

Sveitsisk høyesteretts avgjørelse i den såkalte Swiss Swap Case - en analyse av problemstillinger knyttet til forståelsen av *beneficial ownership* i OECDs mønsteravtale artikkel 10 (2) om aksjeutbytte

av Hilde Gamkinn, master i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo, høsten 2016

De siste tiårene har grensekryssende investeringer, skatteplanlegging og omgåelse av skatteregler økt. I mai 2015 avsa sveitsisk høyesterett avgjørelsen kjent som *Swiss Swap Case*. Avgjørelsens fakta var to danske banker som inngikk TRS- og Futuresavtaler med motparter fra USA, Storbritannia og Frankrike. De danske bankene holdt sikrede sveitsiske aksjeposisjoner kjøpt av uavhengige meglere og krevde refusjon av sveitsisk kildeskatt for mottatt utbytte. Spørsmålet i saken var om den danske banken hadde krav på refusjon av sveitsisk kildeskatt, tilsvarende CHF 91 422 048 (ca. NOK 794 832 428), for aksjeutbytte banken hadde mottatt fra det sveitsiske selskapet i inntektsårene 2006–2008. Analysen av avgjørelsen opp mot tradisjonell rett tyder på at skatterelaterte omgåelsesvurderinger, med et økonomisk fokus, kan benyttes i situasjoner som involverer finansielle instrumenter som for eksempel derivater.

Når økonomiske transaksjoner krysser landegrensene kan det føre til dobbeltbeskatning av inntekten og slik true grenseoverskridende økonomiske relasjoner. De fleste stater inngår bilaterale dobbeltbeskatningsavtaler for å eliminere dobbeltbeskatningen som forhandles og inngås separat. Ofte tas utgangspunkt i modellavtaler utviklet av internasjonale organisasjoner som OECD. For skatteplanlegging og omgåelse av skatteregler er ofte målet å få inntekten overført til stater med lav eller ingen skatt (og utgifter til stater med høy skatt).

Skatteavtalenettet skaper skatteplanleggingsmuligheter, ved for eksempel å legge til rette for at en skatteyder kan «rute» betalingsstrømmer via selskaper i land med gunstig skatteavtalenettverk (*treaty shopping/stepping stone*). I økende utstrekning tas det inn bestemmelser i skatteavtalene som skal sikre at «rutingen» av betalingsstrømmene har en viss økonomisk realitet for å bli akseptert. Derivater blir stadig vanligere og det å etablere økonomiske posisjoner i finansielle instrumenter gjør temaet høyaktuelt. Derivater blir ofte benyttet til sikring og speulasjonsformål som i *Swiss Swap Case*.

I analysen benyttet jeg folkerettslig metode ved tolkingen av OECD MTCs (*Model Treaty*

Convention) bestemmelser. Jeg undersøkte betydningen av Wien-konvensjonen, OECD kommentarene og dens betydning samt nye OECD kommentarer til MTC ved tolking av nyere skatteavtaler. Jeg fant at vilkåret *beneficial owner* kan innfortolkes i skatteavtaler inngått før 1977 uten *beneficial owner* eksplisitt inntatt slik også sveitsisk høyesterett konkluderte med. En dynamisk tolking av bilaterale skatteavtaler synes fordelaktig. I tillegg analyserte jeg det materielle innholdet i *beneficial owner* og om dette var i samsvar med den tradisjonelle forståelsen i OECD kommentarene fra 2014. I *Swiss Swap Case* vurderte sveitsisk høyesterett vilkåret ut fra økonomisk betraktninger (*substance over form*) og det kan derfor ses på som et resultat av en viss grad av rettslig usikkerhet. De økonomiske betraktningene synes ikke å stemme helt overens med OECD kommentarene fra 2014. Det er også mulig å si at avgjørelsen er i tråd med retningen resten av verden tar, se til for eksempel andre nasjoners myndigheter, domstoler og OECD BEPS som mest sannsynlig vil se om et arrangement fremstår som kunstig eller ei. Man kan med dette muligens se en trend mot økonomisk eierskap i stedet for juridisk eierskap i tilsvarende spørsmål.

Det synes som om det finnes få, om ingen, avgjørelser fra norsk Høyesterett hvor man har tatt stilling til hvem som er *beneficial owner* av utbytte, renter eller royalty i skatteavtalesammenheng. Dette førte til problemstillingene i hvilke grad norsk Høyesterett tar i betraktning OECD MTC og kommentarene i sine vurderinger. I tillegg vurderte jeg problemstillingen om *Swiss Swap Case* kan få betydning dersom den igangsetter en endring av OECD-kommentarene, eller eventuelt følges opp av andre land. I analysen tok jeg for meg blant annet de norske Høyesterettsavgjørelsene Rt. 1994 s. 752 (Alphawell) og Rt. 2008 s. 577 (Sølvik) som taler for at *Swiss Swap Case* kan bli et moment i lignende saker. Både når det gjelder senere publiserte kommentarer og det å vektlegge internasjonal praksis som ikke er samsvar med gjeldende OECD-kommentarer.

Tilslutt ble *Swiss Swap Case* vurdert opp mot norske internrettslige regler, som den norske tilordningsregelen, omgåelsesnormen og EØS-retten. Her ble den faktiske situasjonen endret noe i forhold til fakta i *Swiss Swap Case*.

For tilordning er situasjonen en bank hjemmehørende i Norge som mottar utbytte på norske aksjer eid til sikring av et finansielt derivat. Kunden holder til på for eksempel Cayman Islands. Bankens motpart i TRS-kontrakten ville vært kildeskattepliktig (uten skatteavtalevern) dersom vedkommende hadde kjøpt norske aksjer (direkte). Sentralt for den norske tilordningsregelen er at den danske banken ville ha blitt tilordnet utbyttet ettersom det

må tilordnes noen. Privatrettslige er den danske banken den berettigede mottaker av aksjeutbyttet. Det er ikke TRS-motpartene. I tillegg har banken vern etter den norske fritaksmetoden og ikke etter skatteavtalen. Tilordningsreglen gir mest sannsynlig ikke grunnlag for å tilordne utbyttet til TRS-motparten.

For omgåelsesnormen er situasjonen slik at en bank hjemmehørende i Norge mottar utbytte på norske aksjer eid til sikring av et finansielt derivat. Derivatkontrakten er inngått med kunder som ikke er hjemmehørende i et EØS-land. Bankens motpart i TRS-kontrakten ville vært kildeskattepliktig (uten skatteavtalevern) dersom han hadde kjøpt norske aksjer (direkte). I *Swiss Swap Case* vektla høyesterett den gjensidige avhengigheten mellom transaksjonene og det at TRS-avtalene ble sikret ved å kjøpe de underliggende aksjene, selv om denne ikke var rettslig eller faktisk begrunnet. TRS-avtalenes struktur muliggjorde det lånefinansierte aksjekjøpet og transaksjonene ga ingen risiko for banken. De overførte beløpene i TRS-avtalene og utbyttebeløpene fra aksjene tilsvarte hverandre. Det mottatte utbyttet forpliktet kontraktsmessig til å betale TRS-motparten, og slik forelå en faktisk plikt til å videreføre utbyttet. Før utbytteutbetalingen ble aksjene oppkjøpt med mål om å videreføre utbyttet for å unngå kildeskatt for TRS-motpartene hjemmehørende utenfor Danmark og Sveits. Omgåelsesnormen virker mest aktuell i vurderingen om norsk internrettslig grunnlag for å vurdere tilsvarende transaksjoner som i *Swiss Swap Case*.

Og tilslutt, i vurderingen av EØS-retten, er situasjonen at banken er hjemmehørende i et annet EØS-land som mottar utbytte på norske aksjer eid til sikring av finansielt derivat. Derivatkontrakten er inngått med kunder som ikke er hjemmehørende i et EØS-land. Bankens motpart i TRS-kontrakten ville vært kildeskattepliktig (uten skatteavtalevern) dersom han/hun hadde kjøpt norske aksjer (direkte). Sentralt er at EØS-retten bare begrenser Norges adgang til å gjennomskjære dersom det innebærer grenseoverskridende diskriminering. Gjennomskjæring her medførte ikke grenseoverskridende diskriminering siden Norge vil kunne anvende gjennomskjæringsreglene på samme måte som i vurderingen av omgåelsesnormen.