

En analyse af Limitation-on-benefits og the Principal Purpose Test i henhold til Modeloverenskomstens Artikel 29

An analysis of Limitation-on-benefits and the Principal Purpose Test in relation to the Model Tax Convention Article 29

Mathias Vistrup

Pernille Durup Mortensen

Cand.merc.jur

Kandidatafhandling

Aalborg Universitet



Titelblad

Dansk titel: En analyse af Limitation-on-benefits og the Principal Purpose Test i henhold til Modeloverenskomstens Artikel 29

Engelsk titel: An analysis of Limitation-on-benefits and the Principal Purpose Test in relation to the Model Tax Convention Article 29

Afleveringsdato: 17. maj 2018

Fagområde: Skatteret

Vejleder: Jacob Krushave Larsen

Antal anslag: 167.713

Underskrift:

Mathias Vistrup

Mathias Vistrup

Studienummer: 2011-3248

Underskrift:

Pernille Durup Mortensen

Pernille Durup Mortensen

Studienummer: 2013-4689

Indholdsfortegnelse

Titelblad	1
Abstract.....	5
1. Indledning, afgrænsning og metode.....	6
1.1 Indledning.....	6
1.2 Problemstilling.....	7
1.3 Afgrænsning.....	7
1.4 Metode.....	8
1.5 Afhandlingens opbygning.....	8
2. OECD's modeloverenskomst 2014	10
2.1 Indledende om modeloverenskomsten.....	10
2.2 Retmæssig ejer & gunstigere skattemæssig position.....	11
2.2.1 Udbytte, renter & royalties	11
2.2.2 Retmæssig ejer.....	12
2.2.3 Gunstigere skattemæssig position.....	14
2.2.4 Gennemstrømningsenheder.....	15
2.2.4.1 SKM2011.57LSR – Landsskatteretten, ”de svenske selskaber”	15
2.2.4.2 SKM2012.121 – Østre Landsret, ”holdingselskaberne i Luxembourg”	18
2.2.4.3 SKM.2012.26LSR – Landsskatteretten, ”selskabet på Cypern”	19
2.2.4.4 Definition af en gennemstrømningsenhed.....	21
2.2.5 Generaladvokat J. Kokott	21
2.2.6 Retmæssig ejer i forhold til gunstigere skattemæssig position	23
3. Artikel 29 - Limitation-on-benefits & Principle Purpose Test	24
3.1 BEPS - Action plan 6	24
3.1.1 Det multilaterale instrument.....	24
3.1.2 Treaty shopping	25
3.2 Limitation-on-benefits-rule	25
3.3 Primære kriterier – Qualified person.....	26
3.3.1 Stk. 2, litra a) An Individual.....	29

3.3.2 Stk. 2, litra b) Governments.....	29
3.3.3 Stk. 2, litra c) Publicly-traded companies and entities.....	30
3.3.4 Stk. 2, litra d) Affiliates of publicly-listed companies and entities	33
3.3.5 Stk. 2, litra e) Non-profit organisations and recognised pension.....	36
3.3.6 Stk. 2, litra f) Ownership & Base Erosion.....	37
3.3.7 Stk. 2, litra g) Collective investment vehicles	39
3.4 Sekundære kriterier	40
3.4.1 Stk. 3. - Active conduct of business.....	40
3.4.1.1 Connected person	41
3.4.1.2 Undtagelser.....	43
3.4.2 Stk. 4 - Derivative benefits.....	43
3.4.2.1 Equivalent beneficiary	44
3.4.2.2 Rate comparison test.....	44
3.4.2.3 Udbytter.....	45
3.4.2.4 Indirekte ejerskab.....	46
3.4.3 Stk. 5 - Headquarters company	46
3.4.4 Stk. 6 - Discretionary relief	48
3.5 Principal Purpose Test.....	50
3.6 Artikel 29 og samspillet med modeloverenskomsten	52
4. Afgørelserne i lyset af artikel 29.....	54
4.1 SKM2011.57LSR – ”de svenske selskaber”	54
4.1.1 Primære kriterier – Qualified person.....	54
4.1.2 Sekundære kriterier	56
4.2 SKM.2012.26LSR – Landsskatteretten, ”selskabet på Cypem”	58
4.2.1 Primære kriterier – Qualified person	58
4.2.2 Sekundære kriterier	61
4.3 SKM2012.121 – Østre Landsret, ”holdingselskaberne i Luxembourg”.....	62
4.3.1 Primære kriterier – Qualified person.....	63
4.3.2 PPT vurdering.....	65

4.4 Sammenslutning	68
5. Konklusion	69
6. Perspektivering	72
7. Forkortelser og begreber	73
7.1 Anvendte forkortelser	73
7.2 Begreber	73
8. Litteraturliste	74

Abstract

In recent years, international tax rules have been challenged. The reason for this is that the integration of national economies and markets has increased substantially. In case of total harmonisation of the tax systems, treaty shopping would not be as moot a point as it currently is since the taxation would not affect the decision of where to set up a legal entity.

The limited harmonisation of the tax systems creates competition between states, as companies seek the lowest cooperation tax and taxes of profit possible. This competition between states in interaction with the increased globalization and weaknesses in the current international tax rules creates opportunities for companies to transfer profit to countries with a very low taxation and through this process reduce the overall global taxation of the company. That kind of transaction is called base erosion and profit shifting.

In 2015, the OECD completed 15 action plans, also known as “the BEPS package” since the actions’ purpose is to suppress base erosion and profit shifting. Action plan 6 is the plan focusing treaty shopping in particular, which also is the most important source of BEPS concerns. Action plan 6 includes new anti-abuse rules. The limitation-on-benefits (LOB) and the principal purpose test (PPT). Both rules are implemented in Article 29 in the OECD Model Tax Convention version 2017 and the rules are the central point of the present thesis.

The purpose of this master’s thesis is to describe the scope of Article 29 regarding entitlement to benefits in the Convention. Furthermore, the thesis will focus on how Article 29 should be interpreted in accordance with the remaining provisions of the Convention and when a person will be denied treaty benefits or assigned to them in accordance with Article 29.

To determine the scope of Article 29 and how it differentiates itself from the remaining provisions of the Convention, the first part of the thesis will be an analysis of the term beneficial owner in accordance with MDO Article 10, 11 and 12. The analysis will be based on the Model Tax Convention version 2014 and its comments and case SKM2011.57LSR, SKM2012.121ØL and SKM.2012.26LSR.

The second part of the thesis consist of an analysis of Article 29 based on the Update to the OECD Model Tax Convention 2017 and Action plan 6, final report 2015.

The third part of the thesis will analyze whether the result of the three cases will be affected when the circumstances in the cases are considered from the perspective of Article 29.

The last part consists of the conclusion of the thesis.

1. Indledning, afgrænsning og metode

1.1 Indledning

OECD-rådet har den 21. november 2017 godkendt indholdet af opdateringen til OECD's modeloverenskomst (herefter benævnt "MDO"). MDO godkendt i 2017 er efterfølgende blevet publiceret i 2018, som den tiende udgave af MDO'en omhandlende indkomst og kapital. Den udaterede MDO indeholder betydelige ændringer, herunder blandt andet ændringer i fast driftssted samt en ny misbrugsklausul i artikel 29.¹

Indtil ændringen af MDO 2017, har overenskomsten ikke indeholdt en generel misbrugsklausul, som skal forhindre koncerner i at *treaty shoppe*. Overenskomsten har udelukkende indeholdt et krav om retmæssig ejer, som skal sikre, at profit ikke udloddes til gennemstrømningsenheder, som ofte er placeret i lavt beskattede stater eller stater med fordelagtige overenskomster. Koncerner har derfor indtil nu kunne strukturere sig efter blot at opfylde kravet til retmæssig ejer, og derefter opnå skattefordele efter overenskomsten uanset relationen til hjemmehørsstaten. Sådanne konstruktioner er lovlige, men de stemmer ikke overens med formålet i MDO'en. Derfor blev det på G20 mødet i 2012 konstateret, at der var mangler i lovgivningen, og der var behov for at komme *base erosion og profit shifting* til livs. OECD udviklede en handlingsplan "OECD/G20 Addressing Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)", som gennem 15 action plans (herefter benævnt "BEPS projektet") skal forstærke det internationale skattebillede og øge transparensen af selskaber.²

Den implementerede artikel 29 i overenskomsten udspringer af BEPS projektets action plan 6, som har sit fokus på *treaty abuse* og herunder *treaty shopping*. Huller i skattelovgivningen har samlet set i 2017 kostet lande op til 240 mia. US dollars i forfaldne indtægter eller 10% af de globale selskabsindtægter, hvert år.³ Det er således ikke uden betydning, at artikel 29 i fremtiden kan ekskludere selskaber fra skattefordele, hvis der ingen relation er til hjemmehørsstaten, og formålet strider imod formålet med overenskomsten.

¹ <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecd-approves-2017-update-model-tax-convention.htm> (07.04.2018)

² Inclusive Framework on BEPS, Progress report July 2017-June 2017, s. 4

³ <http://www.oecd.org/tax/signing-ceremony-multilateral-convention-on-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> (07.04.2018)

1.2 Problemstilling

Afhandlingen vil på baggrund af ovenstående tage udgangspunkt i følgende problemstilling:

Hvad er omfanget af Limitation-on-benefits rules og the Principal Purpose Test i modeloverenskomstens artikel 29, herunder hvordan artikel 29 skal forstås i overensstemmelse med de resterende bestemmelser i modeloverenskomsten, samt i hvilke tilfælde personer vil nægtes eller tildeles disse overenskomstfordele efter artikel 29?

1.3 Afgrænsning

Begrebet skatteunddragelse kan analyseres fra flere perspektiver. Herunder fra et EU-retligt perspektiv, samt fra et mere kontraktuelt perspektiv mellem landene, med udgangspunkt i dobbeltbeskatningsoverenskomsten (herefter benævnt "DBO") indgået mellem de pågældende stater.⁴ Problemstillingen i nærværende afhandling vil løses ud fra sidstnævnte perspektiv.

Omdrejningspunktet i nærværende afhandling vil være MDO 2017 art. 29 samt "Action Plan 6, final report 2015". Action plan 6 er baggrunden for implementeringen af art. 29. Afhandlingen vil omhandle anvendelsesområdet af art. 29, og hvordan denne bestemmelse skal forstås i overensstemmelse med de resterende bestemmelser i MDO 2017, samt i hvilke tilfælde overenskomstfordele vil nægtes eller tildeles i henhold til art. 29. Der afgrænses derfor fra de resterende 14 action plans i BEPS rapporten.

Fokus i nærværende afhandling vil være *treaty shopping*, hvorfor der afgrænses fra andre måder hvorpå landene forsøger at omgå overenskomsten. De centrale bestemmelser for behandling af *treaty shopping* er MDO 2017 art. 1, jf. art. 3 og 4 samt art. 29 og art. 10, 11 og 12. *Treaty shopping* skyldes ikke kun mangler i overenskomsten, men også at den nationale skatteret på nogle områder er mangelfuld. De særlige nationale værnsregler mod *treaty shopping* vil ikke behandles selvstændigt, men vil kun inddrages i afhandlingen, hvis de har betydning for forståelsen af MDO'en og afhandlingens problemstilling.

Art. 29 regulerer blandt andet også kollektive investeringsinstitutter, jf. stk. 2, litra g, samt faste driftssteder, jf. stk. 8. Der afgrænses fra disse i afhandlingen. Dette begrundes med, at begge begreber behandles forskelligt i national ret og hermed også den pågældende DBO, hvorfor der ikke kan foretages en konkret vurdering af disse begreber.

⁴ Koerver Schmidt, Peter m.fl., International skatteret i et dansk perspektiv, Hans Reitzels Forlag, 2015, s. 17

1.4 Metode

Nærværende afhandling vil anvende den retsdogmatiske metode. Det fremgår, at:

”Retsdogmatikkens opgave er at analysere og beskrive gældende ret.”⁵

Gennem anvendelsen af den retsdogmatiske metode, vil der opnås en beskrivelse og en analyse af gældende ret i forhold til rækkevidden og anvendelsesområdet af MDO 2017 art. 29.

Ved anvendelse af den retsdogmatiske metode, vil de foreliggende retskilder og de fortolkningsprincipper som domstolene til enhver tid måtte benytte, anvendes i nærværende afhandling.⁶

Der kan opstå udfordringer ved beskrivelse af gældende ret, da der er begrænsninger i sproget og modtagerens forståelse af det skrevne er forskellig.⁷ For at opnå den bedste forståelse af anvendelsesområdet for art. 29, er det derfor fundet nødvendigt at beskrive og analysere det allerede eksisterende misbrugsbegreb, retmæssig ejer, i MDO 2014.

Afhandlingens problemstilling vil belyses ud fra en betragtning af *Alf Ross’ prognoseteori*, hvor gældende ret skal forstås som den normative ideologi, der er virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind, og som dommeren vil basere sin afgørelse på.⁸ Ross hævder, at i tilfælde hvor der ikke foreligger en dom, der anvender den pågældende regel, eksempelvis fordi det er en ny lovregel, har man *”ud fra en række ... velverificerede antagelser om danske dommers mentalitet god grund til at anse påstanden for sand.”*⁹ Denne fremgangsmåde vil benyttes i afhandlingen, da der endnu ikke foreligger retspraksis vedrørende art. 29, men der ønskes en analyse af, hvordan bestemmelsen vil blive bragt til anvendelse i en kommende retsafgørelse. Denne analyse vil derfor udspringe af domme, omhandlende retmæssig ejer. Herudaf kan der foretages videre antagelser til analyse af art. 29.

1.5 Afhandlingens opbygning

Nærværende afhandling er opdelt i flere afsnit, der behandler betingelserne for at opnå overenskomstfordele før og efter ændringerne til MDO 2017. Det primære fokus er art. 29, men vil suppleres af art. 10, 11 og 12.

⁵ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2014, s. 86.

⁶ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2014, s. 202

⁷ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2014, s. 87-88.

⁸ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2014, s. 144

⁹ Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2014, s. 145

Den første del af afhandlingen vil behandle formålsbestemmelsen der følger af MDO 2014 art. 1 samt begrebet retmæssig ejer, for at fastlægge betydningen heraf, samt hvilke krav der stilles til, at opfylde betingelserne i bestemmelsen. Der tages her udgangspunkt i de tre domme SKM2011.57.LSR, SKM2012.26LSR samt SKM.2012.121.ØL.

Herefter vil forekomme en analyse af Limitation-on-benefits rules (herefter benævnt "LOB") og The Principal Purpose Test (herefter benævnt "PPT") i MDO 2017 art 29. Analysen vil klarlægge anvendelsesområdet for bestemmelsen, samt hvilke yderligere begrænsninger der er indført, for at kunne opnå overenskomstfordele.

Den sidste del af afhandlingen vil omhandle en vurdering af, hvordan en dommer vil afgøre dommene, der er analyseret i første del, såfremt faktum heri skal vurderes i lyset LOB og PPT i henhold til art. 29.

2. OECD's modeloverenskomst 2014

2.1 Indledende om modeloverenskomsten

Det danske skattesystem sonderer mellem fuld og begrænset skattepligt. Skattepligten for juridiske personer er reguleret i selskabsskatteloven (herefter benævnt "SEL") § 1, fuld skattepligt, eller § 2, begrænset skattepligt. Skatteretten er ikke harmoniseret i hverken den Europæiske Union eller den resterende del af verden, hvorfor der opstår tilfælde med international dobbeltbeskatning af juridiske eller fysiske personer. Denne dobbeltbeskatning kan have en skadelig virkning på udviklingen af grænseoverskridende økonomiske relationer, som man ønsker at forhindre. International dobbeltbeskatning af personer, kan løses ved hjælp af nationale regler samt indgåelse af en dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem parterne, således beskatningsretten fordeles rimeligt herimellem.¹⁰

The Organisation for Economic Cooperation and Development (herefter benævnt "OECD"), som er en international organisation med det formål, at stimulere økonomisk fremgang og markedsøkonomi mellem medlemslande, udstedte den første MDO i 1963.¹¹ Denne overenskomst har været udgangspunktet for de fleste danske DBO'er siden da.¹² MDO'en anses ikke som værende en folkeretlig bindende traktat, men derimod anses den konkrete DBO indgået mellem to eller flere parter med udgangspunkt i MDO'en, som værende en folkeretlig bindende traktat, parterne kan støtte ret på.¹³

Der er knyttet kommentarer og anbefalinger til MDO'en, som ikke har status som en folkeretlig bindende traktat. Disse kommentarer kan næppe placeres i wienerkonventionens regler om fortolkning af folkeretlig bindende traktater, jf. art. 31-33 i wienerkonventionen af 1969. Modsætningsvist er det diskuteret i international teori og skattepraksis, at formålet med kommentarerne er at nå frem til en harmoniseret fortolkning af overenskomsten. Denne fortolkning kan muligvis være inkluderet i wienerkonventionens art. 31, stk. 1, hvor der lægges vægt på den "*sædvanlige betydning der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng*".¹⁴

MDO'ens kommentarer er i international teori samt retspraksis anerkendt, som et væsentlig fortolkningsbidrag til, at opnå en fælles retsopfattelse af den konkrete overenskomst. Dette er blandt andet kommet til udtryk i SKM2012.121Ø, hvor Østre Landsret fastslog, at overenskomstens

¹⁰ Koerver Schmidt, Peter m.fl., International skatteret i et dansk perspektiv, Hans Reitzels Forlag, 2015, s. 22

¹¹ <http://www.oecd.org/about/> (26.04.2018)

¹² Laursen, Anders Nørsgaard, OECD's Modeloverenskomst og FN's modeoverenskomst – en sammenligning, 2014

¹³ Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, Karnov Group Denmark, 6. udgave, 2013, s. 29

¹⁴ Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, Karnov Group Denmark, 6. udgave, 2013, s. 50

kommentarer skulle tillægges betydning ved fortolkningen af begrebet retmæssig ejer.¹⁵ Denne dom er behandlet yderligere i afsnit 2.2.4.2. På baggrund heraf vurderes det, at kommentarerne til MDO'en er en troværdig kilde, som i nærværende afhandling vil benyttes for, at belyse landenes fælles retsopfattelse af overenskomsten.

2.2 Retmæssig ejer & gunstigere skattemæssig position

En betingelse for at kunne påberåbe sig overenskomstfordele er, at der er tale om en *person*, som skal være *hjemmehørende i en af eller begge de kontraherende stater*.¹⁶ Dette fremgår af MDO'ens art. 1 og art. 4.

Hvorvidt en person er *hjemmehørende i en kontraherende stat*, skal i henhold til art. 4, stk. 1 afgøres efter intern ret i den pågældende stat. Hvorvidt selskaber er hjemmehørende i Danmark reguleres i SEL § 1. Det følger af SEL § 1, stk. 1, nr. 1, at selskaber er fuld skattepligtige til Danmark, hvis de er indregistreret her i landet, eller ledelsens sæde er placeret i Danmark. Det er dog i retspraksis konkluderet, at så længe selskabet er indregistreret i Danmark, er dette tilstrækkeligt til at udløse fuld skattepligt, jf. SKM2007.151HR, omhandlende to danske anpartsselskaber, der skiftede direktører, der var bosat i USA. Denne stat betegnes også som hjemmehørsstaten.

Det land, hvor selskabet ikke er hjemmehørende, men hvorfra selskabet erhverver visse indkomster, vil medføre, at selskabet bliver begrænset skattepligtig til denne stat. Disse indkomsttyper er reguleret i en udtømmende liste i SEL § 2. Denne stat betegnes som kildestaten.

Udbytter, renter og royalties er blot få af de måder, hvorpå et selskab kan blive begrænset skattepligtig til en stat, hvor virksomheden ikke er hjemmehørende. Disse tre indkomsttyper er også de mest velkendte måder at udføre *treaty shopping*.

2.2.1 Udbytte, renter & royalties

I henhold til SEL § 2, stk. 1, litra c, er udenlandske selskaber begrænset skattepligtig af modtaget udbytte fra et dansk selskab. Udbytte omfattet af begrænset skattepligt skal beskattes med 27%, som er den danske udbytteskattesats, jf. SEL § 2, stk. 3. Herudover beskattes udbyttet formentligt også i hjemmehørsstaten.¹⁷

¹⁵ Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, Karnov Group Denmark, 6. udgave, 2013, s. 52

¹⁶ En person defineres som: Fysisk person, et selskab og enhver anden sammenslutning af personer, jf. MDO 2014, art. 3, stk. 1, litra a

¹⁷ Beskatningen kommer an på statens interne regler

Hvis de to kontraherende stater har indgået en DBO, der er identisk med OECD's modeloverenskomst, er udgangspunktet at hjemmehørsstaten har beskatningsretten. Kildelandet kan dog også beskatte udbytte efter art. 10, stk. 2. Kildelandet kan således beskatte udbytte, men beskatningen er begrænset til 15%, medmindre udbytte udbetales til et selskab, som direkte ejer mindst 25% af kapitalen i det udbyttebetalende selskab. I sådanne tilfælde, kan kildelandet kun beskatte med 5%.¹⁸

I tilfælde af datterselskabsaktier eller koncernselskabsaktier i henhold til aktieavancebeskatningsloven §§ 4A og 4B, vil den begrænset skattepligt af udbyttet frafalde efter SEL § 13, uanset om Danmark er berettiget til at beskatte med 5 eller 15% i henhold til DBO'en.

I henhold til SEL § 2, stk. 1, litra d og § 2 stk. 1, litra g er udenlandske selskaber begrænset skattepligtig af renter, herunder kun renter af kontrolleret gæld, samt royalties hidhørende fra Danmark. Renter og royalties omfattede af den begrænsede skattepligt skal beskattes med 22%, jf. SEL § 2, stk. 3.

Renter og royalties er reguleret i MDO art. 11 og 12. Som ved udbyttebestemmelsen, sker der en nedsættelse af kildelandets beskatningsret ved beskatning af renter, således kildelandet maksimum kan beskatte disse med 10% af bruttorentebeløbet, jf. art. 11, stk. 2. Ved royalties er hjemmehørsstaten tillagt en eksklusiv beskatningsret, således kildelandet helt afskæres fra beskatning.

2.2.2 Retmæssig ejer

Kildelandets begrænsningsret eller hjemmehørsstatens eksklusive beskatningsret, som specificeret ovenstående, er kun gældende, hvis det modtagende selskab i den anden kontraherende stat er den retmæssige ejer af den pågældende indkomst. Selvom MDO'en ikke har indeholdt en generel misbrugs klausul, som nu er indsat i MDO 2017 art. 29, så blev begrebet retmæssig ejer allerede indsat i art. 10, 11 og 12 i 1977. Begrebet var ved indsættelsen gældende for agenter og mellemænd.¹⁹ Retmæssig ejer har siden da fungeret som en sikkerhedsventil til omgåelse af disse tre bestemmelser.²⁰

¹⁸ Modeloverenskomsten 2014, art. 10, stk. 2.

¹⁹ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst, version 2014, s.124, art. 10, stk. 2, pkt. 12.2

²⁰ Karnovs noter til modeloverenskomsten 2014, pkt. 27, s. 22

Ved indsættelsen af retmæssig ejer i 1977, blev begrebet samtidig kort omtalt i kommentarerne hertil. Omtalen af retmæssig ejer i MDO'ens kommentarer, er siden da blevet udvidet i efterfølgende versioner samt debatteret væsentlig i den skatteretlige litteratur.²¹

Hverken MDO'en eller kommentarerne hertil består af en klar definition på retmæssig ejer, men kommentarerne indeholder nogle retningslinjer for, hvordan begrebet skal fortolkes. Kommentarerne indeholder yderligere enkelte eksempler på, hvornår en person ikke anses som værende retmæssig ejer. Der tages udgangspunkt i kommentarerne til art. 1 og art. 10, da kommentarerne til art. 11 og 12 er næsten enslydende hermed.

Det følger af kommentarerne til MDO 2014, at begrebet retmæssig ejer blev tilføjet for at komme vanskelighederne ved anvendelse af *"betalt til...en hjemmehørende stat"* til livs.²² Det følger yderligere, at hensigten ikke har været at;

*"..referer til nogen teknisk mening, (...), derimod forstås i sin kontekst, i særdeleshed i relation til ordene "betalt ... til en hjemmehørende", og i lyset af hensigten og formålet med overenskomsten, herunder at undgå dobbeltbeskatning og forhindre skatteunddragelse og omgåelse."*²³

Det må herudfra udledes, at der ikke refereres til en teknisk mening eller en fastslået definition, der er givet i national lovgivning. Uanset om personen er hjemmehørende i en kontraherende stat eller ej, er denne person ikke nødvendigvis berettiget til skattelempe, hvis ikke formålet og hensigten hermed er, at undgå dobbeltbeskatning eller dobbelt-ikke-beskatning. Det fastslås videre, at;

*"De ovenfor angivne forklaringer om indholdet af begrebet "den retmæssige ejer" viser, at den mening som begrebet har i relation til artiklen, må holdes adskilt fra den betydning, som begrebet har i andre sammenhænge(...)"*²⁴

Ved tvivlstilfælde af forståelsen af retmæssig ejer, skal fortolkningen heraf tage afstand fra den betydning begrebet har i intern ret og i andre sammenhænge. Begrebet skal således fortolkes autonomt, hvilket vil sige, i et internationalt perspektiv, og derfor ud fra den betydning begrebet er

²¹ Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, Karnov Group Denmark, 6. udgave, 2013 s. 207

²² Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 123, art. 10, stk. 2, pkt. 12

²³ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 124, art. 10, stk. 2 pkt. 12.1

²⁴ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 125, art. 10, stk. 2, pkt. 12

tillagt i international litteratur. I nærværende tilfælde skal der derfor tages afstand fra *”en teknisk mening”*, men forstås i lyset af *”hensigten og formålet med overenskomsten”*.²⁵

2.2.3 Gunstigere skattemæssig position

Kravet om formål og hensigt fremgår allerede i kommentarerne til art. 1, hvor OECD fastslår;

*”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.”*²⁶

Ovenstående medfører, at en skatteyder ikke blot behøver at omgå retmæssig ejer i henhold til art. 10, 11 og 12 for at miste retten til overenskomstfordelene. Hvis hovedformålet er, at opnå en generel gunstigere skattemæssig position, og det strider mod formål og hensigt, afskæres personen fra overenskomstfordele.

Spørgsmålet er blot, hvornår der er tale om en gunstig skattemæssig position, der strider mod formål og hensigt. Der er ikke en direkte definition herpå, men OECD fremhæver to konstruktioner, der anses som misbrug af overenskomstfordele; (1) en person, om vedkommende er hjemmehørende eller ej, der disponerer gennem en juridisk enhed, der er oprettet i en stat, væsentligst for at opnå fordele i henhold til overenskomsten, hvor personen ikke ville opnå denne fordel direkte; (2) en fysisk person i en kontraherende stat, har en fast bolig som sin økonomiske interesse samt aktiebesiddelse i et selskab i selv samme stat, og som overfører sin faste bolig til en anden kontraherende stat, for væsentligst at sælge aktionerne og kapitalgevinsterne hermed vil blive undergivet lav eller ingen beskatning.²⁷ Begge eksempler har det til fælles, at transaktionerne foretages med det formål, væsentligst at blive undergivet en lavere eller ingen beskatning, samt efter transaktionen er foretaget, opnår enheden en bedre skattemæssig position, som enheden eller personen ikke direkte ville have opnået i den tidligere konstruktion. Væsentlighedskravet og kravet om at opnå en bedre skattemæssig position, må derfor konkluderes som værende de minimumskrav, der skal opfyldes, før overenskomstfordelene ikke vil kunne opnås af en person, hjemmehørende i en kontraherende stat.

²⁵ Koerver Schmidt, Peter m.fl., International skatteret i et dansk perspektiv, Hans Reitzels Forlag, 2015, s. 209

²⁶ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 14, art. 1, pkt. 9.5

²⁷ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 13, pkt. 9

Kravet om retmæssig ejer er indsat, således kildestaterne ikke nødvendigvis har pligt til at give afkald på deres beskatningsret eller nedsætte beskatningen, selvom udbetalingen er til en person hjemmehørende i en kontraherende stat, hvor kildestaten har indgået en DBO.

En meget enkel *treaty shopping* konstruktion er tilfælde hvor en skatteyder, der ikke er omfattet af en DBO med en given stat, kan få adgang til skattelempelse via oprettelse af et nyt selskab i en anden stat, som har indgået en DBO med den givne stat. Sådanne konstruktioner identificeres også som værende et gennemstrømningsselskab. Gennemstrømningsselskaber blev indført i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst i 2003, og det er heri fastslået, at disse selskaber ikke anses som værende retmæssig ejer.²⁸ Den første dom omhandlende retmæssig ejer, blev i Danmark afsagt i slutningen af 2011, og er siden efterfulgt af flere sager. De afsagte domme har konstruktionsmæssigt været mere komplicerede, da der er tale om indskydelse af flere selskaber end blot et, hvilket betegnes som "*stepping stone*"-arrangementer.²⁹

2.2.4 Gennemstrømningsenheder

Det følger af kommentarerne til MDO'en, at det ikke vil være i overensstemmelse med hensigten eller formålet med overenskomsten, hvis kildestaten skulle indrømme skattelempelse eller fritagelse herfor, hvis personen fungerer som en gennemstrømningsenhed.³⁰ Committee on Fiscal Affairs har udarbejdet en rapport "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies" som konkluderer, at gennemstrømningsenheder ikke anses som retmæssig ejer. Gennemstrømningsenheder er ikke nærmere defineret, men er behandlet i retspraksis.

2.2.4.1 SKM2011.57LSR – Landsskatteretten, "de svenske selskaber"

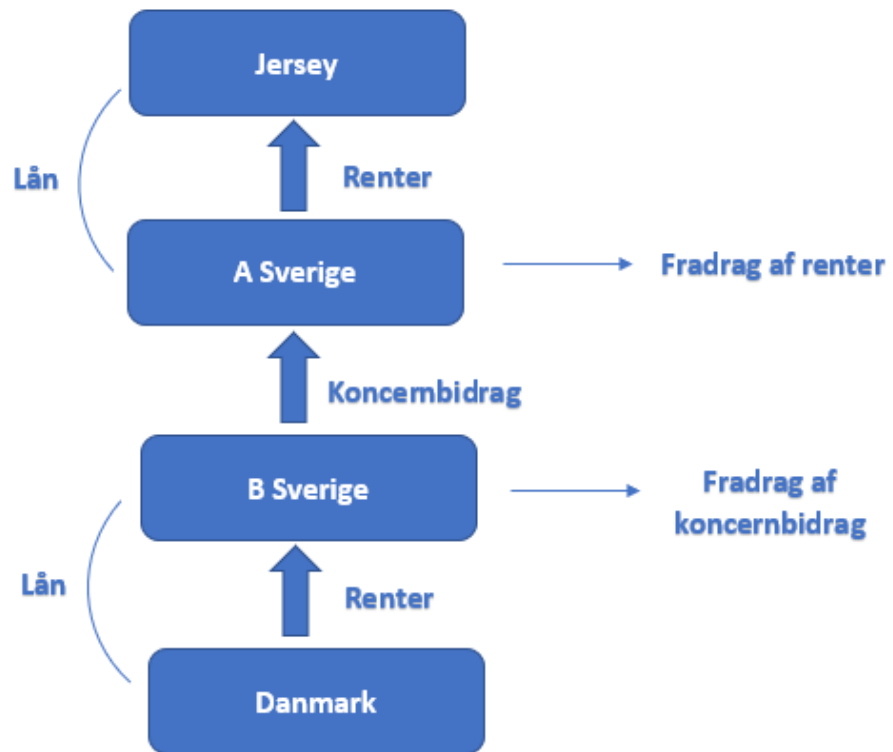
Gennemstrømningsenheder er behandlet i dansk retspraksis i blandt andet SKM2011.57LSR. I denne sag blev et dansk selskab anset for indeholdelsespligtig af renteskat vedrørende udbetalte renter til sit moderselskab i Sverige, som var ultimativt ejet af et selskab på Jersey. Det danske selskab modtog et lån fra et svensk selskab, B, til erhvervelse af aktier i et andet datterselskab. Det danske selskab betalte renter af det modtagende lån til det svenske selskab B. Herefter ydede det svenske selskab B et koncernbidrag til sit moderselskab, som også var hjemmehørende i Sverige, svensk selskab A. Det svenske selskab A modtog et lån fra sit moderselskab på Jersey, til erhvervelse af aktier i det svenske selskab B. Det svenske selskab A, betalte derfor renter for lånet til moderselskabet på Jersey. Efter svensk national ret kunne begge de svenske selskaber fradrage det ydede

²⁸ Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, Karnov Group Denmark, 6. udgave, 2013, s. 91

²⁹ Committee on Fiscal Affairs, B4, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, s. R(6)2

³⁰ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 124, art. 10, stk. 2, pkt. 12.3

koncernbidrag samt betalte renter. Begge svenske selskaber havde som eneste funktion at eje aktier i dets datterselskab. Konstruktionen ser ud som anvist i figur 1:



Figur 1

Landsskatteretten fastslog, at de svenske selskaber var uden aktivitet og lokaler, og uden reelle beføjelser til at træffe afgørelser og disponere over de modtagne renter. Enheder der er uden reel aktivitet og beføjelser, er blevet omtalt af Committee on Fiscal Affairs i artiklen "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", hvor følgende fremgår:

*"(...) a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties."*³¹

Committee on Fiscal Affairs' konstatering af en gennemstrømningsenhed fremgår af landsskatterettens begrundelse for afgørelsen. Det må herudfra kunne konstateres, at når et selskab er uden aktivitet og ingen reelle beføjelser, må dette sidestilles med at have *very narrow*

³¹ Egen markering

powers, og derfor en gennemstrømningsenhed, der ikke er retmæssig ejer. Det kan diskuteres, om udfaldet havde været noget andet, hvis de svenske selskaber havde haft beføjelser i et begrænset omfang. Ud fra ordvalget *very narrow powers* kan det antages, at det skal være tale om ualmindeligt begrænset beføjelser, som gør selskaberne til en nullitet, før det anses som en gennemstrømningsenhed. Har selskabet derfor få beføjelser, må det antages, at selskabet ikke kan betragtes som havende *very narrow powers*.

Lånene fra Jersey til det svenske selskab A, og fra det svenske selskab B til det danske selskab var enslydende. Erhvervelsen af de svenske selskaber samt transaktionerne herigennem skete inden for 6 dage, hvorfor landsskatteretten konstaterede, at der var tale om en tilrettelagt konstruktion, hvor det var tilsigtet at undgå beskatning uden at fradragsretten for de svenske selskaber blev berørt. Konstruktionen anses ikke for værende i overensstemmelse med overenskomstens hensigt og formål.

Erhvervelsen af netop de to svenske selskaber få dage inden lånene blev udstedt, anses som værende en del af den planlagte omstrukturering for, at udnytte de svenske regler om fradragsret ved koncernbidrag. Landsskatteretten kom frem til, at det er uden betydning at overførelsen skete i form af koncernbidrag og ikke renter. For at der kan statuere en gennemstrømningsenhed, er der derfor ikke krav om, at det er en bestemt transaktion, eksempelvis gennem udbytte eller rente, men blot en videreførelse af det, der er modtaget i den gennemstrømmende enhed.

Som fremgår af ordet "gennemstrømningsenhed" er det en enhed, hvor der strømmer noget igennem. Det fastslås i kommentarerne til MDO 2014, at;

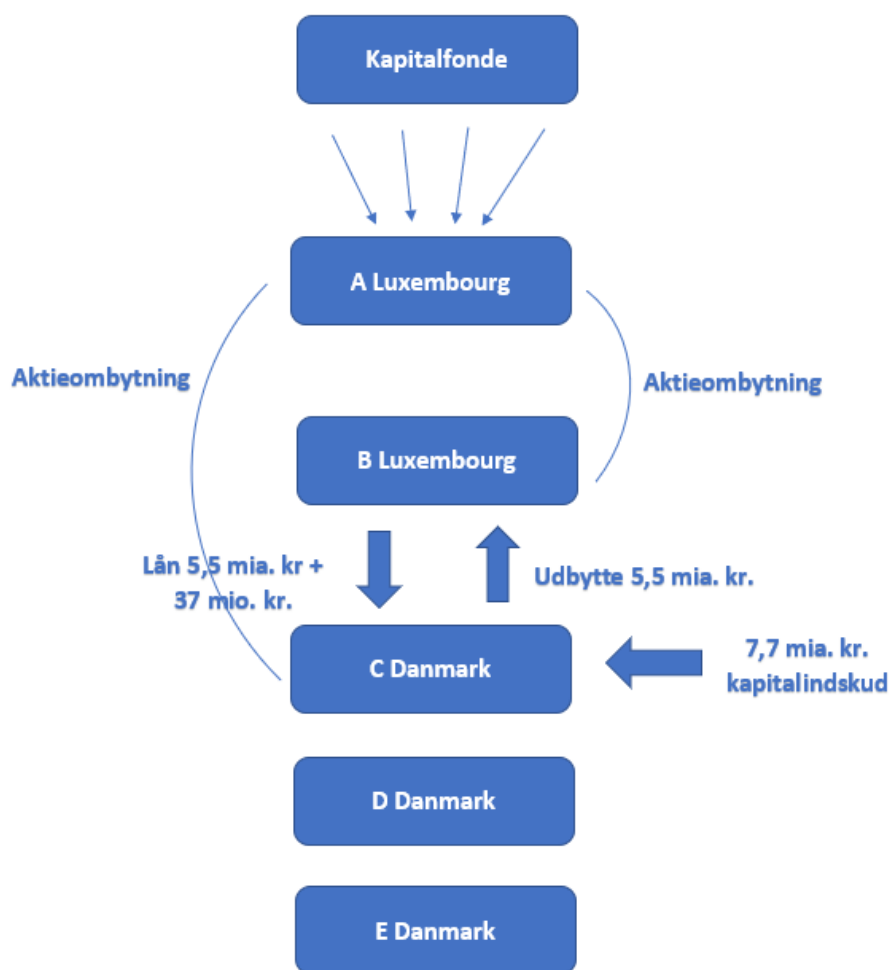
*"Hvor modtageren af et udbytte har retten til at bruge og nyde udbyttet, uden at være bundet af kontraktuelle eller juridiske forpligtelser til at videreformidle de betalinger, som han har modtaget, til en anden person, er modtageren "den retmæssige ejer" af disse udbytter."*³²

Det må antages, at det er en nødvendighed, at der rent faktisk videreføres noget fra enheden før det kan anses som en gennemstrømningsenhed. Hvis de to svenske selskaber havde haft de fornødne beføjelser til at disponere over den modtagende indkomst, ville sandsynligheden for at disse blev klassificeret som værende en gennemstrømningsenhed, være mindre.

³² Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 125, art. 10, stk. 2, pkt.12.4

2.2.4.2 SKM2012.121 – Østre Landsret, "holdingselskaberne i Luxembourg"

I sagen SKM2012.121 afsagt i Østre Landsret, havde en række kapitalfonde, nogen uden for EU andre ikke, erhvervede en dansk koncern. Kapitalfondene stiftede herefter et nyt holdingselskab, selskab C, som udgjorde det øverste selskab af den danske koncern. Efterfølgende blev to mellemliggende luxembourgske holdingselskaber stiftet. Det øverste selskab A blev stiftet ved aktieombytning mellem selskab C og selskabet. Selskab A i Luxembourg foretog efterfølgende endnu en aktieombytning med det luxembourgske selskab B. Konstruktionen er anvist som i figur 2:



Figur 2

Formålet med holdingselskabskonstruktionen, som blev opbygget "nedefra" var at undgå en kapitaltilførelsesafgift, som selskaberne ville blive pålagt i Luxembourg, såfremt kapitalen var indskudt direkte i det luxembourgske selskab.

Kapitalfondene indskød 7,7 mia. kr. i det øverste danske selskab C. Det danske selskab udloddede herefter udbytte på 5,5 mia. kr. til holdingselskabet B i Luxembourg. 5,5 mia. kr. blev herefter udstedt som et lån til selskab C sammen med et ikke-konvertibelt lån på yderligere 37 mio. kr. SKAT anså det øverste danske selskab C for pligtig til, at indeholde kildeskat på det udbetalte udbytte. SKAT fokuserede på, at det luxembourgske selskab havde fastlagt, at beløbet straks skulle genudlånes til det danske selskab, inden udbyttebetalingen, og derfor havde det luxembourgske selskab ingen reel ret til at råde over udbyttebeløbet.

Landsskatteretten fastslog, at retmæssig ejer af mellemholdingselskaber som udgangspunkt skal vurderes ud fra, om *"(...)ejereren udøver en kontrol med selskabet, som ligger ud over den planlægning og styring på koncernplan, som sædvanligvis forekommer i internationale koncerner(...)"*.³³ I forholdet til kravet om *very narrow powers*, der fremgår af "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", er der en vis sammenlignelighed hermed, da jo mere kontrol der udøves af ejerne, jo færre beføjelser har selve holdingselskabet.

Udbyttet blev i nærværende tilfælde ikke ført videre til de bagvedliggende ejere, men i stedet tilbage til den danske enhed, hvor udbyttet kom fra. Landsskatteretten konkluderede, at for der kan være tale om en gennemstrømningsenhed, skal selskabet i den stat, hvormed DBO'en er indgået, være skudt ind mellem udbetaleren og den egentlig berettigede, som et mellemlidende der viderefører udbetalingen til ejerne, som i nærværende tilfælde er uden for EU.

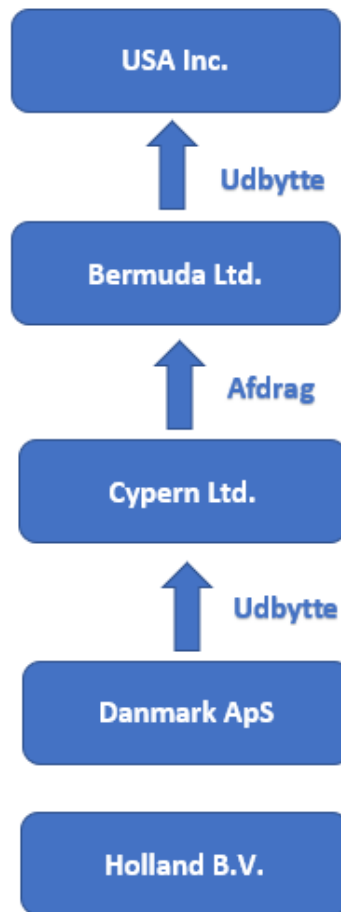
Det kan udledes fra denne retspraksis, at udbetalt indkomst rent faktisk skal videreføres gennem et mellemliggende selskab, før dette selskab anses som værende en gennemstrømningsenhed. Gennemstrømningsenheden vil oftest have nogle kontraktuelle eller juridiske forpligtigelser som gør, at enhedens brugs- og råderet over indkomsten er begrænset, i form af forpligtelser til at videreføre indkomsten.

2.2.4.3 SKM.2012.26LSR – Landsskatteretten, "selskabet på Cypern"

Begrebet retsmæssigt ejer i forhold til gennemstrømningsenheder er yderligere behandlet i SKM.2012.26LSR. Et dansk selskab der udførte salgs- og supportaktivitet, gennem blandt andet et datterselskab i Holland, var ejet af et selskab på Bermuda, med en ultimativ ejer i USA. Der blev imidlertid indskudt et cypriotisk selskab mellem det danske selskab og selskabet på Bermuda. Købet af anparterne i det danske selskab blev finansieret af selskabet på Bermuda. Det danske selskab solgte sine aktier i datterselskabet i Holland, til et søsterselskab i Holland. Det danske selskab

³³ SKM2012.121ØL, s. 32

udloddede derpå udbytte til selskabet på Cypern. Udbyttet blev derefter videreudloddet til selskabet på Bermuda, som afdrag på gæld. Konstruktionen så ud som anvist på figur 3:



Figur 3

Begrundelsen for omstruktureringen var, at man ikke mente det var hensigtsmæssigt at have de europæiske aktiviteter samlet i det danske selskab. Der blev altså ikke anført nogle skattemæssige spekulationer som begrundelse.

Det menes imidlertid ikke, at selskabet på Cypern kunne anses for værende den retmæssige ejer til udbyttet, da selskabet havde haft meget snævre beføjelser i forhold til videreførelsen af udbyttet. Det var efter SKATs opfattelse forudbestemt, at udbyttet skulle videreføres. Argumentationen herfor er enslydende med den, der er gennemgået i de to resterende afgørelser.

Landskatteretten lagde vægt på, at det cypriotiske selskab rent faktisk videreførte det udbetalte udbytte. Ligeledes blev der lagt vægt på, at det cypriotiske selskab ikke havde egne lokaler eller

personale, og havde meget få driftsomkostninger. På baggrund heraf mente Landsskatteretten heller ikke, at selskabet på Cypern kunne anses for værende den retmæssige ejer til det udbetalte udbytte.

Landsskatteretten lagde dog vægt på sondringen mellem begrebet "retmæssig ejer" og begrebet "rette indkomstmodtager" fra dansk ret. Da selskabet på Cypern var lovligt stiftet og registreret på Cypern, kunne selskabet altså anses for værende den rette indkomstmodtager af udbytte. Landsskatteretten konkluderede, at udbytte var fritaget for kildeskat, jf. moder-/datterselskabsdirektivet. Baggrunden herfor var, at der i 2012 ikke var indført en misbrugsbestemmelse eller krav til retmæssig ejer i moder-/datterselskabsdirektivet, og at Danmark ligeledes ikke havde benyttet muligheden for at indføre en sådan bestemmelse i national ret.

2.2.4.4 Definition af en gennemstrømningsenhed

Det kan ud fra de tre afgørelser behandlet ovenstående konkluderes, at ved definitionen af en gennemstrømningsenhed, lægges der særlig vægt på enhedens faktiske beføjelser, samt hvorvidt udbetalingerne rent faktisk videreføres. I "selskabet på Cypern" var udfaldet i højere grad et spørgsmål om en teknikalitet i form af manglende misbrugsbestemmelser, end det var et spørgsmål om, at andre parametre var tillagt særlig vægt ved vurderingen af, om selskabet blev anset for værende en gennemstrømningsenhed.

Det der som minimum kan konkluderes ud fra de tre domme er, at det er de faktiske omstændigheder, der skal være udgangspunktet for vurderingen af retmæssig ejer. Fælles for de tre domme er, at selskaberne havde meget begrænset beføjelser og ingen reel aktivitet. Yderligere kan det ud fra afgørelserne konkluderes, at ligeså snart selskabet har meget begrænset beføjelser og meget lidt aktivitet, anses selskabet for værende et gennemstrømningselskab, men kun hvis indkomsten rent faktisk føres gennem det mellemliggende selskab.

2.2.5 Generaladvokat J. Kokott

Ovenstående tre afgørelser er alle fremlagt som præjudicielle afgørelser for EU-domstolen. Sagerne er endnu ikke behandlet af domstolen, men Generaladvokaten J. Kokott har fremlagt et forslag til afgørelsen fremsat den 1. marts 2018.

Formålet med de præjudicielle spørgsmål fremlagt af Østre Landsret er først og fremmest, at opnå EU-domstolens fortolkning af retmæssig ejer. Dernæst bygger de præjudicielle spørgsmål blandt

andet på, hvorvidt beskatningen kan tilsidesættes på baggrund af den danske realitetsgrundsætning.

Kokott fastslog, at ved vurderingen af, om et selskab er retmæssig ejer af en indkomst, er det afgørende hvorvidt denne person modtager indkomsten for egen regning eller for fremmed regning. Hvis personen kan træffe afgørelse om anvendelse af indkomsten og bærer risikoen for indkomsten, må personen anses for at handle for egen regning. Hvis derimod, personen er knyttet til en tredjepart på en sådan måde, at denne tredjepart bærer risikoen for tab af indkomsten, anses personen for at handle for fremmed regning, og dermed ikke for værende retmæssig ejer.³⁴ Det kan konkluderes, at der kan drages visse paralleller mellem Kokotts betragtning af retmæssig ejer, og det de tre afgørelser blandt andet har tilfælles; at indkomsten skal videreføres til en tredjepart, og personen kan være begrænset kontraktuelt, hermed bærer selskabet en begrænset risiko.

Kokott fastslog yderligere, at begrebet retmæssig ejer skal fortolkes selvstændigt i EU-retten og uafhængig af OECD's modeloverenskomst samt kommentarer hertil. OECD's modeloverenskomst er ikke en bindende international konvention, men en international ensidig akt i form af anbefalinger til dens medlemsstater. Af den årsag konkluderer Kokott, at OECD's modeloverenskomst og kommentarerne hertil ikke kan påvirke fortolkning af et EU-direktiv, selvom begrebet "retmæssig ejer" er identisk.³⁵

Slutteligt forholder Kokott sig til den danske domstolspraksis "realitetsgrundsætningen", hvor tomme og kunstige skattebetingede konstruktioner, kan tilsidesættes, og beskatningen vil i stedet foretages i forhold til, hvad der faktisk er realiteten.³⁶ Østre Landsret har fremlagt som én af de præjudicielle spørgsmål, hvorvidt Danmark kan nægte skattefritagelse til det luxembourgske selskab på baggrund af den danske "realitetsgrundsætning". Kokott konkluderede, at den danske "realitetsgrundsætning" ikke giver grundlag for, at tilsidesætte de foretagne dispositioner i "holdingselskaberne i Luxembourg", fordi de netop er rette indkomstmottager.

Det forventes, at EU-Domstolen træffer afgørelse i de tre ovenstående sager i løbet af efteråret 2018. Hvorvidt Kokotts forslag til afgørelsen vil efterleves af EU-domstolen er endnu uvis. Det er første gang, der sker en EU-retlig fortolkning af begrebet retmæssig ejer, og det må forventes, at udfaldet af afgørelserne vil få væsentlig betydning for nationale afgørelser omhandlende retmæssig ejer fremadrettet.

³⁴ Kokott, J., SU 2018, 75, Forslag til afgørelse – beneficial owner - retmæssig ejer, s. 5, spg. 1 og 1.4

³⁵ Kokott, J., SU 2018, 75, Forslag til afgørelse – beneficial owner - retmæssig ejer, s. 6, spg. 2

³⁶ Kokott, J., SU 2018, 75, Forslag til afgørelse – beneficial owner - retmæssig ejer, s. 2, afsnit B, pkt. 18

2.2.6 Retmæssig ejer i forhold til gunstigere skattemæssig position

MDO 2014 fastlægger endvidere sondringen mellem det generelle misbrug af overenskomsten i art. 1 samt retmæssig ejer i henhold til art 10, stk. 2:

”Det forhold, at modtageren af et udbytte anses for være den retmæssige ejer af disse udbytter, betyder imidlertid ikke, at bestemmelserne i stk. 2 automatisk skal finde anvendelse.”³⁷

Retmæssig ejer er et krav i forhold til udbytte, renter og royalties, fordi de er de mest anvendte måder ved *base erosion* og *profit shifting*. Retmæssig ejer vil ikke begrænse andre misbrugsprincipper, som ikke er omfattet af retmæssig ejer. Selvom et selskab er retmæssig ejer, kan det godt handle imod overenskomstens formål og hensigt for at opnå en gunstigere skattemæssig position.

Kravene om, at konstruktioner ikke må stride mod overenskomstens formål og hensigt samt udbytter, renter og royalties skal opfylde kravet om retmæssig ejer, har indtil 2017 været de eneste værnsregler mod *treaty shopping*. Disse regler er nu suppleret af en ny artikel, artikel 29. Artikel 29 er en yderligere skærpelse af, hvornår en person i en kontraherende stat er berettiget til overenskomstfordele. Denne bestemmelse, vil behandles i nedenstående afsnit.

³⁷ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 125, art. 10, stk. 2, pkt. 12.5

3. Artikel 29 - Limitation-on-benefits & Principle Purpose Test

3.1 BEPS - Action plan 6

Base Erosion og *Profit Shifting* er to begreber, der afhænger af hinanden. Ved *Base Erosion* eroderes skattebasen i hjemmehørsstaten, således der opnås en skatteminimering på koncernniveau. Skattebasen eroderes ved hjælp af *Profit Shifting*, fordi den skattepligtige indkomst flyttes væk fra den stat, hvor indkomstaktiviteten er placeret og til en stat hvor beskattningen heraf er lavere eller ikke eksisterende. Det er ved *Profit Shifting* de kunstige konstruktioner og arrangementer opstår.³⁸

Kernen i BEPS projektet er de 15 action plans, som skal reducere skatteplanlægning på tværs af grænserne.³⁹ Action plan 6 har sit primære fokus på *treaty shopping*, som er en af de største bekymringer i BEPS projektet.⁴⁰

3.1.1 Det multilaterale instrument

For at harmonisere tilgangen til BEPS projektet og skabe lige skattevilkår, er der udarbejdet et implementeringsinstrument, også kaldet *The Multilateral Instrument* (herefter benævnt "MLI"). Instrumentet er den sidste action ud af de samlede 15 action plans i BEPS projektet.⁴¹

Det primære formål med MLI er, effektivt at strømline implementeringen af BEPS projektets forståede initiativer i de mere end 3000 forskellige DBO'er. Instrumentet vil sikre en hurtig implementering, samt en modificering af eksisterende DBO'er på en synkroniseret måde på tværs af landegrænserne, således hver enkelt DBO ikke skal genforhandles.⁴²

Det er ikke obligatorisk for landene at tiltræde instrumentet. Instrumentets ikrafttrædelse medfører derfor ingen forpligtigelser for landende, medmindre landende aktivt tiltræder instrumentet.⁴³

Siden færdiggørelsen af BEPS initiativerne i 2015, har der været stor opbakning til det multilaterale instrument, og den 7. juni 2017 i Paris, blev den første officielle underskriftceremoni af instrumentet afholdt. Danmark deltog i denne ceremoni, og var én ud af de resterende 77 lande, der underskrev instrumentet.⁴⁴

³⁸ OECD, Inclusive Framework on BEPS, Progress report July 2017-June 2017

³⁹ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 3

⁴⁰ BEPS Action plan 6, 2015 final report, s. 13

⁴¹ BEPS Action Plan 15, 2015 Final Report

⁴² BEPS Action Plan 15, 2015 Final Report, s. 16

⁴³ BEPS Action Plan 15, 2015 Final Report, s. 9-10

⁴⁴ OECD, 22 March 2018, Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting

3.1.2 Treaty shopping

Action plan 6 adresserer *treaty shopping*. Formålet med action plan 6 er, at implementere yderligere værneregler således relationen til hjemmehørsstaten og formålet med etableringen, er tilstrækkelig.⁴⁵

De værneregler fremlagt i action plan 6, er i 2017 blevet implementeret i MDO 2017 art. 29. Artikel 29 består af to tests. Den første test er, *limitation-on-benefits* reglerne, som fremgår af art. 29, stk. 2-6. Denne bestemmelse skal sikre en tilstrækkelig relation mellem selskabet og staten, hvor enheden er hjemmehørende. Den anden test er, *the principal purpose test*, som fremgår af art. 29, stk. 9. Denne bestemmelse fokuserer på transaktionens formål og hensigt.⁴⁶

3.2 Limitation-on-benefits-rule

En vurdering af OECD landenes og ikke-OECD landes nationale misbrugsbestemmelser viser, landene har forskellige fremgangsmåder, hvorpå misbrug af overenskomsterne adresseres på. Action plan 6 adresserer derfor tre måder, hvorpå overenskomstlande som minimum kan implementere LOB og/eller PPT i deres overenskomst:

“At a minimum, however, countries should agree to include in their tax treaties an express statement that their common intention is to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty shopping arrangements (see Section B); they should also implement that common intention through either the combined approach described in paragraph 19 (subject to the necessary adaptations referred to in paragraph 6 above), the inclusion of the PPT rule or the inclusion of the LOB rule supplemented by a mechanism (...).”⁴⁷

Det er ikke obligatorisk for de kontraherende stater, at implementere misbrugsbestemmelserne udarbejdet i action plan 6. Overenskomstlandene har naturligvis aftalefrihed, og derfor gælder det aftalte mellem parterne uanset indholdet af MDO'en.

Minimumskravet til implementeringen af misbrugsklausulerne opstår kun, hvis overenskomstlandene forpligtiger sig til at tiltræde OECD's modeloverenskomst. Landene skal som minimum implementere; (1) PPT reglen som den eneste; (2) PPT reglen samt LOB reglen, detaljeret

⁴⁵ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 13

⁴⁶ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 9

⁴⁷ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 19

eller den simple version; (3) en detaljeret version af LOB reglen, som skal suppleres af regler om gennemstrømningselskaber.⁴⁸

Opdateringen af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst 2017 og action plan 6, sonder begge mellem detaljerede og simple beskrivelser af LOB samt PPT reglerne. I de fleste tilfælde har OECD overført beskrivelserne fra action plan 6 direkte til kommentarerne af MDO 2017. I få tilfælde er beskrivelserne modificeret. Denne modificering er eksempelvis tilføjelse af en test, som personen skal bestå for at opfylde bestemmelsen. Der er også tilfælde, hvor OECD i kommentarerne til MDO 2017 har implementeret den detaljerede version fra action plan 6 til værende den simple version i kommentarerne, således minimumskravet altså skærpes. Dette ses blandt andet i beskrivelsen af artikel 29, stk. 2, litra f, omhandlende *ownership and base erosion*.

Det fremgår ikke af hverken MDO 2017 eller action plan 6, hvornår der skal sondres mellem den simple og detaljerede beskrivelse. Det er dog flere steder i kommentarerne givet udtryk for, at den detaljerede beskrivelse skal variere efter staternes nationale bestemmelser. Dette er eksempelvis tilfældet i art. 29, stk. 2, litra e. Den simple beskrivelse af bestemmelsen anses derfor som værende minimumskravet alle staterne burde kunne implementere, hvis den pågældende DBO afspejler OECD's modeloverenskomst. Den detaljerede beskrivelse underbygger den simple beskrivelse, som kan implementeres. For at opnå den bedste forståelse af art. 29, vil nærværende afhandling behandle både den simple og de detaljerede beskrivelser.

3.3 Primære kriterier – Qualified person

Art. 29, stk. 2 regulerer hvornår, en person er en *qualified person*, og derfor også berettiget til overenskomstfordele efter MDO'en. Bestemmelsen er en klar indsnævring af OECD's modeloverenskomsts allerede eksisterende art. 1 omhandlende, personer hjemmehørende i en kontraherende stat, som er behandlet yderligere i afsnit 2.2.⁴⁹

Art. 29, stk. 1 fastslår, at tilfælde hvor en *person, hjemmehørende i en kontraherende stat* ikke kan klassificeres som værende en *qualified person* i overensstemmelse med kriterierne i art. 29, stk. 2., nægtes overenskomstfordele. Det vil sige, det ikke længere kun er et krav, at personen opfylder art. 1 i overenskomsten. Efter implementeringen af art. 29, skal samme person også kunne kvalificeres som værende en *qualified person*, og derfor berettiget til overenskomstfordelene.

⁴⁸ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 19

⁴⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 221, art. 29, pkt. 6,

LOB reglen er ikke en ukendt bestemmelse, selvom den først er implementeret i OECD's modeloverenskomst i 2017. Bestemmelsen er udarbejdet med udgangspunkt i allerede eksisterende overenskomster, herunder især overenskomster indgået af USA, men er også at finde i overenskomster indgået af Japan eller Indien.⁵⁰ Nødvendigheden af en skærpelse af art. 1 er også diskuteret i kommentarerne til OECD's modeloverenskomst 2014, hvor der af pkt. 20 til art. 1 fremgår et eksempel på en detaljeret bestemmelse, der skal begrænse overenskomstfordele yderligere. Eksemplet på en LOB bestemmelse i kommentarerne er ikke identisk med bestemmelsen i action plan 6 og MDO 2017, men der foreligger mange ligheder.⁵¹

Art. 29, stk. 1, lyder som følgende:

"1. [Provision that would deny treaty benefits to a resident of a Contracting State who is not a "qualified person" as defined in paragraph 2]"⁵²

For at en *person, hjemmehørende i en kontraherende stat* ikke skal nægtes overenskomstfordele, skal denne *person* opfylde én af følgende kriterier:

"2. [Definition of situations where a resident would be a qualified person, which would cover

- an individual;*
- a Contracting State, its political subdivisions and their agencies and instrumentalities;*
- certain publicly-traded companies and entities;*
- certain affiliates of publicly-listed companies and entities;*
- certain non-profit organisations and recognised pension funds;*
- other entities that meet certain ownership and base erosion requirements;*
- certain collective investment vehicles.]⁵³*

Bestemmelserne vil blive refereret til som stk. 2, litra a-g.

⁵⁰ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 20

⁵¹ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 19, art. 1, pkt. 20

⁵² Modeloverenskomsten 2017, artikel 29, stk. 1.

⁵³ Modeloverenskomsten 2017, artikel 29, stk. 2

Ved at indskrænke en *person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat* til også at skal defineres som værende en *qualified person*, er der større sandsynlighed for at forhindre *base erosion og profit shifting*.⁵⁴

Artikel 29, stk. 1 og 2 finder kun anvendelse, hvis MDO'ens resterende kriterier for anvendelse, er opfyldt. Det vil sige, hvis en person er omfattet af overenskomsten i henhold til art. 1, vil art. 29 også aktiveres.⁵⁵ Det kan herudfra antages, at når en indkomst fra eksempelvis fast ejendom i henhold til art. 6, som er blevet oppebåret af en person, hjemmehørende i en kontraherende stat, eller når der sker udbetaling af udbytte i henhold til art. 10 til en hjemmehørende i en kontraherende stat, skal den hjemmehørende i den kontraherende stat i begge tilfælde kunne kvalificeres som værende en *qualified person* i henhold til art. 29, stk. 2 på det pågældende tidspunkt, før overenskomstfordelen kan opnås.

Det er utydeligt i action plan 6 og kommentarerne til MDO 2017, hvorvidt den hjemmehørende i en kontraherende stat blot skal kunne konstateres som en *qualified person* på transaktionstidspunktet, eller om vedkommende skal leve op til begrebet *qualified person* over en længere tidsperiode. Følgende fremgår af kommentarerne til MDO 2017:

*"In some cases, however, the definition of "qualified person" requires that a resident of a Contracting State must satisfy certain conditions over a period of time in order to constitute a "qualified person" at a given time."*⁵⁶

Det må ud fra ovenstående konstateres, at udgangspunktet er, at den hjemmehørende person blot skal kunne konstateres som værende en *qualified person* på transaktionstidspunktet. Eksempelvis når udbyttet betales i henhold til art. 10. Hvert land kan dog fravige dette udgangspunkt ved at indføre, at den hjemmehørende person skal have været en *qualified person* i en given periode eller på et bestemt tidspunkt før, under og/eller efter transaktionen. Eksempelvis, at vedkommende der opnår indkomst fra en fast ejendom, skal have ejet ejendommen minimum 2 år før denne kan anses som *qualified person* af indkomsten herfra.

⁵⁴ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 23

⁵⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 222, pkt. 9

⁵⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 222, pkt. 9

3.3.1 Stk. 2, litra a) *An Individual*

Ethvert individ, der er *hjemmehørende i en kontraherende stat* vil kvalificeres som værende en *qualified person*.⁵⁷ Det kan diskuteres, hvad der er omfattet af *an individual*. Hverken action plan 6 eller kommentarerne definerer begrebet yderligere. En person, omfatter dog i henhold til MDO 2017 art. 3, stk. 1, litra a, "*an individual, a company and any other body of persons*". Det fremgår af flere af de efterfølgende bestemmelser i stk. 2, at de afgrænses til "*a person, other than an individual(...)*".⁵⁸ Det må derfor antages, at *an individual* skal fortolkes som værende udelukkende en fysisk person. Når der afgrænses fra *an individual* i efterfølgende bestemmelser, antages det derfor yderligere, at bestemmelsen kun er anvendelig for juridiske personer og andre enheder. Det er næppe fysiske personer, der anvendes ved *treaty shopping* eller *base erosion og profit shifting*, hvilket yderligere begrundes at fysiske personer kan kvalificeres som *qualified person*.

3.3.2 Stk. 2, litra b) *Governments*

Denne kategori omfatter selveste den kontraherende stat, politiske underafdelinger hertil samt myndigheder i den kontraherende stat. Sammenslutninger som er hjemmehørende i en kontraherende stat og som helejes af denne stat eller af dennes politiske underafdelinger eller lokale myndigheder, kan også kvalificeres som en *qualified person* under denne bestemmelse.⁵⁹ Politiske underafdelinger eller myndigheder er næppe enheder, der benyttes ved omstruktureringer for at opnå overenskomstfordele, hvorfor disse enheder naturligvis anses som *qualified persons*.

Det har været diskuteret, hvorvidt kontraherende stater, deres politiske underafdelinger samt deres lokale myndigheder er omfattet af definitionen *en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat* i henhold til art. 4, stk. 1. Dette er besvaret bekræftende i overenskomsten, og derfor blev det besluttet, at disse også er omfattet af *qualified person*.⁶⁰ Det er videre diskuteret, hvorvidt sammenslutninger helejet af staten, er omfattet af overenskomsten. Det er ofte fastlagt i den konkrete DBO mellem de kontraherende stater, om sammenslutninger helejet af staten, er omfattet eller ej.⁶¹ Stk. 2, litra b) skal derfor implementeres i overensstemmelse med DBO'ens kategorisering af disse enheder.

⁵⁷ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 25

⁵⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 221, stk. 2, litra e, simplified version samt s. 233, stk. 2, litra f, simplified version

⁵⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 223, art. 29, stk. 2, litra b, pkt. 14

⁶⁰ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 12, art. 1, pkt. 6.35

⁶¹ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 12, art. 1, pkt. 6.3

3.3.3 Stk. 2, litra c) Publicly-traded companies and entities

Virksomheder eller en anden enhed, hvor aktieklasserne over hele den skattepligtige periode, handles regelmæssigt på en eller flere anerkendte børser, anses som værende *qualified person*, hvis én af følgende betingelser er opfyldte:

- 1) Hovedklassen (*the principal class*) af aktierne i virksomheden handles primært på en eller flere anerkendte børser, som er placeret i den kontraherende stat, hvor virksomheden er hjemmehørende, eller
- 2) Virksomhedens ledelses sæde og kontrol (*primary place of management and control*) er placeret i den kontraherende stat, hvor virksomheden er hjemmehørende.⁶²

Sidstnævnte krav lægger sig tæt op ad lignende krav, stillet i nuværende MDO 2014 art. 4, stk. 3, når en ikke-fysisk person anses for hjemmehørende i begge kontraherende stater. Når et selskab efter nationale regler er hjemmehørende i begge kontraherende stater, tildeles beskatningsretten den stat, hvor den virkelige ledelse har sit sæde. I nærværende tilfælde har action plan 6 og OECD modificeret kravet om ledelsens sæde, hvorfor der skal skelnes mellem nærværende krav og kravet i art. 4, stk. 3.

Begrebet "ledelsens virkelige sæde", er ikke defineret i art. 4, stk. 3, men af kommentarerne hertil anses ledelsens sæde som værende det sted, hvor de afgørende ledelsesmæssige og forretningsmæssige beslutninger, som er nødvendige for virksomhedens forretningsmæssige udøvelse i sin helhed, træffes.⁶³

Ledelsens sæde og kontrol i overensstemmelse med MDO 2017 art. 29, stk. 2, litra c, refererer ikke til de beslutninger, der er nødvendige for virksomhedens udøvelse, men "(...)refers to the place where the day-to-day responsibility for the management of the company (and its subsidiaries) is exercised".⁶⁴

Det vil sige, ledelsens sæde og kontrol vil være placeret i den stat, hvor ledelsen udøver dag-til-dag ansvar i forhold til den strategiske, finansielle og operationelle politik i selskabet.⁶⁵

Det kan diskuteres, hvorvidt dag-til-dag ansvar i forhold til virksomhedens strategiske, finansielle og operationelle politikker kan sammenlignes med beslutninger, der er nødvendige for virksomhedens forretningsmæssige udøvelse. Det kan yderligere overvejes, hvorvidt holdingselskaber kan være

⁶² 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 224, detailed version, litra c)

⁶³ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 39, art. 4, stk. 3, pkt. 24

⁶⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 271

⁶⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 271, pkt. 149

omfattet af dette krav, da holdingselskabers eneste funktion er, at eje aktier i et andet selskab. Det kan konkluderes, at holdingselskaber godt kan have et dag-til-dag ansvar, men hvorvidt de har et ansvar i forhold til virksomhedens strategiske, finansielle og operationelle politikker, er uklart. Denne bestemmelse vil højst sandsynlig ikke blive benyttet af holdingselskaber i fremtiden, da disse selskabers aktier næppe vil handles på en anerkendt børs.

Ved identificeringen af selskabets virkelige ledelse er fremgangsmåden identisk med den, der allerede bruges i art. 4, stk. 3. Ofte er der en formodning om, at ledelsen forestås af direktionen som ledelsesorgan. I tilfælde af andre personer, eksempelvis datterselskabet, der træffer de strategiske, finansielle og politiske beslutninger i selskabet, må dette anses som værende selskabets ledelse.⁶⁶

Ved tilføjelsen af de to krav sikres det, at selvom en virksomhed eller en enhed, der handler aktier på et reguleret marked, konstruktionsmæssigt vil være hjemmehørende i en kontraherende stat, har virksomheden ikke nødvendigvis en tilstrækkelig relation til den kontraherende stat. Ved opfyldelse af én af de to krav minimeres omgåelsesmulighederne, og hermed sikres en tilstrækkelig relation til hjemmehørsstaten. Aktier for børsnoterede selskaber handles i vid udtrækning, og det er næppe disse børsnoterede selskaber, der opretter nye selskaber for at omgå overenskomsten. Derfor er der udarbejdet en simpel version af bestemmelsen, hvor der ikke er krav til handel skal ske på en national børs eller ledelses dag-til-dag beslutninger.

Hovedklassen af aktierne (*principle class of shares*), defineres i bestemmelsens stk. 6, som værende:

*“Principal class of shares” means the class or classes of shares of a company which represents in the majority of the aggregate vote and value of the company or entity”.*⁶⁷

Det vil sige, hvis virksomheden kun har én aktieklasser, vil disse udgøre hovedklassen af aktierne. Har virksomheden derimod mere end én aktieklasser, er det nødvendigt at bestemme, hvilken klasse, der udgør hovedklassen, herunder flertal af stemmerettighederne og værdien af virksomheden.

Den uforholdsmæssige aktieklasser (*disproportionate class of shares*), defineres som værende de aktier, som berettiger aktionæren til deltagelse i virksomheden gennem udbetaling af udbytte og afkast, som genereres på baggrund af selskabets årlige afkast.⁶⁸

⁶⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 272, pkt.

⁶⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 258

⁶⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.270

Det antages, at ovenstående to aktieklasser afspejler de aktieklasser mange nordiske aktieselskaber består af. A-aktier (*Principal class of shares*), som besidder de fleste stemmerettigheder, og hermed indflydelse i virksomheden. B-aktier (*disproportionate class of shares*) hvor der er minimale stemmerettigheder og indflydelse, men aktionæren opnår udbytte afhængig af virksomhedens årlige samlede afkast.

Hovedklassen af aktierne skal primært handles på en eller flere anerkendte børser, som er placeret i samme kontraherende stat, som virksomheden selv. Hvis antallet af hovedklasseaktier, der handles på en børs i staten, hvor virksomheden er hjemmehørende, overstiger antallet af aktier handlet på børser i andre stater, anses de som handlet primært i staten hvor virksomheden er hjemmehørende.⁶⁹

Det faktum, at aktierne skal handles regelmæssigt i den skattepligtige periode er et vidt begreb. Action plan 6 og OECD har forsøgt at komme dette begreb nærmere ved at definere, hvornår kravet er imødegået:

*“For shares to be considered as regularly traded on one or more stock exchanges throughout the taxable period, it is necessary that more than a very small percentage of the shares be actively traded during a sufficiently large number of days included in that period”.*⁷⁰

Der er således ikke et krav om, at aktierne skal handles hver dag på børsen i den pågældende skattepligtige periode, men blot et tilstrækkeligt antal dage. Eksempelvis vil kravet om regelmæssig handel i den skattepligtige periode være opfyldt, hvis 10% af det gennemsnitlige antal udestående aktier i den givne aktieklasser, handles i en 60 dages periode i selskabets skattepligtige periode.⁷¹ Hvor grænsen går for ikke at leve op til dette krav, er ikke specificeret yderligere. Da 60 dage ud af en periode på 12 måneder er tilstrækkeligt ifølge OECD, anses dette som værende minimum for at opfylde kravet. Det kan diskuteres, om kravet også vil være opfyldt, hvis der handles mere end 10% af det gennemsnitlige antal aktier på markedet, men disse handles i en periode på 30 dage i den skattepligtige periode. Det fremgår, at der skal handles *“more than a very small percentage”* af aktierne, hvorfor en handel på 20% eller 30% naturligvis ikke vil skabe problemer. Spørgsmålet er blot, om 30 dage kan anses som værende *a sufficiently large number of days*. Det formodes, at kravet om *a sufficiently large number of days* skyldes, at det generelle formål med LOB er, at sikre der er en tilstrækkelig relation mellem selskabet og hjemmehørsstaten. Hvis perioden derfor er

⁶⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.225, pkt. 21

⁷⁰ BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report, s. 28

⁷¹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 225, pkt. 23

kortere end 60 dage, vil det være lettere for selskaber at omgå reglen, da relationen ikke etableres. Med formålet for nærværende regler in mente, må det kunne konkluderes, at selvom der handles flere aktier i perioden, vil en periode kortere end 60 dage ikke kunne statuere *qualified person*.

Det sidste faktum, at aktierne skal handles på en anerkendt børs, vil sige at børsen skal være oprettet og reguleret under loven i en af de kontraherende stater, og det skal være aftalt af de kompetente myndigheder i de kontraherende stater, at børsen anses som værende en anerkendt børs.⁷²

En konstruktion herpå kan eksempelvis se ud som følgende:

Eksempel 1) A er et selskab indregistreret og placeret i stat X. A er børsnoteret under loven, og både hovedaktierne og de uforholdsmæssige aktier kan handles på en anerkendt børs i stat X. De uforholdsmæssige aktier er alle handlet på børsen i stat X. Kun få af hovedaktierne er handlet på børsen i stat X, og de resterende er handlet på en anerkendt børs i stat Y. A vil gerne opnå overenskomstfordele efter den indgåede DBO med selskabet B i stat Z. Da A's hovedklasseaktier ikke primært er handlet i stat X, er A ikke berettiget til overenskomstfordelene efter DBO'en, medmindre virksomhedens ledelse foretager ledelse og kontrol af A i stat X.

I den efterfølgende skattepligtige periode, handles flere af A's hovedklasseaktier nu på børsen i stat X, men nogle aktier handles stadig i stat B sammen med alle de uforholdsmæssige aktier. Hovedklasseaktierne, der handles i stat X handles i en periode på 30 dage, og de resterende aktier handles med få mellemrum i stat Y resten af den skattepligtige periode. Der er solgt 5 hovedklasseaktier mere i stat X end der er solgt i stat Y. Da hovedklasseaktierne primært er solgt i stat X, og da det ikke er et krav, at hovedklasseaktierne skal sælges over "*a sufficient large number of days*", men det er et generelt krav til salg af alle aktieklasser, er A berettiget til overenskomstfordele efter DBO'en mellem stat A og Z.

3.3.4 Stk. 2, litra d) *Affiliates of publicly-listed companies and entities*

Nærværende bestemmelse er siden action plan 6 blevet udtaget fra stk. 2, litra c, hvor den fremgik som en tilføjelse til bestemmelsen. OECD har i MDO 2017 implementeret bestemmelsen som en ny bestemmelse, men indholdet heraf er stort set det samme.

⁷² 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 256, pkt. 116

Stk. 2, litra d er en udvidelse af stk. 2, litra c således, at datterselskaber som direkte eller indirekte ejes af virksomheder, der er berettiget til overenskomstfordele efter stk. 2, litra c også er berettiget til disse fordele som udgangspunkt. Nærværende bestemmelse er en udvidelse af princippet omtalt i litra c, omhandlende børsnoterede selskaber næppe etableres med det formål at *treaty shoppe*.⁷³

For at nærværende bestemmelse finder anvendelse, skal datterselskabet opfylde to tests. En ejerskabstest og en *base erosion* test.⁷⁴

Ejerskabstesten er næsten identisk med ejerskabstesten, der foretages i stk. 2, litra f. Forskellen er blot, at i nærværende tilfælde kan der være op til fem børsnoterede selskaber eller enheder, som direkte eller indirekte ejer mindst 50% af den samlede stemme og værdi af selskabets aktieklasser. Hvis ejerne er indirekte ejere, vil det sige, at der er placeret et mellemliggende selskab mellem det børsnoterede selskab og selskabet, der ønsker at opnå overenskomstfordele efter denne bestemmelse. Det mellemliggende selskab skal i så fald enten være hjemmehørende i den stat, hvorfra der søges overenskomstfordele eller kunne kvalificeres som værende en *qualified intermediate owner*, som er defineret i afsnit 3.3.6.⁷⁵ Det formodes, at ejerskabstesten skal laves på den ultimative ejer af det pågældende selskab. Det vil sige, i de tilfælde hvor der er et mellemliggende selskab, er det ikke en mulighed at lave ejerskabstesten på det mellemliggende selskab.

Base erosion testen som selskabet, der søger overenskomstfordelen skal bestås i samspil med ejerskabstesten. Testen skal bestås ift. enhver fordel selskabet ønsker at opnå, medmindre det er udbyttefordele efter art. 10.⁷⁶ Hvis der kun søges udbyttefordele og udbytte er den eneste indkomst i perioden, skal *base erosion* testen ikke foretages, og selskabet skal kun opfylde ejerskabstesten for at blive en *qualified person*. *Base erosion* testen består af 2 krav, som datterselskabet skal opfylde; (1) mindre end 50% af selskabets bruttoindkomst i den skattepligtige periode, betales eller tilfalder, direkte eller indirekte en eller flere *ineligible persons*, i form af betalinger der er fradragsberettiget i selskabets hjemmehørsstat; og (2) hvis der er en *tested group*, betales eller tilfalder, direkte eller indirekte, mindre end 50% af den *tested groups* bruttoindkomst i den skattepligtige periode, til en eller flere *ineligible persons*, i form af betalinger der er fradragsberettiget i selskabets hjemmehørsstat, hvor overenskomstfordele kan påberåbes.⁷⁷

⁷³ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.226, pkt. 24

⁷⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 226, detailed version

⁷⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.226, pkt. 26

⁷⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.227, pkt. 29

⁷⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.227, pkt. 29

En *ineligible person*, er enhver person, som ikke er berettiget til overenskomstfordele efter art. 29, stk. 2, litra a, b, c og e.⁷⁸ En *tested group* er den person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat som gerne vil opnå overenskomstfordele, og som gennem eksempelvis sambeskatning, deler overskud samt tab med de resterende selskaber i koncernen eller blot nogle af disse selskaber.⁷⁹

I action plan 6 fandtes det ikke nødvendigt, at indsætte en sikkerhed for, at bestemmelsen ikke blev misbrugt. OECD har alligevel implementeret denne sikkerhed ved at indsætte de to tests. *Base erosion* testen sikrer, at enheder der ønsker at opnå fordele efter denne bestemmelse, ikke kan få disse fordele, hvis der er risiko for, at arrangementet sikrer tredjelandsinvestorer et betydeligt beløb herigennem.

Nærværende bestemmelse kan illustreres som følgende:

Eksempel 2) Samme selskab A, som fremgår af Eksempel 1, der er hjemmehørende i stat X, og berettiget til overenskomstfordelene efter stk. 2, litra c, ejer yderligere selskab B med 100%, som ejer selskab C med 100%. De to datterselskaber, B og C, er hjemmehørende i stat Y. De tre selskaber er undergivet sambeskatning.

Selskab C modtager 200 i udbytteindkomst og 100 i renteindkomst fra et selskab i stat Z. Stat Y og Z har indgået en DBO. Selskab C ønsker, at opnå overenskomstfordele af indkomsten fra stat Z.

Selskab A i stat X opfylder kravet om børsnoterede selskab efter stk. 2, litra c. Der er tale om et indirekte ejerskab af selskab C, da selskab B, også betegnet som et mellemliggende selskab, er placeret mellem det børsnoterede selskab A og selskab C. Da A indirekte ejer mindst 50% af aktierne i selskab C, opfylder koncernen ejerskabstesten, hvis B enten er placeret i samme stat som C eller opfylder kravet til en *qualifying intermediate owner*. Fordi B er hjemmehørende i samme stat som C, opfylder B kravet, og ejerskabstesten er opfyldt.

Efter C's modtagelse af udbytte og renteindkomst fra stat Z, betaler C, 51 i udbytte til B, og de resterende 49 overføres til en person i et tredjeland, en såkaldt *ineligible person*. Overførelsen til tredjelandet er fradragsberettiget i stat Y. B modtager også

⁷⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.227, pkt. 30

⁷⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.273, pkt. 155

renteindkomst fra stat Z på 100, hvoraf 51 overføres til samme person i tredjelandet. Denne overførelse er fradragsberettiget i stat B.

Udbytte som C modtager fra stat Z er ikke omfattet af base erosion testen, og derfor kan der opnås overenskomstfordele heraf. Denne indkomst skal derfor ikke regnes med i den samlede indkomst.

Da koncernen har valgt sambeskatning, anses A, B og C som værende en *tested group*, der samlede ansøger om overenskomstfordele efter stk. 2, litra d. Da udbytte er undtaget fra bestemmelsen, har koncernen en samlede indkomst på 200. Da 100 ud af den samlede bruttoindkomst på 200 tilfalder en *ineligible person*, opfylder koncernen ikke *base erosion* testen, fordi det udbetalte beløb skal være mindre end 50%. Havde koncernen ikke været sambeskattet, ville det kun komme an på C's situation. Da C har en renteindkomst på 100, og 49 af dem tilfalder en tredjeperson, ville C alene have opfyldt testen, og været berettiget til overenskomstfordele, fordi C er en *qualified person*.

3.3.5 Stk. 2, litra e) Non-profit organisations and recognised pension

Dansk selskabsret sonderer mellem fuld skattepligt og begrænset skattepligtig. Visse virksomhedsformer, ofte ikke profit-givende enheder, er undtaget fra skattepligten efter SEL § 3, selvom de som udgangspunkt er fuld skattepligtige efter SEL § 1. Enhederne er kun fritaget for skattepligt, hvis de opfylder kravene hertil i den nationale lovgivning. På trods heraf, anses enhederne ofte for værende hjemmehørende i henhold til den konkret DBO mellem staterne. Pensionskasser samt foreninger er eksempelvis undtaget fra skattepligt i henhold til SEL § 3. Hvis disse selskaber anses for hjemmehørende i henhold til DBO'en mellem to kontraherende stater, vil disse som udgangspunkt også kunne kvalificeres som værende *qualified persons* efter litra e.⁸⁰

De kontraherende stater kan også udvide bestemmelsen, således pensionskasser og andre enheder ikke kvalificeres til overenskomstfordele blot fordi, de anses som værende hjemmehørende i en kontraherende stat. Staterne kan regulere dette indbyrdes, da de pågældende satser der kan fastsættes, afhænger af staternes individuelle skattelovgivning.⁸¹

⁸⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.231, simplified version

⁸¹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.232, pkt. 41

Der bør derfor have in mente, at selvom institutionen eller pensionskassen er kvalificeret som en *qualified person* i overensstemmelse med nærværende bestemmelse, er institutionen eller pensionskassen kun berettiget til overenskomstfordele, hvis enheden er omfattet af MDO art. 1.

3.3.6 Stk. 2, litra f) *Ownership & Base Erosion*

Denne bestemmelse er en supplerende bestemmelse til stk. 2, litra a-d. Bestemmelsen giver enhver juridisk enhed, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, mulighed for at kvalificere sig til overenskomstfordele, hvis den ultimative ejer af enheden er en *qualified person* efter stk. 2, litra a-d. Den simple version af bestemmelsen lyder som følgende:

"A person other than an individual if, at that time and on at least half of the days of a twelve-month period that includes that time, persons who are residents of that Contracting State and that are entitled to benefits of this Convention under subparagraphs a) to d) own, directly or indirectly, at least 50 per cent of the shares of the person".⁸²

Ud fra betragtningen foretaget under stk. 2, litra a, afgrænser denne bestemmelse sig fra fysiske personer. Bestemmelsen er derfor kun anvendelig for juridiske enheder og enhver anden sammenslutning af personer. Halvdelen af bestemmelsen bygger på ejerskabet af selskabet, hvorfor det af også af den årsag, er naturligt at ekskludere fysiske personer fra bestemmelsen.

Det fremgår, at bestemmelsen finder anvendelse på juridiske personer, hvor den ultimative ejer er "(...)resident of that Contracting State(...)". Det vurderes, at ved brug af "that", skal den ultimative ejer og selskabet, der vil opnå overenskomstfordele efter denne bestemmelse, være hjemmehørende i samme stat. Dette er også måden hvorpå, bestemmelsen skiller sig ud fra blandt andet litra d, hvor det ikke er et krav, at selskaberne er hjemmehørende i samme stat. Er den ultimative ejer og selskabet således ikke hjemmehørende i samme stat, vil datterselskabet ikke kunne kvalificeres som værende en *qualified person* efter nærværende bestemmelse.

Bestemmelsen er opdelt i to tests. Første del omhandler ejerskabet af datterselskabet, og den anden del omhandler *base erosion* testen. Den simple del af bestemmelsen består kun af ejerskabstesten, hvor den detaljeret del består af begge tests. Det fremgår af kommentarerne til den simple og den detaljeret bestemmelse, at

⁸² 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 233, simplified version

“Unlike the corresponding provision in subparagraph f) of the detailed version, subparagraph e) of the simplified version does not require that the entity also satisfy a base erosion test. Also, in the case of an indirect ownership, it does not impose any requirement applicable to the intermediate owners”.⁸³

Den simple version, herunder ejerskabstesten, må forstås som minimumskravet, der er indeholdt i denne bestemmelse. Kun hvis parterne er enige herom, kan *base erosion* testen yderligere inddrages. Begge tests behandles nedenstående.

Ved ejerskabstesten, er det første krav for opfyldelse, at 50% eller mere af aktierne i enheden er direkte eller indirekte ejet af en person, der er hjemmehørende i den kontraherende stat. Der fremgår ikke en klar definition på aktier i kommentarerne til MDO 2017, og derfor må udtrykket tillægges den betydning, det har i henhold til den nationale lovgivning i den stat, der anvender overenskomsten, jf. art. 3, stk. 2. Er enheden til gengæld en enhed, der ikke består af aktier, skal ejerskabet bestå af noget andet, der giver indehaveren ret til en andel af virksomhedens indkomst og aktiver. Dette kan eksempelvis være anparter.⁸⁴

Aktierne skal være ejet af en person, som er hjemmehørende i en kontraherende stat og som kvalificeres som en *qualified person* i henhold til stk. 2, litra a, b, c eller e.⁸⁵ Det afgørende kriterium for, at denne bestemmelse finder anvendelse er, at på tidspunktet hvor overenskomstfordelene opnås og mindst halvdelen af dagene i en 12-måneders periode som inkludere dette tidspunkt, har den hjemmehørende person direkte eller indirekte ejet 50% eller mere af aktierne i enheden.⁸⁶ Det fremgår ikke, om denne 12-måneders periode skal ligge før, under eller efter det tidspunkt, hvor overenskomstfordelen ville være opnået. Det formodes derfor, at hvis der er opfyldt ejerskab på mindst halvdelen af dagene i en 12-måneders perioden før, under eller efter transaktionen, må denne være opfyldt.

I tilfælde af indirekte ejerskab, følger det som et krav, at det mellemliggende selskab kan kvalificeres som værende en *qualifying intermediate owner*.⁸⁷ For at være en *qualifying intermediate owner* skal vedkommende opfylde én ud af to betingelser; (1) være hjemmehørende i en kontraherende stat, som har indgået en DBO med virkning i den kontraherende stat, hvorfra overenskomstfordelen

⁸³ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.234, pkt. 45

⁸⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.257

⁸⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.233, detailed version

⁸⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s.233, detailed version

⁸⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 234, pkt. 47

søges, eller; (2) er hjemmehørende i den samme stat, som den enhed, der benytter sig af stk. 2, litra e).⁸⁸

Base erosion testen, som er den anden del af den detaljeret bestemmelse indeholder stort set de samme krav som stk. 2, litra d. Den eneste modificering heraf er, at nærværende *base erosion* test også omfatter personer, der vil opnå udbyttefordele i henhold til MDO art. 10.⁸⁹

Eksempel 3) Selskab C, som omtalt i eksempel 2, vil således ikke kunne opnå overenskomstfordele efter nærværende bestemmelse, fordi den ultimative ejer, selskab A placeret i stat X, ikke er placeret i sammen stat som selskabet C, der ønsker at opnå overenskomstfordele.

Udover at udbyttet indgår i indkomsten, er måden hvorpå denne bestemmelse differentierer sig fra stk. 2, litra d kravet om, at det direkte eller indirekte ejerskab skal være statueret i mindst halvdelen af dagene i en 12 måneders perioden på den dag enheden ønsker overenskomstfordele. Dette krav må være implementeret, da det sikrer, at der er en tilstrækkelig relation tilstede mellem ejeren og enheden, der ønsker overenskomstfordele efter stk. 2, litra f.

3.3.7 Stk. 2, litra g) *Collective investment vehicles*

Nærværende bestemmelse omfatter kollektive investeringsinstitutter, men da kollektive investeringsinstitutter er behandlet meget forskelligt i international skatteret, er action plan 6 og OECD enige om, at denne bestemmelse skal afspejle den individuelle nationale behandling af disse institutter samt måden hvorpå de behandles i MDO'en mellem de kontraherende parter.⁹⁰

Nogle af de problemstillinger, der er behandlet i MDO'ens tidligere kommentarer i forbindelse med kollektive investeringsinstitutter er, hvorvidt disse institutter kan anses for værende *en person der er hjemmehørende i en kontraherende stat* efter art. 1. Yderligere har der været usikkerhed omkring, hvorvidt disse anses som værende den retmæssige ejer.⁹¹

I tilfælde af, at kollektive investeringsinstitutter anses som værende inkluderet i den pågældende DBO, vil det være nødvendigt med denne bestemmelse, da kollektive investeringsinstitutter højst sandsynlig ikke kan kvalificeres som værende en *qualified person* efter nogle af de forgående eller

⁸⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 272

⁸⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 235, pkt. 51

⁹⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 237, pkt. 55

⁹¹ Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som senest revideret i 2014, s. 7-12, pkt. 6.21-6.38.

efterfølgende bestemmelser.⁹² Eksempelvis er anparterne i et KI ikke børsnoteret, hvorfor de ikke er omfattet af art. 29, stk. 2, litra c. KI lever ikke op til ejerskabstesten i art. 29, stk. 4, og kan heller ikke kvalificeres som værende et *headquarter company* i art. 29, stk. 5.

3.4 Sekundære kriterier

I tilfælde af, en person ikke opfylder kriterierne for værende en *qualified person*, kan overenskomstfordele alligevel opnås, såfremt en af de sekundære kriterier er opfyldt. De sekundære kriterier er behandlet i art. 29, stk. 3-6 og behandles nedenstående.

3.4.1 Stk. 3. - *Active conduct of business*

I tilfælde hvor der ikke er tale om en *qualified person*, kan der alligevel opnås overenskomstfordele, hvis indkomsten er opnået gennem *active conduct of business*, jf. MDO art. 29, stk. 3. Det vil sige situationer hvor en hjemmehørende driver forretning i en kontraherende stat, og har indkomst fra en anden kontraherende stat, såfremt indkomsten udspringer af eller er et resultat af forretningen.

For at vurdere om en indkomst udspringer af en aktivitet, foretages en samlet helhedsvurdering. Generelt vurderes det, om indkomsten har en faktisk forbindelse til den indkomstgivende aktivitet.⁹³ Vurderingen giver ikke anledning til store problemer i situationer hvor, der modtages royalties i forbindelse med et patent, der er udviklet i hjemmehørsstaten, da forbindelsen mellem aktivitet og indkomst er umiddelbar. Det er imidlertid vanskeligere at vurdere når, der betales udbytter eller renter til et moderselskab. I sådanne tilfælde er det nødvendigt at kigge på datterselskabets aktivitet for at vurdere, om moderselskabets udbytte eller renteindkomst udspringer af selskabets *active conduct of business*. I nedenstående eksempel illustreres begrebet "faktisk forbindelse":

Eksempel 4) Selskab A er hjemmehørende i stat X og driver *active conduct of business* i X, ved produktion af P. A ejer 100 % af selskabet B i stat Y, som sælger og markedsfører P, i stat Y. A leverer P til B, og herpå udlodder B udbytte til A. Her anses udbyttet som værende faktisk forbundet til As *active conduct of business*, fordi udbyttet jo netop vedrører produktet P, som A producerer.

I en situation med samme forudsætning som oven for, men hvor A også ejer selskab C i stat Z, og giver et lån til C, hvorpå A modtager renter, er situationen anderledes. Renteindkomsten kan næppe anses for værende faktisk forbundet til As *active conduct of*

⁹² 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s 237 detailed version

⁹³ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 242, pkt. 82

business, da renteindkomsten vedrører et lån, og lånet ikke har betydning for As produktion af P.

Vurderingen foretages altså på den enkelte indkomst. Dette betyder, at såfremt C driver *active conduct of business* i Z, og har ejerskab i et selskab D i stat E, og der foretages levering og udbetaling af udbytte på samme måde som mellem A og B, vil denne udbytteindkomst anses for værende faktisk forbundet til Cs *active conduct of business*, selvom C ikke er faktisk forbundet til A gennem lånet og renteindkomsten.

Ved vurdering af om en indkomst er resultat af forretningen, er det væsentlige om indkomstaktiviteten faciliterer forretningsførelsen i hjemmehørsstaten.⁹⁴

Begrebet "forretning" (*business*) er ikke nærmere defineret i MDO'en. Fortolkningen heraf følger derfor national lov. Generelt anses forretning kun som værende *active conduct of business*, hvis der er tale om væsentlige ledelses og operationelle aktiviteter.⁹⁵

3.4.1.1 Connected person

I tilfælde hvor en hjemmehørende opnår indkomst gennem *active conduct of business* i en anden kontraherende stat, eller opnår indkomst, der kan henføres til en *connected person*, anses art. 29. stk. 3, litra a, kun som værende opfyldt, hvis forretningsaktiviteten i hjemmehørsstaten er væsentlig og ens, eller tilsvarende i forhold til forretningsaktiviteten, der udføres i den anden kontraherende stat.⁹⁶

To personer anses som værende *connected persons* såfremt den ene person ejer mindst 50 % af beneficial interest i den anden. I tilfælde, hvor der er tale om selskaber, er det et krav at have mindst 50 % af stemmerettighederne i selskabet, samt eje mindst 50% af aktieværdien i selskabet. Personer anses også som værende *connected persons* i tilfælde hvor en tredjemand har ejerskab i hver person, på samme måde som angivet oven for.⁹⁷

Vurderingen om væsentlighed beror på de faktiske omstændigheder, hvilket indbefatter en sammenligning af forretningernes størrelser, økonomiernes størrelse i de kontraherende stater og aktiviteterens karakter. I BEPS action plan 6, er størrelsen på økonomien og markederne i de

⁹⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 242, pkt. 76

⁹⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 242, pkt. 71

⁹⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 240, detailed version, stk. 3, litra b

⁹⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 259, detailed version, litra d

omfattede lande tillagt særlig vægt.⁹⁸ Disse overvejelser er imidlertid ikke implementeret i MDO 2017, hvorefter det må antages, at vurderingen skal foretages med udgangspunkt i de faktiske omstændigheder, uden at tillægge specifikke forhold særlig vægt.

Såfremt der udføres aktivitet i en kontraherende stat af en *connected person* i forbindelse med en hjemmehørendes *active conduct of business* i samme stat, anses aktiviteten som værende udført af den hjemmehørende.⁹⁹ Det formodes, at de lempeligere krav vedrørende *active conduct of business* og *connected person*, udspringer af ønsket om, at regulere de grænseoverskridende aktiviteter og transaktioner gennem DBO'er, og næppe et formål om at regulere interne forhold i medlemsstaterne. En sådan situation er illustreret nedenstående:

Eksempel 5) Selskab A ejer selskab B1. Begge selskaber er hjemmehørende i stat X. A ejer derudover selskab B2 i stat Y. B1 og B2 producerer samme produkt. B2 udlodder herpå udbytte til A.

A er et holdingselskab, og anses derfor som udgangspunkt ikke som at drive *active conduct of business*, jf. art. 29, stk. 3. Da B1 er en *connected person* til A, og de begge er hjemmehørende i samme stat, anses aktiviteterne i B1 som værende udført af A. Dette medfører, at A anses for at drive *active conduct of business* gennem aktiviteterne i B1.

Da B1 og B2 producerer samme produkt, og B1s aktivitet anses som værende udført af A, kan det imidlertid ikke slås fast, at udbyttet fra B2 til A er faktisk forbundet til As *active conduct of business*. Det er altså ikke nok, at opfylde kravene til *connected person*, men det er nødvendigt derudover, at opfylde de generelle betingelser til *active conduct of business*.

I et tilfælde med samme forudsætning som ovenfor, men hvor B2 producerer og sælger et produkt til B1, som B1 sælger og markedsfører på det åbne marked, udspringer udbyttet af B2s salg til B1. Derfor anses udbyttet som værende faktisk forbundet til As *active conduct of business*.

Væsentlighedsvurdering er ikke et krav i situationer, hvor en hjemmehørende opnår indkomst fra kildelandet, men der ikke reelt bliver ført forretning i kildelandet af personen selv eller en *connected person*.¹⁰⁰ Licensindkomst og lån fra banker er eksempler herpå. I disse tilfælde sker der blot en transaktion, men der bliver ikke ført reel forretning.

⁹⁸ BEPS Action plan 6, 2015 Final Report s. 40, pkt. 54

⁹⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 240, detailed version, stk. 3, litra c

¹⁰⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 243, pkt. 79

3.4.1.2 Undtagelser

Ikke alle typer forretning giver som udgangspunkt adgang til overenskomstfordele efter stk. 3. Holdingselskaber, supervision og administration af grupper af virksomheder, gruppefinansiering samt investeringer der ikke er foretaget af banker, forsikringsselskaber samt handel med værdipapirer som almindelig led af forretningen, er ikke omfattet af stk. 3.¹⁰¹ Formålet hermed er, at afgrænse aktiviteter som ikke direkte genererer indkomst fra overenskomstfordele, ud fra en betragtning om *active conduct of business*. Det er dog op til den enkelte stat at vurdere, hvilke undtagelser der ønskes afgrænset fra. Blot fordi der ikke kan opnås overenskomstfordele ud fra en vurdering af *active conduct of business*, kan indkomst der er tilegnet i forbindelse med aktiviteter, der er afskåret fra fordele gennem nærværende bestemmelse, stadig få adgang til overenskomstfordele såfremt betingelserne til en af de øvrige bestemmelser i art. 29 er opfyldt.

3.4.2 Stk. 4 - Derivative benefits

I tilfælde hvor der ikke er tale om en *qualified person* ift. *derivative benefits*, er det muligt at opnå overenskomstfordele, såfremt betingelserne i art. 29, stk. 4 er opfyldt. Heraf følger det, at overenskomstfordele kan opnås af en person, der ikke er en *qualified person* såfremt mere end en aftalt andel af en enhed, er ejet af personer med ret til tilsvarende fordele.¹⁰² Der er altså lagt op til at medlemsstaterne i høj grad selv skal aftale sig til det gældende ejerforhold.

Bestemmelsen er som udgangspunkt ikke begrænset til kun at omfatte udbytter. Det kan derfor diskuteres, i hvor stort omfang bestemmelsen behandler problemstillingen vedrørende *treaty shopping*, da fradragsberettigede betalinger ikke er afskåret fra fordelene efter MDO art. 29, stk. 4.

Implementeringen i MDO'ens detaljeret version er dog mere omfattende, og heraf følger mere konkrete og flere forskellige aftaleforslag til den enkelte DBO. Her foreslås det blandt andet at begrænse bestemmelsen til kun at omfatte udbyttebetalinger, i tilfælde hvor det giver mening i forhold til national lov og hermed begrænsning af adgangen til *treaty shopping*.

Fælles for forslagene er dog, at overenskomstfordele kan opnås i tilfælde hvor personer, der er *equivalent beneficiaries*, har ejet mindst 95 % af stemmerettighederne og aktieværdien, og mindst 50 % af stemmerettighederne og aktieværdien af uforholdsmæssige aktieklasser i halvdelen af dagene i 12 måneders periode. Dette ejerskab skal forestås af syv eller færre personer. I tilfælde af indirekte ejerskab, skal der være tale om et mellemliggende selskab, der anses som værende en

¹⁰¹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 240, stk. 3, litra a

¹⁰² Modeloverenskomsten 2017, artikel 29, stk. 4.

qualifying intermediate owner.¹⁰³ Begrebet *qualifying intermediate owner* er behandlet i afsnit 3.3.6. Det væsentlige, er stillingtagen til, om ejerne kan kvalificeres som værende *equivalent beneficiaries*.

3.4.2.1 *Equivalent beneficiary*

Begrebet *equivalent beneficiary* anvendes i forbindelse med flere bestemmelser i MDO'en. En *equivalent beneficiary* er som udgangspunkt enhver person, der ville være berettiget til de samme eller mere favorable fordele i kildelandet, på en indkomst der modtages af en anden person, såfremt personen selv havde modtaget indkomsten direkte.¹⁰⁴ Vurderingen om en person anses for værende en *equivalent beneficiary* foretages ud fra følgende krav:¹⁰⁵

- For personer i tredjelande er det et krav, at personen ville kunne opnå de samme fordele ud fra DBO'en mellem tredjelandet og kildelandet, ud fra bestemmelser der er væsentlig lignende reglerne i art. 29, stk. 2, litra a, b, c eller e.
- Selskaber kan også anses for værende en *equivalent beneficiary* i tilfælde, hvor selskabet opfylder kravene i bestemmelsen om *headquarters company*, som er behandlet i afsnit 3.4.3. Dette kræver dog at overenskomstfordelene selskabet søger, vedrører udbytte- eller rentebetaling fra et andet selskab i koncerngruppen.
- Hvis DBO'en mellem hjemmehørsstaten og kildelandet ikke indeholder en LOB bestemmelse, laves vurderingen som hvis DBO'en alligevel indeholdt bestemmelserne fra art. 29, stk. 2, litra a, b, c og e.

3.4.2.2 *Rate comparison test*

For transaktioner vedrørende udbytte, renter og royalties, er det et særligt krav, at personen opfylder en såkaldt *rate comparison test*. Testen opfyldes hvis personen ville kunne modtage indkomsten direkte, til en skattesats der er mindre eller lig med den skattesats, som den modtagende person har adgang til, med hjemmel i national lov, en DBO eller andre internationale aftaler, herunder EU-direktiver.¹⁰⁶ Det antages, at testen laves for at sikre, at personer der alligevel ville have adgang til de samme eller mere favorable fordele, ikke afgrænses fra disse fordele, såfremt betingelserne i art. 29, stk. 4 er opfyldt.

¹⁰³ MDO m. kommentarer s. 245 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 245, pkt. 84, stk. 4, litra a

¹⁰⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 245, pkt. 82

¹⁰⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 260, detailed version, litra A

¹⁰⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 260, detailed version, litra B 1)

3.4.2.3 Udbytter

Ved udbyttebetalinger anses fysiske person i nogle tilfælde som værende et selskab, ved gennemgangen af *rate comparison testen*.¹⁰⁷ Dette er i tilfælde, hvor en fysisk person ejer et selskab, der driver *active conduct of business* i sin kontraherende stat, og dette selskab søger overenskomstfordele i en anden kontraherende stat. En sådan situation er beskrevet i følgende eksempel:

Eksempel 6) En fysisk person, A, er hjemmehørende i stat X. Personen ejer 100 % af selskabet B, i stat Y, som også driver *active conduct of business* i stat Y. B ejer yderligere 25 % af selskabet C, i stat Z. C udbetaler herpå udbytte til B. Alle staterne har indgået en DBO.

Da B ejer 25 % af C, har B adgang til fordelene i overenskomstens art. 10, stk. 2, litra a, som medfører en udbyttebeskatning på 5 %. Kravet hertil er, at modtageren er et selskab.

Såfremt udbyttet blev betalt direkte fra C til A og A anses for værende en fysisk person, ville A være afgrænset til en udbyttebeskatning på 15 %, jf. art. 10, stk. 2, litra b. A ville dermed ikke opfylde *rate comparison testen*, da 15 % ikke er lig med eller mindre end 5 %, og anses dermed ikke som værende en *equivalent beneficiary*.

Ved at anse A som værende et selskab, ville A have adgang til den samme kildeskattesats som B, såfremt A havde modtaget udbyttet direkte fra C. Dermed opfylder A *rate comparison testen* og kan anses for værende en *equivalent beneficiary*.

Aktiviteter der udføres af en *connected person* i forhold til selskabet, der søger overenskomstfordele, anses som værende udført af selskabet selv.¹⁰⁸

Væsentlighedsvurdering for *active conduct of business* i relation til art. 29, stk. 4, har samme betydning som væsentlighedsvurdering i forhold til *active conduct of business* i art. 29, stk. 3. Vurdering skal altså foretages ud fra de faktiske omstændigheder og alle relevante forhold.

Der er dog ikke krav til, at udbytterne opnået i kildelandet udspringer af *active conduct of business*, der udføres af selskabet, der søger overenskomstfordelene på samme måde som i art. 29, stk. 3, litra c. Kravet er blot, at der udføres *lignende eller tilsvarende* forretning i kildelandet, og ikke *ens eller tilsvarende* som kravet er i art. 29, stk. 3, litra c.¹⁰⁹

¹⁰⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 260, detailed version, litra B 1) I)

¹⁰⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 260, detailed version, litra B 1) I)

¹⁰⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 265, pkt. 140

3.4.2.4 Indirekte ejerskab

Hvis en person er et selskab, eller anses som værende et selskab, jf. afsnit 3.4.2.3, anses indirekte ejerskab som værende direkte ejerskab, i forhold foretagelsen af *rate comparison testen*.¹¹⁰ En sådan situation er illustreret i følgende eksempel:

Eksempel 7) Selskab A i stat X og selskab B i stat Y, ejer hver 50 % i selskab C i stat Z. Både A og B anses for værende en *qualified person*. C ejer 25 % af selskabet D i stat K. Der udbetales udbytte fra D til C. Stat K har indgået DBO'er med stat X, Y og Z. C har adgang til en udbyttekildeskatt på 5 %, jf. art. 10, stk. 2, litra a. A og Bs indirekte ejerskab anses for værende direkte. Dette medfører, at de hver ejer 50 % af 25 % i D, altså 12,5 % hver. Da de ikke ejer 25 % hver, har de ikke adgang til udbyttekildeskatten på 5 %, men er afgrænset til en udbyttekildeskatt på 15 %. *Rate comparison testen* er dermed ikke opfyldt, og de to selskaber anses ikke som værende *equivalent beneficiaries*.

I et lignede eksempel med samme forudsætninger, men blot hvor C ejer 50 % af D, ville situationen være anderledes. A og B ville således anses for at eje 25 % hver i D. Dermed ville A og B kunne opnå de samme fordele som C. A og B ville i dette tilfælde opfylde *rate comparison testen*, og derfor anses for værende *equivalent beneficiaries*.

3.4.3 Stk. 5 - Headquarters company

Nærværende bestemmelsen om, at et *headquarters company* kan kvalificeres til overenskomstfordele, var ikke en bestemmelse, der blev diskuteret i BEPS action plan 6. Nødvendigheden for at inkorporere bestemmelsen er opstået i forbindelse med implementeringen af artikel 29 i MDO 2017.

Headquarters company er et selskab, der kan anses for værende øverst i en koncerngruppe. Denne gruppe skal bestå af selskabet selv og direkte eller indirekte underliggende datterselskaber. Hvis et selskab kan kvalificeres som værende *headquarters company*, kan det opnå overenskomstfordele, selvom selskabet ikke anses som værende en *qualified person*, jf. art. 29, stk. 5. Der er dog 6 krav koncerngruppen skal opfylde:¹¹¹

¹¹⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 261, detailed version, litra B 1) II)

¹¹¹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 249, detailed version, stk. 5.

- a. Ledelsens sæde skal være i den kontraherende stat, hvori selskabet er hjemmehørende.
- b. Koncerngruppen skal bestå af selskaber, der udfører *active conduct of business* i mindst 4 stater, og selskaberne i disse 4 stater skal generere mindst 10 % hver af koncernens bruttoindkomst.
- c. Selskaber i andre stater end hjemmehørsstaten, der genererer 50 % eller mere af gruppens bruttoindkomst, er ikke omfattet.
- d. Maksimum 25 % af bruttoindkomsten for selskabet, der søger status som *headquarters company* må være opnået gennem en anden kontraherende stat.
- e. Selskabet der søger status som *headquarters company* skal være omfattet af samme beskatningsregler i sin kontraherende stat som personer omfattet af art. 29, stk. 3.
- f. Mindre end 50 % af selskabets bruttoindkomst, og mindre end 50 % af den *tested groups* bruttoindkomst, må være opnået direkte eller indirekte i form af betalinger der er fradragsberettigede efter gældende DBO i hjemmehørsstaten. Dette gælder dog ikke armlængdebetalinger eller forpligtelser til en bank der ikke anses for værende en *connected person*.

Ovenstående krav er gennemgået i følgende eksempel:

Eksempel 8) Selskab A er hjemmehørende i stat X og søger status som *headquarters company*. A har ledelsens sæde i stat X, og er underlagt de samme beskatningsregler som personer omfattet af art. 29, stk. 3. A ejer 4 datterselskaber, hhv. D1, D2, D3, D4, som hver er hjemmehørende i en anden kontraherende stat end X. Gruppens samlede bruttoindkomst er opgjort således, at A bidrager med 40 %, og datterselskaberne hver bidrager med 15%. As bruttoindkomst består af 20% fradragsberettigede betalinger. Alle kravende er i dette tilfælde opfyldt, da ledelsens sæde er i X, datterselskaberne hver bidrager med mindst 10 % af gruppens samlede bruttoindkomst, og ingen bidrager med 50 % eller mere. Ligeledes er A omfattet af reglerne om *active conduct of business* efter art. 29, stk. 3, og kun 20 % af As bruttoindkomst består af fradragsberettigede betalinger.

I særlige tilfælde kan undergrupper i en koncern være styret af selskaber, der ikke nødvendigvis er det ultimative moderselskab i koncernen. Disse selskaber vil i så fald opfylde krav a, og koncerngruppen i forbindelse med nærværende bestemmelse, anses for værende dette selskab og underliggende datterselskaber.¹¹²

¹¹² 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 250, pkt. 93.

I tilfælde hvor krav b-e ikke er opfyldt, anses de alligevel for værende opfyldt, såfremt forholdene opfyldes når gennemsnittet af bruttoindkomsten for foregående 4 skatteperioder er opgjort.¹¹³

I tilfælde hvor krav b ikke er opfyldt, men der udføres *active conduct of business* i mere end 4 stater, og der ved at sammenlægge bruttoindkomsterne landende i mellem, kan laves 4 grupper der hver bidrager med mindst 10% af gruppens bruttoindkomst, anses kravet for værende opfyldt.¹¹⁴

Eksempel 9) I forbindelse med eksempel 8, finder ovenstående undtagelse anvendelse, såfremt A også havde ejet et femte datterselskab D5. Det antages ligeledes, at D4 bidrager med 8% af gruppens bruttoindkomst, og D5 bidrager med 7% af gruppens bruttoindkomst. Hverken D4 eller D5 opfylder således kravet til at bidrage med mindst 10 %. D4 og D5 ville dog kunne gå sammen, således at de samlet bidrager med 15 % af gruppens bruttoindkomst, og på den måde udgøre den fjerde gruppe, for at opfylde krav b.

Krav f vurderes ud fra en *base erosion* test, som er tilsvarende den test, der foretages under art. 29, stk. 2, litra f. Testen i forbindelse med *headquarters company* er imidlertid mere lempelig, da finansielle forpligtelser til banker, der ikke er *connected persons* ikke medregnes i testen.¹¹⁵

Fælles for alle kravene er, at testen skal foretages med udgangspunkt i den skatteperiode hvor selskabet har modtaget udbytte, hvortil overenskomstfordelene søges.¹¹⁶

3.4.4 Stk. 6 - Discretionary relief

I tilfælde hvor der ikke kan indrømmes overenskomstfordele efter art. 29, stk. 1-5, kan disse fordele alligevel opnås, hvis det kan godtgøres for myndighederne i den pågældende stat efter art. 29, stk. 6. Det er et krav, at den hjemmehørende kan godtgøre, at sine etableringer, overtagelser, vedligeholdelse eller forretningsførelse ikke strider imod overenskomstens hensigt og formål, eller har haft som en af sine hensigter, at opnå overenskomstfordele. Såfremt hovedformålet ved etableringen ikke har været at opnå overenskomstfordele, men at det har været en bagvedliggende hensigt, er nok til at der ikke opnås fordele efter nærværende bestemmelse.¹¹⁷

¹¹³ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 249, detailed version, stk. 5.

¹¹⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 250, pkt. 94

¹¹⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 251, pkt. 98

¹¹⁶ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 252, pkt. 100

¹¹⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 252, pkt. 102

Såfremt en hjemmehørende i en kontraherende stat, søger overenskomstfordele i en anden kontraherende stat, skal den anden stat rådføre sig hos myndighederne i hjemmehørsstaten, før fordelene kan tildeles eller nægtes.¹¹⁸

Der indrømmes altså ikke fordele i tilfælde, hvor en person har indrettet sig med henblik på, at opnå overenskomstfordele. I tilfælde hvor forespørgslen om fordele vil resultere i ingen eller minimal beskatning i begge de kontraherende stater, vil forespørgslen som udgangspunkt blive afvist.¹¹⁹ Årsagen hertil er, at selve formålet med MDO'en ikke blot er at undgå dobbeltbeskatning, men også at undgå dobbelt-ikke-beskatning.

Det er op til den enkelte myndighed at afgøre, i hvor stort omfang overenskomstfordele skal indrømmes. Der kan altså gives både fuld og begrænset adgang til fordelene. På samme måde har den enkelte myndighed mulighed for at angive tidsbegrænsninger på de indrømmede fordele.¹²⁰

Såfremt en myndighed giver en person adgang til overenskomstfordele efter en forespørgsel, formodes det at fordelene tiltrædes med tilbagevirkende kraft, fra det seneste tidspunkt hvor fordelene burde have været tiltrådt. Dette er med forudsætning af, at alle faktiske omstændigheder retfærdiggør en tiltrædelse med tilbagevirkende kraft.¹²¹

Nærværende bestemmelse er en form for opsamlingsbestemmelse, som kan tages i brug, hvis en person burde få overenskomstfordele, men af visse årsager ikke er omfattet af art. 29, stk. 1-5. Bestemmelsen kan muligvis skabe nogle udfordringer fremadrettet, fordi bestemmelse er mere subjektiv end de resterende bestemmelser. Det er op til myndighederne at vurdere omstændighederne i hvert tilfælde, hvilket vil kunne resultere i forskellige udfald i de forskellige stater.

Hvis en person kvalificeres som værende en *qualified person* efter art. 29, stk. 2, eller kvalificeres til fordele gennem de sekundære kriterier efter art. 29, stk. 3-6, skal personen yderligere kunne bestå en *principal purpose test*.

¹¹⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 252, detailed version

¹¹⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 253, pkt. 104

¹²⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 254, pkt. 109

¹²¹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 254, pkt. 110

3.5 Principal Purpose Test

Udover implementering af LOB i MDO 2017 art. 29, stk. 1-7, er der yderligere implementeret en *principal purpose test*. PPT er implementeret i art. 29, stk. 9, og implementeringen er sket uden ændringer fra action plan 6. Bestemmelsen er følgende:

”Artikel 29, stk. 9. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, (2) unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention”^{122, 123}

Bestemmelsen medfører, at i tilfælde hvor *the principal purpose* med et arrangement eller en transaktion, udelukkende har været at opnå en overenskomstfordel, kan den pågældende fordel, nægtes. I tilfælde hvor det er fastslået, at den givne fordel er en naturlig følge af arrangementet eller transaktionen, og er i overensstemmelse med hensigten og formålet med overenskomsten, kan overenskomstfordelen tildeles alligevel.

Stk. 9 afspejler MDO 2014’s allerede eksisterende kommentarer til art. 1 omhandlende misbrug af overenskomsten, som også er behandlet under afsnit 2.2. Kommentarerne til MDO 2017 fastslår, at formålet med PPT i art. 29, stk. 9 er, at inkorporere principperne om misbrug i overenskomsten, jf. MDO 2014 art 1. Således har kontraherende stater mulighed for, at nægte fordele ved misbrug af overenskomsten, selvom national ret i den kontraherende stat ikke tillader dette. Eksempelvis hvis national ret ikke har implementeret en misbrugsklausul.¹²⁴ Stater der allerede har implementeret misbrugsklausuler, kan naturligvis også gøre brug af denne bestemmelse.

Samspillet mellem art. 29, stk. 1-7, og stk. 9, fastslås første gang i action plan 6 og beskrivelsen er efterfølgende uden ændringer overført til MDO 2017:

”Paragraph 9 must be read in the context of paragraphs 1 to 7 and of the rest of the Convention, including its preamble. This is particularly important for the purposes of determining the object and purpose of the relevant provisions of the Convention.”¹²⁵

¹²² Modeloverenskomsten 2017, artikel 29, stk. 9

¹²³ Understreget ord samt indsættelse af (2) er egne markeringer

¹²⁴ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 277, pkt. 169

¹²⁵ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 278, pkt. 173

Stk. 9 skal ikke anses som værende en restriktion til hverken LOB i art. 29, stk. 1-7 eller resten af overenskomsten, men derimod et supplement hertil. Det vil sige, i tilfælde hvor en person ikke kan kvalificeres som værende en *qualified person* eller til overenskomstfordele i henhold til stk. 1 til 6, vil stk. 9 aldrig finde anvendelse. Er en person derimod berettiget til overenskomstfordele vil stk. 9 efterfølgende aktiveres, og den pågældende transaktion eller arrangement skal herefter vurderes efter stk. 9 før fordele kan nægtes eller tildes.¹²⁶ LOB testen i stk. 1-6 fokuserer primært på den juridiske karakter af personen samt ejerskabet heri, hvor stk. 9, har fokus på hensigten og formålet med den konkrete transaktion eller arrangement.¹²⁷

Det kan diskuteres, hvorvidt stk. 9 vil finde anvendelse, hvis overenskomstfordele indrømmes efter *the discretionary relief* i art. 29, stk. 6, da disse to bestemmelser i overvejende grad overlapper hinanden. Hvis der indrømmes overenskomstfordele efter stk. 6, vil det højst sandsynlig ikke også være nødvendigt lave PPT vurderingen. Det fremgår ikke, at PPT kan være en undtagelse, hvorfor det må antages, at nærværende test foretages, men vurderingen vil sandsynligvis bestå efter samme kriterier, som overenskomstfordele er givet.

En kontraherende stat må kun nægte overenskomstfordele i henhold til stk. 9, hvis opnåelse af overenskomstfordelen(e) var *one of the principal purposes* (herefter benævnt "hovedformål") hermed. Ved at angive "*one of..*" vil sige, at opnåelse af en eller flere overenskomstfordele ikke behøver være det dominerende og hermed eneste formål. En transaktion eller arrangement må godt indeholde flere formål, men hvis blot et af disse har som hovedformål at opnå overenskomstfordele, nægtes denne fordel efter stk. 9.¹²⁸ OECD fastslår, at ved vurderingen af, om et af hovedformålene har været at opnå overenskomstfordele, er det ikke nødvendigt at finde et afdækket bevis herfor, men blot at der foretages en objektiv analyse af hensigten og formålet med transaktionen og involverede individer. Det skal ud fra den objektive analyse af transaktionen rimeligt kunne konkluderes, at mindst en af hovedformålene har været opnåelse af overenskomstfordele.¹²⁹

Udover en af hovedformålene skal være opnåelse af overenskomstfordele, skal disse fordele opnås gennem "*any arrangements or transactions*". OECD fastslår, at begreberne skal fortolkes bredt, og

¹²⁶ Samt de resterende krav for, at overenskomsten finder anvendelse

¹²⁷ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 278, pkt. 172

¹²⁸ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 279, pkt. 179

¹²⁹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 279, pkt. 178

derfor inkluderer de som minimum "*any agreement, understanding, scheme, transaction or series of transactions, whether or not they are legally enforceable.*"¹³⁰

Gennem transaktionen eller arrangementet skal der være opnået en direkte eller indirekte fordel. Den direkte eller indirekte fordel, skal også fortolkes bredt.¹³¹ Det formodes, at denne brede fortolkning skyldes, at de fleste transaktioner eller arrangementer, hvor hovedformålet er at opnå overenskomstfordele, ofte vil forsøges skjult bag yderligere transaktioner, som ikke har dette formål. I tilfælde hvor en transaktion eller arrangement giver adgang til maskerede fordele, anses dette som værende opnåelse af en indirekte fordel, uanset hvordan fordelene er opnået.

PPT bestemmelsen er altså en blød bestemmelse sammenlignet med LOB. Ved PPT bestemmelsen skal samtlige parametre i hver transaktion eller arrangement tages i betragtning og vurderes objektivt. Samtidig er resultatet, der opnås ved vurderingen af en transaktion eller arrangement ikke sammenlignelig med en anden transaktion eller arrangement, uanset om disse minder om hinanden, fordi det er hensigten bag selve transaktionen eller arrangementet, der er det afgørende for udfaldet. Selvom en transaktion eller arrangement er blevet nægtet overenskomstfordele efter art. 29, stk. 9, kan en lignende transaktion godt få overenskomstfordele, hvis det viser sig at opnåelse af denne fordel er i overensstemmelse med overenskomstens formål og hensigt.

3.6 Artikel 29 og samspillet med modeloverenskomsten

Ved implementeringen af art. 29 i MDO 2017, er OECD kommet frem til en række tiltag, der skal være med til at bekæmpe *treaty shopping* og hermed *base erosion* og *profit shifting* yderligere. Art. 29 tager udgangspunkt i det primære kriterium, *qualified person*, som behandles i stk. 2. Begrebet *qualified person* lægger primært vægt på relationen mellem personen, der søger overenskomstfordelene og hjemmehørsstaten. Såfremt det primære kriterium ikke kan opfyldes, kan overenskomstfordele gives efter de sekundære kriterier i stk. 3-6. De sekundære kriterier tager udgangspunkt i den enkelte transaktion og de aktiviteter, der kan relateres til transaktionen, og i et vis omfang ejerskabet og relationen herimellem. Dette medfører også, at den samme person kan få overenskomstfordele på én transaktion, men være afskåret fra overenskomstfordele ved en anden transaktion.

Såfremt en person kvalificerer sig til overenskomstfordelene efter art. 29, stk. 1-6, er det yderligere et krav at personen opfylder en *principal purpose test*. Testen følger af art. 29, stk. 9 og her vurderes formålet med den enkelte transaktion eller arrangement. Bestemmelsen er indført for at ramme

¹³⁰ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 279, pkt. 177

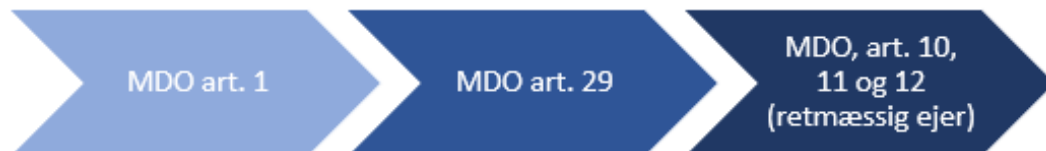
¹³¹ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 279, pkt. 176

situationer, der opfylder kravene i stk. 1-6, men hvor det af visse årsager ikke har været hensigten, at personen skulle have adgang til overenskomstfordele.

Art. 29 skærper art. 1, og fremadrettet skal flere kriterier opfyldes, før personer kan opnå overenskomstfordele.¹³² Fremadrettet vil det stadig være en nødvendighed, men ikke nok, at være en person hjemmehørende i en kontraherende stat efter MDO art. 1. Såfremt en person opfylder disse betingelser, er det efterfølgende et krav, at personen kan kvalificere sig til overenskomstfordelene efter art 29.

Art. 29, stk. 1-7 udvider ikke adgangen til overenskomstfordelene i OECD's modeloverenskomst. Kriterierne til de enkelte bestemmelser i overenskomsten er derfor stadig gældende.¹³³ Det vil sige, en person der modtager indkomst efter art. 10, 11 eller 12, som er hjemmehørende i en kontraherende stat og kvalificeret som en *qualified person*, skal stadig opfylde kravet om retmæssig ejer. Det kan herudfra også konkluderes, at implementeringen af art. 29 ikke påvirker retmæssig ejer begrebet og fortolkningen heraf. Retmæssig ejer påvirkes kun, hvis der ikke kan konstateres *qualified person* eller fordele efter stk. 3-6, da vurderingen af retmæssig ejer vil være uforholdsmæssig.

Anvendelse af overenskomsten vil fremadrette se ud som figur 4 nedenstående.



Figur 4

Art. 29 forbyder ikke, at selskaber benytter sig af lempeligere skattesystemer på tværs af grænserne, men der vil fremadrettet blot været et skærpet krav til relationen mellem personen og hjemmehørsstaten. Yderligere er art. 29 heller ikke implementeret med det formål, at forbyde holdingselskaber overenskomstfordele. Stk. 3 er den eneste bestemmelse hvor holdingselskaber er afskåret fra overenskomstfordele. I de resterende bestemmelser sondres der altså ikke mellem holdingselskaber og andre selskaber.

¹³² 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 222, pkt. 9

¹³³ 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, s. 222, pkt. 8

4. Afgørelserne i lyset af artikel 29

Ud fra et prognoseteoretisk synspunkt, vil det vurderes, hvorvidt udfaldet i de tre domme gennemgået i afsnit 2.2.4, vil være anderledes, såfremt sagens omstændigheder betragtes efter implementeringen af MDO 2017 art. 29.

Fremgangsmåden herfor, vil tage udgangspunkt i figur 4 og afsnit 3.6. For at sikre de samme forudsætninger, som dommen er afsagt ud fra, vil analysen foretages med udgangspunkt i den pågældende DBO på det tidspunkt, hvor dommen er afsagt med en forudsætning af, at art. 29 er implementeret heri.

4.1 SKM2011.57LSR – ”de svenske selskaber”

Landskatteretten konkluderede, at det svenske selskab B var uden aktivitet og ingen reelle beføjelser, hvorfor selskabet blev anset som værende et gennemstrømningselskab, og derfor ikke retmæssig ejer af renterne.

Før art. 29 finder anvendelse, skal der foretages en vurdering af, om selskabet anses som værende omfattet af overenskomsten. Det danske selskab er hjemmehørende i Danmark, og det svenske selskab er hjemmehørende i Sverige. Der er altså tale om to personer med hjemmehør i hver sin kontraherende stat, hvorfor selskaberne er omfattet af den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 23. september 1996 BKI nr. 92 af 25. juni 1997, jf. DBO Sverige art. 1, jf. art. 3, stk. 1, litra a, og art. 4, stk. 1. DBO Sverige finder ligeledes anvendelse på indkomstskatter, herunder udbytte, jf. art. 3, litra f.

Efter implementeringen af art. 29, skal det vurderes om det svenske selskab der søger overenskomstfordelene, selskab B, er berettiget til disse fordele gennem betragtningen om *qualified person* eller efter stk. 3-6.

4.1.1 Primære kriterier – *Qualified person*

Transaktionen som vedrørte rentebetalinger, blev betalt fra det danske selskab til det svenske. Der er altså ikke tale om, at en fysisk person søger overenskomstfordelene, hvilket betyder at det svenske selskab ikke er omfattet af begrebet *an individual*, jf. art. 29, stk. 2, litra a.

Selskab B er et holdingselskab, og er ultimativt ejet af et selskab i Jersey. Ligeledes er det angivet at selskab B er et skuffeselskab, der blev erhvervet umiddelbart før, transaktionen fandt sted. Der er altså ikke noget der taler for, at B skulle være en offentlig institution, hvorfor selskabet ikke anses for værende en *qualified person* ud fra betragtningen om *government* i MDO art. 29, stk. 2, litra b.

Der er ikke noget der taler for at B skulle være et børsnoteret selskab, særligt fordi det blot er et holdingselskab. Dette betyder også selskabet ikke opfylder kravet om handel af selskabets aktier på en eller flere anerkendte børser, jf. MDO art. 29, stk. 2, litra c.

Det svenske selskab A, er et skuffeselskab på samme måde som det svenske selskab B, der ligeledes er erhvervet umiddelbart før transaktionen. A er ikke den direkte ejer, og af samme årsager som B, anses A ikke for værende en *qualified person* efter art. 29, stk. 2, litra c, hvorfor B ikke kan opnå overenskomstfordelen via selskab A, jf. art. 29, stk. 2, litra d.

Da selskabet i Jersey er den ultimative ejer af selskab B, er det relevant at undersøge om dette selskab opfylder betingelserne i art. 29, stk. 2, litra d. Hvis det antages at selskabet i Jersey opfylder betingelserne i art. 29, stk. 2, litra c, vil det være nødvendigt at lave en ejerskabstest. Da Jersey selskabet ejer selskab B gennem selskab A, må det vurderes om A opfylder kravet til et mellemliggende selskab. Da B og A er beliggende i Sverige, og det er fra Sverige overenskomstfordelen søges, anses A for værende et mellemliggende selskab, der opfylder betingelsen herfor, jf. stk. 2, litra d. Det er derfor ikke relevant at undersøge om A kan anses for værende en *qualifying intermediate owner*.

Af sagens oplysninger fremgår det ikke, at Jersey selskabet skulle være et børsnoteret selskab og opfylde betingelserne i art. 29, stk. 2, litra c. Ligeledes er Jersey selskabet et limited company, og børsnoterede virksomheder drives i form af *public limited companies*. På baggrund heraf, kan det konkluderes at selskab B ikke kan få overenskomstfordelen efter art. 29, stk. 2, litra d, da Jersey selskabet ikke opfylder kravet i art. 29, stk. 2, litra d, jf. litra c.

Da selskab B er et holdingselskab, og holdingselskabers funktion alene er, at eje aktier i andre selskaber, med en forventning om at få et afkast på disse aktier, kan B næppe anses for værende en non-profit organisation, jf. art. 29, stk. 2, litra e.

Selskab B kan ikke kvalificeres som værende en *qualified person* efter art. 29, stk. 2, litra a-d. Selskab B kan dog blive anset for værende en *qualified person*, såfremt betingelserne i art. 29, stk. 2, litra f er opfyldt. Da det er et krav, at B skal være ejet af et selskab hjemmehørende i samme stat, er betingelserne derfor ikke opfyldt, da det antages, at Jersey selskabet er hjemmehørende i Jersey.

4.1.2 Sekundære kriterier

Holdingselskaber kan som udgangspunkt ikke anses for drivende *active conduct of business*. Selskab B er et holdingselskabet, og selskabet har ikke ejerskab i andre personer end det danske selskab. Selskab B har ingen søsterselskab i Sverige, der kan anses for drivende *active conduct of business*. B har af den årsag ingen *connected persons* i Sverige. Derfor kan B ikke anses for drivende *active conduct of business* i forbindelse med en *connected persons* aktiviteter i Sverige. Samlet betyder dette, at selskab B ikke opfylder betingelserne for at opnå overenskomst fordele efter art. 29, stk. 3.

Selskabet i Jersey opfylder som udgangspunkt ejerskabskravet i art. 29, stk. 4, da selskabet indirekte ejer 100 % i selskab B, hvilket altså er over 95 %, som er minimumskravet. Selskab B blev erhvervet d. 25. juni og rentebetalingen fandt sted d. 31. december. Såfremt tolv måneders perioden beregnes med 31. december som startdato, anses kravet for værende opfyldt, da B i så fald ville have ejet selskabet i alle dagene i perioden. Hvis d. 31. december anses for værende slutdatoen i perioden, ville Jersey selskabet have ejet selskab B i lidt over halvdelen af perioden, da erhvervelsen er sket d. 25. juni. Med d. 31. december placeret i midten af perioden ville kravet ligeledes være opfyldt, da ejerskabet ville være oppebåret i hele perioden. Kravet til ejerskab i over halvdelen af dagene i en tolv måneders periode, er derfor opfyldt.

Det skal derfor vurderes om Jersey selskabet er en *equivalent beneficiary* og om selskab A kan anses for værende en *qualifying intermediate owner*. Da A er hjemmehørende i Sverige, og der foreligger en DBO mellem Sverige og Danmark, anses A for værende en *qualifying intermediate owner*.

Jersey selskabet er hjemmehørende i et tredjeland i forhold til Danmark og Sverige, hvilket betyder at for at kunne blive anset for værende en *equivalent beneficiary*, skal selskabet i Jersey anses for værende en *qualified person* efter stk. 2, litra a, b, c eller e. Da Jersey selskabet ikke opfylder disse betingelser, kan selskabet ikke anses for værende en *qualified person*, og dermed ikke en *equivalent beneficiary*.

Såfremt Jersey selskabet alligevel blev anset for værende en *qualified person*, må vurderingen bero på en *rate-comparison-test*. For at Jersey selskabet kan opfylde kravene i denne test, skal selskabet have adgang til fordele på samme eller mere favorable vilkår end selskab B. Da Sverige er medlem af EU og Jersey ikke er medlem af EU, ville transaktionen mellem det danske selskab og selskab B være omfattet af rente-/royaltydirektivet, hvilket som udgangspunkt er mere fordelagtigt end MDO art. 11. Derfor ville Jersey selskabet ikke have adgang til de samme eller mere favorable fordele, og ville således ikke blive anset for værende en *equivalent beneficiary*, uanset om selskabet opfyldte betingelserne for *qualified person*.

Der er ingen reel aktivitet i selskab B hvilket betyder, selskabet ikke kan anses for værende styrende for en undergruppe i koncernen. Derfor kan B ikke opnå overenskomstfordele ved en betragtning om *headquarters company* efter art. 29, stk. 5.

Da det i sidste ende er Jersey selskabet, der modtager rentebetalingerne gennem selskaberne i Sverige, er det derfor relevant at vurdere, om dette selskab kan opnå overenskomstfordele ud fra en betragtning om *headquarters company*. Selskabet i Jersey er hjemmehørende i Jersey, og ledelsens sæde er ligeledes i Jersey. Selskabet og datterselskaberne hertil udgør dog ikke en gruppe af selskaber, der er hjemmehørende i 4 forskellige lande. Derfor er der ikke tvivl om, at selskabet ikke kan indrømmes overenskomstfordele efter art. 29, stk. 5.

Som sidste løsning, kan selskab B søge om adgang til overenskomstfordelene efter reglerne om *discretionary relief* i art. 29, stk. 6. I så fald skal B kunne godtgøre at etableringen ikke strider mod overenskomstens hensigt og formål, og ligeledes at det ikke har været en af hovedformålene med etableringen, at opnå overenskomstfordele.

Af sagens oplysninger, fremgår det, at de to svenske selskaber, A og B, blev erhvervet d. 25. juni 2003. 6 dage senere var koncernen etableret, således det danske selskab havde en gældsfordring til selskab B, og selskab A havde en gældsfordring til Jersey selskabet. De eneste aktiviteter i A og B var i øvrigt at eje aktier. Jersey selskabet har ikke været afskåret fra, at erhverve det danske selskab direkte, og da der er tale om to holdingselskaber der reelt ikke har nogen funktion, taler dette for, at konstruktionen var etableret med et formål om, at opnå overenskomstfordele.

A og B blev administreret af et uafhængigt selskab i Sverige, hvilket taler for, at selskaberne rent faktisk ikke var under indflydelse af selskabet i Jersey, og dermed administreret af et selskab med andre interesser end Jersey selskabet. Det fremgik imidlertid, at Jersey selskabet rent faktisk betalte dette administrerende selskabs udgifter. Ligeledes blev A og B's revisorudgifter dækket af Jersey selskabet. Det formodes derfor, at Jersey selskabet rent faktisk har haft indflydelse på A og B gennem det administrerende selskab. Under selskabets påstand blev der lagt vægt på, at indeholdelsespligten burde ophæves, og der blev i øvrigt henvist til art. 11 i DBO Sverige, som vedrører fordelingen af beskatningsretten på renter.

Ud fra en samlet vurdering må det derfor konkluderes, at én af formålene med denne etablering har været at opnå netop disse overenskomstfordele.

Efter implementeringen af art. 29, formodes det svenske selskab B altså at blive afskåret fra alle fordelene i overenskomsten ved nærværende konstruktion, og ikke blot bestemmelserne i art. 11, selvom etableringen i sin helhed vedrører rentebeskatning.

4.2 SKM.2012.26LSR – Landsskatteretten, ”selskabet på Cypern”

Udfaldet i dommen med ”selskabet på Cypern” blev, at det cypriotiske selskab ikke blev anset som værende den retmæssige ejer af det udbetalte udbytte fra det danske selskab, hvorfor det danske selskab som udgangspunkt var berettiget til at pålægge kildeskat efter SEL § 2, stk. 1, litra c, 1 pkt. Landsskatteretten konkluderede dog yderligere, at det cypriotiske selskab var rette indkomst modtager og omfattet af moder/-datterdirektivet, som ikke havde inkluderet et krav om retmæssig ejer på det pågældende tidspunkt, hvorfor udbyttet var fritaget for kildeskat.

Før art. 29 finder anvendelse, skal selskabet være hjemmehørende i en kontraherende stat.¹³⁴ Det kan ud fra den danske-cypriotiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 26. maj 1981 BKl nr. 15 ud af 11 februar 1983 konkluderes, der er tale om to kontraherende stater. Det cypriotiske selskab er lovligt stiftet og indregistreret på Cypern, og dermed hjemmehørende på Cypern, jf. DBO Cypern art. 4, stk. 1.¹³⁵ DBO Cypern finder anvendelse på selskaber, jf. art. 1, stk. 1, litra d, og omfatter blandt andet indkomstskatter, herunder udbytte, jf. art. 3, stk. 1, litra a og b.

Det skal først vurderes, hvorvidt det cypriotiske selskab kan kvalificeres som en *qualified person* i henhold til art. 29, stk. 2, litra a-g. Hvis ikke selskabet er omfattet af stk. 1, må det vurderes om selskabet lever op til de sekundære kriterier i art. 29, stk. 3-6.

4.2.1 Primære kriterier – *Qualified person*

Det fremgår, der er tale om et selskab, som lovligt er stiftet og indregistreret på Cypern, hvorfor *an individual* i litra a kan udelukkes, da denne kun omfatter fysiske personer.¹³⁶ Det cypriotiske selskabs væsentligste funktion var, at eje aktier i det danske selskab. Det vil sige, det betegnes som værende et holdingselskab. Af den årsag har selskabet ikke haft funktion som hverken politisk underafdeling i staten, myndighed eller anden form for sammenslutning ejet af staten i henhold til stk. 2, litra b.

Det er uklart, hvorvidt selskabet kan være et børsnoteret selskab i henhold til stk. 2, litra c. Selskabstypen for det cypriotiske selskab er et Ltd, *Limited*, det vil sige selskabet har begrænset ansvar. Selskaber, der er børsnoterede er betegnet PLC, *Public limited company*. På baggrund heraf

¹³⁴ Afsnit 2.2

¹³⁵ SKM.2012.26LSR, s. 8

¹³⁶ Afsnit 3.3.1

og selskabets væsentligste funktion, antages det, at selskabet ikke er børsnoteret, og derfor udelukket fra stk. 2, litra c. Selvom det cypriotiske selskab ikke er børsnoteret, kan selskabet kvalificeres til overenskomstfordele, hvis moderselskabet hertil er et børsnoteret selskab efter art. 29, stk. 2, litra d. Som illustreret i afsnit 2.2.4.3, er konstruktionens ultimative ejer det amerikanske selskab, USA inc., som var børsnoteret.¹³⁷ Hvis USA inc. lever op til kravene i stk. 2, litra c om børsnoterede selskaber, vil det cypriotiske selskab som udgangspunkt herigennem kunne opnå overenskomstfordele.

Aktierne i USA Inc. skal handles regelmæssigt på en eller flere anerkendte børser og hvis ikke hovedklassen af aktierne handles primært på børsen i USA, skal virksomhedens ledelses sæde og kontrol være placeret i USA, før moderselskabet kan statuere *qualified person* efter stk. 2, litra c. Der fremgår få informationer om USA Inc., og derfor er det nødvendigt at lægge nogle kvalificerede antagelser til grund. Disse antagelser foretages ud fra blandt andet konstruktionens størrelse og selskabernes placering.

Det fremgår ikke, hvor mange aktier USA Inc. har udstedt på børsen og hvor ofte de handles. Der er tale om "en stor multinational koncern", hvorfor det formodes de som minimum handler 10% af aktierne i en 60 måneders periode. Det faktum, at købesummen for det cypriotiske selskab var forholdsvis højt, 670 mio. kr., samt høje udbyttebetalinger, hhv. 566 mio. kr. og 92 mio. kr., er også baggrund herfor. Hvorvidt aktierne primært handles på børsen i USA, er uvist. USA er et af de største lande i verden målt på totalt areal, og det vurderes at chancen for ledelsens sæde og kontrol er placeret i netop USA, hvor virksomheden er hjemmehørende er større end, at denne ledelse skulle være udstationeret til andre steder. Det vil sige, USA Inc. opfylder betingelserne for værende en *qualified person* i henhold til stk. 2, litra c.

Selvom USA Inc. opfylder kravene for børsnoterede selskaber i stk. 2, litra c, er det et yderligere krav, det cypriotiske selskab opfylder ejerskabstesten og *base erosion* testen.¹³⁸ Ejerskabstesten opfyldes ved, at det mellemliggende selskab, Bermuda Ltd., kan kvalificeres som en *qualified intermediate owner*, fordi der er tale om et indirekte ejerskab. Bermuda Ltd., skal enten være hjemmehørende i USA, have indgået en DBO med virkning i Danmark eller være hjemmehørende i samme stat, som det cypriotiske selskab, dvs. På Cypern.¹³⁹ Der er intet der indikerer, at Bermuda Ltd. skulle være hjemmehørende i andre stater end på Bermuda, hvorfor kravet om hjemmehør i enten USA eller Cypern kan udelukkes. Spørgsmålet er blot, hvorvidt der er indgået en DBO med

¹³⁷ SKM.2012.26LSR, s. 1

¹³⁸ Afsnit 3.3.4

¹³⁹ Afsnit 3.3.6

virkning mellem Bermuda og Danmark. Der er indgået en dansk-bermudiansk dobbeltbeskatningsoverenskomst af 16. april 2009, BKI nr. 50 af 09/12/2009 gældende for fysiske personer, jf. DBO Bermuda art. 1. Der er yderligere indgået en dansk-bermudiansk dobbeltbeskatningsoverenskomst af 16. april 2009, BKI nr. 51 ad 09/12/2009 omhandlende undgåelse af dobbeltbeskatning af skibe og fly i international trafik, jf. DBO Bermuda art. 2. Ingen af de ovenfor nævnte indgåede DBO omfatter selskaber samt indkomstskatter, hvorfor der ikke er tale om en DBO med virkning i nærværende tilfælde. Det mellemliggende selskab, Bermuda Ltd., kan på baggrund heraf ikke kvalificeres som værende en *qualifying intermediate owner*. Det faktum, at Danmark og Bermuda ikke har indgået en DBO, der giver skattemæssige fordele for virksomheder, har højst sandsynlig også været årsagen til, det cypriotiske selskab blev indskudt netop mellem disse to stater. Når Bermuda Ltd. ikke opfylder kravet for et mellemliggende selskab, kan det cypriotiske selskab ikke opnå overenskomstfordele efter stk. 2, litra d.

Netop konstruktioner som denne, er *treaty shopping* som art. 29 skal forhindre i fremtiden. Ovenstående er blot et eksempel på, at selvom der indskydes mellemliggende selskaber for at opnå indirekte fordele, så skal disse opfylde nogle strenge krav, før koncernens resterende selskaber kan kvalificeres til fordele herigennem.

I tilfælde af, at Danmark og Bermuda på det pågældende tidspunkt havde indgået en DBO, der omfattede selskaber samt indkomstskatter, det vil sige DBO'en havde virkning i Danmark, ville Bermuda Ltd. kunne kvalificeres som en *qualifying intermediate owner*. Da der er tale om en udbyttefordel efter overenskomsten art. 10, skal *base erosion* testen ikke finde anvendelse ved stk. 2, litra d. Det cypriotiske selskab ville derfor være en *qualified person*, der som udgangspunkt ville være berettiget til overenskomstens fordele efter art. 29, stk. 2, litra d.

Det cypriotiske selskab vil kun været berettiget til overenskomstfordele, hvis omstruktureringen ved at stifte Cypem Ltd. og indskyde det mellem Danmark ApS og Bermuda Ltd., opfylder *the principal purpose test* i art. 29, stk. 9. Hvis blot én af formålene med transaktionen har været, at opnå en direkte eller indirekte skattefordel, kan denne nægtes.

Da det mellemliggende selskab på Bermuda ikke er en *qualifying intermediate owner*, må det vurderes, om det cypriotiske selskab kan opnå overenskomstfordele efter nogle af de resterende bestemmelser i art. 29, stk. 2, litra e-g samt de sekundære kriterier.

Det cypriotiske selskab er tidligere konkluderet som værende et holdingselskab, hvorfor det ikke kan identificeres med en enhed, der er fritaget for skattepligt, og derfor ikke omfattet af stk. 2, litra

e. Uanset om den ultimative ejer er børsnoterede eller ej, kan det cypriotiske selskab kvalificere sig til overenskomstfordele gennem ejerskabsstrukturen i henhold til stk. 2, litra f. Det cypriotiske selskab kan kvalificere sig hertil, hvis ejeren er placeret i samme stat som datterselskabet, og ejeren opfylder ejerskabstesten og *base erosion* testen. I nærværende tilfælde, skal moderselskabet USA Inc., derfor være hjemmehørende på Cypern, før denne bestemmelse kan finde anvendelse. Det er ovenstående konkluderet, at USA Inc. er hjemmehørende i USA, hvorfor overenskomstfordele ikke kan opnås efter stk. 2, litra f. Yderligere kan ejerskabstesten ikke opfyldes, hvorfor dette også udelukker overenskomstfordele efter stk. 2, litra f.

Det cypriotiske selskab er ikke omfattet af kollektive investeringsinstitutter i litra g, hvorfor selskabet ikke anses for værende en *qualified person* herefter.

4.2.2 Sekundære kriterier

For at det cypriotiske selskab kan opnå fordele efter stk. 3 kræver det først og fremmest, at selskabet driver *active conduct of business*. Som udgangspunkt skal det vurderes, hvorvidt udbyttet fra Danmark ApS udspringer af den *business*, der drives i det cypriotiske selskab. Da det cypriotiske selskab er et holdingselskab, er selskabet omfattet af bestemmelsens undtagelse, og derfor ikke omfattet af stk. 3.¹⁴⁰

Kravet for, at det cypriotiske selskab kan opnå fordele efter stk. 4 er, at *equivalent beneficiaries* skal opfylde en ejerandel på mindst 95% af stemmerettighederne og aktieværdien, samt mindst 50% af stemmerettighederne og aktieværdien i en 12-måneders periode. Da USA Inc. er den ultimative ejer, opfylder moderselskabet disse krav til ejerandelen. Men når der er tale om indirekte ejerskab, skal det mellemliggende selskab være *qualifying intermediate owner*, og af denne årsag kan stk. 4 ikke opfyldes.

Hvis det cypriotiske selskab kan kvalificeres som værende et *headquarter company* i overensstemmelse med stk. 5, kan de underliggende datterselskab, herunder Danmark ApS og Holland B.V., opnå overenskomstfordele herigennem. Det er antages, at det cypriotiske selskab er hjemmehørende på Cypern, fordi ledelsen er placeret her, hvorfor første krav for værende et *headquarter company* er opfyldt. Derudover skal det cypriotiske selskab og de underliggende datterselskaber tilsammen være placeret i mindst fire stater. Som illustreret i Figur 3, er de to datterselskaber placeret i henholdsvis Danmark og Holland. Kravene for opfyldelse af *headquarters company* er derfor ikke opfyldt, og af den årsag kan der ikke opnås overenskomstfordele efter stk. 5.¹⁴¹

¹⁴⁰ Afsnit 3.4.1.2

¹⁴¹ Afsnit 3.4.3

Den sidste måde, hvorpå det cypriotiske selskab kan opnå overenskomstfordele for transaktionen er, hvis det kan godtgøres for myndighederne i den pågældende stat, at selskabet burde være kvalificeret til overenskomstfordele efter stk. 6.

De fakta, der taler for, det cypriotiske selskab skal indrømmes overenskomstfordele efter stk. 6 er blandt andet, at udbytteudlodningerne der skete i 2005 og 2006 fra det danske selskab til det cypriotiske selskab ikke resulterede i nogen skattefordel. USA Inc. er ultimativ ejer og resultatet havde været det samme efter DBO'en, hvis udbyttet var sket direkte hertil, jf. DBO Cypern art. 10. Formålet med udbyttet til det cypriotiske selskab var, at tilbagebetale et lån fra moderselskabet på Bermuda, og i sidste ende er udbyttet modtaget som skattepligtige udbytter hos det ultimative amerikanske moderselskab.

Modsætningsvist taler det for, at selskabet ikke skal indrømmes overenskomstfordele efter stk. 6, at det cypriotiske selskab blev indskudt kort tid inden udbetalingen af udbyttet, og der blev efterfølgende foretaget flere afhængige transaktioner mellem selskaberne i koncernen. Cypern er medlem af EU, hvorfor moder-/datterselskabsdirektivet fandt anvendelse på transaktionen, og udbytteskatten blev derfor reduceret til 0 frem for 5% i henhold til DBO Cypern. Dette indikerer, at formålet med at indskyde det cypriotiske selskab og foretage udbetalinger umiddelbart herefter, har været at opnå en skattefordel igennem dette selskab. Der fremgår ikke noget kommercielt formål med omstruktureringen, hvorfor bevisbyrden for at omstruktureringen ikke har haft som sin hensigt, at opnå overenskomstfordele, er svær af løfte. Af den årsag forventes det ikke, at myndighederne ville indrømme overenskomstfordele til det cypriotiske selskab efter stk. 6.

Det cypriotiske selskab opfylder hverken de primære eller sekundære kriterier for, at opnå overenskomstfordele efter art. 29, hvorfor PPT ikke vil finde anvendelse.

I tilfælde af, at det cypriotiske selskab havde kvalificeret sig til en *qualified person* efter stk. 2, litra d, havde argumentationen for tildeling eller nægtelse af overenskomstfordele efter PPT i stk. 9 højst sandsynlig gået på de samme argumenter, som benævnt ovenstående. Konklusionen havde formentlig også været, at en af hovedformålene har været at opnå overenskomstfordele.

4.3 SKM2012.121 – Østre Landsret, ”holdingselskaberne i Luxembourg”

Ved vurderingen af, hvorledes udfaldet ville være i denne sag, såfremt sagens omstændigheder vurderes efter implementeringen af art. 29 i modeloverenskomsten, skal der først tages stilling til om selskabet er omfattet af den pågældende overenskomst.

Det følger af den dansk-luxembourgiske dobbeltbeskatningsoverenskomst af 17. november 1980 BKI nr. 95 af 23. september 1982, at der er tale om to kontraherende stater, da det luxembourgiske selskab er registreret i Luxembourg, og det øverste danske selskab er registreret i Danmark, jf. DBO Luxembourg art. 1, jf. art. 3, stk. 1 og art. 4, stk. 1. DBO Luxembourg omfatter yderligere indkomstskatter efter art. 3.

Dernæst må det vurderes om selskabet opfylder kravet til at være en *qualified person* efter stk. 2, litra a-g eller efter de sekundære kriterier i stk. 3-6, således der kan indrømmes overenskomstfordelene.

4.3.1 Primære kriterier – *Qualified person*

Begrebet *an individual* omfatter alene fysiske personer. Da selskab B netop er et selskab og dermed en juridisk person, er kravet til *an individual* altså ikke opfyldt.¹⁴²

Selskab B er en del af en koncernstruktur, hvis ultimative ejere er en række kapitalfonde i flere forskellige stater. Der er altså ikke noget, der taler for, at der skulle være tale om sammenslutninger der ejes af staten Luxembourg eller underafdelinger hertil. Dermed kan selskab B ikke anses for værende en *qualified person* efter bestemmelsen om *government* i stk. 2, litra b.

Det primære krav for, at opfylde betingelserne i bestemmelsen om *public-traded companies* er, at selskabets aktier skal handles regelmæssigt på en eller flere anerkendte børser.¹⁴³ Det er altså et krav, at selskabet er børsnoteret. Selskab B har som eneste aktivitet at eje aktier, og finansiere sit datterselskab, det danske selskab C. Selskab B er dermed et holdingselskab, og derfor ikke børsnoteret. På baggrund heraf kan selskab B i Luxembourg ikke anses for værende en *qualified person* ud fra en betragtning om *public-traded companies* efter stk. 2, litra c.

Da selskab B blot er et datterselskab til selskab A i Luxembourg, og ultimativt ejes af kapitalfondene i Luxembourg, kan der indrømmes overenskomstfordele, såfremt kapitalfondene opfylder betingelserne i bestemmelsen om *public-traded companies*.¹⁴⁴ Kapitalfonde er ikke børsnoteret, og derfor kan selskab B ikke anses for værende en *qualified person* ud fra bestemmelsen om *affiliates* i stk. 2, litra d.

¹⁴² Afsnit 3.3.1

¹⁴³ Afsnit 3.3.3

¹⁴⁴ Afsnit 3.3.3

Formålet med kapitalfonde er, at investere og profiterer på disse investeringer. Da selskab B er etableret i forbindelse med kapitalfondenes investeringer, er der derfor intet der taler for, at selskab B opfylder kravene om *non-profit organisations* efter stk. 2, litra e.

Ud fra bestemmelsen om *ownership and base erosion*, kan det konkluderes at bestemmelsen ikke finder anvendelse. Selskab A har samme funktion som det luxembourgske selskab B, og af den årsag kan selskab A ikke kan anses for værende en *qualified person* efter stk. 2, litra a-d, ud fra samme begrundelse som selskab B. Da de ultimative ejere ikke er hjemmehørende i samme stat som selskab B, er ejerskabstesten ikke op fyldt. Det er derfor ikke nødvendigt at foretage en *base erosion test*.¹⁴⁵

Placeringen af kapitalfonde i DBO regi er generelt uklar, men det antages, at de skal behandles under bestemmelsen om *collective investment vehicles*. Af den årsag forudsættes det også, at kapitalfondene i nærværende afgørelse, skal anses som værende en *collective investment vehicle* omfattet af DBO'en. Det antages yderligere, at disse også skal anses som værende en *qualified person* efter stk. 2, litra g. Ligeledes forudsættes det, at DBO Luxembourg vil indeholde en bestemmelse om *collective investment vehicles*, der fastslår, at såfremt et eller flere datterselskaber direkte eller indirekte ejes af en *collective investment vehicle*, kan dette eller disse datterselskaber opnå overenskomstfordele, hvis dette *collective investment vehicle* opfylder betingelserne på samme vilkår som stk. 2, litra d.

Udover kapitalfondene skal opfylde kravet om værende en *collective investment vehicle*, skal de yderligere opfylde ejerskabstesten og *base erosion* testen.¹⁴⁶ Kravet om at være en *collective investment vehicle* er allerede opfyldt. Det må derfor vurderes, om kapitalfondene opfylder ejerskabstesten.

I nærværende tilfælde, er der tale om 100 % indirekte ejerskab af selskab B gennem selskab A i Luxembourg, og det ultimative ejerskab forestås af en *collective investment vehicle*. Derfor ville kravet om mindst 50 % ejerskab være opfyldt. Da der er tale om indirekte ejerskab, er det nødvendigt at vurderer, om selskab A opfylder kravene til at være et mellemliggende selskab. Der sondres her mellem et selskab med hjemmehør i samme stat, som den stat hvorfra overenskomstfordelene søges, eller at selskabet anses for værende en *qualifying intermediate owner*.¹⁴⁷ Da overenskomstfordelen søges fra Luxembourg, hvor både selskab A og B er hjemmehørende, er kravet til et mellemliggende selskab opfyldt. Derfor er det ikke nødvendigt at

¹⁴⁵ Afsnit 3.3.6

¹⁴⁶ Afsnit 3.3.6

¹⁴⁷ Afsnit 3.3.6

foretage en vurdering af, om selskab A er en *qualifying intermediate owner*. Ejerskabstesten er derfor bestået.

Da der er tale om en udbyttefordel af udbyttetransaktionen på 5,5 mia. kr. mellem det danske selskab C og det luxembourgske selskab B, er transaktionen undtaget fra *base erosion* testen.¹⁴⁸ Det faktum, at ejerskabstesten er opfyldt, er derfor tilstrækkeligt til, det luxembourgske selskab B opfylder kriterierne for værende en *qualified person* efter stk. 2, litra g. Af den årsag skal de sekundære kriterier i stk. 3 til stk. 6 ikke vurderes.

Selvom selskab B i Luxembourg anses for værende en *qualified person*, og hermed berettiget til overenskomstens fordelene, kan disse alligevel nægtes. Hvis blot én af formålene med indskydelsen af det luxembourgske selskab B har været, at opnå overenskomstfordele, er Danmark ikke forpligtiget til at nedsætte udbytteskatten efter MDO art. 10, jf. art. 29, stk. 9. Ved vurderingen heraf, er det vigtigste at alle relevante fakta vurderes objektivt. Dommen afsagt af Østre Landsret er det mest fyldestgørende fakta til rådighed, hvorfor PPT vurderingen vil foretages på baggrund af sagens faktiske omstændigheder, selskabets påstande og argumenter, SKATS afgørelse og slutteligt rettens begrundelse og resultat.

4.3.2 PPT vurdering

Som allerede analyseret i afsnit 2.2.4.2, har Østre Landsret konkluderet, der ikke er tale om et gennemstrømningsselskab, fordi udbetalingen ikke var ført videre eller bestemt til at blive ført videre til kapitalfondene, som får fordel af denne udbetaling. Ved vurderingen af, hvorvidt overenskomstfordelene skal tildeles eller ej, er det vigtigt at sondre imellem dommens argumenterne, der taler for og imod gennemstrømning og de argumenter, som fokuserer på formål og hensigten med oprettelse af det luxembourgske selskab. Argumenterne for og imod gennemstrømning anses ikke som relevante i PPT vurderingen, medmindre de indikerer intentionen bag denne omstrukturering.

De luxembourgske mellemliggende selskaber blev stiftet "nedefra", og selskab B i Luxembourg har anerkendt, at formålet med denne konstruktion var at undgå at betale en kapitaltilførelsesafgift, som ville blive pålagt i Luxembourg.¹⁴⁹ En kapitaltilførelsesafgift fremgår hverken i MDO 2017 eller DBO Luxembourg som en mulig fordel herefter, men er en afgift udenfor DBO'ens rammer. Det følger af stk. 9, at der skal være tale om *a benefit under this Convention*, og da kapitaltilførelsesafgiften ikke er omfattet af overenskomsten, må det som udgangspunkt

¹⁴⁸ Afsnit 3.3.4

¹⁴⁹ SKM2012.121ØL, s. 27

konkluderes, at omgåelsen af denne ikke er omfattet af PPT.¹⁵⁰ Spørgsmålet er videre, hvorvidt denne kapitaltilførelsesafgift alligevel kan anses for værende omfattet, når der er opnået en fordel udenfor DBO'en, men fordelene er kun opnået, netop fordi selskaberne har draget nytte af en anden fordel i DBO Luxembourg. Kapitalindsuddet på 7,7 mia. kr., sker i det danske selskab. Det antages, at der ingen kapitaltilførelsesafgift er i Danmark, hvorfor denne netop er foretaget her. Herefter udbetales der udbytte fra det danske selskab C til det luxembourgske selskab B på 5,5 mia. kr., som naturligvis er omfattet af udbyttefordelene i DBO Luxembourg art. 10. På den måde får kapitalfondene tilført kapital til det luxembourgske selskab B uden at betale den luxembourgske kapitaltilførelsesafgift og uden at betale udbytteskat af de 5,5 mio. kr. Transaktionen med indskydelse af det luxembourgske selskab "nedefra" antages, at resultere i en indirekte fordel for kapitalfondene, fordi de opnår en gevinst herfor, når fondene afvikles. Alligevel kan fordelene ikke anses for værende omfattet af "*that benefit*" uanset hvordan, det er undgået at betale denne kapitaltilførelsesafgift i Luxembourg, og vil derfor ikke være omfattet af fordelene, der skal vurderes i henhold til PPT.

Det er yderligere oplyst i sagen, at det ved stiftelsen af de luxembourgske selskaber var tiltænkt, at udstede lånet på 5,5 mia. kr. til det danske selskab, da renterne på lånet ville være fradragsberettigede i Danmark. Da selskabsskattelovens § 2B endnu ikke var indført på det pågældende tidspunkt, blev afkastene betragtet som skattefri udbytte i Luxembourg. Det har altså allerede inden omstruktureringen været intentionen, at undgå beskatning af afkastene samt opnå fordele ved rentebetalingerne. Som pointeret i afsnit 3.6 forbyder art. 29 ikke selskaber at benytte mere lempelige skattesystemer, hvis blot arrangementet er i overensstemmelse med overenskomstens formål og hensigt, som også implementeret i anden del af PPT. Derfor skal ovenstående argument vejes op imod, om konstruktionen blot er en lovlig udnyttelse af skattesystemet, som udleder en naturlig fordel heraf.

Kapitalfondene fastslår i deres begrundelse, at DBO Luxembourg ikke har været afgørende for valget af Luxembourg som hjemmehørsstat for de mellemliggende selskaber. Det afgørende har derimod været, at mange af investorerne i kapitalfonden allerede har foretaget investeringer gennem luxembourgske holdingselskaber, og har derfor et godt kendskab til både de selskabsretlige, regulatoriske og finansielle forhold i Luxembourg.¹⁵¹ Af den årsag var det naturligt, at Luxembourg blev hjemstedet for de øverste holdingselskaber. Dette anses for værende en legitim forretningsmæssig begrundelse, der taler imod, at overenskomstfordele nægtes.

¹⁵⁰ Definition af "fordele", jf. afsnit 7

¹⁵¹ SKM2012.121ØL, s. 10

Modsætningsvist, har kapitalfonden ikke ført bevis for, at der har været et kommercielt formål med indskydelsen af det mellemliggende holdingselskab B. Der har yderligere ikke været bevis for, at der har været et kommercielt formål med de to efterfølgende transaktioner, der blev foretaget mellem det danske selskab C og det luxembourgske selskab B. Det faktum, at det mellemliggende holdingselskab B ikke har haft noget kommercielt formål hverken før, under eller efter transaktionen, taler for, at overenskomstfordele skal nægtes efter stk. 9.

Det fremgår endvidere, at det ikke har været en del af kapitalfondenes forretningsmodel, at der skal udloddes udbytte til de ultimative investorer.¹⁵² Det bliver også bevist, at der siden købet af det danske selskab, ikke er videreudloddet udbytte til de bagvedliggende ejere.¹⁵³ Ejerne har altså ikke opnået en gevinst af udbyttet, men investorerne får først deres afkast, når fonden afvikles, og på det tidspunkt, vil kapitalgevinsten beskattes i investorernes respektive bopælslande.¹⁵⁴ I forhold til PPT i stk. 9, fremgår der ikke et krav om, at fordelene skal opnås umiddelbart efter transaktionen, men blot at der skal være opnået en fordel, direkte eller indirekte. Da det fremgår af kommentarerne til MDO 2017, at både *principal purpose* og *arrangement or transactions* skal fortolkes bredt, forventes det ikke, at det er et krav, at den pågældende fordel skal tilfalde den retmæssige ejer umiddelbart efter transaktionen. Derfor anses ovenstående argument ikke for, at tale for tildeling af overenskomstfordele.

Taget ovenstående argumenter i betragtning, antages det, at ved bedømmelse af Luxembourg dommen efter art. 29, stk. 9, vil det faktum, at transaktionen mellem det luxembourgske selskab og det danske selskab ikke har noget kommercielt formål, samt at det mellemliggende selskab i sin helhed heller ikke har noget kommercielt formål, veje tungest i vurderingen.

Det må ud fra ovenstående konkluderes, at omstruktureringen har haft som en af sine hovedformål at opnå skattefordele gennem DBO Luxembourg. Af den årsag vil det luxembourgske selskab B, nægtes overenskomstfordele efter PPT.

Det luxembourgske selskab B anses for værende en *qualified person* efter art. 29, stk. 2, litra g, men nægtes overenskomstfordele efter art. 29, stk. 9.

¹⁵² SKM2012.121ØL, s. 10

¹⁵³ SKM2012.121ØL, s. 5

¹⁵⁴ SKM2012.121ØL, s. 10

4.4 Sammenslutning

Art. 29 er en bred vifte af krav med mulighed for, at opnå overenskomstfordele, men som alligevel kan gå hen og blive udfordrende at opfylde, hvis ikke selskabet der ønsker fordelene, har en tilstrækkelig relation til hjemmehørsstaten.

Dommene omhandlende "de svenske selskaber" samt "selskabet på Cypern" falder begge udenfor både *qualified person* og de sekundære kriterier på grund af selskabets manglende relation til hjemmehørsstaten og manglende relation i ejerskabet i koncernen. "Selskabet på Cypern" falder primært på det faktum, at DBO Bermuda kun er gældende for fysiske personer, hvorfor den ikke har virkning i Danmark. Dette medfører, der ikke kan statuere en tilstrækkelig relation i ejerskabet af det cypriotiske selskab.

Art. 29 omfatter altså i dette tilfælde en konstruktion, hvor omstruktureringen har resulteret i *treaty shopping*. Formålet med art. 29 kommer især til sin ret i denne dom.

Sagen er anderledes ved "holdingselskaberne i Luxembourg", fordi der kan statuere *qualified person* gennem ejerskabet af kapitalfondene. Problemstillingen omhandler derfor, hvorvidt omstruktureringen har som et af sine hovedformål, at opnå en overenskomstfordel efter DBO Luxembourg. Ud fra sagens omstændigheder vil en dommer formentlig komme frem til, at mindst en af hovedformålene med omstruktureringen har været, at opnå overenskomstfordele, netop fordi det luxembourgske selskab B ikke har noget kommercielt formål.

De tre afgørelser falder alle sammen uden for art. 29, hvorfor vurderingen af retmæssig ejer i henhold til art. 10, 11 og 12 ingen rolle spiller. En dommer vil finde det uforholdsmæssigt at vurdere, hvorvidt de tre selskaber er retmæssig ejer ved afgørelsen af nærværende sager, fordi selskaberne er ekskluderet fra alle overenskomstfordele i henhold til art. 29.

5. Konklusion

Den første del af nærværende afhandling, afsnit 2, behandler hvornår MDO'en finder anvendelse, fordi dette er nødvendigt før de resterende bestemmelser, kan finde anvendelse, jf. MDO art. 1. Hvorvidt en person er omfattet af MDO'en, afhænger af om denne person er hjemmehørende i en kontraherende stat efter intern ret i den pågældende stat, jf. art. 4, stk. 1. Efter danske nationale regler, er der to måder, hvorpå en person kan blive omfattet af MDO'en; (1) fuld skattepligt for juridiske personer efter SEL § 1, stk. 1, nr. 1, eller; (2) begrænset skattepligtig efter SEL § 2. Udbytter, renter og royalties er blot få af de måder, hvorpå et selskab kan blive begrænset skattepligtig til en stat, hvor denne person ikke er hjemmehørende. Udbytte, renter og royalties er reguleret i MDO art. 10, 11 og 12. Efter MDO'en har kildelandet enten en begrænset beskatningsret eller ingen beskatningsret, men kun såfremt det modtagende selskab er retmæssig ejer af indkomsten. Det kan konkluderes, at kravet om retmæssig ejer og gunstigere skattemæssig position har været de eneste misbrugsbestemmelser i MDO'en indtil 2017. Kravet om retmæssig ejer har udelukkende været placeret i art. 10, 11 og 12, fordi det er disse tre indkomster, der har skabt det primære grundlag for at *treaty shoppe*.

På baggrund af analysen af retmæssig ejer kan det konkluderes, at det afgørende for, at en person ikke anses som værende retmæssig ejer er, hvis denne person har meget begrænset beføjelser, og kan anses som en gennemstrømningsenhed. Disse beføjelser behøver ikke nødvendigvis være begrænset kontraktuelt, men blot selskabet ikke har mandat eller midler til at råde over indkomsten således den videreføres, er nok til, der ikke kan statuere retmæssig ejer. Det kan yderligere konkluderes, at uanset hvor begrænset personens beføjelser er, kan denne person ikke nægtes at være retmæssig ejer, hvis indkomsten ikke strømmer igennem selskabet.

I afhandlingens afsnit 3, er den fornyligt implementerede bestemmelse art. 29 i MDO 2017 behandlet. Art. 29 er opdelt i to dele. Art. 29, stk. 2, litra a-g udgør *limitation-on-benefits* reglerne, og art. 29, stk. 9 udgør *the principal purpose* test.

Det kan konstateres, at LOB reglen kan variere efter staternes nationale bestemmelser, hvorfor kommentarerne hertil består af en simple version og en detaljeret version. På baggrund heraf kan det også konstateres, at staterne som udgangspunkt har aftalefrihed, men hvis staterne forpligter sig til at tiltræde OECD's modeloverenskomst, er der tre måder hvorpå staterne kan implementere bestemmelsen.

Det fastslås endvidere, at art. 29, stk. 2, LOB, består af nogle primære kriterier, som kvalificerer en person til værende en *qualified person* og hermed berettiget til overenskomstfordele. Ved vurderingen af *qualified person*, er det primært den juridiske karakter af personen og relationen til

hjemmehørsstaten, der er afgørende for om vedkommende opfylder kriterierne herfor. Hvis ikke disse primære kriterier opfyldes, kan samme person opnå overenskomstfordele efter de sekundære kriterier i art. 29, stk. 3-6. Kriterierne i stk. 3-6 har primært fokus på aktiviteten og ejerskabet af denne person. Herudfra kan det konkluderes, at art. 29 er en skærpelse af modeloverenskomstens allerede eksisterende art. 1. Art. 29 vil således kun finde anvendelse, hvis personen er en *person hjemmehørende i en kontraherende stat* efter MDO art. 4, stk. 1.

Det kan konkluderes, at hvis en person opfylder et af kriterierne i art. 29, stk. 2-6 er dette ikke tilstrækkelig til, at vedkommende kan opnå overenskomstfordele herefter. Art. 29, stk. 2-6 suppleres yderligere af PPT efter MDO art. 29, stk. 9. Det kan herudfra konstateres, at hvis blot en af hovedformålene med en transaktion eller arrangement har været at opnå overenskomstfordele, kan denne fordel nægtes. Det har ingen betydning, om fordelene opnås direkte eller indirekte gennem transaktionen eller arrangementet. Modsætningsvist, skal der ved vurderingen af denne bestemmelse, sondres imellem hvornår en person blot benytter sig af lempeligere skattesystemer, hvor fordelene er en naturlig følge heraf, og hvornår denne person har som hovedformål at opnå overenskomstfordele med den pågældende transaktion eller arrangement.

Samspelet mellem LOB og PPT består i, at LOB fokuserer på den juridiske karakter af personen og sikre en tilstrækkelig relation til hjemmehørsstaten. Hvis LOB opfyldes, er det fundet nødvendigt at vurdere yderligere, hvad formålet og hensigten har været for den pågældende transaktion eller arrangement efter PPT.

Ud fra analysen af art. 29 kan det konkluderes, at i tilfælde hvor en person opfylder MDO art. 1, er det yderligere nødvendigt, at den samme person også opfylder en af betingelserne i art. 29, stk. 2, litra a-g eller en af betingelserne i stk. 3-6. Uanset hvilken betingelse der opfyldes, skal PPT opfyldes i henhold til stk. 9, før denne person kan opnå overenskomstfordele. Det kan derudover konkluderes, at i de tilfælde hvor den enkelte bestemmelse i MDO'en indeholder kriterier til at få fordele, skal disse kriterier stadig opfyldes. Derfor påvirker art. 29 som udgangspunkt ikke, hverken kravet om eller forståelse af, retmæssig ejer når der betales udbytte, renter eller royalties fra kildelandet.

Det kan ud fra det tredje og sidste del i nærværende afhandling konkluderes, at art. 29 kun påvirker kriterierne til overenskomstfordele efter de enkelte bestemmelser i MDO'en, hvis personen ikke opfylder kriterierne til *qualified person* eller stk. 3-6, eller hvis personen opfylder disse LOB kriterier, men ikke består PPT. I disse tilfælde, vil den pågældende person blive afskåret fra alle overenskomstfordele inklusiv fordele efter art. 10, 11 og 12, selvom vurderingen af retmæssig ejer

ikke er foretaget. Modsætningsvis kan det yderligere konkluderes, at selvom en person opfylder både LOB og PPT, kan denne person godt anses for ikke at være den retmæssige ejer, hvis ikke betingelserne som fremgår af afhandlingens første analyse, kan opfyldes.

Formålet med art. 29 har været at bekæmpe *treaty shopping* i højere grad end før BEPS projektet blev en realitet. OECD har fastslået i action plan 6, at for at bekæmpe *treaty shopping*, er det nødvendigt at sikre en tilstrækkelig relation mellem personen, der søger fordelene og hjemmehørsstaten. Det kan ud fra afhandlingens analyse konkluderes, at art. 29 omfatter mange krav til personen, som gør det udfordrende at bestå både LOB og PPT, hvis der ikke er den rette relation tilstede eller hvis blot én af formålene har været, at opnå denne overenskomstfordel. Selvom art. 29 giver mulighed for, at opnå overenskomstfordele gennem ejerskabet af enheden, skal den ultimative ejer stadig opfylde nogle strenge krav, som sikrer relationen før betingelserne opfyldes.

Det videre spørgsmål går på, om implementeringen af art. 29 i MDO 2017 egentlig vil forhindre *treaty shopping*, eller om personerne blot vil opfinde nye måder, hvorpå der kan opnås den laveste eller ingen beskatning af enheden. Indtil nu har markedet været mere i udvikling end den internationale skattelovgivning, og spørgsmålet er derfor om markedet blot altid vil være et skridt foran lovgivningsmagten.

Det må antages, at så længe staterne selv kan beslutte i hvilke omfang de vil implementere art. 29, så vil *treaty shopping* højst sandsynlig aldrig kunne elimineres.

6. Perspektivering

Det kan videre diskuteres, hvorfor en generel misbrugsbestemmelse ikke er blevet implementeret i OECD's modeloverenskomst tidligere end opdateringen i 2017. En af årsagerne hertil må være risikoen for, en eventuel misbrugsbestemmelse kan komme i karambolage med EU-retten. I tilfælde hvor der er 100% udnyttelse af den frie bevægelighed, er der større risiko for *treaty shopping*, men på den anden side kan en streng regulering af *treaty shopping*, resultere i en begrænsning af den frie bevægelighed. Disse to hensyn skal derfor vejes op imod hinanden.

I forbindelse med implementeringen af art. 29 i MDO 2017, er der særligt én bestemmelse som i fremtiden kan give anledning til diskussion af den frie bevægelighed. Art. 29, stk. 6, giver myndighederne mulighed for at indrømme overenskomstfordele på baggrund af en subjektiv vurdering baseret på de faktiske omstændigheder. Der er altså ikke opsat nogle objektive kriterier som myndighederne må forholde sig til, hvilket i højere grad åbner op for brud på diskriminations- og restriktionsforbuddet, jf. TEUF. art. 18 og 49. Dette giver anledning til en diskussion om forholdet mellem restriktions- og diskriminationsforbuddet og medlemsstaternes ret til at anvende egne skattebestemmelser efter TEUF. art. 65 og særligt om denne subjektive vurdering overhovedet er omfattet af art. 65.

7. Forkortelser og begreber

7.1 Anvendte forkortelser

Base Erosion and Profit shifting:	BEPS
Dobbeltbeskatningsoverenskomst:	DBO
Nordisk dobbeltbeskatningsoverenskomst:	DBO Sverige
Dansk-cypriotisk dobbeltbeskatningsoverenskomst:	DBO Cypern
Dansk-bermudiansk dobbeltbeskatningsoverenskomst:	DBO Bermuda
Dansk-luxembourgsk dobbeltbeskatningsoverenskomst:	DBO Luxembourg
Limitation-on-benefits:	LOB
Principal purpose test:	PPT
Selskabsskatteloven:	SEL
Landsskatteretten:	LSR
Østre Landsret:	ØL
The Organisation for Economic Cooperation and Development:	OECD
Modeloverenskomsten 2017:	MDO 2017
Modeloverenskomsten 2014:	MDO 2014
Artikel:	Art.

7.2 Begreber

Treaty Shopping:	Strukturering af selskaber, således der søges at opnå mere fordelagtige overenskomstfordele i en anden stat.
Overenskomsten:	OECD's modeloverenskomst
Personer:	Juridiske personer og sammenlignelige enheder.
Selskab:	Selskab og virksomhed bruges synonymt
Fordel(e):	Fordele udelukkende i henhold til OECD's modeloverenskomst
DBO:	Samme vilkår som modeloverenskomsten, medmindre der henvises til en konkret DBO.

8. Litteraturliste

Domme

SKM2007.151HR
SKM.2011.57.LSR
SKM.2012.26.LSR
SKM.2012.121.ØL

EU Direktiver

Rente-/royaltydirektivet
Moder-/datterselskabsdirektivet

Rapporter

BEPS Action Plan 6, 2015 Final Report
BEPS Action Plan 15, 2015 Final Report
2017 Update to the OECD Model Tax Convention
OECD Modeloverenskomsten 2014
OECD Modeloverenskomsten 2017
Committee of Fiscal Affairs, Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, B4
OECD, Inclusive Framework on BEPS, Progress report, June 2017-July 2017
Kommentarer til artiklerne i OECD's modeloverenskomst som revideret senest i 2014
OECD, 22 March 2018, Signatories and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting

Artikler

Laursen, Anders Nørgaard, OECD's Modeloverenskomst og FN's modeloverenskomst – en sammenligning, 2014
Kokott, J., SU 2018, 75, Forslag til afgørelse – beneficial owner – retmæssig ejer
OECD, 22 March 2018, Signatures and parties to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting
Karnovs noter til modeloverenskomsten 2014

Bøger

Munk-Hansen, Carsten, Retsvidenskabsteori, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1. Udgave, 2014
Winther-Sørensen, Niels m.fl., Skatteretten 3, Karnov Group Denmark, 6. Udgave, 2013
Koerver Schmidt, Peter m.fl., International skatteret i et dansk perspektiv, Hans Reitzels Forlag, 2015

Hjemmesider

<http://www.oecd.org/tax/treaties/oecd-approves-2017-update-model-tax-convention.htm>

<http://www.oecd.org/tax/signing-ceremony-multilateral-convention-on-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>

<http://www.oecd.org/about/>

Billede til forside er hentet fra: <https://blog.ipleaders.in/international-trade-law-brief/> (16.05.2018)