

Principal Purpose Test i gennemstrømningssituationer

Rasmus Bech

16-05-2018

Studienummer: 20134694

Antal anslag: 140.480

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	2
2	Teser og problemformulering.....	4
3	Afgrænsning.....	4
4	Metode og opbygning	6
4.1	Udtryk og sprog	7
5	Indledende om principal purpose-test.....	8
5.1	Dobbeltbeskatningsoverenskomster.....	10
5.2	OECDs Modeloverenskomst og Multilateral instrument (MLI).....	11
5.3	BEPS, action 6	14
6	Beneficial owner	16
7	Principal purpose-test (PPT)	21
7.1	Vurdering af, hvorvidt principal purpose test er anvendelig i gennemstrømningssituationer	21
7.2	Anvendelse af principal purpose test.....	29
7.2.1	Det objektive element af principal purpose test.....	30
7.2.2	Det subjektive element af principal purpose test	33
7.2.3	Hensigt og formål med de relevante bestemmelser, jf. artikel 29, stk. 9, sidste pkt.	46
7.3	Nægtelse af opnåede fordel som følge af PPT-reglen.....	51
7.3.1	Afledt realitetsmønster.....	51
8	Konklusion	54
9	Summary.....	56
10	Kildefortegnelse	57
10.1	Bøger	57
10.2	Artikler	57
10.3	OECD.....	57
10.4	Love og bekendtgørelser	58

1 Indledning

Indsættelse af mellemholdingselskaber ved betaling af udbytte, renter og royalties har i mange år været en del af virkeligheden. Det sker både af forretningsmæssige grunde, men det forekommer også at være udtryk for uønsket treaty shopping. Denne form for uønsket treaty shopping er i OECDs Modeloverenskomst, siden udgaven af samme fra 1977, søgt undgået med indsættelsen af beneficial owner-reglen. OECD introducerer med Modeloverenskomsten af 2017 en ny værnsregel: 'Principal Purpose Test' (også kaldet "PPT")¹. Samtidig bliver PPT en del af allerede eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster med indførslen af OECDs Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting (Kaldet "Multilateral Instrument").

Nærværende afhandling har til formål at belyse, hvorledes PPT vil blive anvendt i gennemstrømningssituationer ved betaling af udbytte, renter eller royalties i relation til dobbeltbeskatningsoverenskomster. Hidtil er gennemstrømningssituationer blevet vurderet ud fra en værnsregel i form af beneficial owner-kravet. Dette ændres med indførslen af PPT, der i vidt omfang bliver en integreret del af bestående dobbeltbeskatningsoverenskomster verden over som følge af de enkelte landes underskrivelse og ratifikation af OECDs Multilateral instrument (også kaldet "MLI").

Beneficial owner-kravet består i en objektiv vurdering af, om det modtagende selskab er beneficial owner, hvorfor det i og for sig er irrelevant, for om gennemstrømningssituationen omfattes af beneficial owner-kravet, om der overhovedet består en skattemæssig fordel ved at indskyde et mellemliggende selskab. Det skal således, under beneficial owner, ikke indgå i vurderingen, hvorledes den skattemæssige stilling havde været, såfremt det mellemliggende selskab ikke havde eksisteret og betalingen således var gået direkte til den retmæssige ejer.

Beneficial owner består fortsat i OECDs nyeste Modeloverenskomst (2017), samtidig med indførelsen af PPT. Umiddelbart må det være svært at forestille sig, at denne værnsregel står i stedet for beneficial owner i gennemstrømningssituationer, al den stund at beneficial owner bevares. Beneficial owner er formuleret som en mere specifik værnsregel, hvorimod PPT må siges at være af mere generel karakter, hvorfor det ud fra en Lex Specialis-betragtning må resultere i, at beneficial owner må være den relevante værnsregel i de tilfælde, hvor denne fortsat består.

¹ Det skal bemærkes, at en Principal Purpose Test allerede er kendt fra Modeloverenskomsten, da den er et vejledende princip, jf. kommentar 9.5 til artikel 1 i OECDs Modeloverenskomst af 2014, men nu indføres den som selvstændig bestemmelse, jf. MDO 2017 art. 29, stk. 9

Det bliver således relevant at søge, hvorledes PPT skal anvendes i relation til beneficial owner reglen. Der er ikke den store tvivl om, at PPT er en tilføjelse af en værnregel i flere sammenhænge i dobbeltbeskatningsoverenskomst-sammenhænge, men hvordan PPT forholder sig i relation til gennemstrømningssituationerne forekommer usikkert, med tanke på den fortsatte opretholdelse af beneficial owner. Det belyses i nærværende afhandling, om PPT er anvendelig i treaty shopping-situationer.

Foruden spørgsmålet om, hvilken værnregel, der skal anvendes i vurderingen af gennemstrømningssituationerne, er det interessant, om PPT vil underkende de samme transaktioner eller skattemæssige arrangementer som er tilfældet under beneficial owner. Det er ikke givet, at de samme situationer bliver underkendt af PPT som var tilfældet med beneficial owner – det må næsten forventes, at der vil være forskel på, hvad der omfattes af hhv. beneficial owner og principal purpose test.

Emnet er aktuelt, og bliver det i højere grad fremadrettet, fordi PPT er en ny værnregel i DBO-sammenhænge, der kommer til at få stor betydning i relation til uønsket treaty-shopping. PPT i gennemstrømningssituationer er aktuelt, fordi det kan betyde, at vurderingen i sager herom bliver anderledes end hidtil. En belysning af beneficial owner-sagerne og en efterfølgende analyse af de lege lata ud fra disse ville have belyst en retstilstand, der snart kan være fortid. En analyse af PPT i dobbeltbeskatningsoverenskomst-sammenhænge vil derimod give et billede af, hvordan vurderingen på dette område må forventes at være, når PPT bliver en del af dobbeltbeskatningsoverenskomster verden over.

2 Teser og problemformulering

Beneficial owner har i en årrække haft stor betydning i international skatteret – samtidig har det i mange sager betydet, at betaling gennem et mellemliggende selskab uden en egentlig fordel herved har været omfattet af værnsreglen. Dette må forventes at være anderledes med indførslen af principal purpose test, eftersom denne værnsregel indeholder et subjektivt elementer, der forventes at medføre en ændring i behandlingen af gennemstrømningssituationer. Det er således forfatteren af nærværende afhandlings tese, at der vil bestå gennemstrømningssituationer, der er omfattet af beneficial owner-værnsreglen, men som ikke omfattes af PPT.

Ydermere er det en tese, at PPT i høj grad vil være den relevante værnsregel i gennemstrømningssituationer, selvom dette ikke umiddelbart er tilfældet ud fra ordlyden af henholdsvis beneficial owner og PPT sammenholdt med Wienerkonventionens² artikel 31. Det forventes således, at der med indførslen af PPT vil blive et betydeligt mindre anvendelsesområde for beneficial owner-vurderingen. En nærmere analyse af kommentarerne til OECDs Modeloverenskomst 2017 antages at give udslag i, at PPT bliver den primære værnsregel i treaty shopping-arrangementer.

Nærværende afhandling vil afklare, i hvilket omfang principal purpose test vil være den anvendelige værnsregel i gennemstrømningssituationer. Det vil ydermere blive analyseret, hvorledes principal purpose test i dobbeltbeskatningsoverenskomst-sammenhæng må forventes at blive anvendt i gennemstrømningssituationer³.

3 Afgrænsning

Formålet med specialet er en belysning af, hvorledes 'Principal purpose'-testen (PPT) i dobbeltbeskatningsoverenskomster vil blive anvendt. Andre former for PPT, der kendes fra anden lovgivning vil ikke blive inddraget i nærværende afhandling.

Nærværende speciale afgrænses således, at det udelukkende vil forsøge at belyse 'Principal purpose'-test (PPT) på et generelt niveau. Det er således ikke baseret på, hvorledes forskellige lande ratificerer OECDs Multilateral Instrument. Det der belyses med specialet har således som en forudsætning, at PPT bliver en del af den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Specialet belyser således ikke tilfælde, hvor PPT ikke bliver en del af en given dobbeltbeskatningsoverenskomst (DBO). Dermed vil der heller ikke ske belysning af de

² Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten

³ For 'gennemstrømningssituationer' se afsnit 6

situationer, hvor et land ved ratifikation af MLI vælger mere specifikke værnsregler i form af Limitations On Benefits (LOB)⁴.

Afhandlingen vil ydermere blive afgrænset således, at det kun angår PPT i relation til gennemstrømningssituationer for så vidt angår kildeskat på renter, udbytter og royalties, hvorfor øvrig anvendelse af PPT ikke belyses. Anvendelsen af PPT-reglen i andre sammenhænge vil blive inddraget i det omfang, at dette kan bidrage til forståelsen af anvendelsen i gennemstrømningssituationer.

⁴ Hvilket er en mulighed ved ratifikation af MLI, jf. MLI artikel 7, stk. 6

4 Metode og opbygning

Nærværende speciale er retsvidenskabeligt, hvor en retsdogmatisk metode vil blive anvendt. Her menes konkret en analyse, hvorved gældende ret på tidspunktet for endelig ikrafttræden af principal purpose test vil søges afklaret.

Metoden for nærværende afhandling følger Alf Ross' prognoseteori⁵, eftersom specialet har til formål at afklare, hvorledes givne gennemstrømningssituationer må forventes afgjort i "*hypotetiske fremtidige afgørelser*"⁶, når principal purpose test er inkorporeret i dobbeltbeskatningsoverenskomster. Der er selvsagt en række problematikker med teorien, der også er fremhævet af diverse forfattere⁷, da en sådan forudsigelse ikke kan gøres eksakt. Det er en forudsætning for nærværende afhandlings prognoses rigtighed, at det i afhandlingen inddragede retskildegrundlag vil blive anvendt ved en fremtidig afgørelse.

Specialets retskildegrundlag består hovedsageligt i OECDs Modeloverenskomst 2017 med kommentarer (også kaldet "MDBO 2017") samt OECDs Multilateral Instrument (MLI). OECDs Modeloverenskomst er i udgangspunktet ikke en retskilde, men det forekommer bredt anerkendt, at denne kan anvendes og bliver anvendt ved fortolkningen af dobbeltbeskatningsoverenskomster⁸. Kommentarerne i OECDs Modeloverenskomst er således en valid kilde i forhold til at fortolke formålet og hensigten af dobbeltbeskatningsoverenskomsternes bestemmelser. Landene indgår dobbeltbeskatningsoverenskomster, der afviger fra OECDs Modeloverenskomst, men denne er oftest udgangspunktet for indgåelse af dobbeltbeskatningsoverenskomster, hvorfor disse ofte vil ligne OECDs Modeloverenskomsten. Modeloverenskomsten er desuden vedtaget af OECDs medlemslande, hvorfor anvendelsen har en vis legitimitet.

Der eksisterer endnu ikke retspraksis, der kan belyse retstilstanden, hvorfor ordlyden, kommentarerne til MDBO 2017 samt forberedende materiale til MDBO 2017 og MLI vil blive anvendt til at analysere, hvorledes det kan forventes at PPT vil blive anvendt i relation til gennemstrømningssituationer.

Afhandlingen vil således være et udtryk for OECDs holdning til, hvorledes PPT-reglen skal anvendes, eftersom kommentarerne i OECDs Modeloverenskomst er udtryk her for. Det er dermed en forudsætning for prognosens rigtighed, at PPT-reglen bliver en del af den relevante dobbeltbeskatningsoverenskomst, samt at retsanvenderen lægger vægt på det anførte materiale.

⁵ Wegener, Judidisk Metode, 3. udgave, Afsnit 3.2, s. 53-57

⁶ Wegener, Judidisk Metode, 3. udgave, Afsnit 3.2, s. 55

⁷ Wegener, Judidisk Metode, 3. udgave, Afsnit 3.3, s. 57-60

⁸ Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 48-49

Analysen vil søge at afklare de lege lata ud fra PPT-regelsættet, der endnu ikke er trådt i kraft⁹. Formålet er således en afklaring af de lege lata baseret på en forudsætning om, at PPT-regelsættet bliver en del af dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

Specialet vil være opbygget således, at afsnit 5 vil introducere 'principal purpose test'. Dernæst vil underafsnittet 5.1 bestå i, hvordan dobbeltbeskatningsoverenskomsters indgås og hvilken position disse har i forhold til intern ret. Underafsnit 5.2 vil forklare betydningen af OECDs Modeloverenskomst og Multilateral instrument. I afsnit 5.2 vil det samtidig blive gennemgået, hvorledes MDBO 2017 og MLI medfører, at PPT bliver en del af dobbeltbeskatningsoverenskomster.

Afsnit 6 har som formål at gennemgå beneficial owner-vurderingen i gennemstrømningssituationer – afsnittet er således udtryk for, hvilken vurdering PPT overtager fra. Afsnit 6.1 består i en kort gennemgang af OECDs BEPS action 6, hvor fra PPT i DBO-sammenhænge udspringer.

Afsnit 7 er kernen i nærværende afhandling, eftersom selve analysen af PPT vil foreligge her. Formålet med afsnit 7 er således en analyse af, hvordan PPT må forventes anvendt i praksis ud fra det relevante materiale. Afsnit 8 vil bestå i en konklusion.

4.1 Udtryk og sprog

Det skal indledningsvist gøres opmærksom på, at anvendelsen af forskellige udtryk for samme vil forekomme. Det vil kort blive afklaret for læsevenlighedens skyld.

Principal purpose test vil oftest blive benævnt PPT, mens PPT-reglen også er anvendt for samme. Der vil ikke forekomme oversættelser af selve udtrykket principal purpose test.

Beneficial owner vil oftest blot blive benævnt beneficial owner, mens udtryk som beneficial owner-vurderingen, beneficial owner-kravet og beneficial owner-værnsregel også er anvendt for samme. Det vil desuden forekomme, at beneficial owner benævnes i sin danske version og derfor kaldes retmæssig ejer.

⁹ Se om ikrafttræden afsnit 5.2

5 Indledende om principal purpose-test

Nærværende afsnit er en indledning til principal purpose test (PPT), der med underafsnittene skal bidrage med en forståelse af, hvordan PPT bliver væsentlig. Afsnit 5.1 vil bestå i en kort gennemgang af dobbeltbeskatningsoverenskomster og disses betydning. Afsnit 5.2 vil være en gennemgang af betydningen af OECDs Modeloverenskomst samt MLI. Afsnit 5.3 vil kort belyse BEPS action 6, der er gået forud for den indførsel af PPT, der følger af MLI. Afsnit 7 vil indeholde en nærmere analyse af PPT-reglen.

Principal purpose test er en værnregel, der indgår i artikel 29, stk. 9, i OECDs Modeloverenskomst af 2017 samt Multilateral Instruments artikel 7. PPT er for så vidt ikke ukendt i overenskomstsammenhænge, før det introduceres i OECDs Modeloverenskomst af 2017 samt MLI. PPT er allerede introduceret i OECDs Modeloverenskomst som et vejledende princip med OECDs Modeloverenskomst af 2003¹⁰.

Principal purpose test i MLI, som stort set er enslydende med PPT i OECDs Modeloverenskomst af 2017 artikel 29, stk. 9, har en ret bred formulering, der lyder således:

*"Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement."*¹¹

Ordlyden af bestemmelsen giver anledning til, at en ret bred anvendelse må forudsættes, idet det er tilstrækkeligt til at være omfattet af PPT, at det blot er et af de primære formål. Antallet af formål må vel oftest antages at være relativt begrænset, hvorfor en bestemmelse med denne formulering må skabe en vis usikkerhed. Havde formuleringen i stedet begrænset sig til 'det primære formål', kunne det have medført en større sikkerhed om anvendelsen. Bestemmelsen brede formulering afspejler, at den netop er tiltænkt som en generalklausul, men må umiddelbart siges at have en ret stor usikkerhed, hvis der blot lægges vægt på ordlyden.

¹⁰ Kommentar 9.5 til artikel 9 i MDO 2003

¹¹ Jf. MLI artikel 7, stk. 1.

Formuleringen af PPT afspejler i vidt omfang indholdet af de vejledende principper, der fremgår af kommentar 9.5, 22, 22.1 og 22.2 til artikel 1 i OECDs Modeloverenskomst af 2014¹². Det vejledende princip i kommentar 9.5 til artikel 1 i OECDs Modeloverenskomst af 2014 lyder således:

*"... Udgangspunktet er, at fordele i henhold til en dobbeltbeskatningsoverenskomst ikke skal indrømmes i tilfælde, hvor et hovedformål med at deltage i visse transaktioner eller arrangementer var at sikre en gunstigere skattemæssig position, og hvor det – under disse omstændigheder – at opnå en gunstigere behandling ville være i strid med formålet og hensigten med de relevante bestemmelser."*¹³ (Uddrag).

Der foreligger forskelle i udformningen af det vejledende princip i kommentar 9.5 til artikel 1 i MDBO 2014 overfor PPT-bestemmelsen i artikel 29, stk. 9, i MDBO 2017¹⁴; PPT-bestemmelsen i artikel 29, stk. 9, i MDBO 2017 indledes med *"Notwithstanding the other provisions of this Convention"*, der ikke indgår i det vejledende princip i kommentar 9.5, hvilket har den konsekvens, at PPT-reglen finder anvendelse uanset andre bestemmelser, omvendt må det modsatte være tilfældet for det vejledende princip. Det må forstås således, at PPT-reglen skal tages i betragtning, uagtet om det i henhold til en anden værnsregel allerede er vurderet, at skatteyder ikke nægtes opnåede fordel. Hermed kan PPT-reglen betyde, at en fordel nægtes, selvom en anden værnsregel forud er anvendt til at vurdere transaktionen eller arrangementet med modsatte resultat.

En anden betydelig forskel er bevisbyrden; i det vejledende princip, som gengivet ovenfor, skal det bevises fra skattemyndighedernes side, at transaktionen/arrangementet er *"i strid med formålet og hensigten"*, hvorimod det med bestemmelserne i MLI artikel 7, stk. 1, og MDBO 2017 artikel 29, stk. 9, er tilstrækkeligt, at myndighederne kan godtgøre, at det er rimeligt at konkludere, at opnåelse af fordelen var et af de primære formål (et hovedformål). Følgelig er det skatteyder, der skal godtgøre, at opnåelse af fordelen er i overensstemmelse med formålet og hensigten med den relevante bestemmelse.

Det vejledende principps funktion må kunne anskues ud fra flere betragtninger; det er for det første muligt at betragte det som en egentlig generalklausul, der har skullet forhindre misbrug, ligesom det er idéen med PPT-reglen i MDBO 2017 artikel 29, stk. 9. Det er ligeledes en mulighed, at det vejledende princip skal betragtes som en generel standard, der skal følges af stater, før disse nægter fordele. Udformningen af Kommentar 9.5 til artikel 1 giver dog det

¹² BEPS action 6, Final Report, s. 55

¹³ MDBO 2014, oversat

¹⁴ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 4.1, s. 42

indtryk, at dette er en begrænsning i relation til begge af de nævnte betragtninger, idet der ifølge det vejledende princip ikke skal tildeles en fordel, hvis denne var et hovedformål; omvendt skal en fordel tildeles, uagtet underkendelse, såfremt den opnåede fordel ikke er i strid med hensigten og formålet med de relevante bestemmelser¹⁵.

De vejledende principper er videreført i OECDs Modeloverenskomst af 2017, men må antages at få en ubetydelig rolle, når principperne i stedet er kodificeret i en selvstændig bestemmelse. Det vejledende princip får dog en større rolle end tidligere i de tilfælde, hvor PPT ikke bliver en del af en given dobbeltbeskatningsoverenskomst. Videreførelsen af det vejledende princip i kommentar 61 til artikel 1 i Modeloverenskomsten af 2017 må forstås som en ligestilling af det vejledende princip og PPT-reglen i artikel 29, stk. 9, idet det med denne ekspliciteres, at det vejledende princip virker uafhængigt af PPT-reglen, hvorfor det vejledende princip må gælde i tilfælde, hvor PPT-reglen ikke er inkorporeret i dobbeltbeskatningsoverenskomsten¹⁶.

Følgelig kan det diskuteres, om dette er en ændring eller blot en præcisering i relation til, hvorvidt denne opnår direkte virkning i allerede eksisterende DBO'er, der ikke bliver en del af MLI-regelsættet. Dette er dog ikke relevant i nærværende sammenhæng, da det forudsættes i nærværende afhandling, at PPT-reglen bliver en del af den pågældende DBO. Det vejledende princip bliver således uden betydning i nærværende sammenhæng, men det understreger pointen, der vil blive uddybet i afsnit 5.2, om at PPT får en betydelig rolle i forhold til at undgå uønsket treaty shopping.

5.1 Dobbeltbeskatningsoverenskomster

PPT-reglen er relevant, hvor den bliver en del af en dobbeltbeskatningsoverenskomst (også kaldet "DBO"), hvorfor det følgelig er relevant at berøre, hvad der forstås ved en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst er en folkeretligt bindende traktat, der oftest er begrænset til at omfatte indkomst- og formueskatter. Formålet med indgåelse af en DBO er at undgå dobbeltbeskatning såvel som dobbelt ikke-beskatning.

Dobbeltbeskatningsoverenskomster indgås oftest bilateralt mellem to stater, men det forekommer også, at det indgås mellem flere stater¹⁷. En DBO er som nævnt en folkeretligt bindende traktat, hvorfor fortolkningsreglerne i Wienerkonventionens¹⁸ artikel 31-33 finder anvendelse. Nærmere om fortolkningen af de enkelte DBO'er vil ikke være genstand for

¹⁵ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 2.3.2.3, s. 37-38

¹⁶ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 2.3.2.3, s. 38

¹⁷ Som det eksempelvis kendes fra dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem de nordiske lande – ratificeret i Danmark ved lov nr. 190 af 12/03/1997

¹⁸ Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten

nærværende afhandling. Anvendelse af OECDs Modeloverenskomst og kommentarerne her til, vil blive behandlet under afsnit 5.2.

Indholdet i dobbeltbeskatningsoverenskomster kan variere fra DBO til DBO. Staterne kan have forskellige interesser, hvorfor det kan være besluttet ved indgåelse af en DBO, at der konkret ikke tages stilling til et specifikt skatteobjekt. Der vil for nærværende blive taget udgangspunkt i indholdet af OECDs Modeloverenskomst, hvorfor en nærmere gennemgang af konkrete DBO'er ikke vil indgå.

Det er væsentligt at forstå, at dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke indeholder selvstændig hjemmel til beskatning, hvorfor der skal foreligge intern hjemmel, jf. 'den gyldne regel'. En DBO kan ej heller skærpe beskatningen. Dobbeltbeskatningsoverenskomsternes regler er dog også ofte lempelser i forhold til udgangspunktet i intern ret, hvilket også oftest gør sig gældende for kildeskat på betaling af udbytte, renter og royalties^{19, 20}.

5.2 OECDs Modeloverenskomst og Multilateral instrument (MLI)

Principal purpose test introduceres, som nævnt, med OECDs Modeloverenskomst 2017 og indføres i dobbeltbeskatningsoverenskomster mellem en række lande med ratifikation og indgåelse af OECDs Multilateral instrument.

De fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster udarbejdes på baggrund af OECDs Modeloverenskomst, hvorfor denne spiller en stor rolle i DBO-sammenhænge. Det er ikke blot indgåelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster, men også fortolkningen her af, hvor OECDs Modeloverenskomst har en betydelig rolle²¹. OECDs Modeloverenskomst indeholder en lang række kommentarer til de enkelte bestemmelser, der har stor betydning i forbindelse med fortolkning.

En ny udgave af Modeloverenskomsten medfører ikke ændring i eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomster. En ny modeloverenskomst har dog betydning for fortolkningen og anvendelsen af eksisterende DBO'er, idet det er bredt anerkendt, at nyere versioners kommentarer kan anvendes, når disse ikke er udtryk for ændringer, men blot er udtryk for præciseringer²². Hvad der helt præcist ligger i, om en kommentar er udtryk for ændring er ikke genstand for behandling i nærværende speciale, da det her forudsættes, at

¹⁹ Jf. artikel 10-12, MDBO 2014, oversat

²⁰ Ikke alle lande har en højere kildeskat end de i bestemmelserne nævnte satser, hvorfor der ikke vil være tale om lempeligere beskatning i disse tilfælde

²¹ Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 32

²² Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 51

der netop sker en ændring i den anvendte DBO. Med ratificeringen og ikrafttræden af MLI og den i afsnit 5 omtalte PPT, vil der ske en ændring i DBO'er, hvormed det må lægges til grund, at kommentarerne til denne bestemmelse i MDBO 2017 er anvendelige.

OECD har udarbejdet Multilateral Instrument (MLI), der indeholder en række tiltag, hvor nærværende afsnit kort vil gennemgå funktionen af MLI og dermed hvordan PPT bliver en del af en lang række dobbeltbeskatningsoverenskomster. Det materielle indhold af PPT-reglen i MLI er selvsagt inddraget i nærværende afhandling, mens det øvrige materielle indhold af MLI ikke gennemgås.

Idéen med MLI er, at landene der underskriver og ratificerer MLI kan indføre indholdet af MLI i eksisterende DBO'er uden bilateral forhandling. For at indholdet skal blive en del af en eksisterende DBO, skal begge lande underskrive MLI, ikke have forbehold for det konkrete indhold samt vælge, at den pågældende DBO skal omfattes²³. MLI er et fleksibelt redskab, hvor de forskellige dobbeltbeskatningsoverenskomster ikke påvirkes på samme måde for alle, da det er baseret på de forskellige tilvalg og forbehold foretaget af de enkelte lande²⁴.

Rent teknisk kommer indholdet af MLI, der er vedtaget symmetrisk af begge (eller flere) lande til at foreligge som et tillæg til den eksisterende dobbeltbeskatningsoverenskomst. Landene kan dog vælge at udarbejde en konsolideret udgave af dobbeltbeskatningsoverenskomsten²⁵. Der foreligger først et omfattende sammenligningsarbejde, der skal klarlægge, om de enkelte lande har valgt de samme løsninger (symmetriske valg), samt hvilke forbehold landene har taget. Landene har i MLI mulighed for tilvalg og fravalg, altså mulighed for at landene kan tage en række forbehold, hvormed det konkrete indhold ikke bliver en del af landets dobbeltbeskatningsoverenskomster. Landenes forbehold kan trækkes tilbage senere i forløbet, men det er ikke muligt at tage yderligere forbehold, når det pågældende land har afleveret sit ratifikationsinstrument, hvorfor der selvsagt tages en del forbehold indledningsvist, der må forventes ophævet senere²⁶. Der er dog indsat minimumsstandards, hvilke der ikke kan tages forbehold for²⁷.

MLI er på nuværende tidspunkt underskrevet af 78 lande og med flere lande, der har tilkendegivet at ville underskrive²⁸. MLI træder i kraft på første dag i måneden der følger udløbet af en tre måneders periode efter femte land har ratificeret MLI²⁹.

²³ <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf>

²⁴ <http://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>, spørgsmål 8

²⁵ <http://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>, spørgsmål 7

²⁶ SU 2017.197, afsnit 2.4

²⁷ SU 2017.197, s. 2-3

²⁸ <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>

²⁹ Jf. MLI artikel 34, stk. 1

Bestemmelser med forhindring af overenskomstmisbrug til formål kan udformes på flere forskellige måder, hvoraf en generalklausul i form af en principal purpose test er en valgmulighed. Forhindring af misbrug er indsat som en minimumsstandard, hvorfor der ikke kan tages forbehold herfor. Udgangspunktet er, at principal purpose-test vælges, jf. MLI artikel 7, stk. 1. De enkelte lande kan dog vælge en mere specifik værnsregel, i form af "Simplified Limitation On Benefits" (herefter kaldet: "LOB") eller en kombinationsløsning³⁰. De enkelte mulige måder at opfylde minimumsstandarden vil kun blive gennemgået kort, da det forudsættes, at PPT alene er valgt, hvilket også er tilfældet for de fleste lande³¹.

Udgangspunktet er, som sagt, PPT, men der kan bestå situationer, hvor PPT ikke bliver en del af den pågældende DBO, selvom begge lande har underskrevet og ratificeret MLI. Ved asymmetri, hvor et land har valgt PPT og det kontraherende land har valgt LOB, vil PPT blive anvendt for den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst³². Såfremt landene begge vælger LOB som værnsregel i henhold til MLI artikel 7, stk. 6, vil denne løsning vælges som værnsregel, der som udgangspunkt suppleres af PPT. Det er ligeledes en mulighed at vælge kombinationsløsningen, hvor et land i udgangspunktet vælger PPT, men vælger LOB, når dette er valgt af den kontraherende stat, jf. MLI artikel 7, stk. 7. Det er i begge de nævnte løsninger væsentligt, at der sker den nødvendige notifikation af dette til brug for det endelige ratifikationsinstrument i overensstemmelse med MLI artikel 17, stk 1, litra c.

LOB er en mere specifik bestemmelse, der ikke er anvendelig på alle tilfælde, hvorfor en PPT vil være nødvendig³³. I de tilfælde, hvor LOB specifikt er valgt, vil PPT som udgangspunkt fortsat bestå, medmindre opt-out er valgt.

Der foreligger flere opt-out muligheder i relation til PPT-reglen under MLI; artikel 7, stk. 16, indeholder en fuldstændig opt-out fra hele artikel 7, der i stedet fordrer, at de kontraherende parter skal forhandle en for begge parter tilfredsstillende løsning, der skal leve op til minimumsstandarden for overenskomstmisbrug under BEPS. Artikel 7, stk. 15, litra a, giver landene mulighed for at vælge ikke at anvende PPT-reglen, såfremt de supplerer med en LOB-klausul udformet til at håndtere gennemstrømningssituationer samt desuden udformer en tilfredsstillende løsning, der lever op til førnævnte minimumsstandard. Der foreligger ydermere en mulighed for at fravælge at anvende PPT-reglen, såfremt en bestemmelse med samme formål allerede foreligger i parternes dobbeltbeskatningsoverenskomst, jf. artikel 7, stk. 15, litra b.

³⁰ SU 2017.197, s. 5

³¹ <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>, samt <http://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>, spørgsmål 4

³² Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 3.2.2, s. 40

³³ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 3.2.2, s. 40

PPT-reglen er dog den eneste, der selvstændigt kan opfylde minimumsstander under OECDs BEPS³⁴. Ingen lande har indtil videre valgt en opt-out løsning³⁵, hvilket også understreger vigtigheden af omfattende belysning af PPT-reglen.

MLI får ikke betydning for senere indgåede dobbeltbeskatningsoverenskomster, da disse fortsat indgås bilateralt. Indholdet af MLI er dog også en del af OECDs Modeloverenskomst af 2017, hvorfor indholdet af MLI vil blive en del af disse, når landene benytter OECDs Modeloverenskomst som skabelon for DBO'en.

Principal purpose-test vil, ud fra det i indeværende afsnit anførte, unægteligt blive en del af langt de fleste dobbeltbeskatningsoverenskomster. Det er dog nødvendigt, at endnu flere lande underskriver MLI, hvilket dog må forventes. Opsummerende kan det siges, at PPT er udgangspunktet ved tilslutning til MLI, men der kan opstå situationer som nævnt ovenfor, hvor LOB eller opt-out bliver resultatet.

5.3 BEPS, action 6

OECD har udarbejdet en række anbefalinger til regler til undgåelse af skatteunddragelse kaldet "Base Erosion And Profit Shifting" ("BEPS"), der har til formål at undgå, at indkomst "flyttes" og beskattes i lande med betydeligt lavere eller ingen skat.

Action 6 er den relevante i nærværende sammenhæng, idet denne beskæftiger sig med at forebygge uønskede overenskomst-fordele³⁶. Action 6 er et af elementerne i udformningen af MLI og er baggrunden for indførslen af PPT, hvorfor den kan give en for forståelse for udformningen. En længere gennemgang af action 6 er ikke formålstjeneligt, da det i for sig blot er en skabelon til den senere udformning, hvorfor action 6 kun vil blive gennemgået kort. Den senere udformning i form af MLI og MDBO 2017 må i stedet hovedsageligt lægges til grund ved analysering af, hvorledes PPT må forventes anvendt.

Ordlyden af PPT i action 6 har dog en stort set identisk formulering som den formulering, der følger af artikel 7 i MLI, hvorfor BEPS action 6 har haft en betydelig påvirkning på den endelige udformning³⁷.

BEPS action 6 indeholder kun kort omtale af beneficial owner, men er ikke indeholdt i forslagene til, hvorledes treaty shopping bør håndteres fremadrettet³⁸. Den begrænsede omtale indikerer følgelig, at beneficial owner ikke længere anses som den rette test i

³⁴ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 3.2.2, s. 40

³⁵ <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>

³⁶ BEPS action 6, Final Report

³⁷ Artikel X, stk. 7, BEPS action 6, Final Report

³⁸ BEPS action 6, Final report, introduktionen pkt. 19, s. 18-19

gennemstrømningssituationer. BEPS action 6 må således anses som udtryk for, at principal purpose test i fremtiden vil være den relevante test i gennemstrømningssituationer også.

BEPS action 6 indeholder også en række kommentarer, der i høj grad ligner de kommentarer, som er blevet en del af OECDs kommentarer til Modeloverenskomsten af 2017. BEPS action 6 er gennemgående anvendt til udarbejdelse af reglerne angående PPT og LOB i MLI såvel som Modeloverenskomsten af 2017, hvorfor indholdet af BEPS action 6 indirekte vil blive gennemgået under den nærmere belysning af PPT-reglen ved inddragelse MLI og Modeloverenskomsten.

6 Beneficial owner

Med gennemførelsen af MLI vil der, som nævnt, skulle foretages en anderledes tilgang til gennemstrømningssituationer. Hvilken betydning det får i praksis vil blive belyst i afsnit 7. Nærværende afsnit vil belyse, hvordan gennemstrømningssituationer er håndteret hidtil.

Beneficial owner har i mange år været en anvendt værnsregel i DBO-sammenhænge til at undgå, at der ikke pålægges kildeskat i gennemstrømningssituationer, hvor udbytter, renter eller royalties ikke overføres direkte til den endelige modtager af en af de nævnte betalinger. Den endelige modtager vil i disse situationer være beneficial owner (retmæssig ejer). Nærværende afsnit skal give et overblik over, hvorledes vurderingen af beneficial owner er foretaget. Formålet med afsnittet er således at give en forståelse for, hvordan beneficial owner-vurderingen er foretaget.

Forståelsen af begrebet beneficial owner har i mange år været diskuteret i litteraturen³⁹. En egentlig begrebsafklaring vil ikke forefindes i nærværende afhandling, af respekt for omfattende diskussion herom. Afsnittet er således, af pladsmæssige årsager, udelukkende en introduktion til beneficial owner-begrebet, hvorfor afsnittet ikke skaber forudsætningen for, at der kan foretages en egentlig vurdering af forskellene på beneficial owner-vurderingen og PPT. Der vil ikke blive foretaget nærmere analyse af forskellige afgørelser eller domme. Der bliver ydermere ikke gennemgået situationer, hvor en beneficial owner-værnsregel ikke er gældende⁴⁰. Nærværende afsnit skal blot give læser en forståelse af beneficial owner-reglen, da denne fortsat bevares i OECDs Modeloverenskomst af 2017. Det er desuden et indblik i, hvordan gennemstrømningssituationer er håndteret inden PPT-reglens indførelse. Afsnit 7.1 vil indeholde en gennemgang af det forventede samspil mellem beneficial owner og PPT-reglen.

Beneficial owner er et værn mod treaty shopping. Reglen skal sikre, at der ikke indsættes selskaber mellem det betalende/udloddende selskab til den endelige modtager af udbyttet/renterne/royalties (her efter også kaldet: 'betalingen'). Der foreligger ofte forretningsmæssige begrundelser for indsættelsen af et mellemliggende selskab eller for i det hele taget at have en struktur med mellemliggende selskaber og datterdatterselskaber. Det væsentlige i beneficial owner-vurderingen består i at afklare, om det mellemliggende selskab betragtes som beneficial owner eller ej.

Mekanismen med, og fordelene ved, indsættelsen af et mellemliggende selskab illustreres bedst med et eksempel: I et scenarie, hvor datterselskabet er beliggende i land A, beliggende i EU, og foretager en betaling til sit moderselskab i land C, beliggende uden for EU, hvormed land A

³⁹ Koerver Schmidt m.fl., INTERNATIONAL SKATTERET I ET DANSK PERSPEKTIV, 1. udgave, s. 207

⁴⁰ Som det eksempelvis er tilfældet i SKM2012.26.LSR

ikke har en DBO, vil der i udgangspunktet ikke ske en nedsættelse af kildeskatten på betaling fra selskabet i land A til land C⁴¹. De såkaldte gennemstrømningsselskaber, også kaldet '*conduit companies*'⁴², kan bevirke, hvis vi kort ser bort fra beneficial owner-værnsreglens betydning, at hvor der eksempelvis ikke består en DBO mellem land A og land C, kan der indskydes et selskab i land B, hvormed både land A og land C har en DBO, hvilket medfører nedsat og ofte ingen kildeskat⁴³. En koncernstruktur kan også opsættes som et '*stepping stone*'-arrangement, hvor flere selskaber indskydes i mellem det betalende selskab og det ultimativt modtagende selskab⁴⁴.

Gennemstrømningssituationer forstås i nærværende afhandling som de tilfælde, hvor der indsættes/betales gennem et eller flere selskaber i en transaktion eller et arrangement⁴⁵ med det resultat, at der opnås fordele. Fordelene hidrører i disse tilfælde fra en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og i mange tilfælde også en intern regel, hvis fordel træder i kraft som følge af en bestående DBO, mellem kildelandet og det land hvori det mellemliggende/indskudte selskab er beliggende. Der kan som tillæg her til også bestå en fordel i domicillandet for det ultimativt modtagende selskab som følge af en DBO mellem dette land og det land, hvori det mellemliggende/indskudte selskab er beliggende, men nærværende afhandling tager sigte på den i kildelandet opnåede fordel. Gennemstrømningssituationer vil for så vidt også blive anvendt til at benævne de situationer, hvor der i arrangementet er et mellemliggende selskab, selvom det ved vurderingen af transaktionen/arrangementet⁴⁶ viser sig ikke at være udtryk for gennemstrømning.

Beneficial owner blev i DBO-sammenhænge tilføjet i forbindelse med OECDs Modeloverenskomst af 1977. Her blev begrebet en del af artiklerne 10-12. Der er siden indførslen af beneficial owner i Modeloverenskomsten sket en række præciseringer i kommentarerne, hvormed anvendelse er blevet mere klar end den ellers ikke uddybede udgave i Modeloverenskomsten af 1977⁴⁷.

Selve ordlyden af beneficial owner-kravet i artiklerne 10-12 er ikke umiddelbart til at udlede en direkte anvendelse af. Artikel 10, stk 2, 1. pkt., i OECDs Modeloverenskomst af 2014 lyder således:

⁴¹ At det er udgangspunktet er muligvis en tilsnigelse, da det selvsagt afgøres ud fra den konkrete DBO samt intern ret, hvorfor det både er forskelligt fra land til land samt hvilken type betaling, der er tale om. En større redegørelse for disse forskelle vil ikke blive inddraget i nærværende afhandling.

⁴² Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 91-92

⁴³ Dette er tilfældet i dansk ret, se Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 243

⁴⁴ Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 91-92

⁴⁵ Til transaktion eller arrangement se afsnit 7.2.1.2

⁴⁶ Angående transaktion eller arrangement se afsnit 7.2.1.2

⁴⁷ Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 243

*”Sådan udbytte, der er betalt af et selskab, som er hjemmehørende i en af de kontraherende stater kan imidlertid også beskattes i denne stat i overensstemmelse med lovgivningen i denne stat, men hvis den **retmæssige ejer** af udbyttet er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, må den skat, der pålægges, ikke overstige:...”⁴⁸. [Min fremhævning].*

Det kan udledes af bestemmelsen, at det er påkrævet for at opnå den lempeligere beskatning, at modtager skal være den retmæssige ejer. Det kan ikke udledes af bestemmelserne, der i øvrigt er enslydende i OECDs Modeloverenskomst af 2017⁴⁹, hvordan retmæssig ejer (beneficial owner) skal forstås. Dette afklares i høj grad af kommentarerne til Modeloverenskomsten, hvor nærværende afsnit tager afsæt i kommentarerne fra 2014 samt analyser af retspraksis, idet formålet er at beskrive, hvorledes beneficial owner er anvendt hidtil. Bestemmelserne angående renter og royalties i henholdsvis artikel 11 og 12 samt kommentarerne her til er stort set udformet ens i relation til beneficial owner-kravet, hvorfor der ikke inddrages kommentarer særskilt for de tre bestemmelser, men tages udgangspunkt i artikel 10 og kommentarerne her til.

Det har tidligere været vanskeligere at udlede en klar definition og beskrivelse af anvendelsesområdet for beneficial owner, hvilket løbende er adresseret af OECD i opdateringer af Modeloverenskomsten samt diskussionsoplæg⁵⁰.

Kommentarerne har, som nævnt, væsentlig betydning i forhold til at klarlægge, hvorledes gennemstrømningsselskab skal forstås og dermed, hvornår en betaling bliver omfattet af beneficial owner-værnsreglen. Kommentar 12.3 til artikel 10 i OECDs Modeloverenskomst af 2014 lyder således:

*”Det ville ligeledes ikke være i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme lempelse af eller fritagelse for skat i tilfælde, hvor en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, på anden måde end som agent eller mellemmand, blot fungerer som ”gennemstrømningsenhed” (conduit) for en anden person, der rent faktisk modtager den pågældende indkomst. Af disse grunde konkluderer den af Committee on Fiscal Affairs udarbejdede rapport ”Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, **at et***

⁴⁸ MDBO 2014, oversat

⁴⁹ Det skal bemærkes, at Modeloverenskomsten for 2017 endnu ikke er oversat til dansk, men de engelske udgaver af hhv. MDBO 2014 og MDBO 2017 har enslydende bestemmelser

⁵⁰ Eksempelvis: OECD MODEL TAX CONVENTION: REVISED PROPOSALS CONCERNING THE MEANING OF “BENEFICIAL OWNER” IN ARTICLES 10, 11 AND 12, 2012.

***"gennemstrømningsselskab" normalt ikke kan anses for den retmæssige ejer, hvis det, skønt det er den formelle ejer, reelt har meget snævre beføjelser, som, i relation til den pågældende indkomst, gør det til en "nullitet" eller administrator, der handler på vegne af andre parter.*⁵¹ [Min fremhævnig].**

Som det kan udledes af ovenstående, består kernen i vurderingen ikke i det formelle ejerskab. Hvorvidt gennemstrømningsselskabet er beneficial owner skal afgøres ud fra, hvorvidt retten til betalingen reelt er hos gennemstrømningsselskabet eller om dette underlagt dets moderselskabs beføjelser for så vidt angår det modtagende beløb. Det er ligeledes udledeligt, at *"agent eller mellemmand"* må anses for et kerneområde for anvendelsesområdet for beneficial owner, siden disse er specifikt oplistet.

Kommentar 12.3 til artikel 10 er ligeledes et udtryk for, at beneficial owner-reglen kun kan antages at finde anvendelse på gennemstrømningssituationer, hvorfor reglen har et begrænset anvendelsesområde og således ikke er udformet som en generelklausul.

I kommentarerne beskrives den retmæssige ejer som den modtager, der:

*"... har retten til at bruge og nyde udbyttet, uden at være bundet af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de betalinger, som han har modtaget, til en anden person."*⁵² (Uddrag).

Ovenstående beskrivelse af beneficial owner er en specificering i forhold til tidligere, hvor en lignende kommentar ikke indgik⁵³. Det modtagende/mellemliggende selskab er således ikke beneficial owner, hvor dette ifølge et juridisk dokument eller anden bindende aftale er forpligtet til at videreføre betalingen. Denne forpligtelse kan også bestå i et faktisk forhold:

*"... men kan eventuelt også være til stede allerede i kraft af de faktiske omstændigheder, som ganske klart viser, at modtageren **substantielt** ikke har rettighederne til at bruge og nyde de udbytter, dog uden at være bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person."*⁵⁴ (Uddrag) [Min fremhævnig].

Det kan udledes heraf, at faktuelle forpligtelser også er omfattet af anvendelsesområdet for beneficial owner-reglen, men hvilke faktuelle forpligtelser fremgår ikke heraf. Forinden indføjeelse af ovennævnte kommentar var det for så vidt ligeledes uomtvistet, at faktuelle

⁵¹ Kommentar 12.3 til artikel 10 i MBO 2014, oversat

⁵² Kommentar 12.4 til artikel 10 i MBO 2014, oversat

⁵³ En tilsvarende kommentar indgår ikke i MBO 2003 eller tidligere

⁵⁴ Kommentar 12.4 til artikel 10 i MBO 2014, oversat

forpligtelser faldt inden for anvendelsesområdet af beneficial owner-reglen⁵⁵. Hvad der ligger i 'faktuelle forpligtelser', der ligger indenfor anvendelsesområdet af det ovennævnte, vil ikke være genstand for større behandling. Hvorvidt dette stadig er tilfældet, vil blive behandlet senere, da kommentaren forekommer tvetydig, hvorfor denne i nærværende afhandling vil være genstand for nærmere behandling⁵⁶. Det fremhævede "substantielt" ansporer til en forståelse af, at beneficial owner-reglen er substansorienteret.

Et andet væsentligt element i vurderingen af hvilket selskab, der er beneficial owner, er at betalingen reelt skal være betalt videre/videreudlodnet eller være bestemt til videreudlodning. Såfremt der slet ikke er sket en overførsel til gennemstrømningsselskabets moderselskab eller andre bagvedliggende ejere, kan der selvsagt ikke være tale om gennemstrømning. Denne problemstilling var sagens kerne i en af de første danske sager angående beneficial owner⁵⁷.

I dobbeltbeskatningsoverenskomst-sammenhænge er antallet af sager om beneficial owner begrænset. En dom, hvorom der har været særlig opmærksomhed, var Indofood-sagen, der var forelagt Court of Appeal i England. I denne sag fandtes beneficial owner-begrebet at skulle forstås i en fiskal kontekst, således der ej skulle lægges vægt på det formelle ejerskab, men snarere det økonomiske ejerskab, der ligeledes udledtes af ovenfor nævnte kommentarer⁵⁸.

Der foreligger ikke et subjektivt element ved vurderingen af, om situationen er omfattet af beneficial owner-værnsreglen. Formålet med at indsætte et såkaldt gennemstrømningsselskab, er for så vidt uden betydning i beneficial owner-vurderingen. Det må desuden betyde, at det er uden relevans, hvorvidt en egentlig fordel ved indskydelse af gennemstrømningsselskabet foreligger. Der skal tages højde for det objektive element bestående i, hvorvidt det modtagende selskab er den retmæssige ejer. Er selskabet ikke retmæssig ejer, således et gennemstrømningsselskab, er værnsreglen anvendelig, hvorfor fordelene af de distributive bestemmelser ikke skal tildeles.

⁵⁵ Dette var bl.a. allerede muligt at udlede af kommentar 12.1 til artikel 10 i MBO 2003

⁵⁶ Se nærmere under afsnit 7.1

⁵⁷ Se SKM2012.121.ØLR, hvor skatteyder fik medhold

⁵⁸ Winther-Sørensen m.fl., Skatteretten 3, 6. udgave, s. 245-246

7 Principal purpose-test (PPT)

Principal purpose-test er behandlet indledningsvist i afsnit 5, i hvilket det kan udledes, hvorfor PPT kommer til at have stor betydning, hvilket berettiger nærværende speciales sigte. En analyse af ordlyden, som foretaget i afsnit 5, forærer ikke svar på anvendelsen af bestemmelsen, hvorfor der er behov for nærmere analyse heraf. Kommentarerne til artikel 29, stk. 9, i OECDs Modeloverenskomst af 2017 vil blive gennemgået med det formål at komme nærmere, hvorledes bestemmelsen er tiltænkt at skulle anvendes.

Formålet med bestemmelsen er at agere værnsregel i forhold til de fordele, der fremkommer som følge af uønsket treaty shopping. Det er som nævnt ikke kun gennemstrømningssituationer, der omfattes. Det er ej heller udelukkende betalinger af udbytter, renter og royalties, der er omfattes af bestemmelsen – PPT er en generel værnsregel, der dækker alle dobbeltbeskatningsoverenskomstens fordelingsregler. Det omfatter således også fordele, der opnås som følge af omstruktureringer, hvor eksempelvis en fordelsbevirkende ejerandel nås i henhold til MDBO 2014 artikel 10, stk. 2, litra a. Det er som nævnt gennemstrømningssituationerne, der er temaet for nærværende afhandling, hvorfor det vil være med dette fokus at kommentarerne inddrages.

Afsnit 7.1 vil indeholde en belysning af, hvilke tilfælde PPT vil være den rette bestemmelse at anvende. Beneficial owner vil som sagt fortsat have en position i DBO-sammenhænge, hvilket må give anledning til en vis usikkerhed i forhold til, hvilken værnsregel, der bør anvendes. Med afsnit 7.1 bliver det mere klart, hvilke gennemstrømningssituationer, der fremadrettet skal vurderes i lyset af PPT.

Afsnit 7.2 vil være en analyse af, hvordan PPT må forventes anvendt, hvor det er afgjort, at PPT-reglen er den relevante regel i dette sammenhæng. Det vil være i dette afsnit, hvor selve indholdet af testen vil blive behandlet. Afsnittet vil således indeholde en analyse af, hvornår testen 'består' og de opnåede fordele kan udstrækkes til det konkrete tilfælde, og fordel(e)n dermed ikke afskæres.

7.1 Vurdering af, hvorvidt principal purpose test er anvendelig i gennemstrømningssituationer

Nærværende afsnit vil belyse relationen mellem beneficial owner og principal purpose test, hvor begge er en del af en given dobbeltbeskatningsoverenskomst, på samme vis som det er tilfældet i OECDs Modeloverenskomst af 2017⁵⁹. Forholdet mellem beneficial owner og PPT vil

⁵⁹ Henholdsvis artiklerne 10-12 og artikel 29, stk. 9 i MDBO 2017

udelukkende belyses i relation til gennemstrømningssituationer, eftersom dette er nærværende afhandlings tema.

Som det er anført under afsnit 5, er PPT udformet som en generel værnsregel, der anvendes på andre situationer end gennemstrømningssituationer. Beneficial owner har et snævert anvendelsesområde, bestående i gennemstrømningssituationer, hvorfor en Lex Specialis-betragtning må antages at føre til, at beneficial owner i disse situationer må være den anvendelige værnsregel⁶⁰. Det forekommer kunstigt at tale om Lex Specialis, da denne terminologi almindeligvis ikke anvendes for så vidt angår regler, der indgår i samme regelsæt, som det vil være tilfældet her⁶¹. I stedet henses der til Wienerkonventionens, hvoraf det i artikel 31 konkluderes, at der først og fremmest skal *"fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål"*⁶². I henhold til dette, bør der først og fremmest tages hensyn til selve bestemmelsen, hvoraf betalingen fremgår⁶³. Artikel 10-12, der omhandler betalingerne, indeholder beneficial owner-kravet, hvormed det følger af Wienerkonventionens artikel 31, at denne værnsregel bør iagttages forinden transaktionen/arrangementet vurderes i lyset af PPT-reglen i artikel 29, stk. 9.

En betragtning om, at beneficial owner er den anvendelige værnsregel i alle gennemstrømningssituationer, må dog antages ikke at være tilfældet, når det tages i betragtning, hvorledes principal purpose test blev et tema i dobbeltbeskatningsoverenskomst-sammenhænge. PPT er relation her til opstået som følge af BEPS action 6, der ikke nævner det fremtidige samspil med beneficial owner. Det må antageligvis forholde sig således, at beneficial owner ikke anses for at være den rette test inden for treaty shopping⁶⁴. Benævnelse af beneficial owner i BEPS action 6 er begrænset til en del af introduktionen, om hvordan treaty shopping hidtil er behandlet⁶⁵. BEPS action 6 har netop som et formål at fremkomme med nye løsningsforslag til, hvordan treaty shopping-situationer kan adresseres fremadrettet. De nye løsningsforslag fremgår blandt andet af indledningens pkt. 19, hvori beneficial owner-reglen ikke indgår⁶⁶. BEPS action 6 forekommer klart at være udtryk for, at PPT-reglen er tiltænkt at være anvendelig i alle tilfælde af treaty shopping.

Eftersom beneficial owner alligevel bevares i den seneste Modeloverenskomst, til trods for den ovenfor anførte begrænsede omtale, foreligger der et samspil mellem de to værnsregler, som søges afklaret. Eksistensen af begge fordrer umiddelbart, at anvendelsesområderne er

⁶⁰ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 4.8.2, s. 52

⁶¹ Wegener, Judidisk Metode, 3. udgave, s. 286

⁶² Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten, artikel 31

⁶³ Artikel 10, 11 eller 12 i MDBO 2017

⁶⁴ Som BEPS action 6 omhandler, se her til afsnit 5.3

⁶⁵ BEPS action 6, Final report, introduktionen pkt. 18, s. 17-18

⁶⁶ BEPS action 6, Final report, introduktionen pkt. 19, s. 18-19

forskellige. Begge er anvendelige inden for treaty shopping, hvorfor der må foreligge en diskrepans i anvendelsesområderne inden for treaty shopping, da PPT-reglen foruden dette vil være af begrænset betydning⁶⁷, hvilket ikke er i overensstemmelse med den politik, der følger af BEPS action 6.

Samspillet mellem PPT-reglen og beneficial owner-reglen vurderes nærmere i lyset af Modeloverenskomsten af 2017 og kommentarerne heri. Til artikel 29, stk. 9, foreligger en række kommentarer, der har forskellige formål i relation til at belyse anvendelsen af PPT-reglen i artikel 29, stk. 9. Fælles for kommentarerne er dog, at de alle er et element i belysning af selve anvendelsesområdet for PPT-reglen.

Kommentar 175 til artikel 29 definerer hvordan 'en fordel' skal forstås, men har samtidig et indhold og en placering i kommentarerne, der må have den betydning, at kommentaren samtidig skal bidrage til anvendelsesområdet for netop artikel 29, stk. 9, der indeholder PPT-reglen. Kommentar 175 til artikel 29 i OECDs Modeloverenskomst af 2017 indeholder bl.a. følgende passage:

*"The term "benefit" includes all limitations" ... "This includes, for example, limitations on the taxing rights of a Contracting State in respect of dividends, interest or royalties arising in that State, and paid to a resident of the other State (who is the beneficial owner) under Article 10, 11 or 12."*⁶⁸ (Uddrag).

Kommentaren beskriver 'en fordel' i relation til netop PPT-reglen. Det kan heraf udledes, at netop fordelene, der følger af artikel 10-12 ligger inden for anvendelsesområdet af PPT-reglen. Samtidig nævner kommentaren dog, at der netop skal være tale om en modtager, der er beneficial owner. Kravet om beneficial owner i dette sammenhæng, kan forstås således, at PPT-reglen er af subsidiær karakter i forhold til beneficial owner.

Umiddelbart må det ovenfor anførte betyde, at beneficial owner-kravet skal opfyldes, desuagtet PPT-reglen, og således er den relevante vurdering i relation til betalinger af udbytte, renter og royalties. Hvis det er tilfældet, at PPT-reglen er subsidiær i forhold til beneficial owner-reglen, forekommer det bemærkelsesværdigt, at ovennævnte kommentar 175 eksplicit nævner artikel 10-12 som værende indenfor PPT-reglens anvendelsesområde, da PPT-reglens anvendelsesområde i fald PPT er subsidiær i praksis vil være ret begrænset for så vidt angår gennemstrømningssituationer. Alternativt kan det forstås således, at beneficial owner-kravet

⁶⁷ Da det er problematisk at forestille sig, at beneficial owner-reglen ikke vil underkende mindst det samme som PPT-reglen, hvorfor PPT-reglen vil være uden betydning

⁶⁸ Kommentar 175 til artikel 29 i MDO 2017

er af begrænset karakter, hvorfor denne oftest vil være opfyldt, hvorefter PPT-reglen skal anvendes.

Det må i henhold til ovenstående være relevant at vurdere, om det ikke i stedet skal ansues således, at tærsklen i beneficial owner-kravet er sænket, således anvendelsesområdet for beneficial owner-reglen er mere snævert end tidligere. Desuden er det relevant, at vurdere, om PPT-reglen er en kumulativ værnsregel, som det er anført under afsnit 5 baseret på ordlyden.

Vurderes det fortsat, at beneficial owner har samme anvendelsesområde i relation til gennemstrømningssituationer, hvor gennemstrømningssituationer generelt vurderes efter beneficial owner, vil PPT-reglen være overflødig i den henseende. Omvendt er den ovenfor nævnte kommentar (kommentar 175) ikke til hinder for, at nogle gennemstrømningssituationer fortsat bør vurderes efter beneficial owner-reglen. Tværtimod fordres det ifølge kommentaren, at transaktionen eller arrangementet opfylder beneficial owner, før end det kan vurderes i henhold til PPT-reglen. Dette er også i overensstemmelse med PPT-reglens indledning: *"Notwithstanding the other provisions of this Convention"*, eftersom dette er et udtryk for, at PPT-reglen stadig tages i betragtning, selvom en anden værnsregel allerede er anvendt på det pågældende arrangement eller den pågældende transaktion. Det må have den konsekvens, at der i overensstemmelse med PPT-reglen kan nægtes en fordel, der ikke er nægtet i henhold til beneficial owner-reglen. Beneficial owner og PPT er her ud fra kumulative værnsregler.

Kommentar 172 til artikel 29 i MDBO 2017 må ligeledes forstås som udtryk for, at selvom en anden regel, er anvendt, må PPT-reglen fortsat skulle tages i betragtning som en kumulativ betingelse for opnåelse af en fordel:

*"Conversely, the fact that a person is entitled to benefits under paragraph 1 to 7 does not mean that these benefits cannot be denied under paragraph 9."*⁶⁹ (Uddrag).

Det ovenfor anførte fører samlet til, at PPT-reglen har betydning, selvom en anden værnsregel, LOB i kommentaren, er anvendelig, men ikke har underkendt den opnåede fordel.

Det er nærværende forfatters forestilling, at såfremt det må antages, at tærsklen for beneficial owner-kravet er "nemmere" at opfylde end PPT-reglen, hvis beneficial owner-kravet eksempelvis er begrænset til kontraktuelle og juridiske forpligtelser til at videreformidle betalingerne, vil det umiddelbart betyde, at beneficial owner-reglen og PPT-reglen reelt har

⁶⁹ Kommentar 172 til artikel 29 i MDBO 2017

forskellige anvendelsesområder inden for treaty shopping. Det vil således betyde, at beneficial owner-reglen anvendes i de situationer, hvor det forholdsvist ubesværet kan udledes, at betalingerne er bestemt til videreførelse som følge af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser. Omvendt vil PPT-reglen anvendes, hvor det klart er fastslået, at en sådan kontraktuel eller juridisk forpligtelse ikke består, men hvor der desuagtet foreligger gennemstrømning som følge af en faktuel forpligtelse til at viderebetale den modtagne betaling.

Følgelig bliver det relevant at vurdere, hvad der forstås ved kontraktuelle og juridiske forpligtelser. Her til kan kommentarerne til artikel 10 i Modeloverenskomsten bidrage, hvor følgende fremgår:

*"...because that recipient's right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person" ... "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"*⁷⁰ (Uddrag).

Uddraget belyser forståelsen af hvordan kontraktuel og juridisk forpligtelse afgrænses, hvormed kan anføres, at retten for det mellemliggende selskab til at modtage betalingen er afhængig af viderebetaling, samt at forpligtelsen til (videre)betaling er afhængig af modtagelsen.

Ved kontraktuelle og juridiske forpligtelser forstås således, at betalingen til det mellemliggende selskab er afhængig af, at beløbet betales videre til selskabet som gennemstrømningsselskabet er forpligtet af (der er beneficial owner). Samtidig er betalingen fra gennemstrømningsselskabet til selskabet, der er beneficial owner afhængig af, at gennemstrømningsselskabet modtager betalingen. Dette er således udtryk for en toleddet afhængighed. Modsat fordrer den faktuelle forpligtelse ikke en sådan toleddet afhængighed. Den faktuelle forpligtelse består således i en forpligtelse for det mellemliggende selskab til at (videre)betale udbytte, renter og royalties til et tredje selskab, uagtet om dette har modtaget en betaling.

Kommentarerne til artikel 29, stk. 9, i OECDs Modeloverenskomst af 2017 indeholder en række eksempler⁷¹, der skal indikere anvendelsesområdet for PPT, samt hvordan reglen skal anvendes⁷².

⁷⁰ Kommentar 12.4 til artikel 10 i MDBO 2017

⁷¹ Kommentarerne 182 og 187 til artikel 29 i MDBO 2017

⁷² I nærværende afsnit vil eksemplerne kun anvendes til belysning af selve anvendelsesområdet og ikke hvordan PPT-reglen anvendes

Under kommentarerne til artikel 29, stk. 9, foreligger eksemplerne i kommentar 187, der omhandler gennemstrømningssituationer (/arrangementer), hvilket allerede i sig selv må indikere, at i hvert fald visse gennemstrømningssituationer skal vurderes efter PPT. Kommentar 187 indeholder en lang passage angående tilfælde, hvor PPT-reglen ikke er valgt. Såfremt PPT-reglen ikke er valgt, angiver kommentaren, at det er nødvendigt med specifikke regler for så vidt angår gennemstrømningssituationer. Det kan af kommentaren udledes, at dette ellers må være dækket af PPT-reglen. Her må desuden henses til, at eksemplerne er placeret som en del af kommentarerne til PPT-reglen, hvormed disse eksempler må anses for også at være anvendelige på PPT-reglen⁷³.

I relation til, hvilke tilfælde, der falder inden for anvendelsesområdet af PPT, kan blandt andet nævnes det ret klassiske eksempel på en gennemstrømningssituation:

*"TCO, a company resident of State T, which does not have a tax treaty with State S, loans 1,000,000 to SCO, a company resident of State S that is a wholly-owned subsidiary of TCO, in exchange for a note issued by SCO. TCO later realises that it can avoid the withholding tax on interest levied by State S by assigning the note to its wholly-owned subsidiary RCO, a resident of State R (the treaty between States R and S does not allow source taxation of interest in certain circumstances). TCO therefore assigns the note to RCO in exchange for a note issued by RCO to TCO. The note issued by SCO pays interest at 7 per cent and the note issued by RCO pays interest at 6 per cent."*⁷⁴ (Uddrag).

Det er bemærkelsesværdigt, at et eksempel som det ovenfor anførte, falder inden for anvendelsesområdet af PPT. Et sådan eksempel vil formentlig almindeligvis falde under beneficial owner-reglens anvendelsesområde, hvorfor dette er udtryk for en restriktiv anvendelse af beneficial owner-reglen⁷⁵. Dette må være en klar indikation på, at netop gennemstrømningssituationer som disse ikke længere bør vurderes efter beneficial owner-reglen. Havde det fortsat været intentionen, at et sådan tilfælde skulle behandles efter beneficial owner-reglen, ville PPT-reglen selvsagt være uden betydning, idet denne fordel antageligt ville være underkendt af beneficial owner-reglen allerede, hvorfor det ikke ville give mening, at dette eksempel skulle vurderes efter PPT-reglen. Umiddelbart er dette til støtte for nærværende forfatters tese om, at beneficial owner, med indførslen af PPT, definitivt får et mindre anvendelsesområde, hvormed PPT i stedet er den rette test i gennemstrømningssituationer fremadrettet.

⁷³ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 2.2.3, s. 35

⁷⁴ Eksempel C i kommentar 187 til artikel 29 i MDBO 2017

⁷⁵ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 2.2.3, s. 35

Forståelsen af, at beneficial owner reelt har et snævert anvendelsesområde kan understøttes yderligere af kommentarerne til artikel 10, 11 og 12, angående beneficial owner, da beneficial owner her forekommer at være begrænset i forhold til tidligere udgaver af OECDs Modeloverenskomst. I nærværende afhandling inddrages blot kommentarerne til artikel 10⁷⁶. En indikation på, at beneficial owner ikke finder anvendelse på alle gennemstrømningssituationer foreligger i kommentar 12.5 til artikel 10 i MDBO 2017:

*"...The provision of article 29 and the principles put forward ... will apply to prevent abuses, including treaty shopping situations where the recipient is the beneficial owner of the dividends."*⁷⁷ (Uddrag).

Ovenstående bekræfter, at PPT-reglen skal anvendes i tilfælde, hvor modtageren er beneficial owner. Passagen omtaler treaty shopping-situationer, hvor modtageren er beneficial owner, hvilket indikerer, at der eksisterer treaty shopping-situationer, hvor beneficial owner-reglen ikke er den rette værnregel⁷⁸. Såfremt sådanne gennemstrømningssituationer ikke eksisterer, vil det for så vidt slet ikke give mening, at PPT-vurderingen skal tages i betragtning, idet transaktionen eller arrangementet således er vurderet efter beneficial owner-reglen, som allerede må forventes at nægte fordele i mindst de samme gennemstrømningssituationer, som dem PPT-reglen vil underkende. Udeledigt af dette, er det også, at PPT-reglen er en kumulativ værnregel i relation til beneficial owner, idet det ifølge kommentaren fordres, at modtageren er beneficial owner.

I samme kommentar uddybes det yderligere, at beneficial owner-reglen ikke er anvendelig på alle treaty shopping-situationer:

*"... 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 abuses, such as certain forms of treaty shopping..."*⁷⁹ (Uddrag).

Ovenstående passage er en videreførelse fra OECDs Modeloverenskomst af 2014, hvorfor det begrænsede anvendelsesområde, der må udledes heraf allerede var tilfældet med MDBO 2014, men med Modeloverenskomsten af 2017 bekræftes. Uddraget slår fast, at beneficial owner-reglen er anvendelig på de tilfælde, hvor en modtager er forpligtet til at viderebetale udbyttet,

⁷⁶ Kommentarerne angående beneficial owner er enslydende i kommentarerne til artiklerne 10-12, hvorfor det findes tilstrækkeligt at inddrage kommentarerne til én af artiklerne

⁷⁷ Kommentar 12.5 til artikel 10 i MDBO 2017

⁷⁸ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 2.2.3, s. 35

⁷⁹ Kommentar 12.5 til artikel 10 i MDBO 2017

hvilket dog ikke indikerer, hvorvidt anvendelse af beneficial owner-reglen fordrer en juridisk forpligtelse.

Hvorvidt beneficial owner-reglen er begrænset til kontraktuelle og juridiske forpligtelsen, kan formentlig bedre udledes af kommentar 12.4 til artikel 10 i OECDs Modeloverenskomst af 2014, der også er nævnt under afsnit 6. Denne kommentar er videreført i Modeloverenskomsten af 2017⁸⁰. Kommentaren angår også faktuelle forpligtelser, men hvordan det forstås er, som anført i afsnit 6, ikke ganske klart; det må være af stor betydning, hvordan teksten forstås:

*"En sådan forpligtelse vil sædvanligvis fremgå af relevante, juridiske dokumenter, men kan eventuelt også være til stede allerede i kraft af de faktiske omstændigheder, som **ganske klart** viser, at modtageren substantielt ikke har rettighederne til at bruge og nyde de udbytter, dog uden at være bundet af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle de modtagne betalinger til en anden person."*⁸¹ (Uddrag) **[Min fremhævnin**g].

Ovenstående kan forstås som udtryk for, at faktuelle forpligtelser også falder under beneficial owner-reglens anvendelsesområde. Det fremhævede, "**ganske klart**", indikerer dog med al tydelighed, at de faktiske omstændigheder skal bestå i helt særlige omstændigheder. Sætningen har sit udgangspunkt i '*kontraktuelle eller juridiske forpligtelser*', hvorfor passagen skal ses i relation til dette. Der må således skulle foreligge en omstændighed, der klart er tenderende til en juridisk forpligtelse, der dog udledes af faktiske omstændigheder. Ud fra det anførte, må beneficial owner-reglen være begrænset til de kontraktuelle og juridiske forpligtelser. Dette understreges også af sidste stykke i kommentar 12.4:

*"Hvor modtageren af et udbytte har retten til at bruge og nyde udbyttet, uden at være bundet af **kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de betalinger**, som han har modtaget, til en anden person, er modtageren "den retmæssige ejer" af disse udbytter."*⁸² (Uddrag) **[Min fremhævnin**g].

⁸⁰ Hvorfor den oversatte udgave af MDBO 2014 med fordel kan anvendes i nærværende sammenhænge

⁸¹ Kommentar 12.4 til artikel 10 i MDBO 2014, oversat

⁸² Kommentar 12.4 til artikel 10 i MDBO 2014, oversat

Det er af flere forfattere anført, at formuleringen "ganske klart" er et udtryk for, at anvendelsesområdet allerede er indsnævret blandt andet med kommentar 12.4 af OECDs Modeloverenskomst af 2014⁸³.

Kommentar 12.4 til artikel 10 sammenholdt kommentar 187 til artikel 29 i OECDs Modeloverenskomst af 2017 er samlet udtryk for, at det er OECDs politik, at beneficial owner har et begrænset anvendelsesområde samt at PPT er anvendelig på gennemstrømningssituationer.

Nærværende afsnits argumentation fører til, at det må konkluderes, at beneficial owner-reglen fortsat skal anvendes i tilfælde af treaty shopping, hvor viderebetalingen fra gennemstrømningsselskabet følger af en kontraktuel eller juridisk forpligtelse. I tilfælde, hvor en sådan forpligtelse ikke består, vil gennemstrømningsselskabet således være beneficial owner, hvorefter principal purpose test-reglen skal anvendes. PPT-reglen er således anvendelig i gennemstrømningssituationer bestående i en faktisk forpligtelse til at videreformidle betalingen. PPT-reglen er desuden at betragte som en kumulativ værnsregel, der ligeledes skal opfyldes for opnåelse af fordelene.

PPT-reglen får de facto et egentligt selvstændigt anvendelsesområde inden for gennemstrømningssituationer, eftersom beneficial owner-reglens anvendelsesområde reelt er begrænset. Denne politik kan udledes gennemgående af kommentarerne som redegjort for i nærværende afsnit.

7.2 Anvendelse af principal purpose test

Det er med afsnit 7.1 fastslået, at PPT-reglen de facto har et selvstændigt anvendelsesområde for så vidt angår visse gennemstrømningssituationer. Afsnit 7.2 har til formål at belyse, hvordan reglen anvendes på gennemstrømningssituationer. Fokus bliver på de situationer, der ikke allerede i henhold til det i afsnit 7.1 anførte må forventes at blive behandlet af beneficial owner-reglen. Således udgør fokus de gennemstrømningssituationer, der består i en faktisk forpligtelse til at videreformidle betalingen.

Principal purpose test, i artikel 29, stk. 9, samt MLI artikel 7, stk. 1, indeholder både et objektive element og et subjektivt element. Det objektive element består i, at der rent faktisk skal bestå en fordel som følge af transaktionen eller arrangementet. Hvordan fordel skal forstås i dette sammenhæng samt hvad der forstås ved transaktion eller arrangement, vil blive

⁸³ Adrian Wardzynski, The 2014 Update to OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial ownership, 2015, afsnit 4.1, s. 189; samt Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 2.2.2.2, s. 34

behandlet nedenfor i afsnit 7.2.1. I samme afsnit belyses det, hvordan '*direkte eller indirekte bevirkede den fordel*'⁸⁴ i relation til ordlyden af PPT-reglen forstås.

Det subjektive element består i, at den opnåede fordel skal være et af de primære formål med arrangementet eller transaktionen. Det subjektive element er udformet således, at det er tilstrækkeligt, at det er rimeligt at konkludere, at det var et af de primære formål⁸⁵. Set fra myndighedernes perspektiv ville det være problematisk, hvis det ikke havde endt med denne udformning, da denne udformning medfører en bredere anvendelse i form af denne 'rimelighedstest'. Omvendt kan det være en problematisk udformning fra skatteydernes perspektiv, idet denne formulering er forholdsvis åben, hvis det ikke defineres, hvornår det er rimeligt at konkludere, at den opnåede fordel var et af de primære formål. Det subjektive element behandles i afsnit 7.2.2.

Selvom skatteydernes skattemæssige fordel nægtes som følge af, at både det objektive og det subjektive element opfyldes i den givne transaktion eller det givne arrangement, har skatteyder mulighed for, at fordelene tildeles, såfremt opnåelse af den fordel er i overensstemmelse med hensigten og formålet med den relevante bestemmelse. Dette behandles i afsnit 7.2.3.

7.2.1 Det objektive element af principal purpose test

Det objektive element deles i nærværende behandling op i tre elementer, der behandles hver for sig. De tre elementer i det objektive element er: 1) Der skal foreligge en *fordel* 2) Der skal foreligge et *arrangement* eller en *transaktion* 3) arrangementet eller transaktionen skal *direkte eller indirekte* bevirke fordelene.

7.2.1.1 Der skal foreligge en fordel

Det må først og fremmest slås fast, hvordan *fordel* skal forstås, idet fordelene opnået gennem uønsket treaty-shopping er det materielle indhold af værnereglens udstrækning. En fordel må almindeligvis forstås som en positivt bidragende omstændighed, men hvor bred en forståelse der skal tillægges begrebet fordele, må vurderes i lyset af kommentarerne til OECDs Modeloverenskomst af 2017. Kommentarerne slår fast, at der er tale om en bred forståelse af fordele. Kommentar 175 til artikel 29 i MBO 2017 fastslår, at det omfatter alle begrænsninger i skattepligten. Herunder nævnes lempelser, undtagelser, udskydelse og refusion af skatten. Bestemmelserne artikel 10-12, der er temaet for nærværende om udbytte, renter og royalties, er oplistet positivt i kommentar 175, hvorfor der ingen tvivl foreligger om, at de fordele, der opnås af disse bestemmelser er omfattet af udtrykket fordele.

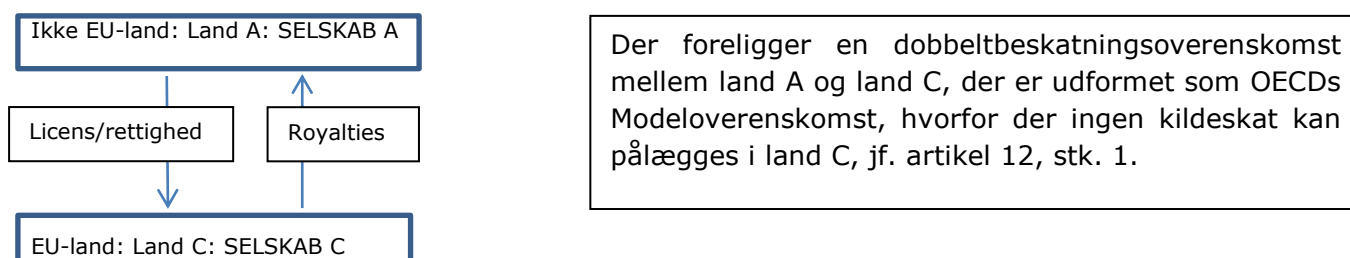
⁸⁴ Udledt af følgende passage i artikel 29, stk. 9: *that resulted directly or indirectly in that benefit*"

⁸⁵ Jf. artikel 29, stk. 9 i MBO 2017

Det er dog givet, at der skal være tale om en fordel, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Fordelen, der kan nægtes efter PPT-reglen, kan således ikke være en fordel hidrørende fra eksempelvis intern ret eller EU-ret, da disse må indeholde selvstændige værnsregler⁸⁶.

Med den brede forståelse af begrebet fordele, foreligger således en betingelse, der umiddelbart er nem at opfylde. At opnå en fordel er således en ret bred palette af situationer, hvorfor der ikke opstår en masse tvivl om, hvorvidt det opnåede er en fordel, fordi det basalt set forstås som alle positive skattemæssige konsekvenser.

Det interessante må i dette sammenhæng være, hvorvidt der rent faktisk består en fordel til sammenligning med den situation, der havde været, hvis der eksempelvis ikke havde været et mellemliggende holdingselskab. Hvis vi nu antager følgende scenarie:



I ovenstående scenarie er der således ingen kildeskat i land C, hvorved en indsættelse af et mellemliggende selskab i et land, hvormed begge lande har en dobbeltbeskatningsoverenskomst, ikke vil medføre en faktisk fordel, da kildeskatten således fortsat er nul. Der forekommer således ingen fordel i forhold til, hvordan beskatningssituationen i forvejen var.

Formuleringen i kommentar 175 til artikel 29 lægger dog ikke op til, at den opnåede fordel skal være i relation til en bestående beskatningssituation. I stedet må det forstås så bredt, at der er tale om en fordel, når en bestemmelse i dobbeltbeskatningsoverenskomsten er anvendelig. Det er således tilstrækkeligt til at en fordel konstateres, at der mellem kildelandet og gennemstrømningsselskabet foreligger en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som medfører en fordel i henhold til en af de distributive regler (artiklerne 6 til 22 i Modeloverenskomsten). Det må hermed konstateres, at 'fordels'-elementet uden besvær vil være opfyldt. Det må forventes, at de tilfælde, som illustreret ovenfor, hvor der ikke reelt opnås en fordel med arrangementet eller transaktionen, i stedet vil blive håndteret i henhold til PPT-reglens subjektive element⁸⁷.

⁸⁶ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 4.2.1, s. 43

⁸⁷ Det kan åbenlyst ikke være et af de primære formål at opnå en skattemæssig fordel, når en sådan fordel reelt ikke består – se her til afsnit 7.2.2.3 under omtalen af eksempel M i kommentar 182 til artikel 29

7.2.1.2 Arrangement eller transaktion

Ydermere er det relevant at etablere, hvorledes 'arrangement eller transaktion' skal forstås.

Kommentar 177 til artikel 29 omhandler definition af 'arrangement eller transaktion', der indeholder en bred fortolkning af begreberne. Det skal inkludere:

"... any agreement, understanding, scheme, transaction or series of transactions, whether or not they are legally enforceable. In particular they include the creation, assignment, acquisition or transfer of the income itself, or of the property or right in respect of which the income accrues. These terms also encompass arrangements concerning the establishment, acquisition or maintenance of a person who derives the income, including the qualification of that person as a resident of one of the Contracting States, and include steps that persons may take themselves in order to establish residence."⁸⁸ (Uddrag).

Det er således en ret bred forståelse, der skal lægges til grund. Det må forstås som udtryk for, at det er OECDs hensigt, at der ikke skal bestå fortolkningsvanskeligheder for så vidt angår disse begreber. Det er således ikke dette element, der medfører problematikker i forhold til at nå frem til, hvorvidt PPT-reglen skal underkende den opnåede fordel. Denne opfattelse må også understøttes af, at dette element ikke belyses selvstændigt af andre kommentarer, hvormed forstås, at en egentlig "definitionscommentar" er tilstrækkeligt til at dette element belyses dækkende.

Kommentar 177 til artikel 29 fremkommer også med et eksempel på et arrangement; her gives som eksempel den situation, at der foretages handling for at sikre, at direktionsmøderne afholdes i forskellige lande med henblik på, at det af selskabet kan påstås, at dets hjemsted er ændret. Eksemplet er ikke udtryk for, at det er væsentligt at differentiere mellem om der er tale om et *arrangement* eller en *transaktion*. Det er umiddelbart ikke tilfældet ud fra formuleringen af ovenstående uddrag, eftersom det i relation til dette element blot skal afgøres om situationen falder under den brede forståelse af arrangement eller transaktion. Denne tilgang understøttes også af kommentarens sidste sætninger:

"One transaction alone may result in a benefit, or it may operate in conjunction with a more elaborate series of transactions that together

⁸⁸ Kommentar 177 til artikel 29 i MDBO 2017

*result in the benefit. In both cases the provisions of paragraph 9 may apply.*⁸⁹

Arrangement eller transaktion skal forstås bredt og uden skelen til, om det angår et arrangement eller en transaktion, men blot at det omfattes af den samlede betegnelse for arrangement eller transaktion.

7.2.1.3 Direkte eller indirekte bevirker en fordel

Der skal foruden fordelen være tale om et arrangement eller en transaktion, der *direkte eller indirekte* medfører denne fordel⁹⁰. Denne formulering er i sig selv en ret bred formulering, hvorfor dette allerede af den grund må forstås vidtstrakt.

Kommentarerne til artikel 29 understreger, at det er intentionen, at en bred formulering skal foreligge. Det er ligeledes hensigten, at den brede formulering også skal omfatte fordele, der ikke følger direkte af den transaktion, som blev gennemført for at opnå fordelen – altså en fordel, der opnås som en følge af en anden transaktion end den egentlig gennemførte transaktion⁹¹. Til dette gives et eksempel, hvori et selskab overdrager et lån til et andet selskab med det formål at opnå en fordel i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem landet hvori det modtagne selskab er beliggende og det land hvori debitorselskabet er beliggende. Her er den foretagne transaktion egentlig selve overdragelsen af lånet, mens fordelen følger indirekte heraf, som følge af muligheden for at anvende den nævnte dobbeltbeskatningsoverenskomst⁹². Henset til ovenstående, er elementet bestående i *direkte eller indirekte at bevirke fordelen* uproblematisk at opfylde.

7.2.1.4 Sammenfatning på PPT-reglens objektive element

De nævnte elementer i PPT-reglens objektive element er alle ukontroversielle og nemt konstaterbare, hvormed det objektive element må forventes ikke at skabe selvstændige problemer ved anvendelse af PPT-reglen. Alle de omtalte elementer skal forstås vidtstrakt og er dermed ikke en reel problemstilling, da det må forventes, at det forholdsvis ubesværet kan konstateres, hvorvidt der er tale om et arrangement eller en transaktion, der direkte eller indirekte bevirker en fordel.

7.2.2 Det subjektive element af principal purpose test

Testens subjektive element består i, at det skal være *et af de primære formål* at opnå fordelen/fordelene. Det subjektive element må forventes at være kernen i PPT-reglen, der

⁸⁹ Kommentar 177 til artikel 29 i MBO 2017

⁹⁰ Jf. ordlyden af artikel 29, stk. 9

⁹¹ Kommentar 176 til artikel 29 i MBO 2017

⁹² Eksemplet i kommentar 176 til artikel 29 i MBO 2017

således er afgørende i forhold til, hvorvidt PPT-reglen medfører en reel forskel i forhold til den objektive beneficial owner-regel.

Belysning af det subjektive element, og hvordan dette forventes anvendt, fordrer en omfattende gennemgang af kommentarerne til OECDs Modeloverenskomst af 2017. Der foreligger en række kommentarer til artikel 29, der er relevante i dette sammenhæng, herunder vil en række eksempler være af stor relevans, da disse antages at være udtryk for den ønskede anvendelse af PPT-reglen på gennemstrømningssituationer, der fortsat er temaet.

Som allerede berørt, er det ikke nødvendigt, at den opnåede fordel er **det** primære formål. Det er tilstrækkeligt, at det blot er **et af de** primære formål. Til dette tilføjer kommentarerne et eksempel, hvor en person, der agter at sælge sin ejendom, men kort forinden flytter sin bopæl til udlandet med en skattemæssig fordel som et af de primære formål. Selvom der kan foreligge andre primære formål, vil PPT-reglen stadig kunne være anvendelig i sådanne tilfælde⁹³. Eksemplet medvirker ikke til en større forståelse af, hvordan et af de primære formål skal forstås, da eksemplet blot fastslås, at "paragraph 9 could apply". En egentlig begrænsning af antallet af primære formål kan ej heller udledes, eftersom det angives PPT-reglen kan være anvendelig selvom der foreligger andre primære formål. Eksemplet bidrager således ikke med yderligere klarhed.

Selvom antallet af primære formål ikke kan konstateres afgrænset, må der af eksemplerne kunne udledes, hvorvidt *et af de primære formål* skal fortolkes snævert eller bredt – dette adresseres i afsnit 7.2.2.3.

Afsnit 7.2.2.1 vil belyse, hvordan analysen af skatteydere subjektive formål foretages. Afsnit 7.2.2.2 vil tage under behandling, hvorvidt substans er af betydning for vurderingen. Afsnit 7.2.2.3 supplerer med pointer angående PPT-reglens subjektive element, der ikke fremføres under hverken afsnit 7.2.2.1 eller afsnit 7.2.2.2.

7.2.2.1 Objektiv vurdering af de primære formål

Af kommentarerne kan indledningsvist udledes, at for at etablere, om det er et af de primære formål med arrangementet eller transaktionen at opnå en skattemæssig fordel, fordres en objektiv analyse af hensigterne og formålene for alle parter inddraget i at etablere det pågældende arrangement eller den pågældende transaktion. Denne objektive analyse fordrer, at samtlige omstændigheder angående det pågældende arrangement inddrages. Et endeligt bevis for intentionen og hensigten om at opnå fordel er ikke påkrævet, men det må efter en

⁹³ Kommentar 180 til artikel 29 i MBO 2017

objektiv analyse kunne fastslås, at det er rimeligt at konkludere, at et af de primære formål var at opnå den skattemæssige fordel⁹⁴.

Ovenstående indhold af kommentar 178 illustrerer problematikken i subjektive elementer af en sådan værnregel, eftersom det forekommer umuligt at kende folks motiver, hvorfor en sådan objektiv analyse er en nødvendighed ved anvendelse af en subjektiv test. Kommentar 178 må anses som et udtryk for, at en objektiv rimelighedstest er et hovedelement i PPT-reglens subjektive element – altså en test, hvoraf det udledes, om det ud fra alle omstændigheder og fakta er rimeligt at antage, at den opnåede fordel var et af de primære formål.

I kommentarerne foreligger ydermere en "vejledning" til denne objektive rimelighedstest, der lyder således:

*"It should not be lightly assumed, however, that obtaining a benefit under a tax treaty was one of the principal purposes of an arrangement or transaction and merely reviewing the effects of an arrangement will not usually enable a conclusion to be drawn about its purposes. Where, however, an arrangement can only be reasonably explained by a benefit that arises under a treaty, it may be concluded that one of the principal purposes of that arrangement was to obtain the benefit."*⁹⁵ (Uddrag).

Det er således ikke tilstrækkeligt at konkludere, at resultatet af et sådan arrangement er en skattemæssig fordel, da dette i sig selv ikke medfører, at dette er et af de primære formål. Modsat anses det for et af de primære formål, hvor gennemførelse af et arrangement udelukkende kan forklares ud fra, at en skattemæssig fordel opstår som følge heraf.

Ovennævnte situationer må være udtryk for yderpunkter i relation til at vurdere, hvornår der henholdsvis ikke foreligger og foreligger en situation, hvor et af de primære formål er at opnå en skattemæssig fordel. Ovenstående er derfor reelt ikke en anvendelig vejledning, foruden til fastsættelse af yderpunkterne for PPT-reglens subjektive element.

Det følger desuden af kommentarerne, at skatteyder ikke har muligheden for at undgå, at den opnåede fordel nægtes ved at hævde, at den opnåede fordel ikke har været et af de primære formål⁹⁶. Det understreges hermed, at det væsentlige er en objektiv analyse af, hvorvidt det må anses for rimeligt at konkludere, at den opnåede fordel var et af de primære formål. Et sådan subjektivt input, om skatteydere formål, er således irrelevant for analysen heraf.

⁹⁴ Kommentar 178 til artikel 29 i MBO 2017

⁹⁵ Kommentar 178 til artikel 29 i MBO 2017

⁹⁶ Kommentar 179 til artikel 29 i MBO 2017

Der må ifølge kommentarerne foretages en vægtning af samtlige beviser, således det kan vurderes, om det er rimeligt, at den af et arrangement eller en transaktion opnåede fordel anses for et af de primære formål hermed. Udfaldet af denne vurdering fordrer, ifølge kommentarerne, rimelighed i form af en objektiv vurdering af muligheden for divergerende fortolkning af de forudgående handlinger⁹⁷.

Det subjektive elemente består således reelt i en objektiv vurdering, hvoraf det skal udledes, om det er rimeligt at konkludere, at den opnåede fordel er et af de primære formål. En objektiv belysning af de primære formål fordrer en vægtning af samtlige fakta, omstændigheder og inddragelse af forskellige fortolkninger af de forudgående handlinger i relation til etablering af transaktionen eller arrangementet. Der skal således foretages en samlet vurdering.

Ovenstående medfører ikke en forståelse af, hvordan vægtningen af de forskellige elementer skal foretages, men danner blot rammen om vurderingen. Det vil følge af det resterende af afsnit 7.2.2, hvordan vurderingen forventes foretaget, herunder ved inddragelse af eksempler.

7.2.2.2 Substansorienteret tilgang til de primære formål

Det er hensigten med nærværende underafsnit at belyse, hvorvidt der for så vidt angår principal purpose test består en substansorienteret tilgang til, hvilke elementer der indgår i vurderingen af substans samt hvilken betydning en substansorienteret tilgang får i praksis.

PPT-reglens ordlyd giver anledning til at antage, at en substansorienteret tilgang foreligger, eftersom substans kan have betydning for, hvorvidt en skattemæssig fordel vil blive anset for at være et af de primære formål. Denne substansorienterede tilgang må følge af formuleringen: "having regard to all relevant facts and circumstances"⁹⁸, idet det må forventes at tale imod, at den skattemæssige fordel er et af de primære formål, hvor der reelt består substans. I gennemstrømningssituationer vil det være nærliggende at afgøre, hvorvidt der i et mellemliggende selskabets aktivitet består substans, hvormed det reelt ikke kan karakteriseres som gennemstrømning. Herefter skal det afklares, om arrangementet eller transaktionen reelt er relateret til den bestående substans.

Det følger af kommentarerne i OECDs Modeloverenskomst af 2017, at substans i relation til arrangementet oftest vil bevirke, at en skattemæssig fordel ikke anses for et af de primære

⁹⁷ Kommentar 179 til artikel 29 i MDBO 2017

⁹⁸ MDBO 2017 artikel 29, stk. 9

formål⁹⁹. Det fremgår, at en skattemæssig fordel formodentligt ikke er et af de primære formål i tilfælde, hvor arrangementet er knyttet til en kommerciel kerneaktivitet:

*"... where an arrangement is inextricably linked to a core commercial activity, and its form has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principal purpose will be considered to be to obtain that benefit."*¹⁰⁰ (Uddrag).

Uddraget må forstås som en substansorienteret tilgang, hvormed det søges at afklare, om der består en reel substans. Hvordan ovenstående *"core commercial activity"* forstås, afgøres i relation til, hvilken type enhed/selskab det omhandler. Kerneaktiviteten må klart antages at være forskellig i forhold til, hvilke type selskab, det angår. Der vil foreligge forskellige kerneaktiviteter i forhold til, om det er et holdingselskab, IPR-selskab eller en finansiell enhed.

Oprettelse af et holdingselskab er eksempelvis ikke i sig selv ensbetydende med, at der herved består en gennemstrømningssituation¹⁰¹ eller *"et rent kunstigt arrangement"*¹⁰² – det essentielle er her at afklare, om der består oprigtige aktiviteter i dette holdingselskab. Det er således relevant at undersøge, hvilke aktiviteter der konkret lægges vægt på for den type af selskab, hvormed dette kan betragtes som substantielt indhold af det mellemliggende selskab.

Eksemplerne i kommentarerne giver ligeledes anledning til den betragtning, at substans reelt har en betydning. Dette kan blandt andet udledes af eksempel G i kommentar 182, hvor et selskab (TCO) direkte eller indirekte ejer en række datterselskaber. I en region ejer TCO andele af fem selskaber, alle i forskellige til hinanden nabolande, hvortil TCO overvejer at etablere et regionalt selskab til at udbyde forskellige former for support til de 5 selskaber. Selskabet skal blandt andet tilvejebringe bistand til regnskabsførelse, juridisk bistand, risikoanalyser samt human resources. Her vælger TCO at etablere selskabet i land R, grundet landets veluddannede arbejdskraft, pålidelige retssystem, erhvervsvenlighed, politiske stabilitet med flere. Land R er skattemæssigt fordelagtig, da der med land R foreligger dobbeltbeskatningsoverenskomster med samtlige af de fem lande, hvori TCO har datterselskaber, hvilket medfører en lav indeholdelsesprocent i de fem lande. Den bestående substans i selskabet i land R (RCO) har betydning:

"Assuming that the intra-group services to be provided by RCO, including the making of decisions necessary for the conduct of its business,

⁹⁹ Kommentar 181 til artikel 29 i MBO 2017

¹⁰⁰ Kommentar 181 til artikel 29 i MBO 2017

¹⁰¹ Dette kan blandt andet udledes af eksempel F i kommentar 182 til artikel 29 i MBO 2017: "The fact that RCO acts primarily as a holding company does not change that result."

¹⁰² EU-domstolen i forenede sager C-504/16 og C-613/16: Domstolens dom (Sjette Afdeling) af 20. december 2017 Deister Holding AG og Juhler Holding A/S mod Bundeszentralamt für Steuern, præmis 73

*constitute a real business through which **RCO exercises substantive economic functions, using real assets and assuming real risks, and that business is carried on by RCO through its own personnel located in State R**, it would not be reasonable to deny the benefits of the treaties concluded between State R and the five States where the subsidiaries operate unless other facts would indicate...*¹⁰³ (Uddrag) [**Min fremhævnin**g].

Ovenstående eksempel har fokus på det faktum, at der udøves substantielle økonomiske funktioner, der består reelle risici mv. Dette er et udtryk for en vurdering af, hvorvidt der består oprigtige aktiviteter i det mellemliggende selskab. Af eksemplet kan det udledes, at den skattemæssige fordel ikke skal anses som et af de primære formål som følge af bestående substans. En lignende begrundelse for et tilsvarende resultat følger af eksempel K i kommentar 182:

*The decision to establish the regional investment platform in State R was mainly driven by the availability of directors with knowledge of regional business practices and regulations, the existence of a skilled multilingual workforce, State R's membership of a regional grouping and the extensive tax convention network of State R, including its tax convention with State S, which provides for low withholding tax rates. RCO employs an experienced local management team to review investment recommendations from Fund and performs various other functions which, depending on the case, may include approving and monitoring investments, carrying on treasury functions, maintaining RCO's books and records, and ensuring compliance with regulatory requirements in States where it invests." ... "In making its decision whether or not to invest in SCO, RCO considers the existence of a benefit under the State R-State S tax convention with respect to dividends, but this alone would not be sufficient to trigger the application of paragraph 9."*¹⁰⁴ (Uddrag).

Det essentielle i en substansorienteret tilgang er således, ud fra ovenstående, at udlede, om der består oprigtige aktiviteter i et arrangement. En vurdering af substans anvendes til at udlede, om en opnået fordel er et af de primære formål. Her til er tilgangen fra OECD, at hvor der foreligger substans, vil det antageligt ikke være et af de primære formål at opnå en fordel, jf. ovenfor nævnte kommentar 181.

¹⁰³ Eksempel G i kommentar 182 til artikel 29 i MDBO 2017

¹⁰⁴ Eksempel K i kommentar 182 til artikel 29 i MDBO 2017

I de tilfælde, hvor en tilstrækkelig substans medfører, at fordele ikke nægtes, vil dette bevirke, at der slet ikke er tale om gennemstrømning, eftersom gennemstrømning i sin grundlæggende forståelse må forstås som udtryk for, at der består et selskab, som anvendes til netop at lade pengestrømme gennemstrømme med treaty shopping til formål. Det må i relation til dette være afgørende, at selve pengestrømmen relaterer sig til selskabets kommercielle kerneaktiviteter, idet den enkelte transaktion kan underkendes i henhold til PPT-reglen, jf. ordlyden af artikel 29, stk. 9¹⁰⁵. Således kan et selskab generelt bestå i substantiel aktivitet, mens en enkelt transaktion ikke knytter sig til denne aktivitet, hvormed en eventuel skattemæssig fordel af den enkelte transaktion kan nægtes.

Som yderligere eksempel på, hvordan denne substansorienterede tilgang praktisk har betydning, foreligger i eksempel F under kommentar 187 til artikel 29. I eksempel F består en konstellation, hvor et selskab (TCO) ejer en række datterselskaber verdensomspændende. Et af datterselskaberne (RCO) er ansvarlig for finansiering af datterselskaberne, hvorfor dette administrerer likvider for TCO og datterselskaberne samt påtager risici i den forbindelse. RCO er ligeledes ansvarlig for at udbetale og modtage penge i transaktioner mellem et af koncernselskaberne og en anden part. I eksemplet konstitueres der, som følge af bestående substans, ikke gennemstrømning. Der lægges konkret vægt på det følgende:

*"In this example, RCO appears to be carrying on a real business performing substantive economic functions, using real assets and assuming real risks; it is also performing significant activities with respect to the transactions with TCO and SCO, **which appear to be typical of RCO's normal treasury business**. RCO also appears to be bearing the interest rate and currency risk. Based on these facts and in the absence of other facts that would indicate that one of the principal purposes for these loans was the avoidance of withholding tax in State S, the loan from TCO to RCO and the loan from RCO to SCO do not constitute a conduit arrangement."*¹⁰⁶

(Uddrag) **[Min fremhævninɡ]**.

Her fremgår det, at der lægges vægt på netop den type selskab, det omhandler. For at afgøre, om der består substans, skal det således vurderes i relation til typen af selskab.

Til at vurdere kerneaktiviteten kan desuden inddrages forskellige vejledninger fra for eksempel transfer pricing-vejledning eller anden udgivelse fra OECD, hvoraf kerneaktiviteter for forskellige kommercielle områder kan udledes¹⁰⁷. Kerneaktiviteten for en finansiell enhed vil

¹⁰⁵ Se til transaktion afsnit 7.2.1.2

¹⁰⁶ Eksempel F i kommentar 187 til artikel 29 i MDBO 2017

¹⁰⁷ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 4.6.1, s. 48-49

være funktioner relateret til udarbejdelse og administration af lån, som må anses som kommercielle kerneaktiviteter for sådanne¹⁰⁸. For et holdingselskab vil kerneaktiviteten i stedet bestå i aktiviteter, der knytter sig til holdingselskabets funktion som kapitalejer¹⁰⁹. Er det mellemliggende selskab et IPR-selskab vil det i stedet være funktioner som udvikling, videreudvikling, vedligeholdelse, rettighedsbeskyttelse mv., der er kerneaktiviteter¹¹⁰.

Det i nærværende afsnit anførte, giver anledning til at konkludere, at der består en substansorienteret tilgang til PPT-reglen, herunder til det subjektive element i PPT. En sådan tilgang betyder i "gennemstrømningssituationerne", at der er en formodning for, at en opnået fordel ikke er et af de primære formål, når transaktionen eller arrangementet relaterer sig til kommercielle kerneaktiviteter i et selskab, hvorfor der slet ikke består en gennemstrømningssituation. Konkret skal vurderingen foretages i forhold til, hvilken type selskab arrangementet eller transaktionen relaterer sig til.

7.2.2.3 PPT-reglens anvendelse i praksis i gennemstrømningssituationerne

Kommentarerne 182 og 187 til artikel 29 i Modeloverenskomsten af 2017 indeholder som nævnt en række eksempler på anvendelsen af principal purpose test, hvoraf en del allerede er inddraget til at anvise specifikke pointer angående PPT-reglens anvendelsesområde. Det omfattende antal af eksempler, der er indføjet i kommentarerne til netop PPT-reglen i artikel 29, stk. 9, må opfattes som udtryk for, at et subjektivt element ikke er bekvemt at håndtere i praksis, hvorfor dette giver anledning til usikkerhed i skatteydere retsstilling. Eksemplerne i kommentarerne 182 og 187 skal bidrage til forståelsen af, hvordan PPT-reglen forventes anvendt, da de øvrige kommentarer oftest er udtryk for rammen om PPT-reglen, således der ikke heraf kan udledes en nærmere anvendelse.

Eksemplerne i kommentar 187 omhandler situationer, hvor det er formålet, at identificere, om det er gennemstrømningssituationer – eksemplerne er alle tilfælde, hvor der indgår tre selskaber, hvor det således er relevant at afgøre, om formålet med den anvendte struktur er skattemæssige fordele, hvormed det vil være gennemstrømningssituationer. Såfremt det ikke antages at være formålet med strukturen at opnå en skattemæssig fordel, vil den opnåede fordel ikke underkendes i henhold til PPT-reglen. Det betragtes således ej heller som gennemstrømning.

¹⁰⁸ OECD 2010 REPORT ON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENTS, 2010, s. 65

¹⁰⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, 2017, afsnit 7.9, s. 321

¹¹⁰ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, 2017, afsnit 6.56, s. 267

Eksemplerne A og B i kommentar 182 er i nogen grad ens eksempler på gennemstrømning; TCO i land T er moderselskab til SCO beliggende i land S. Der foreligger ikke en DBO mellem land T og land S, hvorfor indeholdelsesprocenten følger intern ret i land S på 25 %. I begge eksempler indgås en aftale med RCO beliggende i land R, hvormed rettighederne til at modtage udbytte overdrages til RCO. Der består en DBO mellem land S og land R, hvorved indeholdelsesprocenten i begge eksempler i stedet er betydeligt lavere. I begge tilfælde, i mangel på anden oplysning, anses den opnåede skattemæssige fordel for at være et af de primære formål, hvorfor den opnåede fordel nægtes. Disse eksempler er meget klare eksempler på arrangementer der struktureres af skattemæssige årsager.

Et andet eksempel, hvor det ligeledes er tydeligt, at formålet med transaktionen eller arrangementet er at opnå en skattemæssig fordel, er eksempel A under kommentar 187. I eksemplet agter TCO beliggende i land T at investere i SCO, der er datterselskab til RCO og er beliggende i land S. Der foreligger ingen DBO mellem land T og land S, hvorfor RCO foreslår det følgende:

*"... that SCO instead issue to RCO preferred shares paying a fixed return of 4 per cent plus a contingent return of 20 per cent of SCO's net profits. The preferred shares mature in 20 years. TCO will enter into a separate contract with RCO pursuant to which it will pay to RCO an amount equal to the issue price of the preferred shares and will receive from RCO after 20 years the redemption price of the shares. During the 20 years, RCO will pay to TCO an amount equal to 3.75 per cent of the issue price plus 20 per cent of SCO's net profits."*¹¹¹ (Uddrag).

Dette er klart udtryk for gennemstrømning, eftersom det er et af de primære formål hermed at opnå en skattemæssig fordel, hvorfor fordelene i eksemplet nægtes. Et lignende eksempel, hvor formålet med strukturen er opnåelse af en fordel, er det i afsnit 7.1 nævnte eksempel C i kommentar 187:

*"The transaction through which RCO acquired the note issued by SCO constitutes a conduit arrangement because it was structured to eliminate the withholding tax that TCO would otherwise have paid to State S."*¹¹² (Uddrag).

Eksemplerne ovenfor (Eksempel A og B under kommentar 182 samt A og C under kommentar 187) er klart udtryk for, at alle former for transaktioner eller arrangementer, hvori selve

¹¹¹ Eksempel A i kommentar 187 til artikel 29 i MBO 2017

¹¹² Eksempel C i kommentar 187 til artikel 29 i MBO 2017

konceptet er, at lade pengestrømmene betales gennem et andet selskab med det formål at benytte dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået af det land, hvori gennemstrømningsselskabet er beliggende, resulterer i at en opnået fordel nægtes. Det er ligeledes kendetegnende for de omtalte eksempler, at der ikke oplyses andre mulige formål, hvormed den skattemæssige fordel selvsagt vil være et af de primære formål.

Strukturer, der blot er udtryk for en almindelig kommerciel struktur, hvor de selskaber, der indgår, udfører regulær forretning og der ikke foreligger bevis eller indikation på, at denne struktur har skattemæssige fordele som et af sine primære formål, vil ikke betragtes som en gennemstrømningssituation, hvilket også følger af eksempel B under kommentar 187:

*"This example refers to a normal commercial structure where RCO and SCO carry on real economic activities in States R and S. The payment of dividends by subsidiaries such as SCO is a normal business transaction. In the absence of evidence showing that one of the principal purposes for setting up that structure was to flow-through dividends from SCO to TCO, this structure would not constitute a conduit arrangement."*¹¹³ (Uddrag).

Som det er anført under afsnit 7.2.1.1, er selve begrebet 'fordel' et element, der ubesværet opfyldes, mens begrebet ikke fordrer en analyse af, om der egentligt består en relativ fordel. I gennemstrømningssituationerne, er det ikke givet, at en lignende fordel ikke allerede bestod, hvis det mellemliggende selskab ikke anvendtes til betaling i gennem¹¹⁴. Om der reelt består en fordel må skulle behandles i relation til PPT-reglens subjektive element, eftersom det ikke kan være et formål at opnå en fordel, hvis en sådan havde foreligget med en i forvejen anvendelig dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dette belyses i eksempel M:

*"RCO, however, does not obtain treaty benefits that are better than the benefits to which its investors would have been entitled if they had made the same investments directly in these States and had obtained treaty benefits under the treaties concluded by their States of residence."... "Also, RCO does not derive any treaty benefits that are better than those to which its investors would be entitled and each State where RCO's immovable property investments are made is allowed to tax the income derived directly from such investments"*¹¹⁵ (Uddrag).

Eksemplet understreger den ovenfor anførte pointe, hvormed må forstås at PPT-reglen ikke nægter fordele i situationer, hvor der ikke som følge af strukturen opstår fordele, som ikke

¹¹³ Eksempel B i kommentar 187 til artikel 29 i MBO 2017

¹¹⁴ Som illustreret under afsnit 7.2.1.1

¹¹⁵ Eksempel M i kommentar 182 til artikel 29 i MBO 2017

ville kunne opnås med en allerede anvendelig dobbeltbeskatningsoverenskomst. I selve PPT-reglens ordlyd henvises til *"that benefit was one of the principal purposes"*, hvilket refererer til fordel i sin objektive forståelse¹¹⁶. I relation her til, må det anføres, at det selvsagt stadig ikke kan antages at være et af de primære formål at opnå en fordel, hvor en lignende fordel allerede kan opnås.

I tilfælde, hvor en transaktion er en følge af udvidelsesmæssige betragtninger, vil disse være de primære formål hermed. Dette kan blandt andet udledes af eksempel F, hvor et selskab (TCO) er interesseret i at købe et holdingselskab (RCO), der ejer selskaber inden for samme felt som TCO er beskæftiget inden for. Selskaberne er henholdsvis beliggende i land T og land R, hvor imellem der foreligger en dobbeltbeskatningsoverenskomst. Ved at opkøbe RCO får TCO mulighed for at anvende det store netværk af dobbeltbeskatningsoverenskomster som land R har, hvilket medfører skattemæssige fordele. Disse fordele anses ikke for at et formål med den relevante transaktion (opkøbet). Der lægges dog konkret vægt på udvidelsesbetragtningerne:

*"In this example, in the absence of other facts and circumstances showing otherwise, it would be reasonable to conclude that the principal purposes for the acquisition of RCO are related to the expansion of the business of the TCO group and do not include the obtaining of benefits under the treaty between States R and S."*¹¹⁷ (Uddrag).

Foruden udvidelsesmæssige betragtninger, kan der foreligge andre skattemæssigt legitime årsager til en omstrukturering. Sådanne årsager kan være med baggrund i problemstillinger ved udøvelse af virksomhed på tværs af grænser med store afstande, hvor en ændring koncernstruktur, der samtidig bevirker skattemæssige fordele, kan afhjælpe dette problem. Eksempel H omhandler en konstellation, hvor der indsættes et mellemholdingselskab, som følge af transportmæssige, tidsmæssige og sproglige problemstillinger i forholdet mellem moderselskabet, TCO beliggende i land T, og datterselskaberne, hvoraf det ene er SCO beliggende i land S. Eksemplet medfører ikke umiddelbart en større forståelse for anvendelsen af PPT-reglen end det allerede anførte om, at substans har betydning:

"RCO carries on diverse business activities such as wholesaling, retailing, manufacturing, financing and domestic and international investment. RCO possesses the human and financial resources (in various areas such as legal, financial, accounting, taxation, risk management, auditing and internal control) that are necessary to perform these activities. It is clear

¹¹⁶ Som den beskrevet under afsnit 7.2.1.1

¹¹⁷ Eksempel F i kommentar 182 til artikel 29 i MDO 2017

that RCO's activities constitute the active conduct of a business in State R."¹¹⁸ (Uddrag).

Dette er klart udtryk for egentlig substans i det mellemliggende selskab. I eksemplet nævnes blot, at der foreligger en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem land R og land S. Det oplyses ikke, om der består en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem land S og T, som kunne være tilsvarende den mellem land R og land S, hvorfor det ikke kan afgøres, om der foreligger en egentlig skattemæssig fordel ved at indsætte det mellemliggende selskab i land R. Resultatet i eksemplet er, at der ikke nægtes fordele. Det lægges til grund, at etableringen af RCO skyldes virksomhedseffektiviseringsmæssige grunde, hvortil der ikke er oplysninger, som indikerer, at en skattemæssig fordel er et af de primære formål.

Et bemærkelsesværdigt eksempel på PPT-reglens anvendelse foreligger i eksempel E i kommentar 187. Eksemplet omhandler licensudstedelse og udstedelse af sublicens gennem en produktionsgruppes holdingselskab. RCO beliggende i land R er gruppens holdingselskab, der har en række datterselskaber, herunder TCO beliggende i land T samt SCO beliggende i land S. Land T og land S har ingen dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem sig. Alle datterselskaberne udsteder licens til sine patenter til RCO, der herefter videreudsteder en sublicens til de datterselskaber, som skal benytte licensen. Det datterselskab som modtager licensen betaler royalties til RCO, der videredistribuerer stort set hele beløbet af de betalte royalties til det licensejende selskab. TCO har i eksemplet udviklet en proces, hvortil licensen her til udstedes til RCO, der videreudsteder sublicens til SCO, som skal benytte processen. I modsat retning betaler SCO royalties til RCO, der viderebetaler en betragtelig del heraf til TCO. Til dette statueres:

*"In this example, there is no indication that RCO established its licensing business in order to reduce the withholding tax payable in State S. Because RCO is conforming to the standard commercial organisation and behaviour of the group in the way that it structures its licensing and sub-licensing activities and assuming the same structure is employed with respect to other subsidiaries carrying out similar activities in countries which have treaties which offer similar or more favourable benefits, the arrangement between SCO, RCO and TCO does not constitute a conduit arrangement."*¹¹⁹ (Uddrag).

Her anvendes PPT-reglen således ikke til at underkende en opnået fordel. Dette eksempel er udtryk for, at der i høj grad lægges vægt på forretningsmæssige/kommercielle begrundelser

¹¹⁸ Eksempel H i kommentar 182 til artikel 29 i MBO 2017

¹¹⁹ Eksempel E i kommentar 187 til artikel 29 i MBO 2017

for struktureringen, når sådanne forefindes. Eksemplet er ligeledes udtryk for, at afhængighed mellem indkomststrømme ikke i sig selv udløser anvendelse af PPT-reglen og dermed nægtelse af en skattemæssig fordel¹²⁰. Det må i et eksempel som ovenstående være oplagt at argumentere for, at denne struktur blandt andet er af skattemæssige årsager, hvilket nægtes i uddraget. Når det så tydeligt nægtes i eksemplet, må dette være udtryk for, at skattemæssige fordele skal være selve formålet med strukturen - ligesom det var tilfældet i blandt andet eksemplerne A og B i kommentar 182 samt eksemplerne A og C i kommentar 187.

Kommentarerne 182 og 187 indeholder til sammen 19 eksempler, hvoraf kun 5 har et set fra skatteyder negativt resultat – hvor fordelene nægtes som følge af PPT-reglen. Det kendetegnende for eksemplerne, hvori fordelene nægtes er, at den skattemæssige fordel er et tydeligt dominerende formål med transaktionen/arrangementet. Der fremføres tilmed ikke yderligere formål for så vidt angår eksemplerne, hvori fordelene nægtes. En samlet gennemgang af disse eksempler fører således til, at *et af de primære formål* skal fortolkes snævert/restriktivt.

Det er selvsagt utopisk at tro på, at opstilling af eksempler kan være udtømmende dækkende for alle de situationer, som PPT-reglen vil skulle håndtere. Eksemplerne i nærværende afsnit er dog med til at skabe en forståelse for, hvilke situationer der vil ske nægtelse af fordele og hvilke transaktioner og arrangementer, som ikke vil blive underkendt som følge af PPT-reglen.

Nærværende afsnit har givet anledning til en række pointer; de helt grundlæggende og klassiske eksempler på gennemstrømning, som nævnt i eksemplerne A og B i kommentar 182 samt A og C i kommentar 187, hvor en aftale indgås med et selskab, der ikke ellers ville skulle i berøring med den pågældende betaling, vil resultere i at opnåede fordele nægtes, eftersom der ingen forretningsmæssige begrundelser foreligger. En anden pointe, som kan udledes af nærværende afsnit, er pointen om, at hvor almindelige kommercielle strukturer/begrundelser foreligger, vil der blive lagt stor vægt her på, som det fremgår af eksemplerne B og E i kommentar 187. Et tredje hovedpunkt i for nærværende afsnit er i tråd med førnævnte; når en strukturændring følger udvidelsesmæssige betragtninger, som det anføres i eksempel F i kommentar 182, skal en fordel heraf ej heller nægtes. En fjerde pointe er illustreret med eksempel H i kommentar 182 angående omstruktureringer, hvor til det anføres, at der kan foreligge andre kommercielle begrundelser end for eksempel udvidelsesbetragtninger, eftersom der kan bestå store problemer med at drive verdensomspændende virksomhed, som kan løses med indsættelse af selskaber med fysisk nærhed til datterselskaberne i koncernstrukturen. Ydermere medfører det subjektive element, at anvendelse af PPT-reglen fordrer en reel fordel i forhold til, hvordan den skattemæssige situation havde været foruden

¹²⁰ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 4.6.2, s. 50

et mellemliggende selskab. Slutteligt anføres det, at *et af de primære formål* skal fortolkes snævert.

7.2.3 Hensigt og formål med de relevante bestemmelser, jf. artikel 29, stk. 9, sidste pkt.

Selvom både det subjektive og det objektive element er opfyldt for så vidt angår den konkrete transaktion eller det konkrete arrangement, hvormed den opnåede fordel nægtes, foreligger der dog en "undtagelse" her til i bestemmelsen. Principal purpose test indeholder en undtagelse, hvorefter skatteyder ikke nægtes sine fordele, såfremt skatteyder er i stand til at godtgøre, at den opnåede fordel er i overensstemmelse med hensigten eller formålet af de konkret relevante bestemmelser:

*"... unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement"*¹²¹ (Uddrag).

Det følger klart af ordlyden, at bevisbyrden i relation til dette er hos skatteyder. Dette er også klart den forståelse, der kan udledes af kommentar 170 til artikel 29 i OECDs Modeloverenskomst af 2017, hvor det fremgår, at det er personen, der ellers nægtes fordelene, som har muligheden for at godtgøre, at det er i overensstemmelse med hensigten og formålet med de relevante bestemmelser.

Det kan dog være problematisk i praksis at udlede en konkret hensigt eller formål med den enkelte bestemmelse eller gruppe af bestemmelser, hvorfor denne udformning af ordlyden ej heller må forventes anvendt i praksis.

Kommentarerne til artikel 29, stk. 9, i OECDs Modeloverenskomst indeholder som nævnt en række eksempler på den praktiske anvendelse, hvori denne undtagelse også benævnes. Kommentarerne og eksemplerne heri kan være med til at beskrive, hvordan denne undtagelse skal anvendes. Flere af eksemplerne i kommentar 182 omtaler undtagelsen, men anvender oftest ikke selve bestemmelsens formål og hensigt. I stedet refereres der til selve dobbeltbeskatningsoverenskomstens:

*"... In addition, given that a general objective of tax conventions is to encourage cross-border investment, obtaining the benefits of the State R-State S convention for the investment in the plant built in state S is **in***

¹²¹ MBO 2017 artikel 29, stk. 9, sidste pkt.

accordance with the object and purpose of the provisions of that convention.¹²² (Uddrag) [Min fremhævninɡ].

Ovenstående uddrag må forstås som et udtryk for, at det reelt ikke er den relevante bestemmelses formål og hensigt, men i stedet skal ses ud fra formål og hensigter med selve dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Det konkluderes i eksemplet, at idet det er et generelt formål med dobbeltbeskatningsoverenskomster at tilskynde til grænseoverskridende investeringer, så må den konkrete investering være i overensstemmelse med bestemmelserne af denne dobbeltbeskatningsoverenskomst. Der må således, ud fra denne tilgang, skulle ses i dobbeltbeskatningsoverenskomstens præambel eller kommentarer angående dobbeltbeskatningsoverenskomstens formål og hensigt.

Der er dog i kommentarerne også ét tilfælde, hvor det i stedet er netop den konkret relevante bestemmelses formål og hensigt, der tages højde for. I eksempel E lyder det nemlig således:

"... paragraph 9 would not apply because it may be established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with object and purpose of Article 10(2) a)."¹²³ (Uddrag).

I eksemplet ovenfor benævnes den relevante bestemmelses formål og hensigt, dog uden at der i eksemplet fremkommer en decideret afklaring af, hvad formålet og hensigten med bestemmelsen er. Det er en ret inkonsistent opbygning af eksemplerne, da både eksemplerne A, B, C, D samt til dels eksempel K¹²⁴ i kommentar 182 til artikel 129 nævner selve dobbeltbeskatningsoverenskomstens formål, fremfor den enkelte bestemmelses.

I eksempel E bliver det nævnt, at grænsen på 25 % -ejerskab er arbitrær, men der er som sagt ingen afklaring af formålet og hensigten med bestemmelsen, hvilket også underbygger pointen om, at det er problematisk at afklare en enkelt eller enkelte bestemmelser formål og hensigt. Det omtalte i eksempel C virker umiddelbart som en mere korrekt anskuelse på, hvordan denne undtagelse skal anvendes i praksis, hvilket også understøttes af, at eksemplerne A, B, D og K ligeledes lægger vægt på selve dobbeltbeskatningsoverenskomstens formål og hensigt. Artikel 29, stk. 9, sidste pkt., skal således i praksis forstås som hensigten og formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Det kan dog ikke udelukkes, at der indgås, eller allerede eksisterer, en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem to lande, der for hver bestemmelse eller gruppe af

¹²² Eksempel C i kommentar 182 til artikel 29 i MBO 2017

¹²³ Eksempel E i kommentar 182 til artikel 29 i MBO 2017

¹²⁴ Eksempel K nævner hensigten med DBO'er; om at tilskynde til grænseoverskridende investeringer, men nævner ikke dette formål i relation til artikel 29, stk. 9, sidste pkt. – her nævnes det blot i relation til den generelle vurdering af om artikel 29, stk. 9, finder anvendelse. Eksempel K understøtter dog pointen om, at det er selve DBO'ens hensigt og formål, der inddrages og ikke enkelte bestemmelser

bestemmelser indskriver formål og hensigt med den eller disse. I et sådan tilfælde, må det dog antages, at der lægges vægt på disse indsatte formål i overensstemmelse med ordlyden af artikel 29, stk. 9, sidste pkt., eftersom der således konkret foreligger håndgribelige formål for bestemmelser eller grupper af disse.

Følgelig bliver det relevant at vurdere, i hvilke tilfælde en opnået fordel vil være i overensstemmelse formålet og hensigten. Tilskyndelse til grænseoverskridende investeringer vil oftest være et formål og en hensigt med en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorfor transaktioner eller arrangementer i dette øjemed vil være legitime, således opnåede fordele ikke nægtes. Det interessante i dette sammenhæng er at undersøge, om undtagelsen i artikel 29, stk. 9, sidste pkt., overhovedet får en selvstændig position – her menes der, om der kan opstå situationer, hvor fordelene er nægtet som følge af PPT-værnsreglens øvrige indhold, men hvor denne undtagelse medfører, at skatteyder bevarer sine fordele. Alternativt må artikel 29, stk. 9, sidste pkt., betragtes som et delelement i en helhedsvurdering af, om PPT-reglen er anvendelig og underkender en opnået fordel.

Eksempel A i kommentar 182 er et arrangement, der betragtes som et treaty shopping-arrangement. Et selskab (TCO) beliggende i land T, der ejer aktier i SCO beliggende i land S, hvormed land T ikke har en DBO. TCO overdrager sine rettigheder til modtagelse af det deklarererede udbytte (endnu ikke betalte) til RCO beliggende i et land, hvormed land S har en DBO. I dette tilfælde er det modstridende med formålet og hensigten at tildele den fordel, som er opnået som følge af dette arrangement, der i eksemplet anses for at have som et af de primære formål at opnå den skattemæssige fordel. Eksempel B i samme kommentar er som anført udformet i stil med eksempel A. Eksempel B kommer, i relation til dette, til samme resultat som eksempel A, hvorfor dette eksempel ikke medfører yderligere forståelse for anvendelse af undtagelsen i artikel 29, stk. 9, sidste punktum.

Eksempel C, som også er omtalt ovenfor i nærværende afsnit, indeholder ikke et gennemstrømningselement, men angår udvidelse af virksomheden. Her er den skattemæssige fordel ikke et anset for at være et af de primære formål, hvorfor en fordel ikke nægtes. Som tillæg her til nævnes det, at investeringen er, som tidligere anført, i overensstemmelse med hensigt og formål med dobbeltbeskatningsoverenskomsten.

Eksempel D er mere tvetydig i forhold til, om undtagelsen har indflydelse på det endelige resultat. Det er ikke formuleret helt tydeligt, om undtagelsen har selvstændig betydning eller det blot er en tilføjelse til det opnåede resultat, som det var tilfældet med eksempel C ovenfor, hvor formuleringen "*In addition...*" var anvendt. Af eksempel D fremgår, i relation til formål og hensigter med dobbeltbeskatningsoverenskomster, følgende:

*"... but this alone would not be sufficient to trigger the application of paragraph 9. The intent of tax treaties is to provide benefits to encourage cross-border investment and, therefore, to determine whether or not paragraph 9 applies to an investment, it is necessary to consider the context in which the investment was made."*¹²⁵ (Uddrag).

Formuleringen kan forstås på flere måder; det kan forstås således, at hensigten med dobbeltbeskatningsoverenskomsten er en begrundelse for konklusionen om, at PPT-reglen ikke anvendes i eksemplet. Det forekommer også at være muligt at forstå ovenstående som et udtryk for en tilføjelse, ligesom det var tilfældet i eksempel C.

For den mest hensigtsmæssige forståelse, må der lægges vægt på eksemplets opbygning, hvorefter det allerede inden omtalen af hensigten med dobbeltbeskatningsoverenskomster, er vurderet, at det forudgående i eksemplet ikke er tilstrækkeligt til at PPT-regelsættet anvendes – der er i forvejen ikke tale om en situation, hvor den opnåede skattemæssige fordel er et af de primære formål. Undtagelsen i artikel 29, stk. 9, sidste pkt., har således ej heller i eksempel D en selvstændig indflydelse på det endelige resultat.

Eksempel E omhandler en situation, hvor et selskab køber yderligere én procent af de udstedte ejerandele, hvormed en skattemæssig fordel, i form af lavere kildebeskatning, opnås som følge af overskridelse af 25 % -tærsklen i Modeloverenskomstens artikel 10, stk. 2, litra a. Den opnåede fordel er et af de primære formål med transaktionen. Her er hensigten og formålet med bestemmelsen afgørende for, at fordelene ikke nægtes, hvorfor undtagelsen i artikel 29, stk. 9, sidste pkt., har en reel indflydelse på resultatet.

I ovenstående eksempel E nævnes, som tidligere anført, ikke et egentligt formål med bestemmelsen. Det omtales blot, at der i artikel 10, stk. 2, litra a, forefindes en arbitrær tærskel. Eksemplet er udtryk for en merinvestering, i form af den yderligere procent af kapitalandelene, hvorfor det tidligere nævnte formål bestående i tilskyndelse til grænseoverskridende investering må kunne anvendes i dette sammenhæng. Dette formål er dog ikke direkte nævnt i eksemplet, men antages at være den reelle bevæggrund for, at hensigten og formålet med den konkrete bestemmelse opfyldes, da en anden hensigt eller et andet formål ikke er anført. Uagtet hvilken hensigt eller hvilket formål der egentligt er tænkt anvendelig i eksempel E, er det dog klart med eksemplet, at undtagelsen i artikel 29, stk. 9, sidste pkt., får en egentlig indflydelse på udfaldet af PPT-vurderingen.

Eksempel I i kommentar 182 er ligeledes et eksempel, hvor sidste pkt. får selvstændig betydning. I eksemplet foretages royalty betalinger gennem kollektive administrations

¹²⁵ Eksempel D i kommentar 182 til artikel 29 i MDBO 2017

organisationer, som udsteder licenser til offentlig afspilning af musik mv. på vegne af rettighedsejerne. Selskaberne SCO (i land S) og RCO (i land R) har en gensidig aftale om på vegne af hinanden i hver sit respektive land at udstede licenser/rettigheder, der ellers er administreret af den anden part. I forbindelse hermed distribuerer de ligeledes royalties for disse rettigheder til hinanden, hvorfor der således sker betaling gennem SCO til RCO og omvendt gennem RCO til SCO. Her lægges det til grund, at dette skyldes effektivisering af udstedelse af licenser og opkrævning af royalties, men at den skattemæssige fordel kan være et formål – det nævnes dog ikke, at dette kan være et af de primære formål. Ultimativt forholder det sig således, at dette arrangement er i overensstemmelse med hensigten og formålet med de relevante bestemmelser:

*"Whilst one of the purposes for entering into these arrangements may well be to ensure that withholding tax is collected at the correct treaty rate without the need for each individual right holder to apply for a refund on small payments, which would be cumbersome and expensive, it is clear that such purpose, which serves to promote the correct and efficient application of tax treaties, **would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the applicable treaties.**"¹²⁶*

(Uddrag) **[Min fremhævninɡ].**

Det fremhævede er formuleret i overensstemmelse med den forståelse ordlyden af artikel 29, stk. 9, sidste pkt., giver anledning til. Dette eksempel er dog ikke bidragende til forståelsen af, om det med artikel 29, stk. 9, sidste pkt., skal henses til dobbeltbeskatningsoverenskomsten hensigt og formål. Uddraget må anses for udtryk for, at eksemplet blot anvender ordlyden og dermed den forståelse, der anvendes i praksis og er belyst i nærværende afsnit. Til gengæld må dette betragtes som udtryk for, at sidste pkt. har selvstændig betydning.

Eksempel A-D er alle udtryk for, at undtagelsen ikke reelt bevirker en ændring i forhold til det resultat, der fremkommer som følge af PPT-reglens subjektive og objektive element. I disse eksempler forekommer det i stor udstrækning at være en helhedsvurdering af, om PPT-reglen er anvendelig, idet hensigten og formålet med bestemmelsen i alle tilfældene får samme udfald som PPT-reglen i øvrigt bevirker. Eksemplerne E og I er dog udtryk for en egentlig selvstændig betydning, idet udfaldet, af hvorvidt PPT-reglen skal anvendes, umiddelbart ændres som følge af undtagelsen i artikel 29, stk. 9, sidste punktum.

Ovenstående gennemgang giver således anledning til at konkludere, at der kan bestå tilfælde, hvor PPT-vurderingen resulterer i, at skatteyder nægtes fordele, men hvor hensigten og

¹²⁶ Eksempel I i kommentar 182 til artikel 29 i MBO 2017

formålet med den relevante bestemmelse¹²⁷ bevirker, at de nægtede fordele alligevel tildeles. Undtagelsen, i artikel 29, stk. 9, sidste punktum, til PPT-reglens anvendelse er således et selvstændigt element i PPT-vurderingen.

7.3 Nægtelse af opnåede fordel som følge af PPT-reglen

Hvor PPT-reglens elementer alle opfyldes, med nægtelse af opnåede fordele til følge, er det klart, at de nægtede fordele, er de fordele, der følger af dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Hvilken effekt det her under intern ret, at fordelen i en dobbeltbeskatningsoverenskomst nægtes, vil ikke blive behandlet i nærværende afhandling.

Såfremt fordelen nægtes, opstår der som udgangspunkt ikke fordele som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, som ville være anvendelig i fravær af den transaktion eller det arrangement, der førte til nægtelse af fordelen. Dette udgangspunkt kan fraviges, såfremt parterne har vedtaget en klausul, der ændrer dette udgangspunkt. En sådan klausul kaldes på engelsk 'recharacterized fact pattern', men benævnes her som 'afledt realitetsmønster'.

7.3.1 Afledt realitetsmønster

Ved nægtelse af en opnået fordel, vil situationen kunne være den i gennemstrømningssituationer, at der ville bestå fordele allerede som følge af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem kildelandet og det land hvori det ultimativt modtagende selskab er beliggende. Som det er anført tidligere, kræver nægtelse, at der reelt består en fordel ved at anvende et mellemliggende selskab i forhold til en i forvejen anvendelig DBO. Der kan foreligge situationer, hvor der allerede består en DBO mellem to lande med fordele heraf til følge, men ved at indskyde et mellemliggende selskab i transaktionen eller arrangementet, forbedres den skattemæssige behandling yderligere grundet de to landes dobbeltbeskatningsoverenskomster med dette land.

Under MLI såvel som under OECDs Modeloverenskomst af 2017 foreligger en mulighed for at inkorporere en klausul, hvorefter de fordele, der følger af det afledte realitetsmønster (kendt som 'recharacterized fact pattern') følgende en nægtelse i stedet tildeles – hvor fordelene af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem kildelandet og domicillandet for det ultimativt modtagende selskab i stedet anvendes.

MLI indeholder i artikel 7, stk. 4, muligheden for, at landene kan tilføje en skønsmæssig lempelsesklausul, hvorefter fordele tildeles baseret på et afledt realitetsmønster som følge af en betragtning om fravær af det arrangement eller den transaktion, der førte til den nægtede

¹²⁷ Forstået som hensigten og formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsten i henhold til analysen af denne forståelse ovenfor i nærværende afsnit.

fordel. Der ville med en sådan klausul kunne tildeles fordele i henhold til en anden dobbeltbeskatningsoverenskomst, der ville finde anvendelse uagtet indskydelse af et mellemliggende selskab. Det er nødvendigt, at der sker den nødvendige notifikation heraf til brug for det endelige ratifikationsinstrument, jf. MLI artikel 17, stk 1, litra b.

OECDs Modeloverenskomst af 2017 indeholder under kommentarerne ligeledes omtale af en klausul angående afledt realitetsmønster. Muligheden foreligger selvsagt ved den gensidige forhandling af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorfor kommentarerne primært bidrager til forståelsen af en sådan klausul. Kommentarerne indeholder her også en formulering af en sådan klausul under kommentar 184 til artikel 29, der mest af alt må anses som et forslag til udformning, da parterne bilateralt kan aftale anden udformning:

*"Where a benefit under this Convention is denied to a person under paragraph 9, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and **after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement referred to in paragraph 9.** The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State."*¹²⁸ [**Min fremhævnning**].

Klausulens anvendelse berøres i kommentar 185, hvorefter forstås, at selve afgørelsen af de fordele, som skal tildeles efter den omtalte klausul skal behandles skønsmæssigt af de kompetente myndigheder. Kravet, som er fremhævet i ovenstående citat, om at vurderingen fordrer inddragelse af relevante fakta og omstændigheder understreges ligeledes med kommentar 185.

Kommentarerne indeholder ydermere i kommentar 186 et simpelt eksempel på klausulens anvendelse, der ikke frembyder yderligere bidrag til forståelsen af klausulens anvendelse. Det skal blot forstås, at hvis en fordel kunne opnås, når der bortses fra det arrangement eller den transaktion, hvortil en opnået fordel er nægtet, kan en sådan fordel i stedet tildeles under hensyntagen til den nævnte klausul om afledt realitetsmønster.

¹²⁸ Kommentar 184 til artikel 29 i MDO 2017

Tilføjes en klausul som omtalt i nærværende afsnit, vil der selvsagt kunne foretages en lempeligere sanktionering af arrangementer og transaktioner, hvortil en fordel er nægtet. Det forekommer samtidig ikke givet, at en sådan fordel ikke kan tildeles af myndighederne i fravær af en sådan klausul. Ordlyden af PPT-reglen; "*a benefit under this Convention shall not be granted*" er ikke afskærende i forhold til, at myndighederne i kildestaten vel sagtens kan tildele fordele, der ville følge foruden transaktionen eller arrangementet. Der opstår et afledt realitetsmønster, hvormed fordele af dette realitetsmønster opstår, som ikke følgelig ville blive nægtet i henhold til PPT-reglen, hvorfor PPT-reglen i sig selv ikke afskærer en skønsmæssig lempelsesmekanisme. Således vil en kildestat, selvom medkontrahenten har taget forbehold for en sådan klausul, kunne tildele fordele baseret på kildelandets dobbeltbeskatningsoverenskomst med den stat, hvori det ultimativt modtagende selskab er beliggende¹²⁹.

¹²⁹ Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World, afsnit 4.7.3, s. 51-52

8 Konklusion

Principal purpose test er en tilføjelse til beneficial owner-værnsreglen, hvorved der vil bestå et samspil mellem disse regler, såfremt MLI implementeres uden opt-out eller en dobbeltbeskatningsoverenskomst tilsvarende Modeloverenskomsten indgås mellem to eller flere lande.

Det konkluderes med nærværende speciale, at det følger af OECDs Modeloverenskomst af 2017, at beneficial owner har et ret begrænset anvendelsesområde. Det udledes primært af kommentar 12.4 til artikel 10, der bekræfter nærværende forfatters tese om beneficial owners begrænsede anvendelsesområde. Dette understreges også af, at det med kommentar 187 til artikel 29 og de heri foreliggende eksempler kan udledes, at visse gennemstrømningssituationer håndteres i lyset af PPT-reglen. Eftersom visse gennemstrømningssituationer således adresseres af PPT-reglen, kan beneficial owner-reglen næppe være den rette værnsregel for så vidt angår samtlige gennemstrømningssituationer, idet PPT-reglen i så fald vil have en mere begrænset anvendelse end det kommentar 187 er udtryk for.

Beneficial owner er følgelig begrænset til de situationer, hvor der foreligger en kontraktuel eller juridisk forpligtelse til at videreformidle betalingen. Såfremt en sådan forpligtelse ikke foreligger, vil selskabet betragtes som beneficial owner. Faktuelle forpligtelser til at videreformidle betalingen vil blive adresseret under PPT-reglen.

PPT-reglen består i både et subjektivt og et objektive element. PPT-reglens objektive element indeholder for så vidt tre delelementer; det være sig 1) at der består en *fordel*, som følge af 2) et *arrangement* eller en *transaktion*, der 3) *direkte eller indirekte bevirker* den omtalte fordel. Det objektive element frembyder ikke fortolkningsvanskeligheder, hvorfor det objektive element ubesværet kan konstateres. Det konkluderes i nærværende afhandling, at det objektive element ikke problematiserer anvendelsen af PPT-reglen.

Det subjektive element i PPT-reglen angår, hvorvidt den skattemæssige fordel, der er opnået som følge af et arrangement eller en transaktion, er et af de primære formål med arrangementet/transaktionen.

Det konstateres i nærværende afhandling, at dette subjektive element vurderes som en objektiv test af, hvorvidt det er rimeligt at konkludere, at den opnåede fordel var et af primære formål. Ydermere konkluderes det, at der lægges stor vægt substans for så vidt angår det mellemliggende selskab, idet det vurderes, om arrangementet/transaktionen relaterer sig til selskabets kommercielle kerneaktivitet.

De helt grundlæggende og klassiske eksempler på gennemstrømning¹³⁰, hvor en aftale indgås med et selskab beliggende i et tredje land, som ikke indgår i koncernen, der opnår en ret til at modtage betaling fra datterselskabet mod at dette betaler et beløb til moderselskabet, vil resultere i at opnåede fordele nægtes, eftersom der ingen forretningsmæssige begrundelser foreligger.

Ligeledes konkluderes det, at hvor almindelige kommercielle strukturer/begrundelser foreligger, vil der blive lagt stor vægt her på, hvormed fordele ikke nægtes¹³¹. Det samme gør sig gældende når en strukturændring følger af udvidelsesmæssige betragtninger¹³² eller kommercielt begrundede omstruktureringer¹³³. Ydermere konstateres det, at nægtelse af en fordel under PPT-reglen fordrer, at der består en reel fordel i forhold til, hvordan den skattemæssige situation havde været foruden et mellemliggende selskab.

Den brede formulering '*et af de primære formål*' skal fortolkes snævert, således den skattemæssige fordel vil være et af de primære formål, hvor dette er et dominerende formål, hvortil der ikke kan anføres yderligere formål af betydning.

PPT-reglen i artikel 29 i OECDs Modeloverenskomst af 2017 indeholder i sidste punktum en mulighed for skatteyder til at dokumentere, at den opnåede fordel er i overensstemmelse med hensigten og formålet med den eller de relevante bestemmelser. Det konkluderes i nærværende afhandling, at *den eller de relevante bestemmelser* i praksis skal forstås som dobbeltbeskatningsoverenskomsten, således det er hensigten og formålet med dobbeltbeskatningsoverenskomsten, der skal henses til. Der argumenteres desuden for, at sidste punktum kan få selvstændig betydning ved anvendelse af PPT-reglen, hvor en fordel foruden dette ville være nægtet i henhold til PPT-reglens øvrige indhold.

¹³⁰ Som nævnt i eksemplerne A og B i kommentar 182 samt A og C i kommentar 187

¹³¹ Som det fremgår af eksemplerne B og E i kommentar 187

¹³² Som det anføres i eksempel F i kommentar 182

¹³³ Som det anføres i eksempel H i kommentar 182

9 Summary

This thesis concerns the Principal Purpose Test (PPT) which is an anti-treaty-shopping rule. The thesis specifically relates to the applicability of the PPT in conduit situations.

The PPT is introduced by BEPS action 6 which will be implemented by largely every double tax treaty, due to the Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting by OECD.

Furthermore the PPT is codified in article 29 of the 2017 Model Tax Convention by the OECD, hence it will be implemented in future agreed Double Tax Treaties since Double Tax Treaties often is designed upon the Model Tax Convention by the OECD.

The PPT is construed in a manner that includes both a subjective element and an objective element. Whereas the objective element will be less problematic to satisfy, the subjective element causes issues related to the applicability of the PPT, since the subjective element will be less certain regarding the interpretation of the practicability of the PPT.

The objective element of the PPT is comprised of both a requirement of an obtained *benefit*, a performed *arrangement or transaction* and which *directly or indirectly resulted in* the obtained benefit. All requirements of which it will not be difficult to satisfy since the terms are to be interpreted broadly.

The subjective element of the PPT consists of a reasonableness test which comprises of an assessment of whether it is reasonable to conclude that obtaining the aforementioned benefit “*was one of the principal purposes of any arrangement or transaction*”¹³⁴.

The phrasing of the Principal Purpose Test will lead to uncertainty, since it is sufficient to satisfy the subjective element that it is *one of the* principal purposes. The commentary of the Model Tax Convention contains a large number of examples which contribute to the comprehension of the PPT rule; consequently this thesis addresses these examples in the process of analyzing how conduit situations will be dealt with under the PPT-rule.

In addition to the assessment of how the PPT-rule will handle conduit situations, it is the purpose of this thesis to address the scope of the PPT-rule and the co-existence of the well-known anti-treaty-shopping-rule Beneficial Owner and the PPT-rule, which is the default of the 2017 Model Tax Convention.

¹³⁴ The wording of article 29 (9) of the 2017 OECD Model Tax Convention

10 Kildefortegnelse

10.1 Bøger

Koerver Schmidt, Peter m.fl., INTERNATIONAL SKATTERET I ET DANSK PERSPEKTIV, 2015, 1. udgave, Hans Reitzels Forlag

Wegener, Morten, Judidisk Metode, 2000, 3. udgave, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, 2013, 6. udgave, Karnov Group

10.2 Artikler

Robert J. Danon, Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups, 2018

Adrian Wardzynski, The 2014 Update to OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial ownership, 2015

SU 2017.197: Jens Wittendorf, OECD/G20's Multilaterale instrument (MLI) – et dansk perspektiv, 2017

10.3 OECD

BEPS action 6, Final Report: OECD: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances

MDBO 2003: OECD: Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed version 2003, 2003

MDBO 2014, oversat: OECD: Model Tax Convention on Income and on Capital: 2014, oversat til dansk, 6. udgave, Karnov Group, 2015

MDBO 2017: OECD: Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed version 2017, 2017

MLI: OECD: Multilateral Convention To Implement Tax Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting, 2016

OECD: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, 2017

OECD: Revised proposals concerning the meaning of Beneficial owner in articles 10, 11 and 12, 19 October 2012 to 15 December 2012

OECD: 2010 REPORT ON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENTS, 2010

<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>

<http://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>

<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf>

<http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>

10.4 Love og bekendtgørelser

Bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten

Lov nr. 190 af 12. marts 1997