man i OECD-kommentarene 9.4, til artikkel 1, følgende uttalelse «States do not have to grant benefits of a double taxation where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into». Her er det viktig å ha i minne at dette omfatter hele skatteavtalen og ikke spesifikt for beneficial owner. Bestemmelsen må også ses i sammenheng med det såkalte «guiding principle» jf. avsnitt 9.5. Dette taler også i retning for at ethvert utbytte har en beneficial owner, men at dette ikke alltid gir skatteavtalefordeler. Etter dette kan det synes som om det siste alternativ (iii) er riktig, det er uklart hvorvidt ethvert utbytte har en beneficial owner eller ei.

Det kan synes som OECD-kommentarene fra 2014 skifter noe av fokuset for beneficial owner-testen fra den antatte originale tilordningsregelen til videresending av inntekten/utbyttet, det vil si – et større fokus på gjennomskjæring. Dette kan forstås slik; om et selskap har en forpliktelse til å videresende inntekten til en annen person fungerer det som en mellommann. Avsnittet om mangel på risiko for dobbeltbeskatning i agent- og forvaltertilfellene er fremdeles tilstede. Og begrunnelsen for at agenter, forvaltere og gjennomstrømningsenheter er unntatt er nettopp basert i at disse enhetene har en forpliktelse til å videreføre inntekten – og dermed ikke kan behandle den som sin egen. Denne tilnærmingen anvendes spesielt i gjennomstrømmingstilfellene, noe som synes å gjøre beneficial owner til en snever omgåelsesbestemmelse.

Etter drøftelsen antar jeg at alternativ (ii) fremstår som det mest fornuftige; det kan tenkes utbytte som ikke har noen beneficial owner i det hele tatt. Dette alternativet synes å samsvare best med innholdet i OECD-kommentarene. OECD-kommentarene avgrensner mot agenter, forvaltere og gjennomstrømmingsselskaper og da taler dette for at man kan tenke seg utbytte uten beneficial owner.

### **8.3 Swiss Swap Case**

I Swiss Swap Case er utgangspunktet at banken er beneficial owner. Om banken ikke er beneficial owner så er det eneste alternativet kunden som var part i derivatkontrakten (*long-TRS*-posisjon). Men det synes jo noe underlig å anse kontraktsparten som beneficial owner av utbyttet. Kontraktsparten hadde ikke eierskap til aksjene og mottok heller ikke aksjeutbytte

(bare det videresendte utbyttet). TRS-motparten var ikke en gang kjent med at den danske banken hadde kjøpt aksjene. Resultatet synes å bli at ingen er beneficial owner av utbyttet.

Konklusjonen i Swiss Swap Case kan tas til inntekt for at det ikke finnes noen beneficial owner av det sveitsiske utbyttet fra de sveitsiske aksjene holdt som sikring under TRS-avtalen. Retten gikk ikke inn på denne problemstillingen. Resultatet er at den danske banken er det selskapet som anses å inneha beneficial ownership tydeligst, noe som synes å utelate muligheten for at andre kan være beneficial owner. Derfor finnes det ingen beneficial owner av utbyttet. Dette synes å stemme overens med OECD-kommentarenes og alternativ (ii) det kan tenkes utbytte som ikke har noen beneficial owner i det hele tatt.

## 9 Vil Swiss Swap Case bli lagt til grunn i Norge?

### 9.1 Innledning

Det synes som om det finnes få, om ingen, avgjørelser fra norsk Høyesterett hvor man har tatt stilling til hvem som er å anse som beneficial owner av utbytte, renter eller royalty i skatteavtalesammenheng. Derimot foreligger underrettspraksis fra Oslo tingrett i den såkalte Transocean-saken.<sup>387</sup> Saken gjaldt tre Transoceanselskaper og tre norske rådgivere som ble tiltalt i 2011 for medvirkning til grov skatteunndragelse. De fire ble frifunnet i 2014. Økokrim anket saken videre til Borgarting lagmannsrett. Saken var berammet i lagmannsretten tidlig januar 2016. Den 13. januar 2016 frafalt Økokrim ankesaken. Det er varslet om store erstatningssaker fra de frikjente i etterkant.<sup>388</sup> I tillegg ble det iverksatt en intern granskning av Økokrim i regi av regjeringsadvokaten.<sup>389</sup> I Norge anses underrettspraksis for å ha liten vekt når det kommer til juridiske problemstillinger. I tillegg har det i etterkant av saken vært mye støy rundt avgjørelsen. Jeg velger derfor å ikke gå nærmere inn i saken. Det kan derfor være relevant å se til Høyesterettspraksis i Norge hvor andre nasjoners synspunkt er lagt til grunn i vurderingen. Etter dette gjennomgår jeg Høyesterettspraksis med OECD-kommentarene i seg. Tilslutt vurderer jeg hvilken gjennomslagskraft Swiss Swap Case kan få i Norge dersom tilsvarende problemstillinger dukker opp. Herunder at den indirekte kan få stor betydning dersom den initierer en endring av OECD-kommentarene, eller følges opp av andre land.

### 9.2 Relevans

Jeg minner om utgangspunktet som er at skatteavtaler er folkerettslige traktater. Her er fokus på skatteavtaler mellom Norge og et annet land. I første omgang skal inntekt skattlegges både i skatteyderens hjemstat og i den stat der inntekten oppstod (dvs. kildestaten).<sup>390</sup> Skatteavtalenes bestemmelser gir gjensidig avkall på nasjonal beskatningsrett for å hindre dobbeltbeskatning.<sup>391</sup> Det vil si at en og samme inntekt bare skattlegges i en stat.<sup>392</sup>

---

<sup>387</sup> TOSLO-2011-104857-4

<sup>388</sup> DN (2016a)

<sup>389</sup> DN (2016b)

<sup>390</sup> Zimmer (2012) s. 59

<sup>391</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>392</sup> Zimmer (2012) s. 59



Skatteavtalene gir ikke hjemmel for skatteplikt, men gir unntak fra skattelovgivningen. Hjemmel for skattlegging i Norge finner man altså i internretten. Om slik hjemmel finnes bør man i tillegg undersøke om Norge har gitt avkall på beskatningsretten i den aktuelle skatteavtalen.<sup>393</sup> Disse spørsmålene reguleres av både skatteavtaler (folkerettslige traktater) og av internrettslige regler.<sup>394</sup> Om Norge er skatteyderens hjemstat, men skatteavtalen gir beskatningsrett til den andre staten, skal dobbeltbeskatning normalt forebygges i Norge.<sup>395</sup>

Skatteavtalene er del av norsk intern rett jf. lov av 29. juli 1949 nr. 15 lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebygging av dobbeltbeskatning mv. (dobbelbeskatningsavtaleloven). Skatteavtalene har samme trinnhøyde som formell lov, og de skal derfor anvendes av ligningsmyndigheter og domstoler.<sup>396</sup> Skatteyderne kan altså påberope seg skatteavtalene.<sup>397</sup> Skatteavtalene tolkes etter de prinsipper som gjelder for tolkning av traktater. Dette gjelder også når de anvendes av norske myndigheter og domstoler.<sup>398</sup>

### 9.2.1 Wien-konvensjonen

Skatteavtaler skal tolkes i samsvar med folkerettslige regler jf. Wien-konvensjonen artikkel 31(1) jf. kapittel 2 og 6.2.3. I tillegg vektlegges i praksis OECD -kommentarene til MTC, se kapittel 9.4.2. Selv om skatteavtalene er inkorporert i norsk rett ved dobbeltbeskatningsloven så fører ikke dette til at det er norsk rettskildelære som legges til grunn for tolkningen.<sup>399</sup> Norske skatteavtaler er folkerettslige traktater (dvs. formelt traktater, ikke norsk lov).<sup>400</sup> Norge har ikke ratifisert Wien-konvensjonen.<sup>401</sup> Grunnet statenes suverenitet bør man være forsiktig med å vektlegge dobbeltbeskatningsprinsippets formål. Når man tolker norske skatteavtaler hevdes det at suverenitetshensynet bør veie tyngst.<sup>402</sup> Utgangspunktet for

---

<sup>393</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>394</sup> Zimmer (2012) s. 44-45

<sup>395</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>396</sup> Rt. 2004 s. 957 (PGS)

<sup>397</sup> Zimmer (2012) s. 60

<sup>398</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 49

<sup>399</sup> Skaar m.fl. (2006) s. 53

<sup>400</sup> Rt. 1994 s. 752 (Alphawell)

<sup>401</sup> Rt. 2004 s. 957 (PGS) avsnitt 41.

<sup>402</sup> Skaar (2006) m.fl. s. 56; Rt. 1994 s. 752 (Alphawell), Rt. 2004 s. 957 (PGS)

tolkning er traktattekstens ordlyd som tolkes i lys av «in good faith», «context», «objects and purpose»,<sup>403</sup> se kapittel 6.2.3.

## 9.2.2 Andre nasjoners praksis og synspunkt

I hvilken grad kan man ta andre nasjoners synspunkt og rettspraksis i betraktning? Dette kan omformuleres til hvilken gjennomslagskraft Swiss Swap Case kan få i Norge dersom tilsvarende problemstillinger kommer opp her. Kan avgjørelsen få stor betydning dersom den initierer en endring av OECD-kommentarene, eller følges opp av andre land? Betydningen av utenlandske nasjoners synspunkter om skatteavtalene er omdiskutert,<sup>404</sup> se kapittel 6.2.7. Det å ta andre staters nasjoner synspunkter i betraktning bidrar til å utvikle og presisere innholdet i begreper som er felles i alle skatteavtaler. Synspunkter og rettspraksis fra andre stater er ikke en avgjørende rettskildefaktor, men det kan ha stor verdi når man forsøker å finne frem til gjeldende rett.

Norsk Høyesterett har lagt til grunn at synspunkt og dommer i andre land, særlig fra den øverste domstol, kan tas i betraktning. I denne sammenheng kan det vises til Rt. 1994.752 (Alphawell). I Alphawell-avgjørelsen utførte en internasjonal anerkjent britisk ekspert på tolking av seismiske kart konsulent tjenester for Statoil gjennom et selskap hvor han og hans kone var eneksjonærer.

Det rettslige spørsmålet i saken var om det britiske konsultentselskapet Alphawell Ltd. hadde «fast driftssted» i Norge, slik at det etter skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia<sup>405</sup> var skattepliktig til Norge for årene 1983 til 1985 og 1986. Et tilleggsspørsmål var om selskapets direktør og hovedaksjonær Richard M. Pegrum dermed også var skattepliktig for arbeid utført i Norge.

Retten kom til at skatteplikt til Norge ikke forelå ut fra reglene om fast driftssted (skatteavtalens artikkel 5 (1)). Bestemmelsen ble fortolket iht. ordenes naturlige mening da en

---

<sup>403</sup> Rt. 1994 s. 752 (Alphawell), Rt. 2002 s. 718 (Heerema III), Rt. 2008 s. 233 (Kellogg Brown & Root), Rt. 2008 s. 577 (Sølvik)

<sup>404</sup> Zimmer (2009) s. 77-78

<sup>405</sup> Skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia (2000)

formålsbestemt tolking ikke ga særlig veiledning. Rettens begrunnelse var at det ikke forelå grunnlag for å skatlegge selskapet iht. agentregelen i skatteavtalens artikkel 5 (5).

Dommen har overføringsverdi for oppgavens problemstilling da skatteyteren fikk noe tilsagn med å henvise til rettsoppfatninger i den annen stat. Den ankede part Alphawell anførte blant annet

**Kommentarene til OECDs mønsteravtale må derfor få betydning, samtidig som andre lands praksis bør tillegges vekt.** Dette gjelder særlig britisk rett når vi her står overfor tolkingen av avtalen med Storbritannia. **Tysk rett er imidlertid også av interesse,** fordi vilkåret "fast driftssted" er hentet fra tysk intern rett, hvor det er en omfattende praksis om dets rekkevidde.<sup>406</sup> (min utheving)

Høyesterett viste først til at utgangspunktet for tolking er ordlyd,<sup>407</sup> og at det reises spørsmål om «hvor langt formålsog [sic] effektivitetsbetraktninger kan tillegges betydning».<sup>408</sup> Videre viste Høyesterett til at

På den annen side må det erkjennes at ordlyden ikke gir grunnlag for å trekke skarpe grenser, og at de utdrag av **utenlandsk rett** som partene dokumenterte for Høyesterett, viser at det gjennomgående stilles små krav til et "fast driftssted".<sup>409</sup> (min utheving)

Førstevoterende viste så tilbake til Alaska-avgjørelsen hvor man hadde tatt i betraktning OECD-kommentaren om «fast driftssted».<sup>410</sup> Dommen gir støtte for at man kan ta utenlandske synspunkter i betraktning, herunder Swiss Swap Case, da skatteyteren i Rt. 1994.752 (Alphawell) fikk noe utslag for å vise til rettsoppfatninger i en annen stat.

I Rt. 2008 s. 577 (Sølvik) gjaldt avgjørelsen hvorvidt en person hadde skattemessig bostad i Norge eller i USA. Den rettslige problemstillingen i saken var om en person hadde

---

<sup>406</sup> Rt. 1994.752 (Alphawell) s. 758

<sup>407</sup> ibid. s. 762

<sup>408</sup> ibid. s. 758

<sup>409</sup> ibid. s. 758

<sup>410</sup> ibid. s. 763

skattemessig bostad i Norge eller i USA ved opphold på to og ett halvt år i USA, jf. dobbeltskatteavtalen mellom Norge og USA<sup>411</sup> artikkel 3 (2).

Høyesterett kom til at selv om mannen eide en bolig i Norge, så var ikke denne i hans rådighet ettersom boligen var utleid på uoppsigelige kontrakter i utleietiden. Mannen hadde derfor etter dobbeltskatteavtalen mellom Norge og USA artikkel 3 (2) sitt faste bosted i USA og skulle skattlegges deretter.

Høyesterett uttalte at praksis i «andre land vil ikkje vere avgjerande, men eg tar likevel med eit par døme på forståinga som viser korleis andre statar vurderer opphaldstid».<sup>412</sup>

Dommen har betydning for oppgavens problemstilling da Høyesterett i Rt. 2008 s. 577 (Sølvik) henviste til bl.a. dansk rettsoppfatning som illustrasjon på «korleis andre statar vurderer opphaldstid»;<sup>413</sup> selv om det sies uttrykkelig at andre staters praksis ikke er avgjørende. På denne bakgrunn kan det tenkes at Swiss Swap Case vil tas i betraktning om lignende problemstillinger dukker opp for norske rettsinstanser.

I Rt. 2011 s. 1581 (Dell) gjaldt saken prøving av et norsk ligningsvedtak for årene 2003 til 2006 for det irske selskapet Dell Products. Dell Products i Irland solgte datamaskiner og utstyr ved en kommisjonsavtale der selskapet var kommittent (hovedmann) og det norske selskapet Dell AS var kommisjonær.

Den rettslige problemstillingen i saken var om Dell Products hadde fast driftssted i Norge etter skatteavtalen mellom Irland og Norge<sup>414</sup> artikkel 7 nr. 1, jf. artikkel 5 nr. 5.<sup>415</sup> Retten kom til at det irske selskapet ikke hadde fast driftssted i Norge og dermed ikke var skattepliktig her i landet, jf. skatteavtale mellom Irland og Norge artikkel 7 nr. 1, jf. artikkel 5 nr. 5.<sup>416</sup> Retten uttalte:

---

<sup>411</sup> Skatteavtale mellom USA og Norge (1980)

<sup>412</sup> Rt. 2008 s. 577 (Sølvik) avsnitt 53

<sup>413</sup> l.c.

<sup>414</sup> Skatteavtale mellom Norge og Irland (2000)

<sup>415</sup> Rt. 2011 s. 1581 (Dell) avsnitt 1

<sup>416</sup> l.c.

[...] også av interesse korleis vedkomande artikkel er forstått i andre land. Og ikkje minst gjeld det tilfelle der det ligg føre avgjerder frå dei øvste domstolane i ein stat. For Høgsterett er det opplyst om ein slik dom, dommen i den såkalla Zimmer-saka av 31. mars 2010, avgjerd 304715, frå den administrative høgsteretten i Frankrike, Conseil d'Etat.<sup>417</sup> (min utheving)

Og vidare i avsnitt 52 blir faktum i Zimmer-saken<sup>418</sup> presentert, og Høyesterett uttalte «dommen gjeld eit kommisjonshøve, og det er tale om faktiske omstende som i stor grad er parallelle med dei i vår sak».<sup>419</sup> I avsnitt 53 vurderte Høyesterett opp mot andre staters vurderingar:

[...] mange andre statar vore gjort tilsvarande vurderingar som hos oss om skatteplikt for Dell. [...] Dell-konsernet har tilsvarande avtalar i 15 statar, utan at nokon av dei andre har meint at kommisjonsordninga gav grunnlag for fast driftsstad i kommisjonærstaten. Det er likevel ikkje avklara korleis skattestyresmaktene i Spania vurderer spørsmålet. Særleg må det nemnast at Skatteverket i Sverige i vedtak av 24. november 2010 la til grunn at Dell AB skulle skattleggast [...].<sup>420</sup> (min utheving)

Dell-avgjørelsen støtter synspunktet om at Swiss Swap Case kan gi uttelling som et moment i vurderingen i norsk rettspraksis. Både som enkeltstående avgjørelse eller som i en rekke moment i vurderingen som «mange andre stater vore gjort tilsvarandre vurderingar».<sup>421</sup>

Høyesterettspraksis gjengitt over gir støtte for at Swiss Swap Case kan få gjennomslagskraft i Norge dersom tilsvarende problemstilling kommer opp her. Videre uttaler Zimmer at argumenter som er «basert på den annen stats syn på saken ikke har nådd frem [...] kan knapt tas som indikasjon på at den annen stats praksis er irrelevant, men bare at den ikke er tilstrekkelig tungtveiende i disse sakene».<sup>422</sup> Hvilken gjennomslagskraft Swiss Swap Case vil ha kan bero på problemstillingen som er oppe for rettsinstansen.

---

<sup>417</sup> ibid. avsnitt 51

<sup>418</sup> Zimmer-saken (2010)

<sup>419</sup> Rt. 2011 s. 1581 (Dell) avsnitt 52

<sup>420</sup> ibid. avsnitt 53

<sup>421</sup> ibid. avsnitt 53

<sup>422</sup> Zimmer (2009) s. 78

### 9.2.3 OECD MTC og kommentarene

I hvilke grad tar norsk Høyesterett i betraktning OECD MTC og kommentarene i sine vurderinger? Kan Swiss Swap Case få betydning dersom den igangsetter en endring av OECD-kommentarene, eller evt. følges opp av andre land? I denne sammenheng kan det vises til avgjørelsen Rt. 1994 s. 752 (Alphawell). Her var skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia fra 1951 (endret i 2000). Ved vurderingen la retten vekt på at «kommentarene til OECDs mønsteravtale må derfor få betydning».<sup>423</sup> Høyesterett på side 760:

Skatteavtalen er utformet etter den modellkonvensjon som er utarbeidet av OECD. Denne modellkonvensjonen er opprinnelig fra 1963 og ble endret i 1977. Det er **utarbeidet fyldige kommentarer til den, og de har betydning for tolkingen av den skatteavtalen som er aktuell i denne saken. Kommentarene til 1977-utgaven må også legges til grunn for tolkingen av modellkonvensjonens 1963-utgave.**<sup>424</sup> (min utheving)

Her viste Høyesterett til skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia (1951) så tok man utgangspunkt i OECD-kommentarene fra 1977. Videre burde også OECD-kommentarene fra 1977 legges til grunn for tolkingen av OECD MTC utkastet fra 1963. Altså en dynamisk tolkning av OECD-materialet. Swiss Swap Case har betydning i så måte da de tolket en skatteavtalen fra 1973 med OECD-kommentarene fra 2014. Til støtte for dette synet finner man Rt. 2008 s. 577 (Sølvik):

[O]gså kan legges vekt på andre omstendigheter knyttet til avtalen etter Wienkonvensjonen artikkel 31 nr. 2, 3. **Kommentarene til OECD MTC blir vektlagt ved tolkingen**, jf. Rt-1994-752, Rt-1997-653 og Rt-2004-957. I tillegg kan **også nyere kommentarer som kom til før inngåelsen av gjeldende dobbeltskatteavtalen bli tillagt vekt. Kommentarer som endres gir ofte uttrykk for endret praksis mellom OECD-landene, også der selve artiklene blir stående uendret.**<sup>425</sup> (min utheving)

---

<sup>423</sup> Rt. 1994 s 752 (Alphawell) s. 758

<sup>424</sup> ibid. s. 760

<sup>425</sup> Rt. 2008 s. 577 (Sølvik) avsnitt 47

Staten anførte i Sølvik-saken at «kommentarane til mønsteravtalen ikkje kan tilleggjast så stor vekt som det elles er vanleg, fordi kommentarane til utslagsreglane ikkje har vore nemnande endra sidan dei først kom inn i 1963». Staten anførte vidare at «praksisen omkring desse reglane har gjennomgått ei utvikling som ikkje har vorte reflektert gjennom kommentarane». <sup>426</sup> På denne anførselen uttalte Høyesterett:

**Eg kan ikkje dele dette synet. Både mønsteravtalen og kommentarane har vorte endra fleire gonger sidan 1963, og det må då kunne leggjast til grunn at OECD-landa har hatt høve og grunn til å endre kommentarane også til utslagsreglane dersom kommentarane ikkje har følgd med i utviklinga. Dette har skjedd med omsyn til andre artikkelar i mønsteravtalen, jf. dei høgsterettssakene eg har vist til. Staten har også hatt all mogleg grunn til å leggje fram dokumentasjon for at det i internasjonal praksis har skjedd endringar med omsyn til praktiseringa av utslagsreglane, men har ikkje gjort det. Eg byggjer etter dette på at kommentarane til mønsteravtalen framleis er relevante og bør tilleggjast stor vekt for forståinga av mønsteravtalen.** <sup>427</sup> (min utheving)

I vurderingen avviste Høyesterett statens anførsel om at OECD-kommentarene måtte i mindre grad vektlegges enn normalt. Høyesterett la avgjørende vekt på OECD Kommentarene, med tillegg av senere publiserte kommentarer. Det at OECD-kommentarene hadde blitt endret flere ganger de senere årene la til grunn at man måtte anta at de senest publiserte kommentarene representere gjeldende rett. Videre hadde staten ikke vist til internasjonal praksis som endret denne rettsoppfatningen.

Dette taler for at Swiss Swap Case kan bli et moment i lignende saker. Både når det gjelder for senere publiserte kommentarer samt det å vektlegge internasjonal praksis som ikke er samsvar med gjeldende OECD-kommentarer. Swiss Swap Case kan bli et moment i begge retninger. Her synes det som om Høyesterett åpner for at andre nasjoners praksis som viser at OECD-kommentarene ikke representerer gjeldende rett kan tas i betraktning. Man antar da at

---

<sup>426</sup> Rt. 2008 s. 577 (Sølvik) avsnitt 48

<sup>427</sup> l.c.

OECD-kommentarene ikke har fulgt med i den seneste utviklingen i internasjonal skatterett. Men dette synes også å gjelde om OECD-kommentarene faktisk representerer gjeldende rett.



## 10 Problemstillingen i Swiss Swap Case vurdert opp mot norske internrettslige regler

### 10.1 Innledning

I vurderingen av norsk kildebeskatning er utgangspunktet Swiss Swap Case og jeg minner om de faktiske forhold presentert i kapittel 4.3.1. I norsk internrett er aksjeutbytte kapitalinntekt jf. sktl. § 5-1 (1) og sktl. § 5-20 (1).<sup>428</sup> Aksjeutbytte er i utgangspunktet skattepliktig inntekt jf. sktl. § 10-11 (1)<sup>429</sup> og skatteplikten er ubetinget om aksjonæren er en fysisk person.<sup>430</sup> Bestemmelsen gjelder også om det utdelende selskapet hører hjemme i utlandet.<sup>431</sup> Om aksjonæren er et aksjeselskap, er aksjeutbytte (og aksjegevinst), som hovedregel skattefritt og tap ved salg av aksjer som hovedregel ikke fradragsberettiget jf. sktl. § 2-38 (1) a jf. (2) a.<sup>432</sup> Formålet er å forebygge kjedebeskatning (dvs. dobbeltbeskatning) av selskapsoverskudd.<sup>433</sup> Det kan her oppstå spørsmål om blant annet omklassifisering av inntektens art, tilordning til et annet skattesubjekt eller gjennomskjæring etter den ulovfestede omgåelsesnormen.<sup>434</sup>

Utgangspunktet for fritaksmetoden i internasjonale forhold gjelder hvor selskap hjemmehørende i Norge, mottar utbytte fra utenlandske selskaper samt har gevinst og tap på aksjer i slike. To unntak gjelder om et norsk hjemmehørende selskap har aksjer i et utenlandsk hjemmehørende selskap; (i) fritaksmetoden gjelder ikke for selskaper hjemmehørende i *lavskatteland utenfor EØS* jf. sktl. § 2-38 (3) a. Og (ii) fritaksmetoden gjelder ikke for selskaper som er hjemmehørende i *land utenfor EØS* (og som heller ikke er lavskatteland) dersom skatteyteren ikke eier minst 10 prosent av aksjene og har minst 10 prosent av stemmeretten i selskapet jf. sktl. § 2-38 (3) bokstav f (om aksjeutbytte).<sup>435</sup> I sktl. § 2-38 (5) er unntak for utenlandske hjemmehørende selskaper som har aksjer hjemmehørende i Norge. Unntaket er basert på den tanken at det bør være aksjonærens hjemstats oppgave å forebygge

---

<sup>428</sup> Zimmer (2012) s. 293

<sup>429</sup> *ibid.* s. 296

<sup>430</sup> *ibid.* s. 296

<sup>431</sup> *ibid.* s. 296

<sup>432</sup> *ibid.* s. 304

<sup>433</sup> *ibid.* s. 304

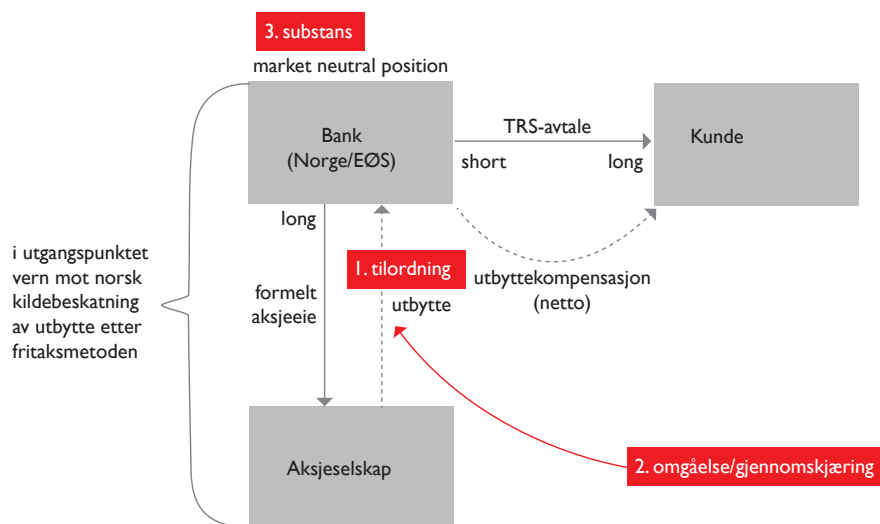
<sup>434</sup> Zimmer m.fl. (2014) s. 328

<sup>435</sup> Zimmer (2012) s. 305

kjedebeskatning (ofte gis kredit for den norske skatten). Men i EØS kan ikke slik forskjellsbehandling av norske og utenlandske aksjonærer gjennomføres.<sup>436</sup>

Skattlegging er et inngrep i borgernes frihet og rettigheter og berøres av sentrale forvaltningsrettslige prinsipper som legalitetsprinsippet, domstolskontroll med forvaltningen og forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.<sup>437</sup>

I dette kapitlet vurderer jeg Swiss Swap Case opp mot norske internrettslige regler om tilordning, den ulovfestede omgåelsesnormen og tilslutt EØS-avtalen. Situasjonene som legges til grunn endres noe ift. fakta i Swiss Swap Case. De ulike situasjonene beskrives innledningsvis i de respektive kapitlene. Situasjonen er oppsummerende illustrert i figur 5.



**Figur 5: TRS-avtalen og de ulike partenes økonomiske posisjoner. Den norske banken/banken i EØS-stat, TRS-motpartene og aksjeselskapet i Norge<sup>438</sup>**

## 10.2 Tilordning

Situasjonen her er en bank hjemmehørende i Norge som mottar utbytte på norske aksjer eid til sikring av et finansielt derivat. Kunden holder til på for eksempel Cayman Islands. Jeg legger til grunn at bankens motpart i TRS-kontrakten ville vært kildeskattepliktig (uten

<sup>436</sup> Zimmer (2012) s. 306

<sup>437</sup> ibid. s. 38

<sup>438</sup> BAHN (2016)

skatteavtalevern) dersom vedkommende hadde kjøpt norske aksjer (direkte).<sup>439</sup> I denne situasjonen omfattes banken av fritaksmetoden som subjekt, og det blir da en vurdering av norsk intern rett. Skal utbyttet fra utsteder tilordnes banken eller kunden? Dersom utbyttet tilordnes banken, kan omgåelsesnormen komme til anvendelse slik at utbyttet likevel skal beskattes som om det tilfalt kunden direkte. Denne problemstillingen tar jeg for meg i kapittel 10.3. Spørsmålet om hvem som skal tilordnes utbytteinntekten beror på tolkning av den enkelte skatteregel.

Aksjonæren er her et aksjeselskap og da er aksjeutbytte som hovedregel skattefritt og tap ved salg av aksjer som hovedregel ikke fradragsberettiget jf. sktl. § 2-38 1. ledd a jf. 2. ledd a.<sup>440</sup> Formålet er å forebygge kjedebeskatning av selskapsoverskudd.<sup>441</sup>

Reglene innebærer at selskapsoverskuddet skattlegges i det selskapet som har opptjent det og at utbytte (utover skjerming) skattlegges hos den som fysiske person som er aksjonær i morselskapet (aksjonærmodellen), men at mellomliggende selskaper ikke skattlegges (fritaksmetoden).<sup>442</sup> Man finner unntak i sktl. § 2-38 (6) «av inntekt som er skattefri etter denne bestemmelse, skal likevel tre prosent regnes som skattepliktig inntekt».<sup>443</sup> Utgangspunktet er at man i slike tilfeller skal se til det privatrettslige forhold.

En særskilt problemstilling gjelder hvordan man bestemmer hvilket skattesubjekt som skal skattlegges for den enkelte inntektspost og hvilket subjekt som kan kreve fradrag for den enkelte utgiftspost. Dette omtales gjerne som et spørsmål om tilordning. Reglene om dette må anses som nedfelt i den enkelte skatteregel. Men det underliggende prinsipp er at det privatrettslige – *eller annet ikke-skatterettslig* – *rettighetsforhold* er bestemmende (den skatteyder som er privatrettslig kreditor for en inntektspost, er også rett skatteyder). Svært ofte er dette problemløst.<sup>444</sup> (min utheving)

---

<sup>439</sup> BAHN (2016)

<sup>440</sup> Zimmer (2012) s. 304

<sup>441</sup> l.c.

<sup>442</sup> l.c.

<sup>443</sup> l.c.

<sup>444</sup> Zimmer (2012) s. 88

I denne sammenheng kan det vises til Rt. 2015.1260 (Herkules). Saken gjaldt gyldigheten av ligningen for tre privatpersoner fra 2007 og det selskapet de arbeidet i. Det rettslige spørsmålet var den skattemessige klassifiseringen og tilordningen av såkalt «carried interest» - en resultatbasert utbetaling i private equity-bransjen. Høyesterett opphevet ligningsvedtakene.

Rettens begrunnelse var at utgangspunktet for den skatterettslige klassifisering og tilordning må være den privatrettslige realiteten. Det var «general partner» som hadde truffet investeringsbeslutningene, og den valgte selskapsstrukturen og allokeringen av «carried interest» til «general partner» hadde en reell forretningsmessig begrunnelse. Da kunne ikke utbetalingen skattemessig tilordnes eierselskapet. Selv om eiernes arbeidsinnsats i stor grad hadde bidratt til verdiutviklingen i fondene, hadde inntekten også tilflytt dem i egenskap av eiere i fondsforvaltervirksomheten, og overskuddet hadde også sammenheng med verdiskapningen i porteføljeselskapene og den generelle markedsutviklingen. Det kunne da heller ikke legges til grunn at inntekten var vunnet ved arbeid fra eierne. Det var dissens 3-2 vedrørende begrunnelsen. Flertallet uttalte:

Mitt utgangspunkt er etter dette at den skatterettslige klassifisering og **tilordning av en inntekt må ta utgangspunkt i hva som er den privatrettslige realiteten**. Hvis de aktuelle disposisjonene er reelle og bindende mellom partene, må de i utgangspunktet legges til grunn for beskatningen. **Unntak kan bare gjøres hvis det er grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring etter den ulovfestede omgåelsesnormen eller hvis vilkårene i skatteloven § 13-1 er oppfylt**. Jeg viser til Rt-2008-1537 ConocoPhillips avsnitt 40. Førstvoterende konstaterer der at de omtvistede disposisjonene var reelle og bindende, og at de måtte «leggjast til grunn privatrettsleg». I forlengelsen av dette uttaler han at en endret tilordning da må bygge på gjennomskjæringsprinsipper.<sup>445</sup> (min utheving)

---

<sup>445</sup> Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 50

Høyesterett uttalte videre i avsnitt 50: «Situasjonen er annerledes hvor avtalepartenes betegnelse ikke stemmer overens med realiteten. Som nevnt i Rt-2008-1307 Alvdal Bygg avsnitt 23 må betegnelsen i slike tilfeller vike for en riktig skatterettslig bedømmelse».<sup>446</sup>

Mindretallet i Herkules-saken uttalte: «Som førstvoterende er inne på, er det ikke avgjørende hva som er fastsatt i avtaler mellom partene. Spørsmålet er hvilket rettssubjekt som har utøvet funksjonene som har gitt grunnlaget for utbetaling av carried interest».<sup>447</sup>

I dette tilfellet er det neppe tvil om at privatrettslig realitet er at banken mottar aksjeutbyttet. Banken har krav på utbyttet, og det utbetales til denne. Kunden har ingen rettigheter overfor utsteder, og det er ingen rettslig forbindelse mellom bankens aksjeeie og TRSen. Men det kan stilles spørsmål om det er åpning for vurderinger som i Swiss Swap Case om beneficial owner. Er det tilstrekkelig at det er ganske nær faktisk sammenheng mellom aksjeeiet og TRSen? Formuleringene i Herkules-saken synes ikke å åpne for det, og behovet er vel heller ikke stort pga. omgåelsesregelen.

Det er vanskeligere å forsvare resultatet i Swiss Swap Case dersom vurderingen har basis i norsk internrettslig tilordning. Det sentrale i norsk internrett om tilordning er at den danske banken ville ha blitt tilordnet utbyttet ettersom det må tilordnes noen. Ifølge privatrettslige forhold var den danske banken berettiget til mottak av aksjeutbytte, noe TRS-motpartene ikke var. Banken har vern etter den norske fritaksmetoden, ikke etter skatteavtalen. Det er altså slik at tilordningsreglene i seg selv neppe gir grunnlag for å tilordne utbyttebetalingen til kunden.

### **10.3 Den ulovfestede omgåelsesnorm**

Situasjonen her er den samme som i kapittel 10.2. En bank hjemmehørende i Norge som mottar utbytte på norske aksjer eid til sikring av et finansielt derivat. Derivatkontrakten er inngått med kunder som ikke er hjemmehørende i et EØS-land. Jeg legger også her til grunn at bankens motpart i TRS-kontrakten ville vært kildeskattepliktig (uten skatteavtalevern) dersom han hadde kjøpt norske aksjer (direkte).<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) avsnitt 51

<sup>447</sup> *ibid.* avsnitt 91

<sup>448</sup> BAHK (2016)

Jeg har tidligere nevnt at for omgåelsesspørsmål er det en privatrettslig form som utnyttes for å oppnå skattemessige fordeler som ikke er i overensstemmelse med (det man antar er) skattelovgivningens formål.<sup>449</sup> I omgåelsestiltfeller gjør hensyn til skatteyters rettssikkerhet seg gjeldende, både i form av legalitetsprinsippet, likhetsprinsippet og forutberegnelighet.<sup>450</sup>

Rettsgrunnlaget for den norske ulovfestede gjennomskjæringsregelen er utviklet i rettspraksis og juridisk teori.<sup>451</sup> Den består av et grunnvilkår og en totalvurdering. Det er i 2016 utarbeidet en NOU som vurderer om omgåelsesnormen skal kodifiseres.<sup>452</sup> Normens rettsgrunnlag er fremdeles en rekke høyesterettsdommer som for eksempel Rt. 2007 s. 209 (Hex):

[D]en ulovfestede gjennomskjæringsregel [...] består – slik den er utviklet i høyesterettsavgjørelser i de senere år – av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder den forretningsmessige egenverdi), skatteyters formål med disposisjonen og omstendighetene For øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen [...].<sup>453</sup>

Vurderingen skjer i to ledd; (i) grunnvilkåret og (ii) totalvurderingen. Grunnvilkåret behandler skatteyters formål i forhold til de aktuelle disposisjonene. I mange omgåelsessaker er vilkåret allerede oppfylt. Disposisjonen er allerede gjennomført for å spare skatt, men noen ganger er det tvil.<sup>454</sup>

Høyesterett har fastslått at det avgjørende er skatteyters subjektive formål. Med andre ord; «hva skatteyteren må antas å ha lagt vekt på» jf. Rt. 2006 s. 1232 (Telenor). Man bør ikke uten videre legge til grunn skatteyters egen begrunnelse:

---

<sup>449</sup> Zimmer (2012) s. 61

<sup>450</sup> Berg-Rolness (2016) s. 401

<sup>451</sup> Zimmer (2012) s. 63

<sup>452</sup> NOU 2016:5

<sup>453</sup> Rt. 2007 s. 209 (Hex) avsnitt 39

<sup>454</sup> Zimmer (2012) s. 64

Hva som har vært den viktigste motivasjonsfaktor, må avgjøres ut fra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken. Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skatteyteren sparer skatt, og denne skattebesparelsen er av noe omfang, er det en sterk presumpsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor.<sup>455</sup>

Så - man bør vurdere om disposisjonen(e) er i hovedsak skattemessig motivert, og man bør foreta en totalvurdering om det strider mot skattereglenes formål. Det sentrale er ofte i hvilken grad transaksjonen har forretningsmessige eller andre ikke-skattemessige virkninger (disposisjonens «forretningsmessige egenverdi»). Dette er ikke like viktige som skattefordelen, men vil bli vektlagt i en vurdering om det overstiger en viss sum.<sup>456</sup> Videre skal man ta hensyn til omstendighetene for øvrig. Det er et særlig viktig moment i hvilken grad transaksjonen – for å oppnå skatteformålet – er komplisert, kunstig eller unaturlig ut fra en forretningsmessig vurdering.<sup>457</sup>

En konsekvens av at det foreligger omgåelse – om omgåelsesnormen kan anvendes – innebærer at skatteyterens disposisjoner ikke får skatterettslige virkninger etter sitt formelle innhold. Omgåelsesvurderingen innebærer en rekarakterisering av rettsforholdet, og konsekvensen av at omgåelsesnormen anvendes blir da at skattleggingen tar utgangspunkt i det rekarakteriserte forholdet.<sup>458</sup>

Grunnvilkåret er bevisbedømmelse. I prinsippet i den konkrete saken. Så hva finnes av ikke skatterettslige grunner til å inngå i en TRS-avtale fremfor det å kjøpe aksjer. Man kan for eksempel tenke seg det å slippe å legge ut større kapitalsummer men likevel få utbytte. Dette må vurderes konkret. Men har det likevel betydning om banken inngår TRSer hele året med ulik løpetid versus at det stort sett bare inngås nokså kortvarige TRSer rundt utbyttedato? Det kan synes så, for TRS-avtalene med kortere løpetid og med utløpsdato rundt utbyttedato for aksjene kan muligens anses som en omgåelse ift. andre TRS-kontrakter som inngås uavhengig av det beskrevne moment.

---

<sup>455</sup> Rt. 2006 s. 1232 (Telenor) avsnitt 50

<sup>456</sup> Zimmer (2012) s. 65

<sup>457</sup> *ibid.* s. 67

<sup>458</sup> *ibid.* s. 77

I tillegg kan vederlagsstrukturen ha betydning. Hva om partene for eksempel deler skattebesparelsen likt ved at banken bare plikter å kompensere kundene for 87,5% av utbyttet.

For totalvurderingen har dette en viss egenverdi. Her slipper man å legge ut kapital og eie aksjene. Kunden kan heller ikke stemme for aksjene. Et annet spørsmål er om dette er i strid med lovens formål? Formålet er å sikre en viss beskatning i Norge på utbytte til utlendinger. Men dette vil bli skattlagt når banken deler ut utbytte til personlig aksjonær. Det kan riktignok være lenge til om det overhodet vil skje noen gang. Det kan etter dette synes som det vesentlige er å spare skatt. Men om det skattlegges hos kunden nå, kan det bli dobbeltbeskatning (på aksjonærnivå) når/hvis banken senere deler ut verdiene til sine aksjonærer.

Og for vurdering av motiv; bør da Høyesterett undersøke kundens motiv, herunder hver enkelt kundes motiv? Det kan fort bli omfattende.

Det er etter dette omgåelsesnormen som fremstår som den mest aktuelle når det kommer til valg av norsk internrettslig grunnlag for å angripe transaksjoner som i Swiss Swap Case.

#### **10.4 Betydningen av EØS-avtalen**

Norge ble en del av det EUs indre marked da EØS-avtalen ble signert i 1994. EØS-avtalen inneholder regler om de fire friheter (varer, kapital, personer og tjenester) og forbud mot statsstøtte som forplikter Norge og internretten. Utviklingen i EØS-retten er viktig, selv om skattepolitikken ikke er en del av EØS-avtalen. EØS-avtalens fire friheter er parallelle med EU-traktaten, og EØS-avtalen er inkorporert i norsk rett. EU-domstolen har de siste tiårene slått ned på interne skatteregler i medlemslandene som anses å være i strid med en eller flere av de fire frihetene. Senest i forbindelse med Irlands statsstøtte til Apple hvor EU-kommisjonen konkluderte med at den amerikanske IT-giganten hadde mottatt ulovlig statsstøtte fra myndighetene i Irland.<sup>459</sup> Utviklingen i EU-retten er relevant også for norsk rett

---

<sup>459</sup> Aftenposten (2016)



via EØS-avtalen. EU-rettens økende fokus på slike skatteregler internt i medlemslandene har også ført til at flere norske interne skatteregler har blitt endret.<sup>460</sup>

Da man innførte fritaksmetoden var et mål å bringe Norges interne skatteregler for utbytte (og gevinst) i samsvar med EØS-avtalens prinsipp om de fire friheter.<sup>461</sup> Fritaksmetoden tilsier at selskapsaksjonærer som mottar utbytte fra et norsk selskap hjemmehørende i andre EØS-land er fritatt fra norsk skatt, herunder er det et krav til selskapets substans. EØS-avtalens etableringsrett inneholder tilnærmet likt reglene i EU-avtalen. EU-domstolen har i flere avgjørelser lagt til grunn at regler som medfører diskriminering eller restriksjoner kan tenkes rettfærdiggjort av hensynet til å bekjempe skatteomgåelse. Vilkårene er strenge. EU-domstolen har alltid krevd at det må foreligge «wholly artificial arrangements» som ikke kan bekjempes med mindre inngripende midler, statene har derfor ofte ikke nådd frem med dette argumentet, se som eksempel C-196/05 Cadbury Schweppes. EU-domstolens praksis anses som en sentral rettskilde i slike tilfeller.<sup>462</sup> Regler i strid med etableringsretten, kan likevel anses som legitime dersom de kan begrunnes i et behov for å bekjempe strukturer som er etablert med formål å unngå nasjonale regler.<sup>463</sup>

Situasjonen i dette kapittelet er at banken er hjemmehørende i annet EØS-land som mottar utbytte på norske aksjer eid til sikring av finansielt derivat. Derivatkontrakten er fremdeles inngått med kunder som ikke er hjemmehørende i et EØS-land. Jeg legger også her til grunn at bankens motpart i TRS-kontrakten ville vært kildeskattepliktig (uten skatteavtalevern) dersom han hadde kjøpt norske aksjer (direkte).<sup>464</sup> Vil EØS-avtalen avskjære eller begrense bruken av internrettslige tilordnings- og omgåelsesbestemmelser i dette tilfellet?

Det rettslige utgangspunktet er sktl. § 2-38 (5) som lyder: «Første ledd fritar for skatteplikt etter § 10-13 bare dersom skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b».<sup>465</sup> Sktl. § 10-64 bokstav b viser til dokumentasjonsplikt om «reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-

---

<sup>460</sup> Zimmer (2012) s. 45

<sup>461</sup> Ot.prp.nr.1 (2004-2005) pkt. 6

<sup>462</sup> Rt 2007.1003

<sup>463</sup> C-196/05 Cadbury Schweppes

<sup>464</sup> BAHR (2016)

<sup>465</sup> Sktl. § 2-38 (5)

land». Med andre ord; fritaksmetoden<sup>466</sup> viser til at aksjeutbytte fra et norsk selskap til en utenlandsk selskapsaksjonær hjemmehørende i EØS-området er fritatt fra skatteplikt. Dette gjelder likevel bare dersom selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet innenfor EØS (substanskravet).<sup>467</sup>

Problemstillingen blir da om banken er «reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land» jf. sktl. § 2-38, 5. ledd jf. § 10-64 bokstav b.

Det er neppe tvil om at banken er reelt etablert og driver reell virksomhet i EØS-staten i bestemmelsens forstand. Den har kontorer og ansatte, samt driver virksomhet i København. Fyller aksjonæren kravene til substans i internretten får vedkommende skattefritak på null prosent kildeskatt etter internretten. Videre er dette et spørsmål om det likevel kan fravikes ut fra tilordnings- eller omgåelsesperspektiver.

EØS-retten setter grenser i forhold til å trekke inn omgåelseshensyn og slik gjennomskjæring. I EU-domstolens avgjørelse C-196/05, Cadbury Schweppes, slo domstolen fast at det forelå en restriksjon (skattlegging av investeringer gjort i Irland var mindre gunstig enn i skatteyderens hjemstat eller i annet ikke-lavskatteland), men at slike regler kan forsvares hvor de har til formål å forebygge «wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally generated by activities carried out on national territory».<sup>468</sup> Med andre ord så må arrangementet være «wholly artificial arrangement» jf. Cadbury Schweppes-avgjørelsen for å kunne settes til side.

Dette forutsetter at man etter norsk rett ikke kan tilordne banken, men kunden, og spørsmål om dette kan opprettholdes når EØS-retten og skatteavtalen kommer inn i bildet. Det sentrale her er at EØS-retten bare begrenser Norges adgang til å gjennomskjære dersom det innebærer grenseoverskridende diskriminering. Gjennomskjæring i typetilfellet omtalt i dette kapitlet medfører ikke grenseoverskridende diskriminering siden Norge vil kunne anvende gjennomskjæringsreglene på samme måte som i typetilfellet omtalt i kapittel 10.3 (banken er hjemmehørende i Norge).

---

<sup>466</sup> Sktl. § 2-38 (1)

<sup>467</sup> Sktl. § 2-38 (5)

<sup>468</sup> C-196/05 Cadbury Schweppes avsnitt 51



## 11 Litteraturliste

### 11.1 Bøker

- Arnesen og Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Stenvik, Are. *Internasjonalisering og juridisk metode*, 2. utg., 2015
- Banoun (2003) Banoun, Bettina, *Omgåelse av skattereglene. En studie av høyesterettspraksis*, 2003
- Baumgartner (2010) Baumgartner, Bert, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, 2010
- Berg-Rollness (2016) Berg-Rolness, Gregar, *Skatteparadisene og den internasjonale selskapsskatteretten*, 1. utg., 2016
- Bundgaard (2013) Bundgaard, Jakob. "Chapter 6: The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as Companion", I: *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; Staringer, Claus m.fl. (red.), 2013, s. 91-119
- Duff (2013) Duff, David G. "Chapter 1: Beneficial Ownership: Recent Trends", I: *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Lang, Michael; Pistone, Pasquale; Schuch, Josef; Staringer, Claus m.fl. (red.), 2013, s. 1-27
- Du Toit (1999) Toit, Charl P. du. *Beneficial ownership in bilateral tax treaties*, 1999
- Engelen (2004) Engelen, Frank, *Interpretation of Tax Treaties under International Law. A study of the Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention of the Law of Treaties and their application to tax treaties*, 2004

- Gisle (2010) Jon Gisle, *Jusleksikon*, 2010
- Folkvord (2013) Folkvord, Benn, *Utbytte, lovlige og ulovlige tilpasninger til skattereglene*, 1. utg., 2013
- Gjems-Onstad og Furuseth m.fl. (2013) Gjems-Onstad, Ole og Furuseth, Eivind m.fl., *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, Handelshøyskolen BI 2013
- Helminen (2010) Helminen, Marjaana. *The international tax law concept of dividend*, 2010
- Lang m.fl. (2010) Lang, Michael, *Introduction to the law of double taxation conventions*, 2010
- Lang m.fl. (2012) Lang, Michael/Schuch og Staringer, Josef m.fl., *Einkünftezurechnung im Internationalen Steuerrecht*, 2012
- Lang m.fl. (2015) Lang m.fl. *The OECD-Model-Convention and its Update 2014*, 2015
- Meindl-Ringler (2016) Meindl-Ringler, Angelika, *Beneficial ownership in International Tax Law*, 2016
- Myklebust (2011) Myklebust, Trude, *Innføring i finansmarkedsrett*, 2011
- Naas (2011) Naas, Henning, Bruusgaard, Christian, Ilstad, Kristine og Svendsen, Christian, *Norsk Internasjonal Skatterett*, 2011
- Oreby Hansen og Bjørholm (2002) Oreby Hansen og Bjørholm, *Lempelse av dobbeltbeskatning*, 3. utg., 2002

- Ruud og Ulfstein (2002) Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*, 2. utg., 2002
- Ruud og Ulfstein (2011) Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*, 4. utg., 2011
- Shelton (2004) Shelton, Ned, *Interpretation and Application of Tax Treaties*, 2004
- Sinclair (1974) Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1. utg., 1974
- Skaar m.fl. (2006) Skaar, Arvid Aage m.fl.. *Norsk skatteavtalerett*, 2006
- Skoghøy (2007) Skoghøy, Jens Edvin A. *Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen*. Rett og toleranse, 2007
- Smits m.fl. (2009) Smits, Axel og Verlinden, Isabel. *Substance: Aligning International Tax Planning With Today's Business Realities*. Pricewaterhouse Coopers, 2009
- Streng og Yoder (2002) Streng, William P. og Yoder, Lowell D, *Cahiers de droit fiscal international*, Vol LXXXVIIa, 2002
- Strømstad (2013) Strømstad, Magnus Grøn. *Kildeskatt på utgående aksjeutbytte*. I: Praktisk internasjonal skatterett og internprising, , 2013. s. 137-168
- Tjaum (1996) Tjaum, Arne. *Valuta- og renteswaper: en rettslig studie* Arne Tjaum. 1996

- Vogel m.fl. (1997) Vogel, Klaus m.fl. *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions, A Commentary to the OECD, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital With Particular Reference to German Treaty Practice*. 3. utg., 1997
- Vogel og Lehner (2008) Vogel, Klaus og Lehner, M. *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 5. utg., 2008
- Zimmer (2005) Zimmer, Fredrik, *Lærebok i skatterett*, 2005
- Zimmer (2009) Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utg., 2009
- Zimmer (2012) Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 6. utg., 2012
- Zimmer m.fl. (2014) Zimmer, Frederik m.fl. i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR DA, *Bedrift, selskap og skatt. Skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*, 6. utg., 2014
- Ward m.fl. (2005) Ward, David A. *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, 2005

## 11.2 Artikler

- Aepli, Norbert Aepli, Norbert. «Swiss Court challenges fundamental OECD principle». I: *International Tax Review*, 20 May 2015  
(Sitert fra [internationaltaxreview.com](http://internationaltaxreview.com)) [Sitert 06.08.2016]
- Baumgartner og Georges (2015) Baumgartner, Beat og Frick, Georges, «Loyens & Loeff: Written judgements on Swiss supreme court decisions on denial of withholding tax refund for Danish banks»,

publisert 18.11.2015

[http://cdn.loyensloeff.com/media/4714/dms-20202400-v1-swiss\\_supreme\\_court\\_decisions\\_beneficial\\_ownership.pdf](http://cdn.loyensloeff.com/media/4714/dms-20202400-v1-swiss_supreme_court_decisions_beneficial_ownership.pdf)

[Sitert 06.08.2016]

Bundgaard og Winther-Sørensen (2008) Bundgaard og Winther-Sørensen. «Beneficial Ownership in International Financing Structures». *Tax Notes International*, May 19 2008

Deloitte (2015) Deloitte, «The View from Deloitte», *FStaxworld*, Issue Number 12, 24.12.2015  
[www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/financial-services/ch-fs-fstaxworld-issue-12-december-2015.pdf](http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ch/Documents/financial-services/ch-fs-fstaxworld-issue-12-december-2015.pdf)  
[Sitert 08.09.2016]

Desax og Busenhart (2012) s. 562 Marcus Desax og Martin Busenhart, «Swiss Tribunal Rules of Ownership And Treaty Abuse Issues Regarding Total Return Swaps», *Tax Notes International* Volume 66, Number 6, May 22 2012.  
[www.walderwyss.com/publications/1185.pdf](http://www.walderwyss.com/publications/1185.pdf)  
[Sitert 06.05.2016]

EY (2015) EY (Ernst & Young), «Swiss Supreme Court issues long-awaited decisions in the ‘Denmark’ derivatives cases», 07.05.2015  
[www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--swiss-supreme-court-issues-long-awaited-decisions-in-the-denmark-derivatives-cases](http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--swiss-supreme-court-issues-long-awaited-decisions-in-the-denmark-derivatives-cases)  
[Sitert 06.05.2016]



- Fischer og Buchmann (2015) Fischer, Michael og Buchmann, Marc, «Swiss Supreme Court on beneficial ownership: economics – what else?» 14.12.2015  
<http://blog.froriep.com/en/swiss-supreme-court-on-beneficial-ownership-economics-what-else>  
 [Sisert 06.05.2016]
- Furusest (2009) Furusest, Eivind. «Tolkning av begrepet ”beneficial owner” i skatteavtalene». *Skatterett* 2 2009 s. 179-192 (Sisert fra idunn.no) [Sisert 06.05.2016]
- Hermann (2014) Hermann, Charles. «Swiss withholding tax and pending refund claims: A €2 billion question». I: *International Tax Review*, 17 June 2014 (Sisert fra internationaltaxreview.com) [Sisert 06.05.2016]
- Loyens og Loeff (2015) Loyens og Loeff. «Written Judgements on Swiss Supreme Court Decisions on Denial of Withholding Tax Refund for Danish Banks», 18.11.2015  
[http://cdn.loyensloeff.com/media/4714/dms-20202400-v1-swiss\\_supreme\\_court\\_decisions\\_beneficial\\_ownership.pdf](http://cdn.loyensloeff.com/media/4714/dms-20202400-v1-swiss_supreme_court_decisions_beneficial_ownership.pdf)  
 [Sisert 06.05.2016]
- Perryman (2015) *Perryman, Haydon*, «Swiss court challenges fundamental OECD tax principle», *International Tax Review*, 27.05.2015  
[www.internationaltaxreview.com/Article/3454921/Swiss-court-challenges-fundamental-OECD-tax-principle.html](http://www.internationaltaxreview.com/Article/3454921/Swiss-court-challenges-fundamental-OECD-tax-principle.html)  
 [Sisert 17.09.2016]
- PWC (2015) PWC (PriceWaterhouseCoopers), «Swiss Federal Supreme Court Rules in Withholding Tax Case for

Danish Banks», Mai 2015  
www.pwc.com/mx/es/impuestos/archivo/20150519-gx-  
swiss-federal-supreme-court-rules.pdf  
[Sitert 01.07.2016]

Taylor (2010) Taylor, John. «The negotiation and drafting of the 1967  
United Kingdom – Australia Taxation Treaty»,  
*Cambridge Tax History Conference*, 5-6 July 2010  
[Sitert 10.06.2016]

Wardzynski (2015) Wardzynski, Adrian, «The 2014 Update to the OECD  
Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial  
Ownership», 43 *Intertax*, Issue 2, 2015, s. 179– 191  
[Sitert 17.06.2016]

Weidmann (2016) Weidmann, Oktavia, «Beneficial Ownership and  
Derivatives: An Analysis of the Decision of the Swiss  
Federal Supreme Court Concerning Total Return Swaps  
(Swiss Swaps Case)», *Intertax*, Volume 44, Issue 8 &  
9, 2016, s. 620-641  
[Sitert 05.11.2016]

### **11.3 Lovgivning**

#### 11.3.1 Norske lover og forskrifter

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

Dobbeltbeskatningsloven Lov av 28. juli 1949 nr. 13

EØS-avtalen Lov av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven) herunder  
Avtale om Det europeiske økonomiske  
samarbeidsområde (EØS-avtalen)

### 11.3.2 Utenlandske lover

Finance Act of 1954	Finance Act of 1954 (Finance Act) [Storbritannia]
Code of Federal Regulations Act (FICA)	Code of Federal Regulations Act (FICA)
Dodd-Frank Act	Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 05.01.2010. (Dodd-Frank Act) [USA]
Internal Revenue Code (2010)	Codification of Economic Substance Doctrine and Related Penalties, 14.09.2010 (Internal Revenue Code) [USA]
<h3>11.3.3 Traktater</h3>	
Den nordiske skatteavtalen (NSA)	Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbelt beskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue inngått 23.09.1996 og trådte i kraft i Norge 11.05.1997
Second Protocol to the Canada-Netherlands tax treaty (1993)	Convention Between Canada and the Kingdom of the Netherlands For the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income; Second Protocol to the Canada-Netherlands tax treaty, 1993
Skatteavtalen mellom Danmark og Sveits (1973)	Skatteavtalen mellom Danmark og Sveits, 23.11.1973
Skatteavtale mellom Norge og Irland (2000)	Skatteavtale mellom Norge og Irland, undertegnet 22.11.2000, ikrafttredelse 28.11.2000, se St.prp. nr. 52 (1969-1970) og St.prp. nr. 33 (2000-2001)

Skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia (2000)	Skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia, endret 12.10.2000.
	<p>Den første skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia ble undertegnet 2. mai 1951. Den ble ved en noteveksling 18. mai 1955 utvidet til å gjelde en rekke britiske kolonier som senere er blitt selvstendige stater. Avtalen fra 1951 gjelder i dag bare for Sierra Leone.</p> <p>Skatteavtalen mellom Norge og Storbritannia ble endret 12.10.00, se St.prp. nr. 9 (2000-2001) og 14.03.2013, se Prop. 94 S (2012-2013)</p>
Skatteavtale mellom Norge og USA (1980)	Skatteavtalen mellom USA og Norge, undertegnet 03.12.1971, siden endret protokoll undertegnet 19.12.1980
Skatteavtalen mellom Canada og Nederland (1986)	Convention Between Canada and the Kingdom of the Netherlands For the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income, 1986
Skatteavtalen mellom Canada og Storbritannia (1978)	Convention Between the Government of Canada and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland For the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion With Respect to Taxes on Income, 1978
Skatteavtalen mellom Canada og Sverige (1983)	Convention Between Canada and Sweden for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, 1983
Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. Mai 1969

#### 11.3.4 Modellavtaler

OECD MTC

OECD Model Convention with Respect to Taxes on  
Income and on Capital  
[www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf](http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf)  
[Sisert 15.05.2016]

FN MTC

United Nations Model Double Taxation Convention  
between Developed and Developing Countries  
[www.un.org/esa/ffd/documents/UN\\_Model\\_2011\\_Update.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf)  
[Sisert 15.05.2016]

#### 11.4 Kommentarer og rapporter

BEPS

Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)  
[www.oecd.org/tax/beps/](http://www.oecd.org/tax/beps/)  
[Sisert 08.08.2016]

New Zealand Institute of  
Chartered Accountants Tax  
Advisory Group (2012)

New Zealand Institute of Chartered Accountants Tax  
Advisory Group, *Response to the 2012 Revised OECD  
Discussion Draft on Beneficial Ownership*, 2012

OECD Model Tax Convention: Revised Proposal  
Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in  
Articles 10, 11 and 12. 19 October 2012 to 15 December  
2012  
[www.oecd.org/ctp/treaties/  
Beneficialownership.pdf](http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf)  
[Sisert 08.08.2016]

OECD (1968)

OECD, *Working Party No. 27 of the Fiscal Committee,  
Preliminary Report on Suggested Amendments to*

*Articles 11 and 12 of the Draft Convention, Relating to Interest and Royalties, Respectively*, FC/WP27(68)1, 1968

[Sisert 10.06.2016]

OECD, Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft (2011)

Clarification of the meaning of “*beneficial owner*” in the OECD Model Tax Convention, *Discussion Draft*, 2011  
[www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf](http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf)

[Sisert 10.06.2016]

OECD, Difficulties Raised by the OECD Draft Convention (1967)

OECD, Fiscal Committee & Trade and Finance Directorate, *Observations of Member Countries on Difficulties Raised by the OECD Draft Convention on Income and Capital*, TFD/FC/216, 1967

OECD-kommentarene

Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)  
[www.oecd.org/ctp/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version-9789264239081-en.htm](http://www.oecd.org/ctp/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version-9789264239081-en.htm)  
[Sisert 08.08.2016]

I tillegg er tidligere versjoner av OECD-kommentarene angitt med sine respektive årstall som henvisning, f.eks. 1977, 2003 osv.

OECD, Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12 (2012)

OECD Model Tax Convention: Revised Proposal Concerning the Meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12, 19 October 2012 to 15 December 2012

[www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf](http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf)

[Sisert 08.08.2016]

<p>Preliminary Report on Suggested Amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention (1968)</p>	<p>OECD, Working Party No 27 of the Fiscal Committee, Preliminary Report on Suggested Amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention, Relating to Interest and Royalties, Respectively, FC/WP27(68)1, 1968</p>
<p>Public Discussion Draft (2014)</p>	<p>“Public Discussion Draft, BEPS ACTION 6: PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES”.  <a href="http://www.oecd.org/tax/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf">www.oecd.org/tax/treaties/treaty-abuse-discussion-draft-march-2014.pdf</a>  [Sitert 08.08.2016]</p>
<p>Tilleggsprotokoll til skatteavtale mellom Sveits og Danmark (2009)</p>	<p>Tilleggsprotokoll datert 21. august 2009, Schweiz - BKI nr 64 af 05/12/2010  Bekendtgørelse af protokol af 21. august 2009 til ændring af dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Schweiz  <a href="http://www.skm.dk/love/internationalt/dobbeltbeskatningsoverenskomster/schweiz-bki-nr-64-af-05122010">www.skm.dk/love/internationalt/dobbeltbeskatningsoverenskomster/schweiz-bki-nr-64-af-05122010</a>  [Sitert 10.08.2016]</p>

## **11.5 Dommer**

### **11.5.1 Norge**

Rt 1994 s. 752 (Aplhville)  
Rt 2002 s. 456 Hydro Canada  
Rt 2002 s. 718 (Heerema III)  
Rt 2004 s. 957 (PGS)  
Rt 2006 s. 1232 (Telenor)  
Rt 2007 s. 209 (Hex)  
Rt 2008 s. 233 (Kellogg Brown)

Rt 2008 s. 577 (Sølvik)

Rt 2011 s. 1581 (Dell)

TOSLO-2011-104857-4

### 11.5.2 EF-domstolen

C-196/05 Cadbury Schweppes

### 11.5.3 Utenlandske dommer

Thiel v. Federal Commissioner of Taxation

Thiel v. Federal Commissioner of Taxation, Supreme Court of Western Australia, 10.02.1988

[www.iknow.cch.com.au/document/atagUio545336sl16798336/thiel-v-federal-commissioner-of-taxation-supreme-court-of-western-australia-10-february-1988](http://www.iknow.cch.com.au/document/atagUio545336sl16798336/thiel-v-federal-commissioner-of-taxation-supreme-court-of-western-australia-10-february-1988)

ISS-saken

Landskatteretten SKM 2011.121 Ø (Danish Tax Tribunal, 2011)

<http://search.tax.dk/afg/?ownq>

Prévost Car

Prévost Car Inc. v. The Queen, 2009 FCA 57 (Canadian Federal Court of Appeal 26 February 2009)

[http://cas-ncr-nter03.cassatj.gc.ca/portal/page/portal/fca-caf\\_eng](http://cas-ncr-nter03.cassatj.gc.ca/portal/page/portal/fca-caf_eng)

Zimmer-saken (2010)

Zimmer-saken fra 31. mars 2010, avgjerd 304715, frå den administrative høgsteretten i Frankrike, Conseil d'Etat, se den franske dommen

[www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000022057617&fastReqId=1529701074&fastPos=1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000022057617&fastReqId=1529701074&fastPos=1)

Indofood

Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch [2006] EWCA Civ 158 (England and Wales Court of Appeal 2 March 2006)



<https://cases.legal/en/act-uk2-3374.html>

Wood vs. Prior

Wood Preservation Ltd. v. Prior (H.M. Inspector of Taxes), (1969) 54 Tax Cases  
[https://www.ato.gov.au/law/view/document?DocID=JUD%2F\\*1969\\*1aller364%2F00003](https://www.ato.gov.au/law/view/document?DocID=JUD%2F*1969*1aller364%2F00003)

A-6537/2010

Judgment of the Swiss Federal Administrative Tribunal A-6537/2010 of 7 March 2012  
Avgjørelsen er tilgjengelig på tysk  
[www.walderwyss.com/de/news-und-anlaesse/?action=newsdetail&id=63](http://www.walderwyss.com/de/news-und-anlaesse/?action=newsdetail&id=63)  
og på engelsk [www.walderwyss.com/en/news-and-events/?action=newsdetail&id=63](http://www.walderwyss.com/en/news-and-events/?action=newsdetail&id=63)

2C\_364/2012 (Swiss Swap Case)

Eidgenössische Steuerverwaltung gegen X. Bank, 2C\_364/2012 (5.5.2015);  
X Bank gegen Eidgenössische Steuerverwaltung, 2C\_377/2012 (5.5.2015)  
Avgjørelsen er tilgjengelig på tysk  
[www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150505\\_2C\\_364-2012.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150505_2C_364-2012.html)  
Avgjørelsen er tilgjengelig på engelsk  
[www.walderwyss.com/files/news/141/en/150505%20Swap%20case%20Swiss%20Supreme%20Court%20EN%20redacted%20MDE.pdf](http://www.walderwyss.com/files/news/141/en/150505%20Swap%20case%20Swiss%20Supreme%20Court%20EN%20redacted%20MDE.pdf)

2C\_377/2012 (Swiss Swap Case)

Eidgenössische Steuerverwaltung gegen X. Bank, 2C\_364/2012 (5.5.2015);  
X Bank gegen Eidgenössische Steuerverwaltung, 2C\_377/2012 (5.5.2015)  
Avgjørelsen er tilgjengelig på tysk  
[www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150505\\_2C\\_364-](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150505_2C_364-)

2012.html

Avgjørelsen er tilgjengelig på engelsk

[www.walderwyss.com/files/news/141/en/150505%20Swap%20case%20Swiss%20Supreme%20Court%20EN%20redacted%20MDE.pdf](http://www.walderwyss.com/files/news/141/en/150505%20Swap%20case%20Swiss%20Supreme%20Court%20EN%20redacted%20MDE.pdf)

2C\_895/2012 (Futures-saken)

2C\_895/2012 (5.5.2015)

Avgjørelsen er tilgjengelig på tysk

[www.servat.unibe.ch/dft/bger/150505\\_2C\\_895-2012.html](http://www.servat.unibe.ch/dft/bger/150505_2C_895-2012.html)

Gregory v. Helvering (1935)

Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935)

Avgjørelsen er tilgjengelig på

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/case.html>

## **11.6 Forarbeider**

NOU 2009:4

*Tiltak mot skatteunndragelser*

NOU 2016:5

*Omgåelsesregel i skatteretten. Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten*

St.prp.nr. 5 (96-97)

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

Ot.prp.nr.1 (2004-2005)

*Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer*

Ot.prp. nr 1 (2007-08)

*Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer*

Ot.prp.nr.190S (2012-2013)

*Proposisjon til Stortinget (forslag til Stortingsvedtak).*

*Samtykke til å sette i kraft en protokoll til endring av skatteavtalen av 04.10.1991 mellom Norge og Tyskland, undertegnet i Berlin 24.06.2013*

## **11.7 Administrative uttalelser**

- Lignings ABC (2016) *Lignings-ABC 2016*  
[www.skatteetaten.no/globalassets/pdfer/lignings-abc-2016.pdf](http://www.skatteetaten.no/globalassets/pdfer/lignings-abc-2016.pdf)
- UTV 2000/1235 FIN *Vedrørende forståelsen av enkelte begrep brukt i Norges skatteavtaler, 2000*

## **11.8 Nettsider**

- Aftenposten (2016) *Aftenposten, EU-krav: Apple må betale 120 milliarder i straffeskatt (2010), 30.08.16.*  
[www.aftenposten.no/okonomi/EU-krav-Apple-ma-betale-120-milliarder-i-straffeskatt-603297b.html](http://www.aftenposten.no/okonomi/EU-krav-Apple-ma-betale-120-milliarder-i-straffeskatt-603297b.html)  
[sitert 12.09.2016]
- Aima Canada Strategy Series (2007) *Aima Canada Strategy Series, An Overview of Short Stock Selling, januar 2007*  
[www.aima.org/filemanager/root/site\\_assets/canada/publications/strategy\\_paper\\_-\\_overview\\_of\\_short\\_selling.pdf](http://www.aima.org/filemanager/root/site_assets/canada/publications/strategy_paper_-_overview_of_short_selling.pdf)  
[sitert 03.06.16]
- DN (2016a) *DN, Samlet erstatning på 42 millioner i Transocean-saken (2016), 12.09.16.*  
[www.dn.no/nyheter/naringsliv/2016/09/12/1403/samlet-erstatning-p-42-millioner-i-transoceansaken](http://www.dn.no/nyheter/naringsliv/2016/09/12/1403/samlet-erstatning-p-42-millioner-i-transoceansaken)  
[sitert 17.09.16]
- DN (2016b) *DN, Nå skal Transocean-saken granskes (2016), 13.05.2016*

[www.dn.no/nyheter/finans/2016/05/13/1322/Transocean-n-skal-transoceansaken-granskes](http://www.dn.no/nyheter/finans/2016/05/13/1322/Transocean-n-skal-transoceansaken-granskes)  
[sitert 17.09.2016]

Financial-edu

Financial-edu, *Total Return Swaps*, ukjent årstall  
[www.financial-edu.com/total-return-swaps-trs.php](http://www.financial-edu.com/total-return-swaps-trs.php)  
[sitert 03.06.2016]

Finans Norge

Finans Norge, *Finansielle instrumenter*, ukjent årstall.  
[www.finansnorge.no/tema/kapitalforvaltning/finansielle-instrumenter](http://www.finansnorge.no/tema/kapitalforvaltning/finansielle-instrumenter)  
[sitert 03.06.2016]

Industry Directive on Total  
Return Swaps (2010)

Industry Directive on Total Return Swaps (2010)  
(«TRS») *Used to Avoid Dividend Withholding Tax* (2010),  
14.01.2010).  
[www.irs.gov/Business/Corporations/Industry-Directive-on-Total-Return-Swaps-\(%E2%80%9CTRSs%E2%80%9D\)-Used-to-Avoid - Dividend-Withholding-Tax](http://www.irs.gov/Business/Corporations/Industry-Directive-on-Total-Return-Swaps-(%E2%80%9CTRSs%E2%80%9D)-Used-to-Avoid-Dividend-Withholding-Tax)  
[Sitert 08.08.2016]

Industry Directive on Total  
Return Swaps (2010)

Industry Directive on Total Return Swaps (2010)  
(«TRS») *Used to Avoid Dividend Withholding Tax* (2010),  
14.01.2010).  
[www.irs.gov/Business/Corporations/Industry-Directive-on-Total-Return-Swaps-\(%E2%80%9CTRSs%E2%80%9D\)-Used-to-Avoid - Dividend-Withholding-Tax](http://www.irs.gov/Business/Corporations/Industry-Directive-on-Total-Return-Swaps-(%E2%80%9CTRSs%E2%80%9D)-Used-to-Avoid-Dividend-Withholding-Tax)  
[Sitert 08.08.2016]

OECD (a)

OECD, *About the OECD*, ukjent årstall.  
[www.oecd.org/about](http://www.oecd.org/about)

[sitert 11.09.2016]

- OECD (b) OECD, *Base erosion and profit shifting*, ukjent årstall.  
[www.oecd.org/tax/beps.htm](http://www.oecd.org/tax/beps.htm)  
[sitert 11.09.2016]
- OECD (c) OECD, *Glossary of Tax Terms*, ukjent årstall.  
[www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm](http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm)  
[sitert 17.09.2016]
- Regjeringen (2016) Regjeringen, *Skatteavtaler mellom Norge og andre stater* (2016), 31.08.2016.  
[www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat/id417330](http://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat/id417330)  
[Sitert 13.07.2016]
- Store norske leksikon (2016) Store norske leksikon, *G 20*, 2016  
[www.snø.no/G\\_20](http://www.snø.no/G_20)  
[sitert 17.09.2016]
- Whitehouse (2010) Whitehouse, *Wall Street Reform: The Dodd-Frank Act*, 2010  
[www.whitehouse.gov/economy/middle-class/dodd-frank-wall-street-reform](http://www.whitehouse.gov/economy/middle-class/dodd-frank-wall-street-reform)  
[sitert 12.09.2016]

## 11.9 Videoklipp fra Youtube og andre nettsteder

- Deloitte (2016) Deloitte (2016, 12. februar). *Skatt og velferd, presentasjon fra Rolf Saastad, Partner/Advokat i Deloitte Advokatfirma* [videoklipp]. Hentet fra  
[www.youtube.com/watch?v=bT4EgdU1G6Q](http://www.youtube.com/watch?v=bT4EgdU1G6Q)

### **11.10 Utilgjengelige kilder**

- BAHR (2015) BAHR, *Utbytte på aksjer eid til sikringsforhold – the Swiss Swap Case*, Jus-kurs om finansielle instrumenter, Oslo 19.-20. november 2015, powerpoint presentasjon ved advokat Frode Talmo
- BAHR (2016) BAHR, *The Swiss Swap Case – kildebeskatning av utbytte til aksjonær uten økonomisk eierinteresse i aksjene*, Oslo 14. januar 2016, powerpoint presentasjon ved advokat Frode Talmo

### **11.11 Oversikt figurer**

- Figur 1: Derivatkontrakt med short og long posisjon
- Figur 2: Derivatkontrakt med short og long posisjon samt underliggende sikring
- Figur 3: En grafisk illustrasjon av parkeringssaken
- Figur 4: TRS-avtalen og de ulike partenes økonomiske posisjoner. Den danske bank (A), TRS-motpartene (B), aksjeselskapet i Sveits (C) og meglerne (D)
- Figur 5: TRS-avtalen og de ulike partenes økonomiske posisjoner. Den norske banken/banken i EØS-stat, TRS-motpartene og aksjeselskapet i Norge