

# REELLE SELSKAPSETBLERINGER

## BEGRENSNING FOR NOKUS-REGLENES ANVENDELSESOMRÅDE OG FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 547  
Leveringsfrist: 26. april 2010

Til sammen 16 943 ord

26.04.2010

# Innholdsfortegnelse

<b>1.</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>4</b>
1.1	Oppgavens tema	4
1.2	Avgrensning	4
1.3	Den videre fremstilling	5
<b>2.</b>	<b>NOKUS-REGLENES ANVENDELSESOMRÅDE</b>	<b>6</b>
2.1	Hva er NOKUS-reglene?	6
2.2	Kort historikk	7
2.3	Vilkår for NOKUS-beskatning	8
2.4	NOKUS-reglenes rettsvirkninger	9
2.5	Det skattemessige aspektet ved etablering i lavskattland	10
2.6	Hensyn bak NOKUS-reglene	14
<b>3.</b>	<b>EØS-RETTENS KRAV TIL "REELT ETABLERT"?</b>	<b>16</b>
3.1	Innledende bemerkninger	16
3.2	<b>EØS-avtalen</b>	<b>16</b>
3.2.1	Etableringsfrihet	16
3.2.2	Fri flyt av kapital	17
3.3	<b>Læren om tvingende allmenne hensyn</b>	<b>18</b>
3.3.1	Provenyhensynet	19
3.3.2	Eksporthøytralitet	19
3.3.3	Bekjempelse av skatteomgåelse	20
3.4	<b>Cadbury Schweppes-avgjørelsen</b>	<b>21</b>
3.4.1	Sakens faktum	21
3.4.2	Domstolens vurderinger	21
3.4.3	Objektive omstendigheter	22
3.4.4	Avgjørelsens vekt ved tolking av EØS-avtalen	24
3.5	<b>Oppsummering</b>	<b>25</b>

<b>4.</b>	<b>SKATTELOVENS KRAV TIL ”REELT ETABLERT” – FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN?</b>	<b>25</b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>25</b>
<b>4.2</b>	<b>EØS-rettens betydning for norske NOKUS-regler</b>	<b>26</b>
<b>4.3</b>	<b>Lovtekst</b>	<b>27</b>
<b>4.4</b>	<b>Kriteriene</b>	<b>28</b>
4.4.1	Kriterienes kilde	28
4.4.2	Kriterienes utforming	29
4.4.3	Kriterienes relevans og vekt	30
4.4.4	Et nytt sentralt moment	32
<b>4.5</b>	<b>Kravet om at selskapet må delta fast og varig i etableringsstatens næringsliv</b>	<b>34</b>
<b>4.6</b>	<b>Skattemotivert etablering</b>	<b>36</b>
<b>4.7</b>	<b>Oppsummering og konklusjon</b>	<b>39</b>
<b>5.</b>	<b>RETTSVIRKNINGER</b>	<b>41</b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>41</b>
<b>5.2</b>	<b>Ugyldig skattevedtak</b>	<b>42</b>
<b>5.3</b>	<b>Tilbakebetaling</b>	<b>42</b>
5.3.1	Innledning	42
5.3.2	Krav om tilbakebetaling etter EØS-rettslig regler	42
5.3.3	Krav om tilbakebetaling etter norske regler	43
5.3.4	Krav om tilbakebetaling etter læren om <i>condictio indebiti</i>	45
<b>5.4</b>	<b>Erstatning</b>	<b>45</b>
5.4.1	Innledning	45
5.4.2	Erstatning med grunnlag i EØS-retten	46
5.4.3	Erstatning med grunnlag i norske regler	48
5.4.4	Forholdet mellom erstatningsansvarene etter EØS-retten og intern norsk rett	51
<b>6.</b>	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>53</b>
<b>7.</b>	<b>LISTE OVER FIGURER</b>	<b>56</b>

# **1. INNLEDNING**

## **1.1 Oppgavens tema**

NOKUS-reglene danner det rettslige grunnlaget for beskatning av norske aksjonærers investeringer i selskap etablert i lavskattland. Beskatning foretas fortløpende av de norske investorenes andel av etableringsselskapets overskudd, og uten at det er foretatt utdelinger til aksjonærene. Reglene kan motvirke at det foretas investeringer i andre land enn Norge, og beskatningen kan dermed medvirke til å begrense norske investorers adgang til fri etablering.

Gjennom EØS-samarbeidet er Norge forpliktet til ikke å legge begrensninger på skatteyteres adgang til å starte virksomhet i andre medlemsland. Det er derfor nødvendig at det skatterettslige regelverket (NOKUS-reglene) er i overensstemmelse med EØS-retten.

NOKUS-reglene ble sist endret som følge av en avgjørelse i EU-domstolen. Denne avgjørelsen vil bli utførlig redegjort for. Beskatning kan nå bare foretas i de tilfeller det utenlandske selskapet ikke anses å ha et reelt innhold. NOKUS-reglene kommer derfor ikke til anvendelse der selskapet er ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet”, jf. sktl. § 10-64 (1) b. Temaet for denne oppgaven er det nærmere innholdet i dette kriteriet, herunder forholdet til EØS-avtalens krav til norsk rett.

## **1.2 Avgrensning**

Oppgavens tema reiser en rekke problemstillinger, og det er nødvendig å foreta avgrensninger slik at de utvalgte problemer blir utførlig redegjort for. Hovedfokus vil være på de elementer som kan være problematiske i forhold til de forpliktelser man har påtatt seg gjennom EØS-samarbeidet. Det er viktig å presisere at oppgaven først og fremst omfatter det EØS-rettslige aspektet, men at den også vil berøre sider mot skatterett og selskapsrett.

NOKUS-reglene gjelder for aksjeinvesteringer både innenfor og utenfor EØS-området. Kun investeringer innenfor EØS blir behandlet her. Norges skatteavtaler med andre land er også relevant innenfor EØS, men det vil avgrenses mot skatteavtalers innvirkning i sin helhet.<sup>1</sup> Dette er begrunnet i at EØS-retten i noen grad erstatter behovet for slike avtaler, og ved en inngående behandling av disse vil dette gå på bekostning av oppgavens hovedproblemstilling.

---

<sup>1</sup> Dette er i seg selv en stor problemstilling, se Olav Fredrik Perland, ”NOKUS og skatteavtaler” 1995.

Oppgaven vil i sin helhet avgrenses mot en behandling av NOKUS-reglernes anvendelse for fysiske personer. Det er først og fremst selskaper som har kompetanse og ressurser til å etablere og investere i lavskattland.

Det oppstilles krav om at skatteyteren selv må dokumentere at selskapet er reelt etablert.<sup>2</sup> Dette kan også ha sin side mot EØS-avtalen ved at tilsvarende krav ikke er rettet mot aksjonærer som investerer i Norge. Spørsmålet har fått en avklaring i EU-praksis, slik at det ikke vil bli redegjort nærmere for dokumentasjonskravet.<sup>3</sup>

NOKUS-beskatning har nær tilknytning til rederiselskaper, og det er disse selskapene som var den opprinnelige årsaken for beskatning av aksjonærer med selskaper i lavskattland. Problemstillingen er fremdeles høyst aktuell, og kanskje spesielt for etableringer i lavskattland utenfor EØS. Grunnet oppgavens EØS-rettslige perspektiv vil rederiselskapenes forhold i NOKUS-reglene ikke blir behandlet i det følgende.

### **1.3 Den videre fremstilling**

Oppgaven tar for seg skattelovens krav til ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der” (sktl. § 10-64 (1) b). Av denne ordlyden følger det to vilkår, og begge vil bli behandlet. Det må imidlertid presiseres at vurderingen av to vilkår vil kunne flyte over i en felles drøftelse, og av denne grunn oppstilles det ikke noe klart skille i denne oppgaven. Hvor det i oppgaven står selskapsetableringen eller selskapets reelle innhold, vil dette derfor referere seg til begge vilkår. En særlig drøftelse for den vilkåret til den reelle økonomiske aktiviteten følger av punkt 4.5 og deler av 4.4 og 4.3

I punkt 2 gis en kort redegjørelse av hva NOKUS-reglene er, og for hvilken plassering disse har i rettssystemet. En kort introduksjon til reglene vil bidra til å sette problemstillingen i en større sammenheng, og den vil også danne nødvendig bakgrunnskunnskap for den videre presisering av hvilke krav som knyttes til selskapsetableringen.

I punkt 3 kartlegges hvilke forpliktelser som påhviler Norge etter EØS-avtalen. En tolking av EØS-rettens egne rettskilder leder til den rettsregel som utgjør Norges forpliktelse. Dermed

---

<sup>2</sup> Se sktl. § 10-64 (1) b.

<sup>3</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 70.

oppnås at EØS-reglene tolkes ut fra egne kilder og prinsipper, uten påvirkning av nasjonale rettskilder.<sup>4</sup> Punkt 3 redegjør altså for de krav EØS-retten stiller til selskapets reelle etablering.

I punkt 4 redegjøres det for hvordan tilsvarende krav må forstås etter norsk rett. Punktet er systematisert på en slik måte at underoverskriftene tar for seg sider ved de norske reglene som er problematiske i forhold til EØS-retten. Avslutningsvis drøftes hvordan en eventuell konflikt mellom rettssystemene må løses.

I punkt 5 drøftes mulige rettsvirkninger som kan inntre dersom norske regler ikke er forenlige med EØS-avtalen.

## **2. NOKUS-REGLENES ANVENDELSESOMRÅDE**

### **2.1 Hva er NOKUS-reglene?**

En investor kan etter EØS-avtalen lovlig benytte seg av fordeler i andre EØS-land. Dersom skatteplanleggingen beveger seg i retning av ren utnyttelse av skattesystemets svakheter ved å ta i bruk ordninger som ikke er ønskelig fra myndighetenes side, vil planleggingen kunne gå over til skatteomgåelse. Internasjonal skatteomgåelse er et økende problem, og NOKUS-reglene er ett av flere tiltak for å forhindre dette. Selv om det er en målsetting innenfor EU-rett at det skal foreligge et helhetlig europeisk marked med fri flyt av kapital, personer, tjenester og varer, har EU laget et direktiv som skal redusere skadelig skattekonkurrans.<sup>5</sup> Det er med andre ord ikke ønskelig at nasjonale statsborgere skal kunne misbruke det indre marked på en slik måte at stater skattelovgivning svekkes, og dens inntekter reduseres uforholdsmessig. På den andre siden må det være adgang for stater å legge til rette for et gunstig næringsliv. En viss skattekonkurrans er hensiktsmessig ved at det bidrar til at stater bestreber å gjøre sitt næringsliv investeringsvennlig.

For å forstå NOKUS-reglene i en større sammenheng er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i et eksempel. Orkla-konsernet ("Orkla") tjener til god illustrasjon. Orkla har mange

---

<sup>4</sup> Arnesen og Stenvik anser denne framgangsmåten som mest hensiktsmessig i *Internasjonalisering og juridisk metode 2009*, s. 66.

<sup>5</sup> Se direktiv 003/48/EF. Det er også av OECD anbefalt at alle medlemsland innfører skatt for CFC-regimer (NOKUS-regimer).

kompetanseområder som eksempelvis å drive investeringsrådgivning, produsere matvarer, forvalte kapital og utvikle merkevarer. Denne kompetanse utøves fra Norge, hvor Orkla har hovedsete. Disse funksjonene kan imidlertid like gjerne utføres i et annet land, ettersom de ikke har fysisk tilknytning til Norge, slik eksempelvis fossefall har i vannkraftproduksjonen.

EØS-avtalen skal blant annet sikre etableringsfrihet, og dette innebærer at Orkla fritt kan etablere seg og sin aktivitet der det er mest lønnsomt. Mange land i EØS konkurrerer om å tiltrekke seg slik aktivitet og investering. Dette kan oppnås ved å legge forholdene til rette med ulike virkemidler, herunder gunstige skatteregler. NOKUS-reglene kan forhindre at Orkla får gleden av de gunstige skattereglene, og representerer dermed et etableringshinder etter EØS-avtalen. Spørsmålet er hvor langt norske myndigheter kan gå i å opprette en slik hindring.

## **2.2 Kort historikk**

NOKUS-reglene ble utformet i forbindelse med skattereformen i 1992, sammen med en ny modell for beskatning av utbytte. Det er imidlertid på det rene at beskatning av tilsvarende skattesubjekter ble foretatt i lang tid før dette på ulovfestet grunnlag.<sup>6</sup> Som i mange andre industriland er norske skattesubjekter skattlagt med relativt høye skattesatser. Dette kan være motiverende for investorer å overføre kapital og virksomhet ut av Norge og til selskap etablert i lavskattland. Norske myndigheter er interessert i å beholde mest mulig av virksomheten innenlands for å sikre et solid næringsliv og skatteinntekter. NOKUS-reglene søker derfor å motvirke slik skatteomgåelse ved å beskatte norske aksjonærer for den andel disse har i selskaper etablert i lavskattland. I 1992 var det skjedd en liberalisering av daværende valutaregler som gjorde det mer gunstig å investere i utlandet.<sup>7</sup> NOKUS-reglene ble vedtatt blant annet med den hensikt å gjøre det mindre attraktivt å flytte investeringsselskap til utlandet.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Et eksempel på dette fremkommer allerede av Rt. 1937 s. 443 Panama hvor norske myndigheter beskattet aksjonærer av et selskap, når etableringen bar preg av å være et ”proformaverk”.

<sup>7</sup> Se Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.1 avsnitt 1.

<sup>8</sup> Se Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.

Den nye modellen for beskatning av utbytte som trådte i kraft i 1992 var basert på et godtgjørelsessystem.<sup>9</sup> Reglene innebar at utbytte fra norske selskaper til norske skattytere, var fritatt fra beskatning. Utbytte til eller fra utenlandske foretak var derimot skattepliktig. EFTA-domstolen fant at modellen var i strid med EØS-avtalens artikkel 40 om fri flyt av kapital, jf. E-1/04 Fokus Bank. For å gjøre norske regler for utbyttebeskatning samsvarende med EØS-retten, ble reglene erstattet av fritaksmodellen i 2006 og NOKUS-reglene ble tilpasset det nye systemet<sup>10</sup>. Det viste seg at også de nye reglene var problematiske i forhold til EØS-avtalen, og reglene ble på nytt gjenstand for endring i 2008. Skatteloven § 10-64 (1) b ble da endret slik at NOKUS-beskatning ikke skal foretas når den norske investoren dokumenterer at selskapet er ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”.<sup>11</sup>

### 2.3 Vilkår for NOKUS-beskatning

NOKUS-reglenes rettslige grunnlag er sktl. § 10-60 flg. Reglene anvendes på norske fysiske og juridiske skatteyttere som alene eller sammen med andre norske skatteyttere har direkte eller indirekte kontroll over selskapet eller innretningen i lavskattland. Det følger av sktl. § 10-62 at *norsk kontroll* foreligger hvor ”minst halvparten av selskapets eller innretningens andeler eller kapital direkte eller indirekte eier eller kontrolleres av norske skatteyttere både ved inntektsårets begynnelse og utgang”. Dette innebærer et krav om at norsk(e) aksjonær(er) alene eller sammen (uavhengig av hverandre) har tilstrekkelig innflytelse til å avgjøre selskapets vedtak ved alminnelig flertall. Kontroll foreligger hvor andelene eies ved et tiltrekkelig antall aksjer (over 50 %). Kontroll kan også utøves med et lavere antall aksjer dersom de er delt inn i klasser eller beslutningsmyndighet er tillagt gjennom aksjonæravtale.<sup>12</sup> Kontrollfunksjonen kan være indirekte ved at aksjonæren eier et selskap som igjen har andeler i NOKUS-selskapet. Vilkåret er nærmere presisert i § 10-62 (2) og (3) ledd.

Et selskap anses som etablert i et *lavskattland* når ”den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten

---

<sup>9</sup> Godtgjørelsessystemet skulle bidra til at selskapsaksjonærer ikke ble beskattet flere ganger for samme kapitalstrøm ved at de ble godtgjort for skatt innbetalt av selskapet. For utfyllende redegjørelse se Zimmer 2005 s. 289.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) 6.5.4.3 avsnitt 2.

<sup>11</sup> Endringene kom som en følge av C-196/04 Cadbury Schweppes, hvor EU-domstolen fant at CFC-reglene (tilsvarende norske NOKUS-regler) i Storbritannia utgjorde en ulovlig restriksjon. Se punkt 3.4 for en nærmere redegjørelse. Tidligere ble aksjonærene beskattet når selskapets inntekter var av hovedsakelig passiv karakter, men denne ordlyd var ikke lenger dekkende etter den nye EU-avgjørelsen.

<sup>12</sup> Forutsatt i Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.8.2 avsnitt 5 og 6.



selskapet eller innretningen ville blitt ilignet dersom det/den hadde vært hjemmehørende i Norge”, jf. sktl. § 10-63. Det må her foretas en sammenligning mellom skattenivået i Norge og det andre landet. Det avgjørende er forskjellen mellom de effektive skattesatsene, hvor det generelle skattenivået for det aktuelle type selskaper er bestemmende.<sup>13</sup> Av de stater som skatlegger overskuddet med mindre enn to tredjedeler av den norske inntektsskatten, er det stor variasjon mellom skattesatser. Hvilke skattesats en stat opererer med, kan være motiverende når en norsk aksjonær skal velge hvor han ønsker å etablere selskapet.<sup>14</sup>

## 2.4 NOKUS-reglens rettsvirkninger

Skattepliktens omfang reguleres av § 10-61, hvor det følger at skatteyteren ”er skattepliktig for sin forholdsmessige andel av selskapets eller innretningens overskudd”. Overskuddet fastsettes nærmere etter reglene i § 10-65. Som vi ser, beskattes aksjonæren uavhengig av selskapets utdeling, hvilket ikke er tilfellet for alminnelig beskatning av aksjeselskap. At beskatning foretas etter noe som kan ligne en deltakerligning<sup>15</sup>, er begrunnet i at aksjonæren ikke skal kunne samle opp en formue i et annet land og sperre adgang for norske myndigheter til å trekke skatt ved at utbytte ikke foretas. At formue samles opp i et lavskattland, er typisk ved etablering av skatteparadiser. Ved fortløpende beskatning sikrer norske myndigheter seg likevel skatteinntekter ved slike etableringer. Den forholdsmessige andel fastsettes etter aksjonærenes rett på utbytte.<sup>16</sup>

Ved bruk av NOKUS-reglene blir endelig skattesats 28 %, jf. § 5-1. Dersom NOKUS-reglene ikke kommer til anvendelse, deles utbytte ut etter fritaksmetoden som nærmest er skattefritt. NOKUS-beskatning innebærer at Norge opphever den lovlige skattefordeling ved å etablere seg i lavskattland.

---

<sup>13</sup> Se Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.9 avsnitt 7.

<sup>14</sup> Innenfor EØS er blant annet Bulgaria, Kypros, Malta, Latvia, Litauen og Romania kjent for å ha lave skattesatser. Særlig Kypros og Malta er svært gunstige med sine henholdsvis 10% og 5% skattetrekk. Luxemburg oppfattes ofte som et lavskattland, men dette kan imidlertid ikke utledes fra gunstige skattesatser. Landet har imidlertid andre krav til selskapsstrukturen, hvilket gir muligheter for selskaper å tilføre egenkapital gjennom lån, og på denne måten oppnå gunstige etableringsvilkår.

<sup>15</sup> Selskap med deltakeransvar er ikke eget skattesubjekt, men hver enkelt deltaker blir skattet for selskapets formue og inntekt.

<sup>16</sup> Se Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.14.1 avsnitt 1.

## 2.5 Det skattemessige aspektet ved etablering i lavskattland

Vi har sett at NOKUS-reglene etter § 10-60 flg. er særegne ved at de beskatter aksjonærer for selskapets overskudd uten at det blir utdelt utbytte. På denne måte sikres norske myndigheter en adgang til å foreta beskatning selv om aksjonærene i realiteten ikke er tilført en direkte inntekt. I de tilfeller aksjeflertall eller kontroll over selskapet i lavskattlandet ikke foreligger, beskattes norske aksjonærer med hjemmel i § 2-38 (3) såfremt selskapet ikke anses som reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet. § 2-38 (3) er et unntak fra hovedregelen i § 2-38 (2) om at utbytte fra EØS-selskap er skattefritt.<sup>17</sup> Denne reglen kan derfor også utgjøre en hindring etter EØS-avtalen. I motsetning til NOKUS-beskatning skattlegges den norske skatteyteren etter § 2-38 (3) først ved utdelinger fra etableringsselskapet. Dette er begrunnet i at uten eierkontroll kan det heller ikke avgjøres hvorvidt utbytte skal foretas.<sup>18</sup> Det fremgår av forarbeidene at vilkårene for hvorvidt et selskap må anses som reelt etablert er gjenstand for samme vurdering både etter § 2-38 (3) og § 10-64 (1) b<sup>19</sup>.

For å illustrere hvilke forskjeller det er mellom beskatning etter § 2-38 (3) og § 10-64 (1) b, oppstilles Figur A. For det første består forskjellen av bestemmelsenes *anvendelsesområde*. Ved førstnevnte regelsett anvendes bestemmelsen bare når eierandelen av aksjene er under halvparten, mens ved sistnevnte er det krav om at eierandelen er over halvparten av aksjene. Dette vises av henholdsvis X AS og Y AS i figur A. Ved å skattlegge aksjonærer som eier mindre enn halvparten av etableringsselskapets aksjer, sikrer man at aksjonærer ikke forsøker å unngå virkningen av NOKUS-reglene ved å forta mindre investeringer.

For det andre har de to bestemmelsene ulike *rettsvirkninger* ved at beskatning etter § 2-38 (3) bare kan fortas dersom etableringsselskapet foretar utdelinger til sine aksjonærer. Beskatning etter NOKUS-reglene skjer fortløpende uavhengig av eventuelle utdelinger. Dette illustreres ved utbytte-pilen fra SELSKAP 1 til X AS figur A.<sup>20</sup>

---

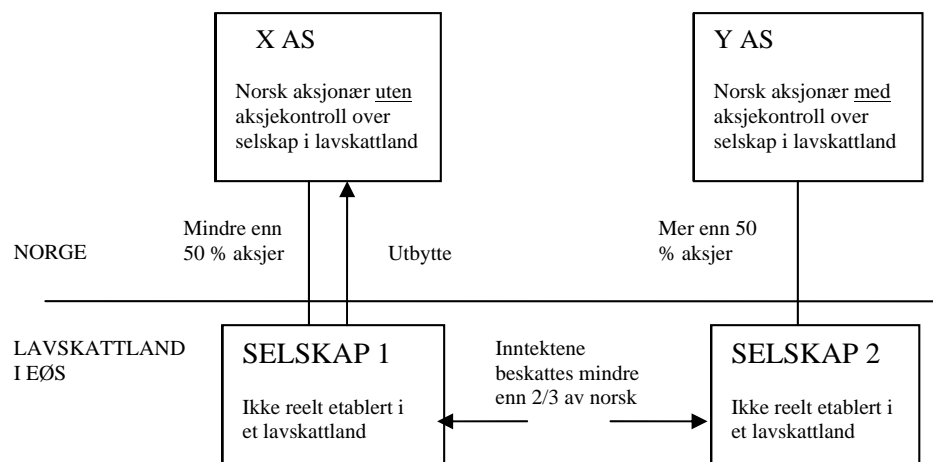
<sup>17</sup> Uttrykket skattefritt er noe misvisende, da 3 % av "netto" gevinst beskattes med 28 % (0,84%). For enkelthetens skyld vil fritaksmetoden bli omtalt som skattefri i det følgende.

<sup>18</sup> Se Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.8.1.

<sup>19</sup> Se Ot.prp. nr.1 (2007-2008) punkt 14.4.2 avsnitt 1.

<sup>20</sup> Skillet har også betydning ved vurdering om hvorvidt reglene er i strid med EØS-avtalen. NOKUS-reglene har først og fremst anvendelse ovenfor aksjonærer som har aksjer i heleide selskaper i lavskattland, og i slike tilfeller skal EØS-strid vurderes opp mot etableringsfriheten. Kravet om eierandel etter § 2-38 (3) er under halvparten av aksjene og i slike tilfeller må EØS-rettens bestemmelse om fri flyt av kapital anvendes. Dette redegjøres nærmere for under punkt 3.2.

**FIGUR A**



*X AS blir beskattet av selskap 1s utdelinger med hjemmel i sktl. § 2-38 (3). Y AS blir beskattet fortløpende for sin andel av selskap 2s overskudd med hjemmel i § 10-64 (1) b.*

Fritaksmetoden er en beskatningsordning for utbytte utdelt fra et selskap til et annet selskap. Denne går i korthet ut på at slike utdelinger er skattefritt. Hensynet bak fritaksmodellen er å unngå kjedebeskatning.

I skt. § 2-38 (1) presiseres hvem skattefritaket gjelder for. En rekke nærmere angitte selskapsformer er opplistet, og disse selskapene er fritaksmodellens *subjekter*. Utenlandske selskaper som "tilsvarer" et norsk selskap, er også omfattet av fritaksmetoden, jf. § 2-38 (1) k, såfremt disse er etablert innenfor EØS-området. Hva som skal til for at selskapet tilsvare et norsk skattesubjekt etter første ledd a, må avgjøres konkret.

Avgjørende for denne vurderingen er hvordan lovgivningen i utlandet er praktisert i forhold til den norske lovgivningen, samt hvordan den utenlandske enheten er driftet og organisert. Eiernes ansvar for selskapets forpliktelser vil eksempelvis være et sentral moment.<sup>21</sup>

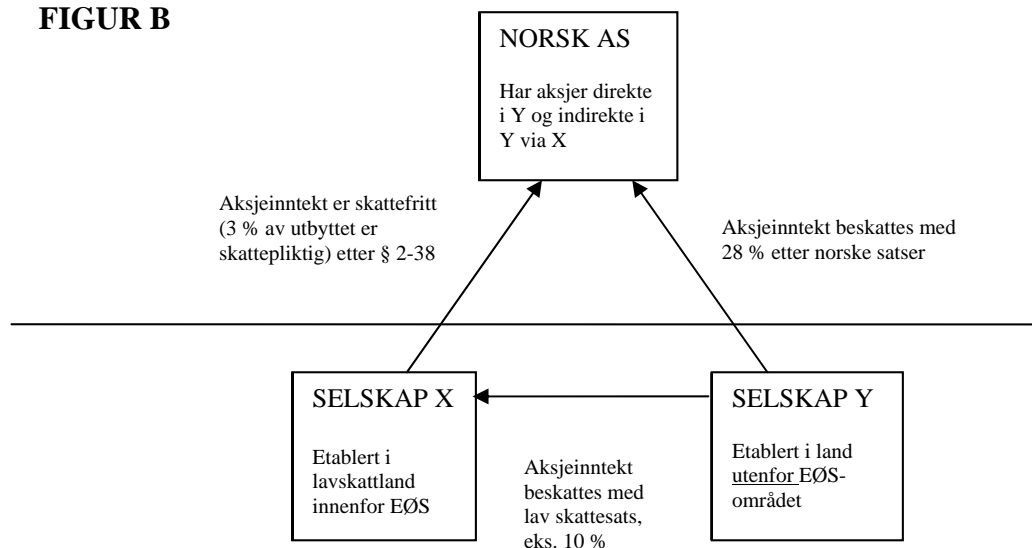
Inntektene som er gjenstand for skattefritak etter fritaksmodellen, anses som *objekter* for beskatningen og reguleres i § 2-38 (2). Annet ledd litra b bestemmer at utbytte fra utenlandske selskaper som tilsvare skattesubjektene som nevnt i første ledd, omfattes av fritaksmodellen.

<sup>21</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.2.1 (iv) 3 avsnitt hvor den konkrete vurderingen er nærmere beskrevet.

Bestemmelsen får dermed et grenseoverskridende element, slik at det må tas hensyn til EØS-avtalens regler om etableringsfrihet og fri flyt av kapital. Ved investeringer utenfor EØS-området blir selskapet trukket 28 % skatt etter norske regler.<sup>22</sup>

At midler fra et utenlandsk selskap innen EØS kan overføres skattefritt til et norsk aksjonærselskap i Norge, bidrar til at en selskapseablering i et lavskattland kan bli svært gunstig. Hvis man tar utgangspunkt i figur B kan man se de ulike skattetrekkene. Så fremt etableringen er reell, avskjæres norske myndigheter både fra å trekke skatt fra den inntekt det utenlandske selskap har (utdelinger fra SELSKAP Y til SELSKAP X), og fra å trekke skatt når denne inntekten deles ut til norske aksjonærer (utdelinger fra SELSKAP X til NORSK AS).

**FIGUR B**



*Ved å etablere selskap X i et lavskattland vil skatteprosentdifferanse utgjøre tilnærmet 18 %.*

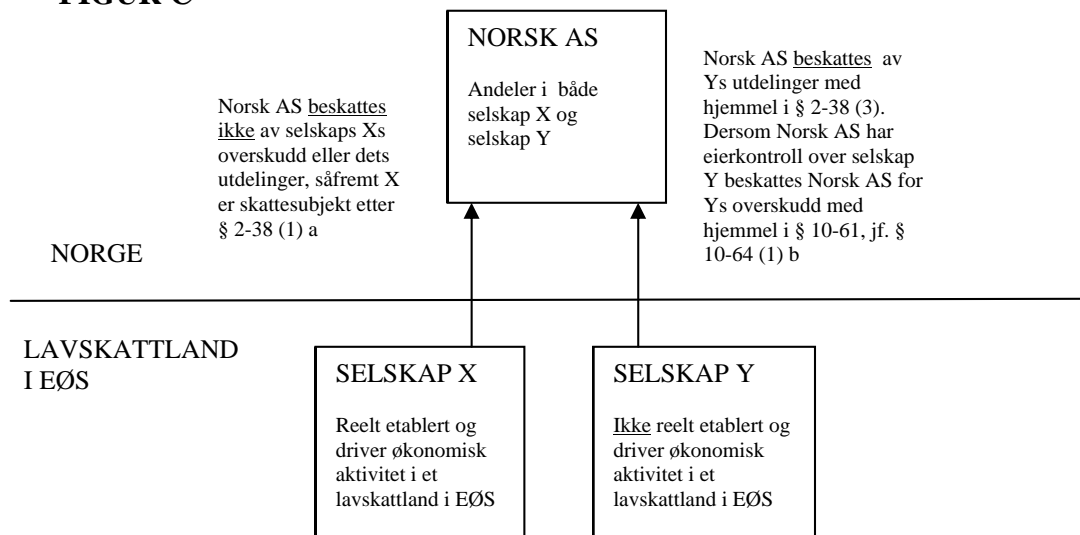
Figur B kan forklares ytterligere ved å konstruere et eksempel. Et norsk selskap er aksjonær i et heleid holdingselskap på Kypros som driver med aksjeinvesteringer i USA. Det kypriotiske holdingselskapet beskattes vesentlig mindre av aksjeinntekter fra investeringene i USA sammenlignet med hva et tilsvarende norsk selskap ville blitt beskattet. Etersom det

<sup>22</sup> Se sktl. § 5-1, jf. sktl. kap 10

kypriotiske selskapet er innenfor EØS-området er overføring av selskapets opptjente midler til det norsk-kontrollerte selskapet fritatt for skatt, jf. § 2-38. Norske myndigheter taper dermed vesentlige skatteinntekter ved at det etableres et slikt arrangement. Myndighetene kan ikke forby en slik etablering, men EØS-avtalen må forstås slik at dersom etableringen er en ren skatteomgåelse, uten reelt innhold utover det rent skatterettslige, kan selskapsaksjonærene likevel etter NOKUS-reglene beskattes for det kypriotiske selskapets overskudd.

Før slik beskatning kan foretas, må det vurderes om selskapet er ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”, jf. § 10-64 (1) b, jf. tilsvarende ordlyd i § 2-38 (3). Vilkaåret og dets rettsvirkning er illustrert i figur C. Vilkaåret utgjør en ikke uvesentlig begrensning for NOKUS-reglenes anvendelsesområde innen EØS, og er helt nødvendig for at reglene skal være i samsvar med EØS-avtalen.<sup>23</sup> Fortløpende beskatning av den norske aksjonærens andel i selskapets overskudd kan bare ilegges hvor en reell selskapsetablering ikke er tilfellet, se SELSKAP Y til NORSK AS i figur C. Tilsvarende vil utbytte fra selskapet bare kunne skattlegges dersom selskapet ikke er ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet”, jf. § 2-38 (3).<sup>24</sup> Foreligger derimot en reell etablering, vil utdelinger være skattefritt etter § 2-38 (1), se utbytte fra SELSKAP X til NORSK AS i figur C.

**FIGUR C**



*Et avgjørende vilkår for beskatning er altså at selskapet i lavskattlandet ikke er reelt etablert og driver økonomisk virksomhet.*

<sup>23</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes.

<sup>24</sup> Se Ot.prp. nr. 31 (2007-2008) avsnitt 9 som redigerte lovttekstens ordlyd slik at § 10-64 (1) b og § 2-38 (3) fikk like formuleringer.

## 2.6 Hensyn bak NOKUS-reglene

EØS-avtalen har til hensikt å skape et ”indre marked”. Det innebærer at norske statsborgere uten regulatoriske eller fiskale hindre skal kunne investere og etablere seg i hele EØS-området.

Selv om norske myndigheter generelt oppmuntrer til utenlandske investeringer, så har NOKUS-reglene til hensikt å forhindre investering i lavskattland. På denne måten forhindres at Norge taper skatteinntekter som følge av norske investorers utnyttelse av gunstige skatteregler i andre land. EØS-avtalen sikrer adgang for etablering i andre medlemsland, mens NOKUS-reglene begrenser denne adgangen.

EØS-rettens etableringsfrihet og NOKUS-reglene kan derfor oppstilles med motstridene hensyn og rettsvirkninger. Formålet bak etableringsfriheten etter EØS-avtalen er å sørge for at medlemslandenes rettssubjekter kan delta på en fast og varig måte i et av de andre medlemslandene. Det kan tenkes tilfeller som ikke omfattes av dette formålet, og som dermed er avskåret fra å påberope seg etableringsfriheten. Dersom etableringen ikke er reell, vil EØS-avtalens rettigheter ikke lenger gi vern mot nasjonale hindringer som behandler disse mer ugunstig. NOKUS-reglene søker også å ramme adgangen for selskaper uten reell etablering, slik at reglenes hensyn ikke nødvendigvis står i motstrid slik først antatt.

Det er også nødvendig å redegjøre nærmere for NOKUS-reglenes øvrige hensyn. Disse vil nedenfor bli drøftet i lys av EØS-rettens lære om tvingende allmenne hensyn. I likhet med andre skatter er provenyehensynet også fremtredene her.<sup>25</sup> Provenyehensynet er et nasjonal økonomisk hensyn hvor staten eksempelvis ønsker å sikre seg inntekter, unngå tapte inntekter eller sikre at statens næringsliv i privat sektor blir skattet gunstig.<sup>26</sup> NOKUS-reglene bidrar til at det ikke lenger er like attraktivt å investere i utlandet, og på denne måten sikrer norske myndigheter et fruktbart investeringsklima i Norge. Ved at investeringer og virksomhet blir flyttet ut av Norge, går staten glipp av en betydelig inntektskilde, primært ved at det ikke lenger er adgang for å beskattning av selskapets inntekt. NOKUS-reglene åpner imidlertid for slik beskattning, selv om virksomheten er flyttet ut av landet.

---

<sup>25</sup> Dette følger ikke direkte av forarbeidene, men kan leses indirekte ut fra Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 6.5.4.2 avsnitt 2.

<sup>26</sup> Sejersted m.fl. EØS-rett s. 317.

Det fremgår av forarbeidene at NOKUS-reglene skal sikre eksportnøytralitet.<sup>27</sup> Tanken er at norske aksjonærer blir beskattet likt uavhengig om de investerer i lavskattland, i andre land eller i Norge. Selv om man i utgangspunktet ønsker å oppnå likehet mellom aksjonærene, blir de som investerer i lavskattland behandlet mindre gunstig. Den norske investoren i NOKUS-selskapet blir beskattet fortløpende uten at utbytte er utdelt. Dette kan oppleves byrdefullt for en aksjonær når det må betales skatt av midler han ennå ikke har i hende.<sup>28</sup>

Et siste hensyn er at NOKUS-reglene er oppstilt for å bekjempe skatteomgåelse. Det fremgår av Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) at "[f]ormålet med NOKUS-reglene er å hindre skattemotivert kapitalflukt ved at skatteyttere investerer og samler opp overskudd i selskaper hjemmehørende i lavskattland for å unngå løpende norsk beskatning".<sup>29</sup> Det er viktig å trekke skillet mellom skatteomgåelse og skatteunndragelse, hvor sistnevnte er ulovlig skal angripes ved andre midler som eksempelvis tilleggsskatt (lignl. kap 10) eller straff for skattesvik (lignl. kap 12).<sup>30</sup> Skatteplanlegging er lovlig, men når planleggingen går over til omgåelse av skattereglene i strid med det ligningsmyndighetene fastsetter, vil disposisjonen ikke lenger stå seg. Vi ser her klare likehetstrekk med den ulovfestede læren om gjennomskjæring. Omgåelsesnormen er for NOKUS-selskapers tilfelle blitt lovregulert. Grensen for når NOKUS-reglene får anvendelse er vanskelig å trekke. På en side er det adgang til å planlegge sin skatteposisjon, og det er lovlig å la seg motivere av skattebesparelse. Skattekonkurranse mellom stater innen EØS nyter beskyttelse av EØS-avtalens friheter til et visst punkt. På den andre siden må grensen trekkes ved de selskapsetableringer hvor skattemotivet har vært det eneste, og at etableringen i realiteten ikke har noe innhold utover dette. Oppgavens øvrige del vil belyse dette nærmere.

---

<sup>27</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.2.1 avsnitt 2, som henviser videre til Ot.prp. nr. 16 (1991-92).

<sup>28</sup> Se alminnelige skatterettslige periodiseringsregler i sktl. kap. 14.

<sup>29</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 6.5.4.2 avsnitt 2. Det noe uheldige ordvalget "skatteflukt" må ikke tillegges avgjørende vekt da det fremgår av øvrige punkter at det avgjørende er bekjempelse av skatteomgåelse.

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.4.1 avsnitt 4 og 5 er også klar på skillet mellom skatteunndragelse og skattomgåelse. Når terminologien ofte kan blandes sammen er dette grunnet i at EU-domstolens avgjørelser blir oversatt til mange språk, og de enkelte land kan ha sin egen tolking av et ord. Eksempelvis er den danske oversettelsen "skatteunndragelse", det samme som det vi i Norge mener med "skatteomgåelse". Den engelske terminologien som brukes er "tax avoidance" hvilke kan indikere at den norske ordlyden også burde være oversatt til unndragelse. Etersom unndragelse og omgåelse møtes med ulike rettsmidler er det imidlertid viktig å skille. Den norsk oversettelsen av "tax avoidance" i økonomisk terminologi er skatteminimalisering.

### **3. EØS-RETTENS KRAV TIL ”REELT ETABLERT”?**

#### **3.1 Innledende bemerkninger**

Ved vedtakelsen av EØS-loven i 1994 ble EØS-avtalen implementert i norsk lovgivning, og avtalens bestemmelser skal ved motstrid gå foran den nasjonale regel, jf. EØS-loven §§ 1 og 2. I St.prp. nr. 100 (1991-92) om samtykke til ratifikasjon av EØS-avtalen fremgår det som en klar forutsetning at EØS-retten ikke skal ha innvirkning på statens skatte- og avgiftslovgivning. Dette har senere vist seg problematisk.<sup>31</sup> Å utforme regler om beskatning hører innenfor nasjonale myndigheters kompetanse, men det er ikke tvilsomt at denne må utøves i samsvar med EØS-avtalens hoveddel.<sup>32</sup> For å avgjøre hvilke krav som påhviler Norge gjennom EØS-retten, må EØS-avtalens med dens rettskilder tolkes.

#### **3.2 EØS-avtalen**

Utgangspunktet for vurderingen av hvilke EØS-rettslige forpliktelser som påhviler Norge ved anvendelsen av NOKUS-reglene, er EØS-avtalens regler om etableringsrett og fri flyt av kapital, jf. henholdsvis artikkel 31 og artikkel 40. Dersom NOKUS-selskapet er heleid av norske investorer, vil reglene om etableringsfrihet komme til anvendelse. Reglene om fri flyt av kapital vil på sin side anvendes hvor den norske aksjonæren bare eier noen av andelene. Det er av flere EU-avgjørelser blitt understreket at vurderingen av de nasjonale reglene ville blitt den samme uavhengig hvilke regelsett man anvender.<sup>33</sup>

##### **3.2.1 Etableringsfrihet**

I EØS-avtalens artikkel 31 bestemmes at det ikke skal være ”noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium”. Dette innebærer at det ikke kan opprettes noen nasjonale hindringer som avholder eller avskrekker nasjonale statsborgere og statsborgere fra andre EØS-medlemsstater i å etablere i seg i en annen medlemsstat. Selskap er likestilt med fysiske personer, jf. EØS-avtalens artikkel 34. En restriksjon foreligger hvor en statsborger møter en hindring idet han oppretter en virksomhet i et annet EØS-land. Hindringen består ofte i at

---

<sup>31</sup> Se Dajani m.fl. EØS-avtalen og norsk skatterett for en utførlig redegjørelse.

<sup>32</sup> Se blant annet E-1/04 Fokus Bank avsnitt 20 med henvisninger .

<sup>33</sup> Se C-251/98 Baars premiss 21, og C-410/98 Metallgesellschaft premiss 75.



statsborgeren forskjellsbehandles fra andre statsborgere.<sup>34</sup> Et typisk tilfelle hvor bestemmelsen får anvendelse, er hvor en stat hindrer norske skattesubjekter å oppnå gunstige skatteposisjoner i andre medlemsstater. Retten til fri etablering kan for øvrig også gjøres gjeldende overfor den stat man er etablert i.<sup>35</sup> Hensynet bak etableringsreglene er å gjøre det internasjonale marked tilgjengelig for statsborgere i EØS-medlemsstatene.

Dersom NOKUS-reglene behandler norske aksjonærer forskjellig, avhengig av om de har investert i nasjonale eller utenlandske selskap innen EØS, vil dette utgjøre en hindring etter artikkel 31. Skatteyteren som har etablert seg i et lavskattland, behandles ulikt fra andre skatteyttere ved at et selskaps overskudd blir beskattet. Det må også anses som diskriminerende at beskatningen ilegges uten at det er foretatt en utdeling fra selskapet. EU-domstolen har i en sentral dom på dette området konkludert med at dette utgjør en forskjellig behandling av sammenlignbare situasjoner.<sup>36</sup> Denne behandles nærmere i punkt 3.4 nedenfor.

Det avgjørende for EU-domstolen i C-196/04 Cadbury Schweppes var hvordan situasjonen stilte seg sammenlignet med tilsvarende innenlandsk etablering og tilsvarende høyskattlandsetablering. Aksjonærene ble ikke skattlagt av datterselskapets overskudd i noen av de sammenlignbare tilfellene, og dermed utgjorde de britiske CFC-reglene er restriksjon med etableringsfriheten.

Utgangspunktet etter dette må være at Norge ikke kan ilegge beskatning hos norske skatteyttere som gjør det mindre gunstig å etablere selskap i andre medlemsland enn om selskapet hadde vært etablert i Norge.

### **3.2.2 Fri flyt av kapital**

Reglene om fri flyt av kapital følger av i EØS-avtalens artikkel 40. Her bestemmes at det ikke skal "være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalinnbringelsen". I dette ligger at dersom en statsborger ønsker å investere i en annen stat innen EØS, skal han ikke behandles mindre gunstig enn andre statsborgere. Eksempelvis må det ikke foreligge nasjonale restriksjoner for kapitalinnskudd i utenlandske selskaper innenfor EØS-samarbeidet. Typisk vil ulike

---

<sup>34</sup> Diskriminering er av EU-domstolen definert som "forskjellsbehandling av sammenlignbare situasjoner" og "likebehandling av forskjellige situasjoner", jf. Se C-80/94 Wielocks premiss 17.

<sup>35</sup> Se C- 81/87 Daily Mail som gjaldt krav om selskapets rettssubjektivitet ved skatteflukt.

<sup>36</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 44.

skattesatser kunne være en slik restriksjon ved at det blir mer gunstig å investere i nasjonale selskaper. Dersom det foreligger nasjonale restriksjoner som favoriserer nasjonale statsborgere, vil denne svekke det internasjonale marked og dermed hele det europeiske økonomiske samarbeidet.

Også her må utgangspunktet være at Norge ikke kan opprettholde en beskatning som gjør det mindre gunstig å investere i selskaper i utlandet enn i Norge. Vi har tidligere har vært inne på at vurderingen måtte bli den samme etter begge regelsett. Fremstillingen vil i det følgende bare ta utgangspunkt i etableringsretten, ikke reglene om fri kapitalflyt.

En hindring kan likevel være lovlig dersom den ivaretar hensyn som nevnt i EØS-avtalens art. 33. Her oppstilles ”hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen”. Disse er imidlertid ikke relevante for skatterettens vedkommende.<sup>37</sup>

I C-120/78 Cassis De Dijon åpnet i midlertid EU-domstolen opp for at også andre hensyn kan begrunne en hindring. Avgjørelsen gjaldt bestemmelsene om fri flyt av varer, men den ulovefestede unntakslæren kan også legges til grunn ved øvrige friheter. I motsetning til unntaksbestemmelsen i artikkel 33 kommer læren både til anvendelse hvor hindringen forskjellsbehandler statsborgere direkte og indirekte. Spørsmålet er hvorvidt restriksjonen som NOKUS-reglene utgjør, likevel er lovlig etter læren om tvingende allmenne hensyn.

### **3.3 Læren om tvingende allmenne hensyn**

Tvingende allmenne hensyn kan bare gjøre hindringen lovlig når tre vilkår er oppfylt. Hensynet må for det første være et relevant hensyn.<sup>38</sup> For det andre må restriksjonen være egnet til å ivareta formålet, og reglene må for det tredje ikke gå utover hva som er nødvendig for å ivareta hensynet (proporsjonalitet). Læren utgjør et unntak fra EØS-avtalens hovedregel og skal tolkes strengt.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Se Zimmer, 2009 4 utg. s. 105. Se også Bullen, 2005 s. 478 som anfører: ”Hensynene er i skrivende stund heller ikke blitt påberopt som grunnlag for å opprettholde skatteregler som innebærer inngrep i de grunnleggende friheter verken for EF-domstolen eller for EFTA-domstolen”.

<sup>38</sup> De aktuelle hensyn som blir redegjort for vil ta utgangspunkt i oppgavens punkt 2.6.

<sup>39</sup> Se blant annet C-315/02 Lenz premiss 26, og C-319-02 Manninen premiss 28.

### 3.3.1 Provenyhensynet

NOKUS-reglene bidrar til å øke statens inntektsgrunnlag. Provenyhensynet og nasjonaløkonomiske hensyn ligger ofte til grunn for beskatning av en bestemt inntekt. Det er adgang til å vektlegge dette hensynet etter EØS-avtalen, da beskatningskompetansen i utgangspunktet tilhører staten. Dette gjelder imidlertid bare så langt utenlandske statsborgere behandles likt som nasjonale statsborgere. Det er lang praksis fra EF-domstolen for at lovgivning som diskriminerer utenlandske (eller nasjonale) statsborgere, ikke kan begrunnes i hensynet til statens inntektsmuligheter.<sup>40</sup> Begrunnelsen for dette er at formålet med et felles økonomisk marked hadde blitt undergravet dersom stater kunne opprette hindringer grunnet i statens inntektsmuligheter.

Provenyhensynet som begrunnelse for NOKUS-beskatning kan vanskelig forsvare en restriksjon i strid med etableringsfriheten. Det ligger i EØS-avtalens formål at stater ikke kan behandle investeringer i utlandet annerledes ut fra det hensyn å unngå et tap av skatteinntekter. Dette er også fastholdt av EU-domstolen.<sup>41</sup>

### 3.3.2 Eksportnøytralitet

Det er ønskelig å skattelegge NOKUS-selskap for å likebehandle aksjonærer, når aksjonærer som investerer i Norge ikke nyter samme gunstige skattesatser som de aksjonærer som investerer i lavskattland.<sup>42</sup> Selv om likebehandling av norske aksjonærer i utgangspunktet skulle være i henhold til EØS-retten, kan dette ikke gjøres ved å ta i bruk diskriminerende metoder. NOKUS-beskatning innebærer en forskjellsbehandling i forhold til norske aksjonærer som investerer i lavskattland ved at de beskattes ut fra NOKUS-selskapets overskudd, og ikke utdelt utbytte. Beskatningen blir følgelig foretatt på et tidligere tidspunkt, og uten at midlene er tildelt aksjonærenes hender. Hensynet om eksportnøytralitet kan ikke forsvare det inngrep i etableringsfriheten som NOKUS-beskatning utgjør. At aksjonærer som etablerer seg i en annen stat innen EØS utsettes for denne likviditetsrisiko, utgjør en forskjellsbehandling i forhold til aksjonærer som etablerer seg i Norge.

---

<sup>40</sup> Se C-120/95 Decker premiss 39 og E-1/04 Fokus Bank premiss 33, hvor formål av rent økonomisk art ikke kunne begrunne restriksjonen.

<sup>41</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 49 ”The need to prevent the reduction of tax revenue is not one of the grounds listed in Article 46(1) EC or a matter of overriding general interest which would justify a restriction on a freedom introduced by the Treaty”.

<sup>42</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.2.1 avsnitt 2 som henviser videre til Ot.prp. nr. 16 (1991-92).

### 3.3.3 Bekjempelse av skatteomgåelse

EU-domstolen har uttalt at restriksjoner som søker å bekjempe skatteomgåelse kan forsvare et inngrep i etableringsfriheten.<sup>43</sup> Det er imidlertid presisert at bekjempelse må omfatte en *spesiell form* for skatteomgåelse. I C- 264/196 ICI-avgjørelsen ble det fastholdt at den britiske lovgivning gikk utover de tilfeller enn bare å ramme de rent kunstige arrangementer, og at den derfor var i strid med EF-traktaten.<sup>44</sup> Dette er videre fastholdt i Cadbury Schweppes-avgjørelsen.<sup>45</sup>

Når hovedformålet bak NOKUS-reglene er å hindre at investorer oppretter selskap i lavskattland hvor eneste formål er å omgå norske skatteregler, er bekjempelse av skatteomgåelse ved rent kunstige arrangementer<sup>46</sup> å anses som et relevant hensyn. Spørsmålet blir da hvorvidt restriksjonen er egnet til å ivareta hensynet. Dette vilkåret kan ikke anses tvilsomt ved at bekjempelse av skatteomgåelse klart oppnås ved å beskatte de aksjonærer som etablerer seg i lavskattlandet.

Siste vilkår for at restriksjonen kan anses lovlig etter læren om tvingende allmenne hensyn, er om NOKUS-reglene går utover hva som er nødvendig for å ivareta hensynet om å bekjempe skatteomgåelse. Problemer består her i å utforme et regelverk hvor skatteomgåelse bekjempes, men uten at denne går utover de skatteyttere som lovlig planlegger sin virksomhet, etablering og investering ut fra hva som gir den beste skatteposisjon. Verken EØS-avtalens hoveddel eller fellesskapsrettens direktiver regulerer dette spørsmålet. Slik NOKUS-reglene tidligere var utformet, var de klart i strid med EØS-avtalen, ved at NOKUS-beskatningens anvendelsesområde var betydelig videre.<sup>47</sup> En slik restriksjon må anses å gå lang utover hva hensynet tilsier, og er derfor ikke proporsjonal. Nå som det oppstilles et ytterligere vilkår om reell etablering, har NOKUS-reglenes anvendelsesområde blitt redusert, og er mer proporsjonalt med hensynet om å bekjempe skatteomgåelse av rent kunstige arrangementer. Spørsmålet er imidlertid om NOKUS-reglenes utforming av skatteloven ikke samsvarer med det EØS-retten bestemmer.

---

<sup>43</sup> Se C-9/02 Lasteyrie de Saillant, premiss 54.

<sup>44</sup> C- 264/196 ICI-avgjørelsen premiss 26.

<sup>45</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 51.

<sup>46</sup> Hva som kan utledes av ordlyden "rent kunstig arrangement" vil bli redegjort for under punkt 3.4.3.

<sup>47</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.1 avsnitt 1.

For å avgjøre hvor langt de norske regler kan gå, må det først avklares hva EU-domstolen legger i kravet om rent kunstige arrangementer. Dette må vurderes med utgangspunkt i EFTA- og EU-rettens rettspraksis. Særlig er C-196/04 Cadbury Schweppes illustrerende for hvordan utforming av NOKUS-reglene skal være for å gå klar av de rettigheter som kan utledes fra etableringsfriheten. Avgjørelsen vil i det følgende bli utførlig behandlet da den var årsaken for hvorfor norske regler ble endret, og den var dessuten veiledende for hvordan lovendingen ble utformet.

### **3.4 Cadbury Schweppes-avgjørelsen**

#### **3.4.1 Sakens faktum**

Den 12. september 2006 avsa EU-domstolen en avgjørelse om hvorvidt de britiske CFC-reglene var i overensstemmelse med fellesskapsretten. CFC-reglene er i det vesentligste tilsvarende de norske NOKUS-reglene. EU-domstolens avgjørelser er ikke direkte bindende for Norge, men det er ikke tvilsomt at disse skal tillegges vekt ved tolking av norsk lov.<sup>48</sup>

Cadbury Schweppes plc ("morselskapet") eide aksjer og kontrollerte to datterselskap, Cadbury Schweppes Treasury Service og Cadbury Schweppes Treasury International ("datterselskapene"), i Irland. Disse var etablert i International Financial Services Senter i Dublin, og ble skattet for sin selskapsinntekt etter irske skattesatser. Ettersom morselskapet hadde eierkontroll over de to datterselskapene og disse to var etablert i et lavskattland anvendte britiske myndigheter CFC-reglene for å beskatte morselskapet fortløpende for datterselskapenes overskudd. Morselskapet mente dette var i strid med EUF-traktaten og reiste søksmål mot den britiske stat. Når saken kom inn for britiske domstoler ble EU-domstolen bedt å ta stilling til CFC-reglene, jf. EF-traktaten artikkel 234.

#### **3.4.2 Domstolens vurderinger**

Det avgjørende er å se på domstolens vurderinger om hvorvidt de britiske CFC-reglene gikk lenger enn å ivareta hensynet til å bekjempe en spesiell form for skatteomgåelser. Dersom restriksjonen ikke er proporsjonal med hensynet den søker å ivareta, kan den ikke begrunnes i læren om tvingende allmenne hensyn.

---

<sup>48</sup> Se eksempelvis Rt. 2002 s. 391 God morgon "det er på det rene at slik senere praksis [relevant praksis fra EF-domstolen] uansett skal tillegges stor vekt ved tolkingen av norsk lov"

EU-domstolen redegjorde for EF-traktatens rekkevidde ved at restriksjonen kunne opprettholdes dersom det var tale om et "wholly artificial arrangement". Av den danske oversettelsen er samme ordlyd oversatt med et "rent kunstig arrangement". En naturlig forståelse av ordlyden er at selskapet mangler et reelt innhold. Dersom selskapet er etablert som et arrangement med det formål å unngå hjemlandets strengere skattesatser, nyter den ikke lenger beskyttelse etter fellesskapsretten. Dette innebærer at dersom et selskap etableres med den eneste hensikt og funksjon å unngå de nasjonale skattereglene, vil aksjonærens hjemstat likevel kunne beskatte aksjonærene.

Et typisk tilfelle hvor unntaket vil komme til anvendelse, er dersom det opprettes et selskap som bare er et mellomledd for kapitalstrøm, typisk ved en bankkonti. EU-domstolen nevner selv eksemplene "postkasseselskap" (letterbox) og "skjermelskap" (front subsidiary). Dette er selskap som i realiteten ikke produserer noe eller har noen egen virksomhet som sådan, og alt blir styrt gjennom andre organer utenfor selve selskapet. Begrunnelsen for at EU-domstolen tillater beskatning av slike selskaper er at hensynene bak etableringsfriheten ikke lenger gjør seg gjeldende. Utgangspunktet er at man fritt kan benytte seg av de fordeler andre medlemsstater har, men ikke på en måte hvor stater beskatningskompetanse unndras.

EU-domstolen ser at skattemotivet hos en skatteytter kan være vanskelig å avdekke, og domstolen åpner for en konkret vurdering hvor man kan søke veiledning i objektive omstendigheter.

### **3.4.3 Objektive omstendigheter**

De objektive omstendighetene oppstilles klarer i Generaladvokatens innstilling, hvor det gjøres rede for tre ulike kriterier det kan legges vekt på i vurderingen om en etablering er et rent kunstig arrangement. EF-domstolen gjengir første kriteriums ordlyd i avgjørelsens premiss 67, men ikke de to andre. Det fremgår heller ingen generell uttalelse om at domstolen tiltrer Generaladvokatens kriterier. Ettersom kriteriene har vært motiverende for norske myndigheter, gjengis imidlertid alle tre kriterier i det følgende.<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Den omstendighet at Generaladvokatens innstilling har vært så sentral ved utformingen av forarbeidene kan være rettskildemssig problematisk. En nærmere redegjørelse av dette følger av punkt 4.4.1.

Første kriteriet om *selskapets tilstedeværelse* er nærmere beskrevet avgjørelsens premiss 67 og Generaladvokatens innstilling i punkt 112. Her følger det at CFC-selskapet må ha en viss tilhørighet til lavskattlandet. Det må undersøkes om selskapet har lokaler, personale og det nødvendige utstyr for å drive virksomheten.<sup>50</sup> Dette er objektive omstendigheter som må være etterprøvbare av en tredjemann. Foreligger ikke disse omstendighetene taler det i retning av at selskapet kun er opprettet med hensyn til skattefordelen, og at det reelt sett blir drevet fra morselskapet i opprinnelsesstaten.

Det andre kriteriet er krav til *virksomhetens karakter*, og hvorvidt den er utstyrt til å drive den virksomhet de faktisk skal drive. Relevante momenter i forbindelse med dette er foreligger tilstrekkelig kompetanse for å drive virksomheten og hvilket nivå beslutningene treffes på.<sup>51</sup> Styres alt fra morselskapet, taler dette i retning av at etableringen av CFC-selskapet er et rent kunstig arrangement. Både det første og det andre kriteriene kan enkelt etterprøves ved at de vurderes på bakgrunn av faktiske omstendigheter, som antall ansatte og skriftlige fullmakter.

Det tredje og siste kriteriet om *virksomhetens økonomiske struktur* er imidlertid noe mer problematisk å anvende. Kriteriet beskrives av Generaladvokatens innstilling i punkt 114 ved at det avgjørende må være om datterselskapet tilfører morselskapet noe merverdi eller om den er helt uten økonomisk interesse. I dette ligger at dersom morselskapet foretar alle investeringer på datterselskapets vegne, og bare bruker datterselskapets navn for å oppnå en skattefordel, er dette i realiteten et arrangement hvor kapitalstrømmen bare har en mellomstasjon med eneste hensikt å spare skatt. Dersom datterselskapet derimot foretar egne investeringer, og driver faktisk aktivitet for inntekten, taler dette i retning av at selskapet anses som reelt. Kriteriet kan være egnet til å misforstå fordi et selskap uten økonomisk substans heller ikke har skatt å spare. Det er derfor viktig å presisere at argumenter som eksempelvis at virksomheten like godt kunne vært drevet i morselskapets hjemland i stede for lavskattlandet, ikke kan tillegges vekt i vurderingen om det her er tale om et rent kunstig arrangement.<sup>52</sup> Dette har sin sammenheng med at stater ikke kan benytte provenyehensynet som begrunnelse for en nasjonal foranstaltning som forskjellsbehandler selskaper.

---

<sup>50</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 67.

<sup>51</sup> Se Generaladvokatens innstilling punkt 113.

<sup>52</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 69 med henvisning til Generaladvokatens innstilling premiss 103.

Generaladvokatens kriterier kan bidra til å avgjøre om datterselskapene i Cadbury Schweppes-konsernet var å anse som et ”rent kunstig arrangement”.

#### **3.4.4 Avgjørelsens vekt ved tolking av EØS-avtalen**

EU-avgjørelsen i Cadbury Schweppes er en tolkningsuttalelse over de britiske CFC-reglens forenlighet med etableringsfriheten. EØS-avtalens artikkel 31 er utformet tilnærmet identisk med EF-traktatens artikkel 43. Dette taler i retning av at avgjørelsens vekt må være av stor betydning for Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Etter mitt syn er det tre omstendigheter som kan bidra til at avgjørelsens vekt reduseres ved dens anvendes på de norske NOKUS-reglene.

EØS-avtalens artikkel 6 tar forbehold om EU-domstolens rettsavgjørelsens vekt etter undertegning av avtalen. Dette er begrunnet i EFTA-statenes usikkerhet omkring hvordan fellesskapsretten ville utvikle seg. ODA art. 3 (2) pålegger imidlertid EFTA-domstolene å ta ”tilbørlig hensyn” også til senere avgjørelser fra EU-domstolen, og EFTA-domstolens praksis viser at dette pålegget er fulgt. Dette har særlig kommet til uttrykk i EFTA-domstolens avgjørelse i L’Oreal.<sup>53</sup> Heller ikke Høyesterett synes å tillegge skillet i EØS-avtalen art. 6 avgjørende betydning.<sup>54</sup> Den omstendighet at avgjørelsen er avsagt etter undertegning av EØS-avtalen, reduserer følgelig ikke dens vekt.

For det andre har avgjørelsens vurderinger et spesielt faktum for øyet, nemlig beskatning av et morselskap for datterselskapets overskudd. NOKUS-reglene omfatter mange ulike selskaps- og virksomhetstyper, og ikke bare mor-datterforhold. EU-domstolens uttalelser hva angår de rent kunstige arrangementer, har for så vidt preg av å være generelle i den forstand at de kan anvendes på andre tilfeller i tillegg. Det er imidlertid slik at når en uttalelse kommer i forbindelse med en konkret sak passer den ikke nødvendigvis alle tilfeller. Et eksempel er noen typer av investeringsselskap, som ikke oppfyller kriteriene, men som likevel må anses å være en reell etablering.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Forente saker E-9/07 og E-10/07 premiss 29.

<sup>54</sup> Se eksempelvis Rt. 2002 s. 391 God morgon. Se mer om dette i Arnesen og Stenvik 2009 punkt 5.2.3.

<sup>55</sup> Se Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009, hvor det fremholdes at kravet til ansatte ikke kan oppstilles for aksjefond.



Den tredje omstendigheten som kan svekke avgjørelsens vekt er at det er noe uklart hvorvidt kriteriene kan leses ut fra avgjørelsen eller om det bare er en oppstilling fra Generaladvokatens innstilling. Dersom de bare kan leses ut fra Generaladvokatens innstilling må dens rettskildemessige vekt problematiseres.<sup>56</sup> En drøftelse om dette vil bli foretatt under oppgavens punkt 4.4.1

### **3.5 Oppsummering**

Som et utgangspunkt utgjør NOKUS-reglene en hindring etter EØS-avtalens bestemmelsen om etableringsfrihet, ved at norske aksjonærer som investerer i lavskattland innen EØS blir behandlet mindre gunstig enn norske aksjonærer som investerer i Norge. Restriksjonen kan imidlertid opprettholdes etter læren om tvingende allmenne hensyn dersom hindringen er begrunnet i hensynet til å bekjempe skatteomgåelse ved etableringer av rent kunstige arrangementer. Det avgjørende for denne vurderingen er hvorvidt NOKUS-reglene er utformet slik at de ikke rammere flere enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet. Graden av hvor mye skattemotivet har vært fremtredene ved etableringen er et avgjørende moment, og det kan ses hen til objektive omstendigheter dersom situasjonen tillater det i det konkrete tilfellet.

## **4. SKATTELOVENS KRAV TIL ”REELT ETABLERT” – FORHOLDET TIL EØS-AVTALEN?**

### **4.1 Innledning**

For å avgjøre nærmere hva som ligger i vilkåret ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der” etter sktl. § 10-64 (1) b, må relevante rettskilder tolkes. Det er flere faktorer som bidrar til å belyse hvilke selskapsetableringer som beskattes etter NOKUS-reglene. Det vil i det følgende bli redegjort for noen punkter hvor norsk rett kan være problematisk i forhold til EØS-avtalen. Avslutningsvis følger en vurdering om hvorvidt kravet til den reelle etableringen strider mot EØS-avtalens etableringsfrihet. Først vil EØS-rettens innvirkning på norsk rett redegjøres for.

---

<sup>56</sup> Se Sejersted m.fl. 2004 punkt 5.6 avsnitt 3.

## 4.2 EØS-rettens betydning for norske NOKUS-regler

Norge har gjennom EØS-loven inkorporert EØS-avtalen i det norske rettssystemet. EØS-avtalen skal etter § 1 gjelde som norsk rett, og ved motstrid går gjennomførte EØS-rettslige regler foran andre bestemmelser, jf. § 2.<sup>57</sup>

Når en norsk intern regel oppstiller en annen løsning enn hva som kan utledes av EØS-retten, søker man å tolke norsk rett slik at den samsvarer med EØS-retten. Presumsjonsprinsippet er et viktig tolkningsprinsipp i norsk rett, og går ut på at man formoder at lovgiver har ment at norsk rett skal samsvare med folkeretten. Presumsjonsprinsippet kan forstås på ulike måter, og kan anvendes både hvor det foreligger tolkningsproblemer og hvor foreligger normkollisjon.<sup>58</sup> Prinsippet's anvendelsesområde må ses i sammenheng med at det gir uttrykk for hvordan nasjonale regler skal tolkes. Motstridstilfellene kan også løses på andre rettslige grunnlag. Prinsippet vil derfor ikke bli behandlet som et kollisjonsnormprinsipp i denne oppgaven. Dersom norsk rett ikke kan forenes med EØS-retten, foreligger motstrid.

Ved motstrid mellom bestemmelser som tjener til å oppfylle forpliktelsene etter EØS-avtalen og andre bestemmelser i norsk rett som regulerer samme forhold, skal etter EØS-l. § 2 de førstnevnte legges til grunn.<sup>59</sup> Dette medfører at norske lovregler som er i strid med EØS-avtalens hoveddel slik den er gjort til norsk lov, vil måtte stå tilbake for EØS-avtalen, med mindre Stortinget klart har forutsatt annet.<sup>60</sup> I tillegg kan norske lovbestemmelser i strid med EØS-avtalen utløse erstatningsansvar for det offentlige, samtidig som motstrid kan påtales og forfølges etter så vel EØS-avtalens regler som ODA.<sup>61</sup>

Det er ikke tvilsomt at i den grad NOKUS-reglene er i strid med EØS-avtalens hoveddel, må de stå tilbake for EØS-avtalens løsninger, jf. EØS-l. § 2. Dersom NOKUS-reglene kan forstås på flere måter, presumerer man at de er utformet på en slik måte at de overholder Norges

---

<sup>57</sup> At den gjennomførte EØS-regelen har forrang foran andre bestemmelser, gjelder også i de tilfeller EØS-regelen er kommet til uttrykk i en forskrift, og den norske bestemmelsen følger av senere lov, jf. § 2.

<sup>58</sup> Arnesen og Stenvik 2009 punkt 3.3 s. 60, som anvender Rt. 2000 s. 1811 som eksempel på hvordan presumsjonsprinsippet kan spille inn i motstridsspørsmålet.

<sup>59</sup> Det kan utledes av samme bestemmelse at dersom det er motstrid mellom en gammel lov, og en forskrift som inkorporerer EØS-rettlige bestemmelser, så skal forskriften gå foran den eldre lov ved motstrid.

<sup>60</sup> For en utførlig redegjørelse av internasjonale forpliktelser forhold til norsk rett, se Arnesen og Stenvik 2009 kap 3.

<sup>61</sup> Se Sejersted m.fl. om håndhevingen av EFTA-statenes forpliktelser under EØS-avtalen, og tvistløsningsmekanismer.

forpliktelser etter EØS-avtalens krav om etableringsfrihet. Man finner da hvilke rettsregel som skal anvendes på det aktuelle tilfellet etter en samordning av argumenter.

### 4.3 Lovtekst

I § 10-64 (1) b bestemmes at aksjonæren i et selskap etablert i et lavskattland ikke kan skattlegges for selskapets overskudd dersom det er ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at et selskap må ha et innhold for at NOKUS-beskatning skal unngås. Dette innebærer at norske aksjonærer må dokumentere at selskapet driver tilstrekkelig med næringsvirksomhet.

Det fremgår klart av lovteksten at virksomheten skal skjer ”der”, altså i etableringsstaten. Det samme fremgår også av forarbeidene. Spørsmålet er hvorvidt det kan opprettholdes i lys av EØS-avtalens regler om etableringsfrihet, når det stilles krav om hvor den aktuelle virksomhet skal finne sted. Det fremgår av Cadbury-schweppes avgjørelsen at virksomheten skal må være ”in the host member state”<sup>62</sup> Dersom man hadde oppstilt en valgmulighet om å drive virksomheten et annet sted ville hele formålet bak bekjempelsen av skatteomgåels blitt undergravet. Formålet bak NOKUS-beskatning er å ramme de tilfeller hvor det er opprettet fiktive etableringer med omgåelse av skatt for øyet. Dersom etableringen kan drives et annet sted ville et slikt skattemotiv vært umulig å avdekke. Kravet om at virksomheten skal være i et bestemt land, er derfor ikke i strid med EØS-avtalens regler om etableringsfrihet.

I motsetning til EU-domstolens uttalelser om ”wholly artificial arrangement”, eller på dansk ”rent kunstige arrangementer”, ser vi at skatteloven bruker en annen ordlyd. Det oppstilles i skatteloven både krav til at selskapet må være reelt etablert og at selskapet må ha en reell økonomisk aktivitet. Den norske lovteksten er på så måte mer presis ved at den angir et mer konkret vurderingstema, men det kan også anses som problematisk at den ikke forholder seg til EU-domstolens egne formuleringer. Slik ordlyden er formulert kan det virke som at Generaladvokatens innstilling har vært motiverende for utformingen av ordlyd, ved at kriteriene direkte kommer til uttrykk i norsk lovtekst. Hva gjelder kravet til ”økonomisk aktivitet”<sup>63</sup>, fremgår dette av det tredje kriteriet i Generaladvokatens innstilling. Dette kan

---

<sup>62</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 66, jf. premiss 52.

<sup>63</sup> Se sktl. § 10-64 (1) b.

være uheldig i forhold til skatteyderens adgang til å forutberegne sin skattemessige rettsstilling når det i utgangspunktet kreves mindre av etableringen enn hva ordlyden tilsier.

Kravet om at aksjonæren må påvise at selskapet driver reell økonomisk aktivitet, kan være et forsøk på å gjengi EU-domstolens uttalelse i premiss 65. Her følger det at det er en betingelse for at CFC-reglene er forenlige med EØS-retten, er at beskatning er utelukket i de tilfeller selskapet svarer til en økonomisk realitet. Det vil si at når et selskap kan påvise økonomisk aktivitet så foreligger det alltid andre motiver for etableringen enn det rent skattemessige. Et selskap kan med andre ord også være reelt etablert uten at det foreligger en økonomisk aktivitet, men ved at det foreligger aktivitet gjør det enklere å avskjære NOKUS-beskatning. Den norske lovteksten får ikke frem dette, men stiller i stedet et vilkår om økonomisk aktivitet. Skattelovens anvendelsesområde går dermed videre enn det EU-domstolen skisserer i premiss 65.

#### **4.4 Kriteriene**

##### **4.4.1 Kriterienes kilde**

Ved gjennomgang av Cadbury Schweppes-avgjørelsen under punkt 3.4.4 ble det fremhevet ulike kriterier oppstilt av Generaladvokatens innstilling som var relevant for vurderingen av hvorvidt datterselskapet måtte anses som et ”wholly artificial arrangement”. Disse kriteriene er tatt inn i norske lovforarbeider som relevante faktorer for vurderingen av hvorvidt et selskap må anses som ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”. Finansdepartementets syn på Generaladvokatens kriterier fremgår av forarbeidene slik:

Dommen lest i sammenheng med generaladvokatens innstilling av 2. mai 2006 gir likevel relativt klare retningslinjer. Ved at NOKUS-reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene.<sup>64</sup>

Som nevnt kan disse retningslinjenes overføringsverdi problematiseres ved at kriteriene bare kommer til uttrykk i Generaladvokatens innstilling. EU-domstolen har riktignok noen av dens elementer i sine premisser, men oppstiller på langt nære samme faste kriterier som

---

<sup>64</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1 avsnitt 5.

Generaladvokaten. Spørsmålet blir da hvilke rettskildemessig vekt Generaladvokatens innstillingen har. Svaret må bero ut fra en antakelse om hvilken vekt EU-domstolen generelt tillegger slike innstillinger.<sup>65</sup> På den ene siden har EU-domstolen kommet til samme resultat som Generaladvokaten, og det er også blitt direkte henvist til den på ett punkt.<sup>66</sup> EU-domstolen bruker dessuten samme eksempel som Generaladvokaten oppstilte, og som nevnt er det ene kriteriet om virksomhetens tilstedeværelse redegjort for i avgjørelsens premisser. Dette taler i retning av at det kan legges til grunn at EU-domstolen har anvendt innstillingen på en slik måte at det må anses som at den har tiltrådt Generaladvokatens syn. Dens rettskildemessige vekt vil i så tilfelle være av betydning. På den andre siden gjengir ikke domstolen alle kriteriene og det følger heller ingen generell uttalelse om at den tiltrer Generaladvokatens syn. Dette taler mot å tillegge innstillingen særlig vekt.

Forarbeidene problematiserer ikke innstillingens rettskildemessige vekt, og uttaler at dersom man leser avgjørelsen i sammenheng med Generaladvokatens innstilling, gir den relativt klare retningslinjer for hva som skal anses som et NOKUS-selskap, og ikke bare NOKUS-beskatning i mor-datterforhold som avgjørelsen faktisk omhandlet.<sup>67</sup>

#### **4.4.2 Kriterienes utforming**

Når det gjelder kriterienes utforming, har de kommet til uttrykk i norske lovforarbeider slik:

Det må foretas en konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet.<sup>68</sup>

Denne overføringen kan være problematisk i den grad NOKUS-selskap forekomme i mange varianter og ikke bare som i Cadbury Schweppes-avgjørelsen. Kravene om eksempelvis

---

<sup>65</sup> Noen relevante momenter som kan lese ut fra EU-domstolens avgjørelser er oppsummert i Arnesen 1995 "Introduksjon til rettskildelæren i EF" s. 68 og 69.

<sup>66</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 69.

<sup>67</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1 avsnitt 5.

<sup>68</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2 avsnitt 2.

ansatte og økonomisk substans kan eksempelvis ikke gjøres gjeldende overfor aksjefond. Etter lov om verdipapirfond § 1-3 skal fondet drives av et forvaltningsselskap, og selve fondet kan følgelig verken ha ansatte eller aktivitet av økonomisk substans. Mange andre virksomheter har samme strukturform som aksjefond. Det kan oppnås mange fordeler ved å etablere et selskap som eier verdiene, og et annet selskap som forvalter disse. Et eksempel på slike fordeler kan være å skjerme de økonomiske midlene slik at de ikke står like tilgjengelig for de som forvalter midlene. Et annet eksempel er restaurantvirksomhet hvor et selskap eier lokalene virksomheten blir drevet fra, mens selve driften av restauranten er i et annet selskap. Dette er gunstig dersom restaurantvirksomheten skulle gå konkurs, og kreditorer ikke kan ta dekning i lokalene. Kriteriene har også lite overføringsverdi overfor enkelte typer av holdingselskaper.<sup>69</sup> Dette til tross for at forarbeidene selv antyder at holdingselskap vil kunne anses som reelt etablert.<sup>70</sup>

Når kriterienes innhold ikke kan legges til grunn i relasjon til alle selskaps- og virksomhetstyper, må det karakteriseres som lite heldig at de er kommet til uttrykk i norske lovforarbeider med anvendelse for NOKUS-selskaper generelt.<sup>71</sup> På den andre siden har svenske myndigheter ikke tillagt Generaladvokatens innstilling noe mindre vekt enn det norske myndigheter gjør.<sup>72</sup> Dette gjør imidlertid ikke formuleringene mindre uheldig, men det kan bidra til at man kan anse EU-domstolens avgjørelse som egnet til å misforstå.

#### **4.4.3 Kriterienes relevans og vekt**

Det er også et problem hvordan norske myndigheter har tolket kriterienes relevans og vekt. Skattemyndighetene har i praksis vist en relativt streng fortolkning av disse. Det fremgår av forarbeidene at finansdepartementet i utgangspunktet mente at kriteriene bare var retningsgivende: "[d]et må foretas en konkret vurdering, hvor relevante *momenter* er om

---

<sup>69</sup> Se punkt 4.5.

<sup>70</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) avsnitt 14.4.1 avsnitt 2, hvor det redegjøres for at lovens tidligere vilkår om beskatning av inntekter av "hovedsakelig passiv karakter" hadde et snevrere anvendelsesområde.

<sup>71</sup> Det er ikke tvilsomt at finansdepartementet har ment at kriteriene ville være dekkende for alle typer av selskap og virksomheter se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1 avsnitt 5, hvor det heter at "ved at NOKUS-reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene".

<sup>72</sup> Proposition 2007/08:16 Ändrade regøer för CDC-beskatning avsnitt 4.2.

...”(min kursivering)<sup>73</sup>. Norske ligningsmyndighetermyndigheter har likevel praktisert kriteriene på en slik måte at de er oppstilt som vilkår.<sup>74</sup>

I lys av senere uttalelser av Finansdepartementet kan det imidlertid synes en enighet om at kriteriene likevel må anses som vurderingstemaer, og ikke oppstilles som rent objektive krav. I prinsipputtalelsen av 29. september 2009 uttaler Finansdepartementet følgende:

Det er i forarbeidene angitt flere momenter som er relevante i denne sammenheng. Etter departementets syn vil disse momentenes relevans og vekt kunne variere ut fra hvilke selskaps- og virksomhetstype som vurderes.<sup>75</sup>

Uttalelsene kom i forbindelse med at fritaksmodellens kvalifiserende subjekt og objekt måtte presiseres etter Aberdeen-avgjørelsen<sup>76</sup>.

Det finskregistrerte selskapet Aberdeen eier 100 % av aksjene i et datterselskap registrert i Luxembourg og er organisert som et SICAV-fond. Ved utbytte til morselskapet ble det trukket kildeskatt. Finske myndigheter mente at transaksjonen ikke kunne omfattes av fritaksmetoden da SICAV-fondet ikke kunne sammenlignes med et finsk selskap, og dermed falt utenfor den finske fritaksmodellen. SICAV-fondet var ikke underlagt selskapskatt i hjemlandet, og var dessuten omfattet av mor- og datterdirektivet 90/435/EEC. EU-domstolen fant at kildebeskatningen var i strid med etableringsfriheten.

Etter mitt syn gir ikke Aberdeen-avgjørelsen foranledning til å skrive nærmere om kriteriene for NOKUS-beskatning. Begrunnelsen for at det ble tatt med i denne prinsipputtalelsen var vel heller at Finansdepartementet benyttet anledningen til å rette opp i misforståelser som oppsto ved kriterienes formulering i forarbeidene.<sup>77</sup> Det følger av prinsipputtalelsen at:

---

<sup>73</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2 avsnitt 2.

<sup>74</sup> Se veiledende forhåndsuttalelse av 21. februar 2008 hvor sentralskattekontoret for storbedrifter fant at kriteriene var rent objektive krav.

<sup>75</sup> Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009 punkt 3 avsnitt 3.

<sup>76</sup> C-303/07 Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy.

<sup>77</sup> Aksjefond har for øvrig vist seg særlige problematisk i forhold til NOKUS-beskatning. Finansdepartementet la feilaktig til grunn i en prinsipputtalelse av 25. september 2007 (se Utv. 2007 s. 1568) at aksjefond aldri kunne anses å være reelt etablert så lenge de ikke hadde ansatte.

Etter departementets syn kan de nevnte momenter [om ansatte og lokaler] ikke være avgjørende ved vurderingen av om et slikt fond er reelt etablert og driver reell aktivitet i EØS-land.<sup>78</sup>

Ved at uttalelsen gir klare holdepunkter for at kriteriene bare kan anvendes i enkelte tilfeller, og dessuten ikke er å anses som objektive krav, går NOKUS-reglene i entydig samme retning som EØS-retten på dette punkt. Kriteriene kan derfor ikke anses oppstilt i strid med EØS-avtalen regler om etableringsfrihet.

#### **4.4.4 Et nytt sentralt moment**

Samtidig som Finansdepartementets uttalelse medfører endringer i forhold til kriterienes anvendelsesområde, presiserer den videre hvilke moment som nå er relevant for å drøfte hvorvidt etableringen har skattemessige motiver eller om det er andre forretningsmessige årsaker bak etableringen.

Et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge.<sup>79</sup>

Jeg kan ikke se at denne uttalelsen kan utledes av EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes. Dersom norske myndigheter begrunner et skattevedtak i at lavskattlandets lovregler ikke samsvarer med de norske, må dette anses å være diskriminerende og dermed en hindring i strid med EØS-rettens etableringsfrihet. Dessuten må det nye momentets uheldige formulering ses i sammenheng med at NOKUS-reglene først og fremst skal anvendes hvor etableringen har som eneste formål å omgå strenge skattesatser i Norge. Vil en sammenligning av lavskattlandets og Norges lovregulering på det aktuelle rettsområde bidra til å få klarhet i hvorvidt aksjonæren har hatt et skattemotiv? Dersom norske myndigheter alltid beskatter aksjonærer som har investert i et aksjefond i et bestemt lavskattland fordi selskapsformen ikke samsvarer med norsk lovgivning; vil ikke dette da innebære en direkte diskriminering? Det er også noe spesielt at denne uttalelsen kommer i samme prinsipputtalelse hvor Aberdeen-avgjørelsen er redegjort for. Her var det nemlig et poeng at

---

<sup>78</sup> Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009 punkt 3 avsnitt 3.

<sup>79</sup> Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009 punkt 3 avsnitt 3.



hva som var vanlig etter den nasjonale ordningen *ikke* var et moment i vurderingen av hvorvidt kildeskatt kunne ilegges i et selskap i utlandet.<sup>80</sup>

Lovgiver har ønsket en lovregulering i samsvar med EØS-retten, men har ikke ønsket å gå lenger enn hva EØS-avtalen krever. Begrensningen er forståelig med tanke på hvilke inntekter NOKUS-beskatningen gir Norge, men det kan også stilles spørsmål om det er heldig å legge seg så nær grensen uten å først avklare helt presist hvor denne går.<sup>81</sup>

For videre grensdragning av hvilke tilfeller NOKUS-beskatning kan ilegges kan det være illustrerende å se på skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser. En bindende forhåndsuttalelse viser hvilke standpunkt skatteetaten har i en nærmere beskrevet situasjon.<sup>82</sup> Uttalelsene er ikke bindende for skatteyteren som har sendt inn spørsmålet, men den er bindende for skatteetaten i den aktuelle saken. Den gir også veiledning for hvordan Direktoratet avgjør spørsmål i lignende saker.

I bindende forhåndsuttalelse av 14 desember 2009 besvarte Direktoratet et spørsmål fra en norsk skatteyter om hvorvidt et nærmere beskrevet investeringselskap etablert i et EØS-land anses som ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”, jf. sktl. § 10-64 (1) b.

Skattedirektoratets avgjørelse bygde på det faktum at selskapet drev virksomheten fra leide kontorer og hadde to ansatte med tilstrekkelig kompetanse til å inneha stillinger som henholdsvis administrerende direktør og regnskapsfører. Administrerende direktør var gitt fullmakt til å fremforhandle investeringsavtaler og ellers foreta investeringer selv.<sup>83</sup>

Ut fra dette konkluderte Skattedirektoratet følgende:

Forvaltningen og dermed Selskapets aktivitet vil ha store likhetstrekk med aktiviteten i et norsk selskap innen samme bransje.

---

<sup>80</sup> Se C-303/07 Aberdeen premiss 50.

<sup>81</sup> Det kan være et tankekors at følgende av et feil ilignet skattevedtak bare består i tilbakebetaling av skatten. (Erstatning for ugyldige skattevedtak forekommer ikke så ofte i slike saker, og erstatningsbeløpet er også ofte et relativt lite beløp). Norske myndigheter taper med andre ord ikke så mye på at grensen for etableringsfriheten er overskredet. Jeg lar det imidlertid bli med et tankekors, da man kan forutsette at norske myndigheter har ønsket å overholde de forpliktelser EØS-avtalen pålegger staten.

<sup>82</sup> Hjemmelsgrunnlaget for slike uttalelser er lignl. kap 3A.

<sup>83</sup> For ytterligere beskrivelser se BFU av 14. desember 2009.

På denne bakgrunn må Selskapet bli å anse som reelt etablert og med reell økonomisk virksomhet i EØS-landet.<sup>84</sup>

Etter mitt syn er konklusjonen lite overraskende, og det må antas at selskapet ligger innenfor etableringskravene med god margin. Trolig må det kunne kreves mindre av et selskap, uten at det anses å ikke være reelt etablert. Det er mange tilfeller som faller mellom det selskap som her er skissert og et postkasseselskap. På bakgrunn av dette er den bindende forhåndsuttalelsen lite egnet til å presisere grensen mellom hvilke selskap som omfattes av NOKUS-reglene.

Det som imidlertid kan fremheves er at Skattedirektoratets uttalelse legger betydelig vekt på at selskapet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært i Norge. Dette er en videreføring av Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009, og uttalelsen dermed kan anses å ha styrket vekt rettskildemessig.

#### **4.5 Kravet om at selskapet må delta fast og varig i etableringsstatens næringsliv**

Forarbeidene har også ytterligere krav til etableringsselskapet for at NOKUS-beskatning ikke skal ilegges. Det fremgår av lovforarbeidene at det må oppstilles krav til virksomhetens deltakelse.

... det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet *deltar på en fast og varig måte* i etableringsstatens næringsliv. (min kursivering)<sup>85</sup>

Slik jeg leser Cadbury Schweppes-avgjørelsen, kan jeg ikke finne samme krav oppstilt her. Riktignok er selve formålet med etableringsretten å gi selskaper mulighet til å delta stabilt og vedvarende i det økonomiske liv i den andre medlemsstaten, og dette blir også fastholdt i avgjørelsens premiss 53. Et *krav* om å delta fast og varig og en *målsetting* om det samme, er to forskjellige ting. Det er sjeldent at en virksomhet er bærekraftig fra første dag. Det er også ofte slik at det tar tid å samordne arbeidsoppgavene som tilhører hver av selskapene, og det må også innvilges en viss tid før en virksomhet fungerer

---

<sup>84</sup> BFU av 14. desember 2009.

<sup>85</sup> Se. Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2 avsnitt 2.

optimalt. Mange av selskapsformene er også normalt strukturert på en slik måte at et selskap innehar alle verdiene, mens det er et annet selskap som forvalter disse. Selskapet som bare består av en konto, vil neppe tilfredsstillere kravet om å delta fast og varig. Det er ikke slik at EØS-retten krever at alle regler som utformes skal sikre at målsettingen om å delta fast og varig blir opprettholdt. Det EØS-retten oppstiller, er at det ikke opprettes kunstige arrangementer som omgår nasjonale skatteregler. Enda viktigere er det at aksjonærer som investerer i utlandet ikke skal behandles mindre gunstig enn aksjonærer som investerer i Norge. Man kan ikke finne et tilsvarende krav i norsk rett om at de som etablerer seg i Norge må delta fast og varig. Etter mitt syn er det derfor uheldig at forarbeidene oppstiller som et vilkår at etableringsselskapet skal ha en slik tilhørighet til etableringsstaten.

Ved at forarbeidene beskriver hvordan etableringsselskapet skal delta, følger det også en særlig uttalelse hva gjelder konserninterne transaksjoner.

Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.<sup>86</sup>

Det følger av denne uttalelsen at etableringsselskapets virksomhet i slike tilfeller for det første må være nødvendige og for det andre at selskapets virksomhet må skape økonomisk avkastning. Dersom det er morselskapet som gjør alle nødvendige tiltak for at investeringer skal gi avkastning, taler dette i retning av at datterselskapet ikke er reelt etablert. Etter mitt syn har heller ikke disse uttalelsene forankring i EU-domstolens avgjørelse. Det eneste som kan være veiledende for dette synspunktet er Generaladvokatens innstilling i premiss 114 hvor det følger at datterselskapet må tilføre morselskapet en merverdi. At virksomheten også skal være nødvendig er dessuten ikke forenelig med domstolens uttalelse om at en stat ikke kan høres med det argument at virksomhet like gjerne kunne vært drevet fra opprinnelsesstaten.<sup>87</sup> En EØS-stat kan med andre ord ikke høres med at datterselskap kunne oppnå samme inntekt ved at virksomheten var utført i morselskapets hjemland. En restriksjon med denne begrunnelsen ville vært i strid med etableringsfriheten.

---

<sup>86</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2 avsnitt 2.

<sup>87</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 69, og Zimmer 2009 s. 336 for videre utdyping av problemet.

Det er tydelig at norske myndigheter oppstiller dette kravet for å avdekke hvorvidt etableringen er skattemotivert, eller om det foreligger andre forretningsmessige begrunnelser bak etableringen. At den økonomiske driften i et konsern tillegges et datterselskap er helt alminnelig, og det ligger ofte strategiske og økonomiske hensyn bak. Dersom et datterselskap etableres uten å tillegge det en økonomisk drift, kan det vekkes en mistanke om at datteren er etablert av andre årsaker, eksempelvis å unngå nasjonale skatteregler. Problemet som oppstår, er imidlertid at norske myndigheter oppstiller kravet som et vilkår, og ikke som et moment i en konkret helhetsvurdering som kan tillegges vekt dersom situasjonen tillater det. Når det ikke foreligger noen tilsvarende krav for norske selskaper, må det anses som diskriminerende at morselskapet må påvise at det produseres en merverdi i datterselskapet.

Vi har overfor sett at kravet til tilhørighet er problematiske i forhold til EØS-retten. Dette må anses å gjelde både for kravet om å delta fast og varig og kravet om at datterselskapet må tilføre morselskapet et merverdi. Som nevnt kan jeg ikke finne forankring av noen av kravene i EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes. Det spesielle med disse kravene er at lignende krav ikke stilles til aksjonærer som investerer og etablerer seg i Norge.

#### **4.6 Skattemotivert etablering**

Helt siden norske aksjonærer startet å med investeringer i lavskattland har norske myndigheter ønsket å bekjempe slik skatteomgåelse. Det begynte med at store redere bosatt i Norge flyttet hele eller deler av virksomhet i andre land hvor inntekten ble beskattet med lavere satser. NOKUS-beskatning er en form for gjennomskjæring av skattemotiverte disposisjoner som strider mot skattelovens formål, og de ble i 1992 lovfestet.<sup>88</sup>

Det er noe overraskende at forarbeidene ved lovendringen i 2008 ikke nevner eksplisitt at arrangementet skal ramme de som søker å unndra seg skatt.<sup>89</sup> Skattemotivet er etter Cadbury Schweppes-avgjørelsen helt avgjørende<sup>90</sup>, men dette synes ikke videreført i norske lovforarbeider. Kriteriene som oppstilles er et forsøk på å avdekke skatteyterens skattemotiv, men de oppfattes heller som vilkår for at NOKUS-skatt ikke skal ilegges. At etableringen må

---

<sup>88</sup> Tidligere kunne samme disposisjoner reguleres av valutareglene, se Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.3.1 avsnitt 2.

<sup>89</sup> Skattemotiver er imidlertid tatt inn i et tidligere forarbeid, se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2 avsnitt 2 "[f]ormålet med NOKUS-reglene er å hindre skattemotivert kapitalflukt ved at skatteyttere investerer og samler opp overskudd i selskaper hjemmehørende i lavskattland for å unngå løpende norsk beskatning".

<sup>90</sup> Se C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 55.

være skattemotivert synes først oppstilt i prinsipputtalelse av 29. september 2009 hvor det fremgår at "[f]ormålet med å avgrense anvendelsesområdet til reelt etablerte selskaper/reell økonomisk aktivitet, er å utelukke tilfeller hvor det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye".<sup>91</sup>

Slik NOKUS-reglene er formulert må de anses som en lovfestet adgang for gjennomskjæring ved skattemotiverte disposisjoner. Særlig er EU-domstolens presiseringer av "wholly artificial arrangement" svært lik den omgåelsesnorm Kvisli en gang oppstilte. I hans bok, *Innføring i skatteretten fra 1962*, fremgår det:

Det vil neppe i noe tilfelle være tilstrekkelig å påvise at en transaksjon er fremkalt av skattemessige hensyn. Men jo mer formålsløs transaksjonen vil bli hvis de skattemessige hensyn kuttet ut, jo sterkere vil preget av arrangementet være. Har transaksjonen ikke en viss egenverdi m.h.t. økonomiske realiteter, vil de skatterettslig sett ligge i faresonen selv om de privatrettslig sett er uangripelige.<sup>92</sup>

Kvislis teori om en omgåelsesnorm er videreført og forsøkt konkretisert gjennom rettspraksis og teori. Det er kommet mange nye rettskilder om omgåelsesnormen siden 1962, og alle må anses å ha sin forankring i Kvislis lære.

Det er adgang til å planlegge sin skatteposisjon slik at skattebyrden blir lavest mulig. Det er også adgang til å innrette seg på en spesiell måte hvor eneste motiv er å unngå skatt. Det er lang praksis på at det må kreves noe mer enn dette før gjennomskjæring kan forekomme, men det er "et grunnvilkår for gjennomskjæring at det hovedsaklige formål med disposisjonen er å spare skatt"<sup>93</sup> Det må deretter foretas en helhetsvurdering hvor sentrale momenter er hvorvidt disposisjonen har andre formål enn det rent skatterettslige og hvorvidt den er i strid med skatteregelens formål.

Etter mitt syn vil læren om gjennomskjæring i utgangspunktet kunne bidra til å tolke NOKUS-reglene slik at de er i overensstemmelse med EØS-retten. Det bør imidlertid vises varsomhet med å innfortolke et helt nytt rettslig grunnlag for beskatning som allerede er

---

<sup>91</sup> Se Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009 punkt 3 avsnitt 2.

<sup>92</sup> Kvisli 1962 s. 109.

<sup>93</sup> Rt. 2002 s. 456 Hydro Canada.

lovregulert. Lovgiver har, ved å formulere en lovtekst, ment at denne skal være uttømmende på det aktuelle området og dette må rettsanvenderen respektere. Samtidig kan en stille spørsmål ved hvor heldig det er å lovregulere en omgåelsesnorm, nettopp ved at det kan ramme tilfeller som i utgangspunktet ikke er en skatteomgåelse.<sup>94</sup> Det er derfor nødvendig å konkludere med at læren om gjennomskjæring ikke vil ha videre relevans i vurdering av hvorvidt aksjonæren skal ilegges NOKUS-beskatning.

Det må presiseres at en disposisjon hvor det subjektive formålet har vært å spare skatt ikke alene er tilstrekkelig for å NOKUS-beskatte aksjonæren. Det er lov å la seg motivere av skattebesparelse, men bare så langt etableringen har en realitet utover dette. Dette kan eksempelvis være at et land har gunstige krav om selskapets egenkapital og samtidig beskatter dets inntekt med en lav skattesats. Det varierer også fra stat til stat hvor strengt man regulerer selve virksomhetsutøvelsen, og dette kan være begrunnelsen for at man velger nettopp dette landet å etablere seg i.<sup>95</sup> Så kan man igjen trekke frem Kvislies teori om at jo mer det er igjen av etableringen etter at skattemotivet er fjernet, jo mer taler det for at den er reell.

Hvorfor skattemotivet er av stor betydning kan illustreres gjennom et eksempel. En norsk aksjonær har investert i et selskap i Dubai som produserer møbler. Aksjonæren har inngått en kjøpsavtale med selskapet for visse typer møbler, som han skal selge videre i Europa. Møblene skipes til og innfortolles til EU i Malta, hvor de også lastes om for videresending til ulike destinasjoner innen EU. Den norske aksjonæren etablerer derfor et selskap på Malta, som også leier et lokale for mellomlagring av møblene. Selskapet har ikke andre funksjoner enn å være formell kjøper og videreselger, samt lagerholder. All praktisk logistikk og aktivitet kan utøves av tredjeparts spedisjonsfirma med tilgang til varer og lager, slik at Maltaselskapet verken behøver ansatte eller kontor. Maltaselskapet vil likefullt være ansvarlig for korrekt toll og avgiftsbehandling, og bære risiko for leveringssikkerhet og produktansvar. Den samlede forretningsrisikoen kan da være betydelig og dermed forsvare en tilsvarende betydelig margin og fortjeneste. Maltaselskapets overskudd (etter utbytte) beskattes med 5 % skatt etter nasjonale regler på Malta.<sup>96</sup> Norske myndigheter vil her beskatte

---

<sup>94</sup> Mer om denne diskusjonen i Betina Benoun 2003 punkt 2.10.

Det er tidligere forsøkt å lovfeste omgåelsesnormen, men lovprosessen strandet ved Aarbakke-gruppens proposisjon.

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-92) punkt 6.4.1 avsnitt 3 til 5 oppstiller blant annet dette som en av begrunnelsene for hvorfor det er ønskelig å etablere et selskap i et lavskattland.

<sup>96</sup> Dersom utbytte fra Dubai var utdelt direkte til aksjonæren i Norge ville skattesatsen ligge på 28 % dersom aksjonæren var et selskap.

aksjonæren etter NOKUS-reglene for Maltaselskapets overskudd, til tross for at etableringen ikke var skattemotivert. En slik beskatning må anses å strid mot EØS-avtalens bestemmelse om etableringsfrihet.

Eksempelet viser hvordan en etablering som er foretatt ut fra rent forretningsmessige årsaker, kan bli beskattet ved at det ikke tilfredsstillende kravene til reell selskapsetablering. En slik beskatning er i strid med EØS-avtalen. Som vi så i avsnittene overfor er de manglene forarbeidene har ved at skattemotivet må være avgjørende før NOKUS-beskatning kan ilegges, nå avhjulpet. Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29 september 2009 beskriver klart at skatteyterens motiv er avgjørende for hvorvidt beskatning kan ilegges. Motivet fremgår også klart av de tidligere forarbeider. Når skattemotivet ikke er innvilget tilstrekkelig med plass i forarbeidene fra 2008, må dette tillegges mindre vekt sett i forhold til de øvrige rettskildefaktorer. Man kan slutte fra både finansdepartementets prinsipputtalelse, tidligere forarbeider og EØS-rettens regler at et slikt skattemotiv må foreligge.

#### **4.7 Oppsummering og konklusjon**

Det er ovenfor pekt på ulike problemområder ved NOKUS-reglens forenlighet med EØS-avtalen. Et av problemene er avhjulpet i senere tid, som eksempelvis de faste kriteriene i forarbeidene som var tatt ut fra Generaladvokatens innstilling.

Av juridisk litteratur som har behandlet NOKUS-reglens krav til reell selskapsetablering kan det synes en viss unnvikenhet ved formuleringen av en konkret konklusjon. Det er mange tvilsområdene som blir tatt opp, men det er ingen, av den litteraturen jeg har lest, som konkret tar stilling til om det foreligger motstrid mellom norsk rett og EØS-rett.<sup>97</sup> Man kan spørre seg hvorfor en slik konklusjon ikke er fattet, og det kan være mange årsaker til dette. Jeg vil tro at hovedårsaken, er at vi befinner oss på et uavklart rettsområde. Det er usikkert hvor grensen skal fastsettes både hva gjelder NOKUS-beskatning, og hvor langt etableringsfriheten rekker. Særlig problematisk blir det når det er vanskelig å vite hvilke intensjoner, hensikt og motiver den enkelte skatteyter har bak en bestemt etablering.

---

<sup>97</sup> Se eksempelvis Zimmer 2009 s. 336 "I den grad formuleringene i forarbeidene ikke kan harmoniseres ...", Gjems-Onstad 2008 s.1027 "FINs ligger farlig nær ...", Sanfelt, Revisjon og Regnskap 2/2008 "lovendringene neppe kan anses forenlige ...", Grydeland, Revisjon og Regnskap "er det tvilsomt om substanskravet er i overensstemmelse ...".

Etter skt. § 10-64 (1) b) beskattes selskaper som ikke er ”reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”. Etter EØS-avtalen kan det opprettes restriksjoner i etableringsfriheten, men bare så langt restriksjonen anvendes på selskap som er ”rent kunstige arrangementer”. De to formuleringene er ikke identiske, og norsk lovtekst rammer videre ved at det kan tenkes etableringer uten reell økonomisk aktivitet, men som likevel ikke kan anses som et rent kunstig arrangement. I utgangspunktet er lovens ordlyd, isolert sett, i strid med EØS-avtalens regler om etableringsfrihet. Dette er imidlertid bare en konklusjon for ordlydens vedkommende, og man må i henhold til alminnelig rettskildelære se om andre rettskildefaktorer vil legge føringer for hvordan ordlyden skal forstås. Forarbeidene angir vurderingstemaer som avgjør hvordan ordlyden skal forstås. Fra disse oppstilles krav om at etableringsselskapet skal delta fast og varig og dessuten skape merverdier dersom det er innenfor et konsernrettslig forhold. Det følger forøvrig ikke av forarbeidene gitt i forbindelse med lovendringen, at det er det avgjørende vilkår at etableringer er skattemotivert.

Det er ikke tvilsomt at når norske myndigheter operer med faste vilkår som angivelig skal avdekke et skattemotiv, er avgrensningen av virkeområdet for NOKUS-reglene EØS-stridig så lenge tilsvarende krav ikke oppstilles for norske selskap. Det følger direkte av Cadbury Schweppes-avgjørelsen at det kan legges vekt på objektive omstendigheter, men det kan ikke forankres i dommens premisser at de objektive omstendighetene skal gjelde som faste vilkår. Dette gjelder både for kravet om å delta fast og varig og kravene knyttet til konserninterne transaksjoner. Det avgjørende må være en helhetsvurdering hvor omstendighetene kun anses som retningsgivende momenter i de tilfeller situasjonen tillater vektlegging av disse. Finansdepartementets uttalelse om at det avgjørende er hvordan selskapet er driftet sammenlignet med norsk lovgivning er dessuten diskriminerende.

Forarbeidene sier uttrykkelig at retningslinjene skal være i samsvar med EØS-retten, og dette kan tale for at de norske regler skal tolkes i samsvar med EØS-rettens regel. Etter mitt syn når presumsjonsprinsippet imidlertid for kort, når det i vårt tilfelle foreligger en normkollisjon.

På bakgrunn av ordlydens vide anvendelsesområde og forarbeidenes lite fleksible formulering, er jeg tilbøyelig til å konkludere med at norsk rett ikke er forenlig med EØS-retten hva gjelder kravet til selskapets reelle etablering. Den løsning EØS-retten oppstiller vil dermed gå foran løsningen etter intern norsk rett, jf. EØS-1. § 2. De elementer som bidrar til at



NOKUS-beskatningen er EØS-stridig kan ikke anvendes ovenfor en norsk skatteyder i en konkret sak.

## **5. RETTSVIRKNINGER**

### **5.1 Innledning**

Det vil i det følgende bli drøftet hvilke rettsvirkninger som inntreffer når de norske NOKUS-reglene ikke samsvarer med EØS-retten. Forutsetningen for drøftelsen er at det foreligger motstrid mellom EØS-retten og norsk rett.<sup>98</sup>

Ved å drøfte hvilke rettsvirkninger som inntreffer er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i et eksempel. For enkelthetens skyld anvendes samme eksempel som redegjort for over. En aksjonær eier et holdingselskap i Malta, som utelukkende består av leide lokaler ved at møbler fra Dubai av praktiske årsaker må mellomlagres her før videre distribusjon.<sup>99</sup> Norske skattemyndigheter mener at selskapets aktivitet er begrenset, og dessuten ikke samsvarer med hva som er vanlig i Norge<sup>100</sup>. Selskapets aksjonær beskattes derfor etter bestemmelsen i § 10-64 (1) b. Vi ser her at aksjonærens motiver bak etableringen er for norske ligningsmyndigheter av helt underordnet betydning. Norske myndigheter har dessuten vektlagt hva som er ordinært i Norge, hvilke det ikke er adgang til etter EØS-avtalen.<sup>101</sup> Etter mitt syn er dette beskatningsvedtaket EØS-stridig, og dette punktet vil redegjøre for hvilke krav skatteyteren har mot staten.

Finansdepartementet har allerede i en prinsipputtalelse innrømmet at NOKUS-reglene er blitt praktisert feil, og har vedkjent seg tilbakebetalingsplikt for dette.<sup>102</sup> Det

---

<sup>98</sup> Vi kan tenke oss fire ulike tilfeller av mulige utfall ved at det oppstilles ulike regler etter norsk rett og EØS-rett. For det første kan det statueres motstrid mellom EØS-rett og norsk rett, og at den norske aksjonæren er feilaktig beskattet av selskapets overskudd ved at ligningsvedtaket baserte seg på feil lovgrunnlag. For det andre kan norsk rett presumeres i samsvar med EØS-retten, men at denne samordningen ikke er blitt foretatt av ligningsmyndigheten ved beskatning av den norske aksjonæren. For det tredje kan tilfellet være at regelsettene samsvarer, men at ligningsmyndigheten likevel beskattes aksjonæren feilaktig. Og endelig kan det tenkes at norsk rett står i motstrid med EØS-retten, men at ligningsmyndigheten av eget tiltak sørger for at beskatningen er i overensstemmelse med EØS-retten.

<sup>99</sup> Hele eksemplet er gjengitt ovenfor under punkt 4.6.

<sup>100</sup> Se Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september punkt 3 avsnitt 3.

<sup>101</sup> Se hele drøftelsen under punkt 4.4.4.

<sup>102</sup> Se Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009 punkt 4.

avgjørende blir derfor å se på de rettsvirkninger som inntreffer for perioden etter at denne korreksjonen ble foretatt den 29 september 2009.

Den mest innlysende rettsvirkningen er at forvaltningsvedtaket som feilaktig ilegger NOKUS-beskatningen er ugyldig, slik at den norske aksjonæren ikke lenger skal beskattes for investeringsselskapets overskudd. Det vil også være adgang for tilbakebetaling av innbetalt skatt. I enkelte tilfeller kan det også være grunnlag for erstatning for den feilaktige beskatningen. Alle tre rettsvirkninger vil bli redegjort for i det følgende.

## **5.2 Ugyldig skattevedtak**

Når et ligningsvedtak er fattet i strid med EØS-avtalen, er ligningen lovstridig, jf. lignl. § 9-1. Ved ugyldige vedtak utløses mange rettsvirkninger. Eksempler på dette er at forvaltningen omgjør vedtaket, man slipper å innrette seg etter det vedtaket bestemmer og man kan ha krav på å få gjenopprettet den tidligere tilstand. Lojalitetsplikten etter EØS-avtalen art. 3 pålegger dessuten statene å gjøre tiltak for å fjerne traktatbruddet. Alle ligningsorganer skal av seg selv sørge for å avgjøre vedtak i overensstemmelse med EØS-avtalen, men ved endret praksis er det også vanlig at det gis instruks fra finansdepartementet til underliggende organer.

## **5.3 Tilbakebetaling**

### **5.3.1 Innledning**

Det vil her redegjøres for tre rettslige grunnlag som kan hjemle et tilbakebetalingskrav. Det er for det første krav etter EØS-rettslige regler, dernest tilbakebetaling med hjemmel i nasjonale regler og til slutt om det kan kreves at staten tilbakebetaler feil ilignet skatt etter læren om *condictio indebiti*.

### **5.3.2 Krav om tilbakebetaling etter EØS-rettslig regler**

EØS-retten inneholder ingen bestemmelser som regulerer skatteytters tilbakebetalingskrav. Det er klart forutsatt av EU-domstolen at krav om tilbakebetaling tilhører statenes

kompetanse.<sup>103</sup> Dette er begrunnet i at skattelovgivningen i utgangspunktet kan fastsettes av den enkelte stat, men disse må være i samsvar med de fire friheter. EØS-avtalen oppstiller imidlertid to begrensninger i norsk beskatningskompetanse hva gjelder tilbakebetaling av skatt som følge av EØS-strid.<sup>104</sup> For det første sørger likhets- eller ekvivalensprinsippet for at adgangen for tilbakebetaling av skatt for brudd på EØS-avtalen ikke må være mindre gunstig enn tilbakebetaling som følge av brudd på nasjonale regler. For det andre har EUF- og EØS-retten et effektivitetsprinsipp som innebærer at det ikke kan gjøres uforholdmessig vanskelig å gjøre gjeldende sine rettigheter. Av de to prinsippene kan det utledes at nasjonale regler må anvende samme prosessuelle og materielle regler overfor skatteyttere krav både ved brudd på EØS-avtalen og ved feilpraksis av interne regler. Den norske søksmålsfristen på seks måneder er innenfor hva som må anses forsvarlig etter EØS-retten.<sup>105</sup>

### 5.3.3 Krav om tilbakebetaling etter norske regler

Første problemstillingen er hvem som har krav på tilbakebetaling for NOKUS-beskatning i strid med EØS-retten. Det kan argumenteres godt for at tilbakebetalingen skal gjelde for alle som har blitt urettmessig rammet av NOKUS-reglene. Dette innebærer aksjonærer i selskaper som faktisk var reelt etablert i lavskattlandet, men allikevel blitt ilagt NOKUS-beskatning. Det kan imidlertid her oppstå bevisproblemer hvorvidt selskapet faktisk var etablert. Utgangspunktet i norsk rett er at den som fremsetter kravet har bevisbyrden for kravets grunnlag, men kan dette opprettholdes når kravet er grunnet i feil lovtolking fra ligningsmyndighetens? Det er i litteraturen blitt hevdet at NOKUS-reglene kan forstås slik at de må settes til side for tidligere inntektsår, uavhengig om NOKUS-selskapene var reelt etablert eller ikke.<sup>106</sup> Argumentet begrunnes i at NOKUS-reglene ikke var praktisert i henhold til EØS-retten ved at de utelukkende fikk anvendelse på rent kunstige arrangementer, slik at alle ligninger vurdert opp mot disse reglene må anses som EØS-stridige. Jeg er imidlertid ikke enig i dette resonnementet. Etter mitt syn er det fremdeles selskaper som rettmessig ble skattlagt både etter norsk lov og EØS-avtalen. Så lenge disse ikke har fått endret

<sup>103</sup> Se bl.a. C-188/95 Fantask premiss 52, hvor det fremgår at "fællesskapsretten på sin nuværende udviklingstrin ikke forbyder en medlemsstat, som ikke har gennemført direktivet korrekt, at afskære tilbagebetalingkrav vedrørende gebyrer, der er opkøved i strid med direktivet, ...".

<sup>104</sup> Se C-410/98 Metallgesellschaft/Hoechst premiss 85.

<sup>105</sup> Se C-33/76 Rewe, hvor kortere frist ble ansett som tilstrekkelig. Det er også uttalelser i Rt. 2005 s. 597 Allseas som antyder at tilknytningskravet etter EØS-retten ikke går videre enn det som følger av kravet til rettslig interesse i norsk rett. Det må imidlertid her bemerkes at uttalelsen er basert på en konkret sak, og er i så måte ikke generelt utformet.

<sup>106</sup> Bullen og Banoun "En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS", Revisjon og Regnskap 7/2006 punkt 4.1 avsnitt 2.

skatteposisjon kan det etter mitt syn ikke kreves tilbakebetaling. Det moment som kan tale imot dette er at når norske regler ikke er i overensstemmelse med EØS-avtalen kan det være vanskelig å forutberegne sin skatteposisjon. Selskaper som etter nåværende regler karakteriseres som NOKUS-selskaper kunne flyttet mer aktivitet til selskapet slik at beskatning kunne unngås. Det kan synes rimelig at norske myndigheter bør bære risikoen for at norske regler ikke er forenelig med EØS-avtalen, men på den andre siden vil aksjonærens manglende mulighet til å planlegge sin skatteposisjonen vanskelig kunne sies å stå i adekvat årsakssammenheng med et tilbakebetalingskrav.

Verken prinsipputtalelsen eller forarbeidene som kom i kjølevannet av Cadbury Schweppes-avgjørelsen berører problemstillingen om hvem som kan kreve tilbakebetaling. Etter mitt syn er det mest rimelig å gi tilbake feil ilagt skatt til de selskaper som på tidspunktet for beskatningen var reelt, men likevel ble utsatt for fortløpende beskatning. Bevisbyrden må i henhold til alminnelig bevislære tillegges skatteyteren.

Den andre problemstillingen er hvilke frist som skal legges til grunn ved krav om tilbakebetaling. En skattyter kan enten anmode ligningsmyndigheten om å endre ligningen eller gå til søksmål med krav om tilbakebetaling. For førstnevnte tilfelle statueres fristens hovedregelen i ligningslovens § 9-6 (1), hvor endring av ligning kan anmodes ti år etter det aktuelle inntektsår. Det følger videre av unntaket i bestemmelsens annet ledd at fristen skal være tre år når endringen skyldes likingsmyndighetens ”anvendelse av skattelovgivningen”. I dette ligger også bestemmelser utenfor skatteloven, som eksempelvis EØS-avtalen.<sup>107</sup> Tilbakebetaling kan derfor bare kreves tre år etter det aktuelle inntektsåret. En frist på tre år tilfredsstillende effektivitetsprinsippet.<sup>108</sup> Dersom ligningsmyndigheten finner at norske regler er i strid med EØS-avtalen er det lite sannsynlig at anmodningen henlegges etter ligningslovens § 9-5 (7).

Søksmål med krav om tilbakebetaling av skatt, skal i utgangspunktet være fremsatt innen 6 måneder jf. ligningsloven § 11-1 (3). Tap som følge av mangelfull gjennomføring av EØS-avtalens hoveddel i norsk lovgivning, omfattes imidlertid ikke av denne fristbestemmelsen.<sup>109</sup> Det avgjørende vil her være når grunnlaget for endring ble gjort kjent.

---

<sup>107</sup> Se RG 2008 s. 1095.

<sup>108</sup> Se C-188/95 Fantask premiss 48.

<sup>109</sup> Se Rt. 2006 s. 1281.

Bakgrunnen bak de relativt strenge fristene for krav om tilbakebetaling er for å unngå at det ”rippes opp i eldre affærer” og det gir skatteyteren initiativ til å handle innen rimelig tid etter at han ble gjort kjent med forholdene.<sup>110</sup> Det kan imidlertid skje at reglene går fort kort, slik at en skatteyter som i utgangspunktet hadde krav på tilbakebetaling ikke får det ved at han misligholdte en frist. Det kan her være aktuelt å benytte andre rettslige grunnlag for kravet. Et eksempel er erstatning for brudd på EØS-avtalen. Et erstatningskrav er et formuerettslig krav og må ses i sammenheng med foreldelsesloven. I utgangspunktet samsvarer disse med tilbakebetalingsreglene i ligningsloven, men foreldelsesloven har noen fristforlengende regler for enkelte omstendigheter.

### **5.3.4 Krav om tilbakebetaling etter læren om *condictio indebiti***

Et alminnelig ulovfestet krav om tilbakebetaling når betalingen er skjedd grunnet en villfarelse om betalingspliktens eksistens eller omfang. Læren gjelder både ved faktisk og rettslig villfarelse. I vårt tilfeller i imidlertid læren ikke relevant, da tilbakebetalingskravet må anses uttømmende regulert i ligningsloven.<sup>111</sup>

## **5.4 Erstatning**

### **5.4.1 Innledning**

Ved siden av at ligningen blir kjent ugyldig, og skatteyteren får tilbake feil ilagt skatt, kan det oppstå tap som gjør erstatningskrav rettmessig. Dette kan eksempelvis være påkostninger for å dokumentere ytterligere at selskapet var reelt etablert, eller advokatutgifter påløpt under klage- eller søksmålsadgangen.<sup>112</sup> Erstatning er også aktuelt hvor tilbakebetalingsreglene går for kort, eksempelvis hvor fristene som ligningsloven oppstiller er gått ut. Erstatning kan kreves med grunnlag i både nasjonale regler og EØS-retten. Innen det intern-norske rettsystemet kan det oppstilles to ulike erstatningsgrunnlag.

Tradisjonelt i norsk rett oppstilles reglene for erstatning med tre vilkår. Det må for det første foreligge et ansvarsgrunnlag og for det andre et økonomisk tap. For det tredje må det

---

<sup>110</sup> Se vedlegg til Ot.prp. nr. 32 (1960-61) s. 20-21.

<sup>111</sup> Se Viggo Hagstrøm 2003 kapittel 27.4 første avsnitt s. 675.

<sup>112</sup> Det vil også kunne tenkes vesentlige tapskostnader ved den reduserte adgangen for å drive investeringer fra etableringsselskapet, men disse vil ikke anses å stå i adekvat årsakssammenheng til ansvaret.

foreligge årsakssammenheng mellom ansvaret og det økonomiske tapet. Det aktuelle ansvarsgrunnlaget i denne sammenheng er erstatning på grunnlag for ugyldige forvaltningsavgjørelser og erstatning for brudd på EØS-avtalen ved at lovgiver vedtar et feilaktig stortingsvedtak. Begge grunnlag vil bli redegjort for under punkt 5.4.3. Vilåret for økonomisk tap og årsakssammenheng vil ikke bli redegjort for i det følgende, da disse må avgjøres konkret ut fra hver situasjon. De tre vilkårene for erstatning videreføres ikke like systematisk i EØS-retten. Vurderingen av erstatningsreglene med grunnlag i EØS-retten vil derfor følge samme system som EU-domstolen oppstiller.

#### **5.4.2 Erstatning med grunnlag i EØS-retten**

EØS-avtalen inneholder ingen generell regel om erstatning som følge av traktatbrudd. Det er imidlertid fastslått av EFTA-domstolen<sup>113</sup> og senere Høyesterett<sup>114</sup> at det må innfortolkes et erstatningsansvar ut fra EØS-rettens grunnleggende hensyn til homogenitet og likebehandling av enkeltpersoner og beskyttelse av deres virksomhet. Høyesterett har gitt uttrykk for at det også ligger en forutsetning om erstatningsansvar i EØS-l. § 1 som inkorporerer EØS-avtalen til norsk lov.<sup>115</sup> Det er ikke tvilsomt at dersom Norge oppstiller en hindring i strid med EØS-avtalens hoveddel kan dette gi grunnlag for erstatningskrav mot staten.<sup>116</sup>

Spørsmålet i det følgende er hvilke vilkår som legges til grunn i vurderingen av hvorvidt en stat anses å være erstatningsansvarlig. I E-4/01 Karlsson drøftet EFTA-domstolen hvorvidt Island var erstatningsansvarlig som følge av EØS-stridig lovgivning som ga staten monopol på alkoholimport. Domstolen skisserte her opp tre vilkår som var de samme som for erstatningsansvar ved feil gjennomføring av direktiv i Sveinbjörnsdóttir-avgjørelsen. For det første må EØS-reglen gjelde rettigheter for individer. For det andre må bruddet være ”sufficiently serious”<sup>117</sup> (tilstrekkelig graverende) og for det tredje må det foreligge årsakssammenheng mellom bruddet på EØS-avtalen og det tap individet har lidt. Det forutsettes i det følgende at vilkår en og tre er oppfylt. Det er det andre vilkåret om at bruddet må være ”tilstrekkelig graverende” som volder mest problemer. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at myndigheten har overtrådt en EØS-regel på en slik måte at de kan klandres.

---

<sup>113</sup> Se blant annet E-9/97 Sveinbjörnsdóttir.

<sup>114</sup> Se blant annet Rt. 2000 s. 1811 Finanger 1, og Rt. 2005 s. 1365 Finanger 2 avsnitt 52.

<sup>115</sup> For skillet mellom erstatning etter gjennomført, feil gjennomført og unnlatt gjennomført EØS-rett se Arnesen TFR 1997 s. 633 del 2.

<sup>116</sup> Se E-4/01 Karlsson premiss 32.

<sup>117</sup> Se E-4/01 Karlsson premiss 32.

EU- og senere EFTA-domstolen har skissert noen momenter som kan vektlegges i vurderingen av bruddets karakter.<sup>118</sup> Blant annet vil reglens klarhet og presisjon, om den er overtrådt ved uaktsomhet eller forsett, om bruddet må anses som unnskyldelig og graden av skjønn ved utøvelsen av kompetanse være relevante momenter.<sup>119</sup> Det avgjørende må være om staten kan anses å ha vært i unnskyldelig rettsvillfarelse, samtidig som det oppstilles krav om at bruddet er ”tilstrekkelig graverende”.

Hva gjelder NOKUS-reglene er spørsmålet hvorvidt feil beskatning må anses som et tilstrekkelig graverende brudd. Har norske myndigheter vært i villfarelse hva gjelder EØS-avtalens krav til etableringsfrihet? Det må her tas utgangspunkt i et konkret eksempel. Vi kan bruke eksempel gjengitt innledningsvis i punkt 5. Norske myndigheter begikk her to feil. For det første ble skattemotivet ikke tilstrekkelig vektlagt, og for det andre ble det lagt vekt på et moment som diskriminerer aksjonæren etter EØS-avtalen.

Det må først legges til grunn at begge feil er begått ved uaktsomhet. I hvert fall legger forarbeidene til grunn at de har ment at slik NOKUS-reglene beskrives er de i overensstemmelse med EØS-avtalen.<sup>120</sup> Når feilene ikke er begått forsettlig, taler dette i retning av at bruddet ikke er graverende. At norske myndigheter ukritisk har lagt generaladvokatens innstilling til grunn for norske NOKUS-regler, er imidlertid heller tvilsomt om kan karakteriseres som lite graverende. Særlig hva gjelder feilen om å legge vekt på hvordan tvilsvarende selskaper driftes i Norge må anses som klandreverdige, da dette klart er en forskjellsbehandling etter EØS-avtalen. Det kan også nevnes at når det i juridisk rettslitteratur var oppstilt flere kritiske kommentarer til hvordan NOKUS-reglene hadde blitt utformet, ga dette en foranledning for norske myndigheter å vurdere reglene på nytt. Dette ble også delvis gjort i prinsipputtalelsen av 20 september 2009, men langt fra alle problemområdene ble brakt klarhet i. Selv om Stortinget ikke har samme tradisjonelle lovgiver rolle ved at det er et internasjonalt organ som har vedtatt EØS-avtalen, kan dette etter likebehandlingsprinsippet ikke tillegges vekt.

---

<sup>118</sup> Momentene ble først gjengitt i C-46/93 Brasserie de pêcheur, og synes å inngå i en helhetsvurdering for hvorvidt det må anses som unnskyldelig at staten ikke visste om rettsregelen. En stat vil ofte på sin side anføre at de har ønsket å følge EØS-rettens regler, men at det kan være vanskelig å avgjøre hva som er godtatt og hva som er ikke. Det fremgår av Brasserie de pêcheur-avgjørelsen at en stat kan høres med dette, gitt at det etter en helhetsvurdering av nevnte momenter må fremstå som unnskyldelig.

<sup>119</sup> E-9/97 Sveinbjörnsdóttir.

<sup>120</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1 avsnitt 5.

Brasserie de pêcheur-avgjørelsen<sup>121</sup> never uttrykkelig i premiss 57 at en tilsidesettelse av EØS-avtalens bestemmelse uansett vil være tilstrekkelig graverende, dersom det foreligger fast domstolspraksis på området. Selv om Cadbury Schweppes-avgjørelsen ikke kan karakteriseres som fast domstolspraksis, gir den en indikasjon på hva som kan tillates av CFC-regimer. Dette taler i retning av at bruddet er ”tilstrekkelig graverende”.

Etter mitt syn må slike som oppstilt i eksempelet ovenfor, karakteriseres som tilstrekkelig graverende. Aksjonæren vil derfor kunne kreve erstatning fra norske myndigheter med hjemmel i erstatningsansvaret etter EØS-retten.

### **5.4.3 Erstatning med grunnlag i norske regler**

Erstatningsansvar basert på norske regler kan forankres i to ulike rettslige grunnlag. For det første har vi ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak og for andre kan staten bli erstatningsansvarlig for feil lovgivningsvedtak. Dette gjelder også når vedtaket eller lovgivningen er i strid med EØS-avtalen. Det er ofte slik at begge grunnlag kan anvendes på samme faktum. Når forvaltningsorganet bygger på en lovgivning i strid med EØS-avtalen ved, kan det både være grunnlag for erstatning for feil forvaltningsvedtak og erstatning for lovgivning i strid med EØS-avtalen.

Når det gjelder statens erstatningsansvar for feil lovgivning står Stortinget i utgangspunktet fritt til å vedta formelle lover innenfor grunnlovens rammer. De internasjonale forpliktelsene etter EØS-avtalen og EMK stillers imidlertid i en særstilling, ved at disse er inkorporert i det norske rettssystemet, og skal ved motstrid gå foran norsk lov.

Det følger av EU-praksis at forrangsprinsippet alene ikke er tilstrekkelig for å oppstille et ansvar for lovgivningsvedtak i strid med EØS-retten. Skadeerstatningsloven § 2-1 oppstiller ansvar for det offentlige ved handlinger som er begått ”forsettlig eller uaktsomt”. Dette gjelder også for Stortingets vedkommende. Når den internrettslige friheten til å unnlate å gjennomføre EØS-rettens bestemmelser ikke er anvendt av norske myndigheter, kan dette tale i retning av at erstatningsansvar kan oppstilles.<sup>122</sup> Ved at suverenitetsprinsippet ikke får videre

---

<sup>121</sup> C-46/93 Brasserie de pêcheur.

<sup>122</sup> Se Arnesen TfR 1997 s. 644 avsnitt 10.2.3 for en utførlig drøftelse av statens erstatningsansvar ved brudd på gjennomført EØS-rett ved Sttingsvedtak.



gjennomslag underbygges videre lojalitetsplikten som EØS-avtalens art. 3 pålegger statene.<sup>123</sup> Det foreligger derfor et statlig erstatningsansvar for lovgivning i strid med EØS-avtalen etter skl. § 2-1, såfremt den er ”forsettlig eller uaktsomt”.

Når det gjelder skyldansvaret ved ugyldige forvaltningsvedtak har det vært uenighet i teorien hvorvidt det heftes på et objektivt grunnlag eller om det kreves subjektiv skyld.<sup>124</sup> Fritak ved unnskyldelig rettsvillfarelse kan imidlertid bare forekomme hvor ansvaret er betinget av skyld.<sup>125</sup> Høyesterettsavgjørelsen i HR-2010-412-A må anses å oppklare rettstilstanden. Domstolen uttaler i premiss 35 at ”[s]om nevnt har Høyesterett på enkelte områder pålagt det offentlige objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Dette er imidlertid på områder hvor det gjør seg gjeldende særlige hensyn”. Det blir videre fastholdt at det må kreves ”tilstrekkelig tungtveiende grunner” for at det offentlige skal hefte for ulovhjemlet myndighetsoverskridelse på et bestemt rettsområde (her plan- og bygningsrett). Utgangspunktet er altså at det ikke kan oppstilles en generell regel om objektivt ansvar ved ulovhjemlet myndighetsutøvelse.

Neste spørsmål som drøftes av Høyesterett er om det bør oppstilles en regel om objektivt ansvar når forvaltningen har ”feiltolket en hjemmelslov”.<sup>126</sup> Etter å ha redegjort for argumenter for og mot konkluderer domstolen med at ansvaret for feiltolket hjemmelsgrunnlag skal drøftes etter det alminnelige arbeidsgiveransvaret etter skl. § 2-1, og at dette ansvaret er strengt. Høyesterett viser således til at ”[e]tter rettspraksis må forvaltningens feiltolking ha vært unnskyldelig for at den skal fritas for ansvar”.

Ut fra dette kan vi for det første se at ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak også reguleres etter skl. § 2-1, og at det således kreves subjektiv skyld for at staten blir erstatningsansvarlig. For det andre fremheves at det kan tenkes unntak dersom det offentlige har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse.<sup>127</sup> Etter mitt syn er dette en heldig avklaring ved at det offentlige kan fatte vedtak uten å holde tilbake i uavklarte rettstilfeller. Dersom likningsmyndighetene hadde vegret seg for å utøve sin beslutningskompetanse etter hva de

---

<sup>123</sup> Arnesen TfR 1997 s. 644 avsnitt 10 s. 666.

<sup>124</sup> Se Eckhoff og Smith 2009 s. 512 og Hagstrøm LoR 1988 s. 317 på s. 322

<sup>125</sup> For kommuners vedkommende er det klar praksis på det kan fritas for unnskyldelig rettsvillfarelse. Se eksempelvis Rt. 1999 s. 1273 Ottesen-dommen.

<sup>126</sup> Se HR-2010-00412-A premiss 33.

<sup>127</sup> Vi kan her se likhetstrekk med EU- og EØS-rettens relevante momenter om hvorvidt rettsanvender har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse i C-46/93 Brasserie de pêcheur og E-4/01 Karlsson.

trodde var riktig, ville mange skattvedtak ugrunnet tilgodesett skatteyteren, og staten ville gått glipp av rettmessige inntekter.

Beskatning kan ikke anses som et rettsområde hvor ”tilstrekkelig tungtveiende grunner”<sup>128</sup> kan forsvare et rent objektivt ansvar. Høyesterett sikter her til særlige rettsområder som eksempelvis tvungen psykiatrisk behandling hvor et vedtak må anses som mer inngripende enn andre vedtak.<sup>129</sup> Skattevedtak kan riktignok oppleves som inngripende, men når denne er av økonomisk karakter vil det ikke kunne sammenlignes med eksempelvis en tvangsinnleggelse som griper inn i den privates sfære.<sup>130</sup> Erstatningen har i vårt tilfelle dessuten preg av å være et følgetap, når ligningen kan omgjøres og kreves tilbakebetalt på grunn av ugyldighet. Dette bidrar til å anse overtredelsen som mindre inngripende. Det er ikke tvilsomt at feilaktige skattevedtak må vurderes på bakgrunn av subjektiv skyld etter § 2-1. Spørsmålet er om ligningsmyndigheten har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse ved ileggelse av NOKUS-beskatning for skatteyttere som i utgangspunktet hadde vern etter etableringsfriheten i EØS-avtalen.

Begge ansvarsgrunnlag i norsk rett er således hjemlet i skl. § 2-1, og en drøftelse av hvorvidt det aktuelle organ har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse vil bli relativt lik.

Sentralforvaltningens ansvar etter § 2-1 er strengt, og det kan ikke oppstilles noe mindre krav overfor Stortinget. Etter EØS-l. § 1 gjelder EØS-avtalen som norsk rett, og både lovgiver og forvaltning har ansvar for at deres kompetanse utøves i henhold til EØS-avtalen.

På en side er det urimelig at den vedtaket retter seg mot må bære tapet for at vedtaksorganet har tatt feil av lovgivningen og at lovgivningen er vedtatt i strid med EØS-avtalen. Det er norske myndigheter som lager og vedtar norske regler, og det oppstilles et strengt ansvar når reglene inneholder materielle feil. På den andre siden kan det argumenteres for at EØS-avtalen står i en noe annen stilling. Norske myndigheter har ikke hatt noen innflytelse på utformingen av EØS-avtalen. Dens bestemmelser kan dessuten være vanskelig å anvende grunnet dens vide anvendelsesområde. Unntak som oppstilles er bare delvis lovfestet og er av denne grunn vanskelig å trekke grensen mot. Det kan altså argumenteres for at et vedtak i

---

<sup>128</sup> Se HR-2010-00412-A premiss 35.

<sup>129</sup> HR-2010-00412-A premiss 32, jf. premiss 30.

<sup>130</sup> Et annet eksempel som Høyesterett bruker er urettmessig tilbakekalt advokatbevilgning som også må karakteriseres som særlig inngripende ved at vedkommende mister sitt inntektsgrunnlag, HR-2010-00412-A premiss 32, jf. premiss 31.

strid med EØS-avtalen kan anses som unnskyldelig i de tilfeller EØS-retten er uklar, og ikke videre presisert i EU-praksis. Ekvivalensprinsippet i EØS-retten tilsier imidlertid at rettigheter som utledes fra EØS-avtalen skal sidestilles med rettigheter utledet av nasjonal rett. Staten kan derfor *ikke* høres med at de ikke har vært i den tradisjonelle lovgiverrollen og dermed vært i unnskyldelig rettsvillfarelse over etableringsfrihetens rekkevidde.

Staten ble også gitt relativt klare retningslinjer for hvor langt etableringsretten går i forhold til NOKUS-beskatningen i Cadbury Schweppes-avgjørelsen. Når statens feil består i at EU-domstolens avgjørelse er gjengitt feil i norsk rett, må staten stå som ansvarlig for dette.

Drøftelsen om hvorvidt norske ligningsmyndigheter har vært i unnskyldelig rettsvillfarelse vil bli særlig lik tilsvarende drøftelsen under punkt 5.4.2 for erstatning på EØS-rettslig grunnlag. I tillegg kan det argumenteres for at det norske ansvaret i hvert fall ikke går kortere enn det EØS-rettslige. Det er derfor etter mitt syn klart, at staten må anses som erstatningsansvarlig både som følge av feiltolking av hjemmelslov og ved lovgivning i strid med EØS-avtalen.

#### **5.4.4 Forholdet mellom erstatningsansvarene etter EØS-retten og intern norsk rett**

Et siste spørsmål er hvorvidt det er ansvarsgrunnlaget etter EØS-retten eller ansvarsgrunnlaget etter norsk rett som går lengst.

Ved konflikt mellom EØS-avtalens bestemmelse om etableringsfrihet og de norske NOKUS-reglene kan en skatteyder oppstille et erstatningskrav både etter det norske erstatningsansvaret for ugyldige forvaltningsavgjørelser og erstatningsansvar etter EØS-rettens regler. Dersom EØS-rettens regler går lenger i å tilkjenne erstatning, er det norske ansvaret for ugyldige forvaltningsvedtak EØS-stridige, ved at det ikke oppstilles samme rettigheter for vedtak i strid med EØS-avtalen, og vedtak i strid etter andre regler.

Dersom situasjonen er slik at det oppstilles et videre ansvar etter det norske erstatningsansvaret for ugyldige forvaltningsvedtak og feil lovgivning må også disse anvendes overfor de vedtak som strider mot EØS, og ikke bare for forvaltningsvedtak som avgjør rent nasjonale rettsspørsmål.

Vi har ovenfor sett at det EØS-rettslige ansvarsgrunnlaget statuerer et krav om at bruddet skal være ”sufficiently serious”.<sup>131</sup> Dette må oppfattes dit hen at det er krav om klandreverdige opptreden fra det offentlige. Etter norsk rett er erstatning for ugyldige forvaltningsvedtak og feil lovgivning hjemlet i skl. § 2-1, hvorpå Høyesterett selv sier at ansvaret er strengt.<sup>132</sup> Det norske ansvaret går således lenger mot det objektive ansvaret, mens erstatningsreglene etter EØS-retten fastholder kravet til ”tilstrekkelig graverende”. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig med rent uaktsomhet i EØS-rettens tilfelle.

Ut fra dette kan vi slutte at det norske erstatningsgrunnlaget går lenger enn det EØS-rettslige, og at ansvaret derfor ikke er i strid med EØS-avtalen.

---

<sup>131</sup> Se E-4/01 Karlsson premiss 32.

<sup>132</sup> Se HR-2010-00412-A premiss 34.

## **6. LITTERATURLISTE**

### **Lover:**

Lov om skatt av formue og inntekter av 26. mars 1999 nr. 14

Lov om ligningsforvaltning av 13. juni 1980 nr. 24

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 27. november 1992 nr. 109

Lov om verdipapirfond av 12. juni 1981 nr. 52

### **Internasjonale traktater:**

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde

Traktat om den europeiske union

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

### **Forarbeider:**

Ot.prp. nr. 16 (1991-92)

Ot.prp. nr. 72 (1991-92)

Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)

Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)

Ot.prp. nr. 31 (2007-2008)

St.prp. nr. 100 (1991-92)

### **Annen ligningspraksis:**

Finansdepartementets prinsipputtalelse av 19. april 2007

Finansdepartementets prinsipputtalelse av 29. september 2009

Finansdepartementet brev av 25. september 2007 Utv. 2007 s. 1568

Bindende forhåndsuttalelse av 14 desember 2009

Overligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter Utv. 2008 s. 360

### **Norske rettsavgjørelser:**

Høyesterett:

Rt. 1937 s. 443 Panama

Rt. 1999 s. 1273 Ottesen

Rt. 2001 s. 1811 Finanger 1

Rt. 2002 s. 391 God morgon

Rt. 2002 s. 456 Hydro Canada

Rt. 2005 s. 597 Allseas

Rt. 2005 s. 1365 Finanger 2

Rt. 2006 s. 1281 Canica

Rt. 2006 s. 1265 Edquist  
HR-2010-412 Vangen

Lagmannsretten:  
LB-2007-151609  
RG 2008 s. 1095

**EU- og EFTA-domstolens rettsavgjørelser:**

C-33/76 Rewe  
C-120/78 Cassis De Dijon  
C- 81/87 Daily Mail  
C-46/93 Brasserie de pêcheur  
C-80/94 Wielocks  
C-120/95 Decker  
C-188/95 Fantask  
C-264/96 ICI  
C-212/97 Centros  
C-251/98 Baars  
C-410/98 Metallgesellschaft  
C-9/02 Lasteyrie du Saillant  
C-315/02 Lenz  
C-319-02 Manninen  
C-446/03 Marks & Spencer  
C-196/04 Cadbury Schweppes  
C-303/07 Aberdeen

E-9/97 Sveinbjörnsdóttir  
E-4/01 Karlsson  
E-1/04 Fokus Bank  
E-9/07 og E-10/07 De forente saker, L'Oreal

**Rettslitteratur:**

Arnesen, Introduksjon til rettskildelæren i EF 1995 3. utgave  
Arnesen og Stenvik, Internasjonalisering og juridisk metode 2009  
Banoun, Omgåelsen av skattereglene 2003  
Bullen, EU, EØS og skatt 2005  
Dajani, Leegaard, Nordby og Ongre, EØS-avtalen og norsk skatterett 2003  
Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett 2010 9. utgave  
Gjems-Onstad, Norsk bedriftsskatterett 2008  
Graver, Alminnelig forvaltningsrett 2007 3. utg.  
Gyldendal Rettsdata, kommentarer til skatteloven av Stig Solund  
Hagstøm, Obligasjonsrett 2003 3. opplag 2004

Jakobsen, Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EF- og EØS-retten 2002  
Kvisli, Innføring i skatteretten 1962  
Liland og Nordbø, Internasjonal skattekåndbok 2002  
Perland, "NOKUS og skatteavtaler" Marius nr. 217 (1995)  
Sejersted m.fl., EØS-rett 2004 2. utgave  
Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett, 2009, 4. utgave  
Zimmer, Lårebok i skatterett 2005 5. utgave 2. opplag 2009

**Artikler:**

Arnesen "Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen" Tidsskrift for Rettsvitenskap 1997 s. 633

Ba-hr, "Utenlandske selskap og fritaksmetoden – EF-domstolens avgjørelse i Aberdeen Property Fininvest Alpha" Nyhetsbrev nr. 3/2009 Skatt

Banoun og Bullen "En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS", Revisjon og regnskap Utgave 7/2006

Glad Follestad "Er NOKUS-reglene kompatible med EØS-avtalen?" Skatterett 2006 nr. 1,

Grydeland "Finansdepartementet endrer sin tolking av fritaksmetoden", Revisjon og Regnskap Utgave 7/2009

Hagstrm "Ugyldighet og erstatning" LoR 1988 s. 317 på side 322

Høyland "Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet", Revisjon og Regnskap Utgave 8/2008

Sanfelt "Lovendringene vedr. SE-selskaper, NOKUS og fritaksmetoden", Revisjon og Regnskap, Utgave 2/2008

Upublisert manuskript Haukeland Fredriksen "Rettslige føler av statlige brudd på EØS-regler som er operative i norsk rett – Et forsøk på å rydde opp i opprydningen etter Fokus Bank-saken"

**Annet:**

Direktiv 003/48/EF Sparingsdirektivet

Generaladvokatens innstilling i sak C-196/04 fremsatt 2. mai 2006

Proposition 2007/08:16 ndrade regler fr CFC-beskatning

## **7. LISTE OVER FIGURER**

Figur A (s. 11)

Figur B (s. 12)

Figur C (s. 13)