

Fritaksmetodens avgrensninger

Særlig om avgrensningen innefor EØS, herunder dens forhold til EØS-avtalen

Kandidatnummer: 557

Leveringsfrist: 25.11.08

Til sammen 17752 ord

25.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Kartlegging av tema	1
1.2	Fritaksmetodens plassering i det skatterettslige system	1
1.3	Enkelte rettskilde- og metodebemerkinger	2
1.4	Fritaksmetodens formål	3
1.5	Hovedregel.....	4
1.5.1	Innledning	4
1.5.2	Kvalifiserende subjekt	4
1.5.2.1	Nærmere om bestemmelsen	4
1.5.2.2	Generelle utgangspunkt og kjennetegn	5
1.5.2.3	Er oppregningen uttømmende?	6
1.5.3	Kvalifiserende objekt.....	7
1.6	Fradrag.....	9
1.7	Hovedoversikt over fremstillingen	9
<u>2</u>	<u>AVGRENSNINGEN MOT PORTEFØLJEINVESTERINGER UTENFOR EØS</u>	<u>10</u>
2.1	innledning.....	10
2.2	Begrepet hjemmehørende	10
2.3	Kravet til kvalifiserende eierandel og eiertid	13
2.4	Særlig om finansielle instrumenter	14
2.5	Særlig om fradrag.....	15

<u>3</u>	<u>AVGRENSNINGEN MOT INNTEKTER FRA LAVSKATTELAND UTENFOR EØS</u>	16
3.1	Innledning	16
3.2	Begrepet lavskatteland	16
3.2.1	Forholdet til NOKUS-reglene.....	16
3.2.2	Lavskattelandsvurderingen	18
3.2.3	Hvilke skatter skal inngå i vurderingen?	19
3.2.4	Avsluttende bemerkninger.....	21
<u>4</u>	<u>AVGRENSNINGEN INNENFOR EØS</u>	<u>22</u>
4.1	Innføringen av bestemmelsen	22
4.2	Avgrensningens virkeområde	23
4.2.1	Bestemmelsens ordlyd	23
4.2.2	Gjelder utelukkende for inntekt	23
4.2.3	Krav om at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet.....	24
4.2.3.1	Bestemmelsens ordlyd	24
4.2.3.2	Den konkrete vurdering.....	25
4.3	Oppstilles kravene ved innlandsetableringer?	28
<u>5</u>	<u>AVGRENSNINGENS FORHOLD TIL NORGES FORPLIKTELSER ETTER EØS- AVTALEN.....</u>	<u>30</u>
5.1	Innledning og systematikk	30
5.2	Kommer reglene om de fire friheter til anvendelse?	31
5.2.1	Særlig om diskrimineringsforbudene.....	31
5.2.2	Forbudsreglenes vilkår.....	32
5.2.3	Innebærer en påberopelse av felleskapsretten et misbruk?	33
5.2.4	Konklusjon.....	34
5.3	Innebærer avgrensningen en diskriminering eller restriksjon?.....	34
5.3.1	Terminologi	34

5.3.2	Utgangspunkt og de norske forarbeidene	35
5.3.3	Den konkrete vurdering på bakgrunn av Cadbury Schweppes-saken.....	37
5.3.3.1	Forskjellsbehandling	37
5.3.3.2	Restriksjon	37
5.4	Er avgrensningen likevel forenlig med EØS-retten?.....	39
5.4.1	”The rule of reason-test”	39
5.4.2	Begrunnet i tvingende allmenne hensyn?	40
5.4.2.1	Hensynet til sammenhengen i skattesystemet	40
5.4.2.2	Hensynet til å forebygge misbruk, omgåelse og tilpasning.....	42
5.4.2.2.1	Presisering av hensynet	42
5.4.2.2.2	Hensynet til å forebygge tilpasning	43
5.4.2.2.3	Hensynet til å forebygge omgåelse.....	44
5.4.2.3	Hensynet til effektiv skattekontroll	45
5.4.3	Er avgrensningen innenfor EØS egnet til å oppnå formålene?	46
5.4.4	Forholdsmessighetsvurderingen	47
5.4.4.1	Innledning	47
5.4.4.2	Er de norske kravene i tråd med kravene etter felleskapsretten	48
5.4.4.2.1	Kvavet til at etableringen anses reell.....	48
5.4.4.2.1.1	Objektivt vs. subjektivt utgangspunkt	48
5.4.4.2.1.2	Forarbeidenes tolkningsveiledning	49
5.4.4.2.1.3	Hvilket organ skal gjennomføre vurderingen.....	51
5.4.4.2.2	Dokumentasjonskravet	52
5.4.4.2.2.1	Innledning og problemstilling	52
5.4.4.2.2.2	Det særlige dokumentasjonskravet ved konsernforhold.....	54
5.4.4.2.2.3	Kravet til verifikasjon	54
5.4.4.2.2.4	Det generelle dokumentasjonskravet.....	56
5.4.4.3	Kan ønsket tilpasning skje med mindre inngripende virkemidler?	58
5.5	Sammenfatning og konklusjon.....	60

1 Innledning

1.1 Kartlegging av tema

Bestemmelsen om fritaksmetoden finnes i skatteloven (sktl.) §2-38. Fritaksmetoden innebærer at et selskaps aksjeinntekter, det vil si aksjegevinst og utbytte, fritas for skattlegging på selskapets hånd. I tråd med symmetriprinsippet berømmes da ikke fradrag for realisasjonstap. Hovedformålet med bestemmelsen er å hindre kjedebeskatning ved at utbytte og gevinst skattlegges flere ganger i en eierkjede innenfor selskapssektoren.

Tema for denne avhandlingen er fritaksmetodens avgrensning av hvilke inntekter som er kvalifiserende (objektsiden). Hovedvekten vil legges på avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS, og her særlig om avgrensningen er i overensstemmelse med Norges forpliktelser iht. EØS-avtalen.

1.2 Fritaksmetodens plassering i det skatterettslige system

Regelsettet innebærer et fritak fra skatteplikten for utbytte jf. sktl. §10-11, og gevinst jf. sktl. §10-31. Reglene må ses i sammenheng med utbyttebeskatningen i aksjonærmodellen, også innført i skattereformen 2004 - 2006. Aksjonærmodellen innebærer at utdeling fra selskapet til personlig skatteyder blir beskattet på aksjonærens hånd, etter fratrukk for eventuelt skjermingsfradrag. Det er videre en tilknytning til reglene om gevinstbeskatning for fysiske personer og den alminnelige selskapsbeskatningen. I likhet med andre regelsett som fritar for beskatning eller usetter tidfestingen, kan reglene om fritaksmetoden være gjenstand for skatteplanlegging. Skatteplanlegging er lovlig, men grensen mot ulovlig skatteomgåelse er uklar. Forholdet reguleres av den alminnelige ulovfestede omgåelsesnormen, eller spesialregelen i sktl. §14-90. Mulighetene for tilpasning og

omgåelse på området for fellekskapsretten er sentralt i denne fremstillingen. Ellers behandles ikke særlige problemstillinger knyttet til skatteplanlegging og omgåelse.¹

1.3 Enkelte rettskilde- og metodebemerkinger

Den alminnelige juridiske metode gjelder også på skatterettens område, og er følgelig lagt til grunn for denne avhandlingen. Det skal her knyttes et par generelle bemerkninger til metodelæren når det kommer til fritaksmetoden.²

Det første som må nevnes er at vi befinner oss på legalitetsprinsippets område. Det betyr at loven står helt sentralt og er nødvendig for å kunne ilegge skatteplikt. Regelsettet om fritaksmetoden er av ny dato. Det foreligger derfor lite rettspraksis av betydning. Som en følge av dette må vi søke tolkningsveiledning i andre rettskilder, og vekten av disse vil følgelig øke.

Det refereres i stor grad til forarbeider i denne avhandlingen. Dette er helt i tråd med alminnelig juridisk metode. Et eksempel på at forarbeider av Høyesterett er tillagt avgjørende vekt på skatterettens område er Rt.1997 s.1602 Bodø/Glimt. Hvor stor vekt forarbeidene tillegges kan variere med aktuelt kompetent organ, og på hvilket nivå det befinner seg på i hierarkiet. Ligningsmyndighetene opererer for eksempel gjerne under stort tidspress, samtidig som det enkelte steder kan være et betydelig antall ikke-jurister. Dette kan få innvirkning på metoden ved at Ligningens ABC gjerne blir primærkilden. På den annen side vil forarbeidene være en viktig premissbærer for innholdet i Ligningens ABC.

En lovbestemmelses formål er viktig i skatteretten som ellers i rettsystemet, men andre reelle hensyn tillegges også ofte stor vekt uavhengig av argumentsbærer. Her kan nevnes hensynet til å unngå dobbelt- og kjedebeskatning. Hensynet skal vektlegges men,

¹ For en detaljert fremstilling se Dimmen 2007.

² For en detaljert fremstilling av metodelære i skatterett se Zimmer 2005 s.45-58.

Høyesterett har i flere avgjørelser funnet at det ikke er avgjørende at samme fordel treffes av for eksempel både inntektsskatt og arveavgift.³

Det vil også refereres til bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet og prinsipputtalelser fra Finansdepartementet. Slike administrative uttalelser vil gjerne bli tillagt stor vekt av ligningsmyndighetene og vil kunne danne grunnlag for ligningspraksis. I mangel på andre kilder vil slike uttalelser kunne tillegges vekt av en domstol, da helst som støtteargument. Som eksempel på at Høyesterett har gått imot Finansdepartementets uttalelse kan nevnes Rt.1990 s.958. Et eksempel på at en uttalelse fra Finansdepartementet ble tillagt vekt som et støtteargument er Rt.2001 s.282.

Når det gjelder felleskapsretten refereres det i hovedsak fra avgjørelser fra EF-domstolen. For Norge er det EFTA-domstolen som er den kompetente domstol i felleskapsrettslige spørsmål. Fordi innholdet i EØS-avtalen i all hovedsak er identisk utformet som EF-traktaten på området for de fire friheter, vil praksis fra EF-domstolen være relevant. Dette understrekes av et felles ønske om en ensartet rettspraksis og utvikling på området for de fire friheter. Denne homogenitetsmålsetningen fremgår blant annet av EØS-avtalens fortale,⁴ og konkretiseres i EØS art.6. Videre avsier EF-domstolen grunnet sitt kompetanseområde et betydelig større antall saker enn tilfellet er for EFTA-domstolen.

1.4 Fritaksmetodens formål

Fordi dette er en fremstilling om fritaksmetodens avgrensninger vil hensynet bak selve innføringen av fritaksmetoden behandles meget kort.⁵ Hovedformålet med fritaksmetoden er å hindre kjedebeskatning. Hensynet ivaretar nøytralitet mellom fysiske og juridiske personers kapitalinntekter, og kan bidra til å tiltrekke seg investeringer. RISK- og godtgjørelsessystemet som gjaldt før fritaksmetoden var komplisert og medførte store

³ Rt.1957s.1087(plenum).

⁴ Særlig fortalens ledd 5 og 15, se også EØS art.1.

⁵ For en detaljert fremstilling av formålene se Dimmen 2007 kap.2.

administrasjonskostnader. Regelsettet hadde også en problematisk side til EØS-retten da det forskjellsbehandlet norsk og utenlandsk utbytte. Avgrensningene i fritaksmetoden er alle en avveining mellom hensynet til å begrense kjedebeskatning og hensynet til å unngå uønsket tilpasning. Omfattende avgrensninger vil også kunne føre til kompliserte vurderinger og følgelig høye administrasjonskostnader. Evnen til å tiltrekke seg investeringer kan også bli redusert grunnet høy internasjonal kapitalmobilitet og skattekonkurranse.

1.5 Hovedregel

1.5.1 Innledning

Selv om denne fremstillingen i hovedsak omhandler avgrensningene av fritaksmetoden skal det først foretas en summarisk behandling av hovedregelen slik den fremkommer i sktl. §2-38 første og annet ledd. Første ledd gjelder hovedregelens subjektsside og inneholder en oppregning av hvilke skatteyttere som er fritatt for skatteplikt på inntekt, samt ikke berømmes fradragsrett for tap. Andre ledd regulerer hvilke inntekter som omfattes av fritaket, med andre ord hvilke inntekter som er kvalifiserende objekt.

1.5.2 Kvalifiserende subjekt

1.5.2.1 Nærmere om bestemmelsen

Skattelovens §2-38 første ledd litra a-k inneholder en detaljert oppregning av hvilke skatteyttere som er kvalifiserende subjekt. Bestemmelsen er bygd opp slik at den først oppstiller de norske subjektene som er omfattet av fritaksmetoden. Det fastsettes i litra k at det samme gjelder for utenlandske selskap mv. som ”tilsvarer” de norske. Etter forarbeidene må det her foretas en ”konkret vurdering”.⁶ At den aktuelle utenlandske selskapsform ikke er underlagt ”identiske regler” er etter forarbeidene ikke avgjørende, såfremt lovgivningen ikke på ”sentrale punkter” gir anvisning på andre løsninger enn det

⁶ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.60.

som gjelder for den sammenlignbare norske selskapsformen. Det skal videre i forarbeidene tas i betraktning hvordan det utenlandske selskapet rent faktisk ”opererer” og er ”organisert”. De norske kvalifiserende subjekts kjennetegn blir følgelig retningsgivende i den konkrete vurderingen av det aktuelle utenlandske subjekt. Det skal i det følgende redegjøres kort for utgangspunktene som fremkommer i forarbeidene,⁷ samt enkelte generelle kjennetegn ved subjektene i listen.

1.5.2.2 Generelle utgangspunkt og kjennetegn

Etter sktl. §2-38 første ledd er selskap som nevnt i sktl. §2-2 første ledd litra a til d subjekt etter fritaksmetoden. I §2-2 litra a nevnes aksjeselskap og allmennaksjeselskap. Det heter i forarbeidene at ”aksjeselskaper er fritaksmetodens kjernesubjekt”. Det presiseres videre at aksjer i slike selskaper vil være det ”sentrale eksemplet på kvalifiserende eierandel, mens gevinst og utbytte på aksjer vil være kvalifiserende inntekt”.⁸ Det er denne selskapsformen som legges til grunn i det følgende, men det som sies vil i stor grad gjelde tilsvarende for andre selskap mv.

Ved vurderingen av hvilke subjekter som skulle omfattes av fritaksmetoden ble hensynet om å oppnå skattemessig likebehandling av virksomheter uavhengig av organisasjonsform tillagt vekt.⁹ Dette blant annet for å hindre at reglene gir incentiv om valg av organisasjonsform. Hensynet til likebehandling uavhengig av organisasjonsform gjør at grensene for å regnes som subjekt etter fritaksmetoden trekkes vidt, ved at juridiske personer som ikke likestilles med aksjeselskap regnes som subjekt.¹⁰ Hensynet er tillagt så stor vekt at selv enkelte juridiske personer som ikke kan regnes som selskap er kvalifiserende subjekt. Som eksempel kan nevnes forening, stiftelse, kommune,

⁷ Ot.prp.nr.1(2004-2005) kap.6.5.2.1.

⁸ Se Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.58.

⁹ Se Ot.prp.nr.1(2004-2005) pkt.6.5.2.1.

¹⁰ Subjektene i litra a-b likestilles skatterettslig med aksjeselskap bl.a. i sktl.§10-1.

fylkeskommune og konkurs- og administrasjonsbo.¹¹ Ved at forening er kvalifiserende subjekt oppstilles det ikke noe krav om at subjektet skal ha eiere med rett til overskuddet.

Et annet ”bærende prinsipp” er etter forarbeidene hvilke subjekter som omfattes av aksjonærmodellen. Som et utgangspunkt er det en ”generell forutsetning for å inkludere et subjekt under fritaksmetoden at (videre)utdeling til fysisk person beskattes på personens hånd, eventuelt med skjerming etter aksjonærmodellen”.¹² Det presiseres videre at det kan ”forekomme situasjoner der denne forutsetningen ikke er avgjørende, typisk i tilfeller der hensynet til å motvirke aktive tilpasninger til fritaksmetoden ikke gjør seg gjeldende”. Enkelte kvalifiserende subjekt svarer ikke skatt ved (videre)utdeling. Grunnen til det er at utdeling er umulig, slik som i foreninger, eller allerede er skattefri etter andre regler. Som eksempel på det sistnevnte kan nevnes selskap som er heleid av staten.¹³ Fordi staten normalt er fritatt for skatteplikt etter sktl. §2-30 første ledd litra b, vil videreutdeling ikke være skattepliktig. Ansvarsformen synes sentral da subjektene som oppregnes, kun hefter for sin kapitalandel. Fra disse kjennetegnene er interkommunale selskaper organisert som DA det eneste unntaket.¹⁴ Til slutt kan det nevnes det at ingen av subjektene er fysiske personer.

1.5.2.3 Er oppregningen uttømmende?

Det kan reises spørsmål om oppregningen i sktl. §2-38 litra b er uttømmende. Det forhold at angivelsen av subjekter er så detaljert, samtidig som det mangler en betegnelse som bærer bud om et videre anvendelsesområde, taler for at oppregningen er uttømmende. Det er særlig hensynet til likebehandling uavhengig av organisasjonsform som kan begrunne at andre lignende subjekt anses som kvalifiserende, hvor dette er i tråd med bestemmelsens formål.

¹¹ Sktl.§2-38(1)e-h.

¹² Se Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.57.

¹³ Sktl.§2-38(1)d.

¹⁴ Dimmen 2007 kap.3.2.2.

Departementet vurderte i 2005 om bygdeallmenninger er kvalifiserende subjekt.¹⁵ Finansdepartementet kunne ”ikke se at uttalelser i forarbeidene eller reelle hensyn tilsier at ordlyden må tolkes utvidende i denne sammenheng”. Uttalelsen viser at departementet holder mulighetene for utvidende tolkninger åpen.

På den annen side kan det vises til uttalelsene i forarbeidene om at departementet i tiden fremover vil være oppmerksom på ”tilpasninger som har til formål å kunne fase inntekter fra selskaps- til personsektoren, uten at avkastning ut over risikofri avkastning blir beskattet”.¹⁶ Uttalelsen kan tas til inntekt for at det kan tenkes fremtidige innstramminger av subjekt som er omfattet. En slik innstamming ble ikke foretatt samtidig med avgrensningen av objektsiden for investeringer i lavskatteland innenfor EØS, men dette utelukker ikke en fremtidig innstramming av subjektssiden.

1.5.3 Kvalifiserende objekt

Her skal det gis en kort redegjørelse for hovedregelen om hvilke inntekter som omfattes av fritaksmetoden. For det første omfattes realisasjons- *gevinst og tap, uttak* samt *lovlig utdelt utbytte* fra selskap nevnt i første ledd a til c og tilsvarende utenlandsk selskap.¹⁷ Det skal her knyttes et par bemerkninger til inntektskategoriene.

Realisasjon vil typisk være salg av selskapsandeler.¹⁸ Gevinst og tap vil tilsvare en positiv eller negativ utvikling av omsetningsverdi frem til realisasjonstidspunktet.

Uttak¹⁹ likestilles etter bestemmelsen med realisasjon. Grunnen til det er at selskapet ikke skal tvinges til å selge aksjene før gevinsten overføres skattefritt til aksjonæren ved hjelp av fritaksmetoden.

¹⁵ Utv.2005 s.1245.

¹⁶ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.57.

¹⁷ Jf. sktl.§2-38(2)a.

¹⁸ Se sktl.§9-2.

¹⁹ Se sktl.§5-2.

Utbyttebegrepet er definert som ”enhver vederlagsfri overføring” av verdier fra selskap til aksjonær, jf sktl. §10-11 andre og tredje ledd. Her oppstilles også enkelte unntak fra dette utgangspunktet. For at utbytte skal omfattes må det være lovlig utdelt. Dette forutsetter at selskapet har fulgt saksbehandlingsreglene og materielt sett hadde rett til å foreta utdelingen. Etter forarbeidene er det det aktuelle utlands selskapsrett som er avgjørende ved grenseoverskridende transaksjoner.²⁰ Utenlandsk selskapsrett er med det gjort til del av norsk rett, med de komplikasjoner det medfører.

For det andre omfattes gevinst, tap og uttak fra deltakerlignede selskap av fritaksmetoden, jf. sktl. §2-38 annet ledd litra b. Denne bestemmelsen ble innført ved endringslov av 17.juni 2005 nr.74 på bakgrunn av endringer i reglene om beskatning av deltakerlignede selskaper. Uten utvidelsen risikerte slike selskap i enkelte tilfeller trippelbeskatning. Fra dette gjøres det i visse tilfeller et unntak hvor det hvor det deltagerlignede selskapet eier aksjer i selskaper hjemmehørende utenfor EØS.²¹ Dette unntaket behandles ikke nærmere i det følgende. Det vises til Ot.prp.nr.92 (2004-2005) s.25-26 for en nærmere gjennomgang.

For det tredje omfattes gevinst eller uttak fra ”finansielle instrumenter” med eierandel i (allmenn)aksjeselskap jf. sktl. §2-38 annet ledd litra c. Finansielle instrumenter er ingen klart definert gruppe, og begrepet er ikke legaldefinert. I forarbeidene nevnes ”opsjoner” som gir rett til kjøp eller salg av eiendeler, ”utstedelsesretter” som gir rett til nye eiendeler og ”terminkontrakter” for fremtidig overdragelse av eiendeler.²² Det er særlig hensynet til å tilrettelegge for bruk av slike derivater til ”sikring og risikostyring” som tilsier at fritaksmetoden skal gjelde for derivater som har kvalifiserende eierandel som underliggende objekt.²³

²⁰ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.58.

²¹ Se sktl.§2-38(3)e.

²² Ot.prp.nr.1(2004-2004) s.61-62.

²³ Ot.prp.nr.1(2004-2004) s.61-62.

1.6 Fradrag

Det kan synes som om det er en fordel at inntekten og subjektet er kvalifiserende slik at disposisjonen omfattes av fritaksmetoden. Før en kommer til denne konklusjonen må imidlertid reglene for fradrag vurderes. Utgangspunktet finnes i sktl. §6-1 første ledd som innrømmer fradrag for kostnad som er pådratt for å erverve ”skattepliktig” inntekt. Som bestemmelsen selv uttrykker, er det regler som presiserer, utvider eller innskrenker bestemmelsen i lovens kapittel 6. I sktl. §6-24 første ledd utvides fradragsretten til å gjelde kostnader som ”pådras for å erverve” inntekt som er fritatt for skatteplikt etter sktl. §2-38. Bestemmelsens andre ledd presiserer at det ikke berømmes fradrag for kostnader i forbindelse med ”ervervs- og realisasjonskostnader”. Når en skal skille mellom ”kostnader som pådras for å erverve” og ”ervervs- og realisasjonskostnader” kan det oppstå grensetilfeller. Problemstillingen forfølges ikke nærmere. Her skal bare nevnes at bestemmelsen om fradrag for gjeldsrenter i sktl. §6-40 gjelder uforandret. Dette medfører at lånerenten på et lån som er benyttet til å erverve inntekt som rammes av fritaksmetoden kan fradras. I tråd med symmetriprinsippet slik det kommer til uttrykk i sktl. §9-4, gis det ikke fradrag for realisasjonstap hvor en eventuell gevinst omfattes av fritaksmetoden. Fradragssiden vil i det følgende bare behandles kort hvor det er noe særlig å bemerke. Dette vil i første rekke være hvor det gjøres innhugg i symmetriprinsippet.

1.7 Hovedoversikt over fremstillingen

Ved grenseoverskridende transaksjoner oppstiller sktl. § 2-38 annet ledd tre avgrensinger på fritaksmetodens objektside. *Utenfor EØS*-avtalens virkeområde avgrenses fritaksmetoden mot inntekter fra porteføljeinvesteringer,²⁴ samt eierandel i et selskap ”hjemmehørende” i ”lavskatteland”.²⁵ Fritaksmetoden ble nylig avgrenset mot inntekt for selskap ”hjemmehørende” i ”lavskatteland” *innenfor EØS*, som ikke anses for å være ”reel etablert” eller for å drive ”reell økonomisk aktivitet”.²⁶

²⁴ Jf. Sktl. §2-38(3)b-e behandles i kap.2.

²⁵ Jf. Sktl. §2-38(3)a behandles i kap.3.

²⁶ Jf. Sktl. §2-38(3)a behandles i kap.4-5.

2 Avgrensningen mot porteføljeinvesteringer utenfor EØS

2.1 Innledning

Fritaksmetoden er etter sktl. §2-38 tredje ledd litra b avgrenset mot inntekter eller tap fra eierandeler ”hjemmehørende” utenfor EØS, dersom skatteyteren ikke ”sammenhengende de to siste årene frem til innvinningstidspunktet” har eid minst ti prosent av kapitalen og minst ti prosent av stemmene på generalforsamlingen. Begrepet porteføljeinvestering kommer ikke til uttrykk i bestemmelsen, men benyttes i forarbeidene. Det er en samlebetegnelse om investeringer der investor ikke har til hensikt å utøve aktivt eierskap, motsatsen er direkte investeringer. Hensynet til å unngå kjedebeskatning gjør seg også gjeldende ved porteføljeinvesteringer, men ikke i like stor grad.²⁷ Avgrensningen mot porteføljeinvesteringer er først og fremst begrunnet i at det er uheldig at fritaksmetoden kommer til anvendelse dersom det underliggende selskap blir utsatt for en effektiv beskatning som ligger betydelig under norsk nivå.²⁸ En avgrensning for porteføljeinvesteringer i lavskattelands ble ikke foreslått grunnet høye administrative kostnader i forbindelse de ulike skattenivåene, samt vanskeligheter forbundet med dokumentasjon og kontroll ved små eierandeler.²⁹ En usikker side til EØS-retten gjorde at det ikke ble foreslått noen avgrensning innefor EØS. Bestemmelsene i sktl. §2-38 tredje ledd litra b til d, samt fjerde ledd gjelder alle ulike sider av porteføljeinvesteringer.

2.2 Begrepet hjemmehørende

Begrepet hjemmehørende benyttes gjennomgående i skatteloven, blant annet i sktl. §2-2 og NOKUS-reglene. Begrepet er ikke legaldefinert. Det er følgelig ikke gitt at begrepet har samme betydning i hele loven. Praksis og administrative uttalelser rundt begrepet i et bestemt tilfelle vil kunne ha betydning for begrepstolkningen i andre bestemmelser. Det er

²⁷ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.71.

²⁸ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.71.

²⁹ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.71.

særlig administrative hensyn, hensynet til konformt regelverk og forutberegnlighet som taler for et slikt synspunkt.

I 2006 kom Finansdepartementet med en prinsipputtalelse³⁰ når det gjaldt begrepet hjemmehørende i sktl. §2-38 tredje ledd litra b til d. Det avgjørende for hjemmehørendekriteriet i disse bestemmelsene er om subjektet har alminnelig skatteplikt til det aktuelle landet. Ved vurderingen skal det aktuelle lands rett legges til grunn, uavhengig om det er det formelle eller reelle forhold som legges til grunn for den alminnelige skatteplikt. Finansdepartementet viser til denne uttalelsen i et brev om utenlandske aksjefond og fritaksmetoden.³¹ Her behandles hjemmehørendekriteriet i mer generelle termer. Det vises til at det fremgår av fritaksmetodens forarbeider at fritaket ikke bør ha større omfang enn det som følger av de norske forpliktelsene etter EØS-avtalen.³² Med dette som utgangspunkt legger departementet til grunn at begrepet hjemmehørende i sktl. §2-38 ikke går lenger enn begrepet hjemmehørende i EUs mor-datter direktiv. Det vises til direktivets artikkel 2 punkt 1 litra b. Departementets regelsubsumsjon blir at norske og utenlandske subjekter som skal være omfattet av fritaksmetoden; ”ikke bare må være skattemessig hjemmehørende i medhold av hjemlandets interne regler, men også må være bosatt der i henhold til en eventuell skatteavtale mellom dette landet og Norge”. Det innfortolkes altså en reservasjon i sktl. §2-38 om å være hjemmehørende etter skatteavtale. Denne innfortolkningen kommer jeg tilbake til like nedenfor. Det interessante her er at de generelle betraktningene i uttalelsen fra Finansdepartementet kan tas til inntekt for at det er samme forståelse av hjemmehørende som skal legges til grunn i hele bestemmelsen. Det vil si at prinsipputtalelsen fra 2006 får virkning for hele bestemmelsen og ikke bare unntaket om porteføljeinvesteringer. Etter dette er det altså den aktuelle stats skatteregler, uavhengig om de legger det faktiske eller reelle forhold til grunn, der hjemmehørendekriteriet er anvendt i sktl. §2-38.

³⁰ Utv.2006 s.485.

³¹ Utv.2007 s.1568.

³² Ot.prp.nr.1(2007-2008) pkt.14.4.2.

Det er særlig to forhold det er verdt å merke seg med denne løsningen. For det første innebærer en slik tolkning at det settes store krav til rettsanvendere, som må sette seg inn i alle aktuelle staters skatteregler. Det er grunn til å bemerke at dette i konkrete tilfeller også er nødvendig under lavskattelandsvurderingen.³³ Uklarheter fører til svekkelse av skatteyteres forutberegnlighet, som igjen kan føre til høye administrasjonskostnader rundt praktiseringen av regelverket.

For det andre kan forskjellige kriterier i ulike staters rett innebære at et selskap er alminnelig skattepliktig til flere stater. Som eksempel kan nevnes et selskap som er registrert i stat A, mens produksjon og styret holder til i Norge. Rettspraksis rundt §2-2 viser at utgangspunktet etter norsk rett tas i det formelle, men at dette heller ikke er mer enn et utgangspunkt. Illustrerende for den norske rettstilstanden er Rt.2002 s.1144 hvor et selskap som var registret i Panama og Kypros ble ansett som hjemmehørende i Norge fordi det var ledet av en person bosatt i Norge. Det sentrale var om selskapet ”reelt sett ledes fra Norge”. Stat A på sin side legger det formelle, at selskapet er registret der, til grunn for alminnelig skatteplikt. Problemet kommer på spissen dersom stat A ikke er medlem av EØS-avtalen. I følge uttalelsen fra Finansdepartementet fra 2006 skal som et ”utgangspunkt” inntekter fra selskapet være omfattet av fritaksmetoden selv om det også skulle være alminnelig skattepliktig i en stat utenfor EØS. Følgen av at dette synspunktet legges til grunn, blir at avgrensningene av fritaksmetoden utenfor EØS bare gjelder hvor utenlandsetableringen utelukkende er hjemmehørende utenfor EØS. Tvilstilfellet blir altså løst til gunst for skatteyder hvor han har inntekt, mens situasjonen ved tap vil bli motsatt da han ikke berømmes fradrag. Innfortolkningen av reservasjonen ved en eventuell skatteavtale nevnt ovenfor, fører til det motsatte resultat, dersom skatteavtalen innebærer at det likevel ikke betales skatt til EØS-landet. Hyppigheten av skatteavtaler innebærer at det i praksis kun er selskaper som utelukkende er hjemmehørende i EØS som omfattes.

³³ Se pkt.3.2 flg.

Fremgangsmåten for vurderingen blir etter dette at en først må gå til de aktuelle staters interne rett, for så å undersøke om EØS-staten i en skatteavtale har gitt avkall på beskatningsrett. Fordi norske skatteavtaler siden 1963 har vært modellert etter OECDs mønsteravtale, kan denne med dens kommentarer gi veiledning ved tolkningen.³⁴

2.3 Kravet til kvalifiserende eierandel og eiertid

Etter sktl. §2-38 tredje ledd litra b-d oppstilles et krav om at skatteyteren har eid mer enn 10% av kapitalen, eller hatt mer enn 10% av stemmene på generalforsamlingen, for at investeringen skal omfattes av fritaksmetoden. For å begrense mulighetene for tilpasninger ble kravet til kvalifiserende eierandel knyttet til et tidsrom på to år.³⁵ Fristen løper frem til gevinst eller tap realiseres, og regnes fra samme dag to år tilbake i tid.

I et brev fra Finansdepartementet i 2007 ble det på generelt grunnlag vurdert om fritaksmetoden også gjelder for nye aksjer i subjektet eid mindre enn to år, forutsatt at selskapet hele tiden har oppfylt eierkravet på over 10%, eller bare aksjene som var eid i minst to år.³⁶ På bakgrunn av formålsbetraktninger kom departementet frem til at andelene omfattes av fritaksmetoden. Det er ikke vanskelig å være enig i denne avgjørelsen. Hensynet til å unngå tilpasning kan ikke begrunne at investeringen som helhet unntas fra fritaksmetoden, selv om de(n) senere andelservervelsen kan være motivert det lave skattenivået. Dersom eiertidskravet i slike tilfeller skulle løpe individuelt for hvert enkelt erverv ville det medføre store kontrollbehov. Det ville også kunne føre til en vegring mot å investere mer i et selskap, samt innlåsning av allerede investert kapital utover det formålstjenelige. Løsningen kan sies å falle innenfor ordlyden, som den oppstiller et minstekrav til investeringen for at skattefritak innrømmes.

³⁴ Liland m.fl.2002 s.29.

³⁵ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.72.

³⁶ Publisert 11.april 2007.

Kravet til kvalifiserende eierandel og eiertid gjelder også for utbytte. Etter litra d holder det at det sammenhengende eierskapet ”omfatter” innvinningstidspunktet. Det er altså tilstrekkelig at subjektet erverver over 10% av kapitalen eller stemmene dagen før utbytte innvinnings, dersom andelen beholdes i to år. Det faktum at eierkravet kan oppfylles etter at utbyttet er utbetalt, resulterer i merarbeid for forvaltningen, særlig i forbindelse med kontrolltiltak. Dette oppveies ifølge forarbeidene av hensynet til å unngå tilpasninger og innlåsing av kapital de første to årene av eierskapet.³⁷ Det er samfunnsøkonomisk at kapital skal kunne plasseres der hvor de gir høyest avkastning. Lovgiver bør derfor tilstrebe seg at en plikt til å svare skatt ikke gir skatteyder et incentiv om å holde kapitalen i et selskap, hvor kapitalen kanskje ikke gjør like stor nytte for seg.

For å hindre tilpasning, ved å plassere andeler i ”nærstående” selskap, er andeler eiet av slike selskap likestilt med subjektets egne, jf. fjerde ledd. Hva som skal regnes som nærstående selskap skal ikke drøftes videre her. Det bemerkes at definisjonen i fjerde ledd er gjort meget vid, slik at den kan ramme uønskede tilpasninger effektivt.

2.4 Særlig om finansielle instrumenter

Ved at finansielle instrumenter er likestilt etter sktl. §2-38 tredje ledd er det mulig at disse instrumentenes underliggende objekt er investert i ulike stater. Grunnet avgrensningen utenfor EØS oppstår det et problem når underliggende objekt er investert i en stat utenfor EØS. Bestemmelsen løser ikke problemet om finansielle instrumenter kan dekke subjekt utenfor EØS og fortsatt være omfattet av fritaksmetoden. Spørsmålet blir hvor stor del av det underliggende objekt som må være investert innenfor EØS-området for at fritaksmetoden skal gjelde. Skattedirektoratet tok i 2006 stilling til dette i forbindelse med et spørsmål om gevinst ved realisasjon av eierandel i svensk fond er omfattet av fritaksmetoden.³⁸ I forarbeidene uttales det at aksjeindeksopsjoner som dekker enkelte selskaper hjemmehørende i land utenfor EØS kan omfattes; ”såfremt indeksen i all

³⁷ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.72.

³⁸ Utv.2006 s.1757.

hovedsak bestemmes av selskaper som er hjemmehørende i land innenfor EØS”.³⁹ Skattedirektoratet antok at uttalelsen også gjaldt andre underliggende objekt enn aksjeindeksopsjoner. I all hovedsak kan utgangspunktet være alt fra et knapt flertall til nærmere 100%. Skattedirektoratet satte grensen lik den i § 2-38 tredje ledd litra e, som gjelder verdier av aksjer mv. i deltakerlignende selskap. Lovgiver hadde her ”utrykkelig bestemt at 90%” av slike selskaps investeringer må være gjort innenfor EØS for at fritaksmetoden skal gjelde. Det er flere ting å bemerke rundt denne tolkningen. For det første slås det fast i litra e at ikke mer enn 10% av slike selskaps investeringer må falle inn under avgrensningene i litra a til d. Etter innføringen av avgrensningen innenfor EØS i litra a, er også slike investeringer innbefattet i 10% grensen. Sondringen innenfor og utenfor EØS, som er den avgjørende for porteføljeinvesteringer, kan derfor ikke følge prinsippet skattedirektoratet la opp til. Det er mulig at en grense på 90% er rimelig. Til dette kan det innvendes at dersom lovgiver hadde ønsket en klar grense ville det trolig vært inntatt i bestemmelsen, slik det er gjort i litra e. Usikkerheten som oppstår her kan få store konsekvenser for skatteyter. Hensynet til skatteyters forutberegnelighet taler for at det bør gis en klarere angivelse, fortrinnsvis i lovs form.

2.5 Særlig om fradrag

Den spesielle regelen om fradrag i litra c speilvender i utgangspunktet regelen for gevinst. Den er imidlertid strengere, ved at det kvalifiserende krav til eierskap ”ikke på noe tidspunkt” innenfor en periode på to år må være oppfylt for at fradrag skal innrømmes. Et kvalifiserende subjekt kan dermed ved tap ikke realisere andeler for å komme under kravet til kvalifiserende eierandel, slik at det berømmes fradrag for tapet. For å få fradrag må subjektet vente to år etter at eiendelene som tok han under eierkravet ble realisert. Det kan diskuteres hvorvidt det er samfunnsøkonomisk med en innlåsnings effekt på dette punkt. Hensynet til å hindre uønsket tilpasning er imidlertid tillagt avgjørende vekt i gjeldende rett.

³⁹ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.73.

3 Avgrensningen mot inntekter fra lavskatteland utenfor EØS

3.1 Innledning

Skatteloven §2-38 tredje ledd litra a inneholder en avgrensning av fritaksmetoden mot inntekter og tap på direkteinvesteringer (over 10%) i selskap mv. som er ”hjemmehørende” i ”lavskatteland” utenfor EØS. Avgrensningen innebærer at det for stater som ikke er medlem av EØS-avtalen oppstilles et minstekrav til underliggende selskapsbeskatning for at inntekt omfattes av fritaksmetoden. Hovedhensynet bak fritaksregelen slår ikke helt til ved en skattebelastning som er lavere enn dette minimumskravet. Dette fordi det er en forutsetning for kjede- og dobbelt beskatning at inntekten skattlegges reelt en gang. Avgrensningen er i utgangspunktet egnet til å hindre uønsket tilpasning ved at skatteyttere flagger ut til lavskatteland utenfor EØS-området. Minstekravet på to tredjedeler gjør at inntekter fra stater med betydelig lavere skattesats enn Norge faller innenfor fritaksmetoden. Skattenivået blir følgelig ikke helt utliknet. En rasjonell skatteyder vil dermed ha incentiv om å søke til et land med lavere skattesats enn Norge, men ikke så lav at det rammes av begrensningen. Det avgjørende for om inntekten faller utenfor fritaksmetoden er om selskapet er *hjemmehørende* i lavskattelandet innvinningsåret. Begrepet hjemmehørende er drøftet i punkt 2.2. I det følgende skal begrepet lavskatteland drøftes.

3.2 Begrepet lavskatteland

3.2.1 Forholdet til NOKUS-reglene

Det første som må drøftes er hva som regnes som et *lavskatteland*. Definisjonen av lavskatteland under fritaksmetoden er gjennom henvisningen til §10-63 direkte knyttet opp mot definisjonen i NOKUS-reglene. Det skal derfor redegjøres kort for dette regelsettet. Betegnelsen NOKUS er en forkortelse for norskkontrollerte utenlandske selskaper. Særlige regler for skattlegging av eiere av slike selskaper finnes i sktl. §§10-60 flg. Hovedformålet med NOKUS-reglene er å likebehandle norske skatteyttere som investerer i Norge med norske skatteyttere som investerer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland

(kapitaleksportnøytralitet).⁴⁰ NOKUS-beskatning innebærer at norske aksjonærer blir løpende beskattet for sin forholdsmessige andel av NOKUS-selskapets overskudd uten hensyn til om det deles ut utbytte.

Noe forenklet kan norsk kontroll anses å foreligge hvor minst halvparten av subjektets andeler eller kapital direkte eller indirekte eies eller kontrolleres av norske skattytere ved inntektsårets begynnelse og utgang. Regelsettet skal ifølge forarbeidene gis forrang fremfor regelen om fritaksmetoden hvor begge kan tenkes anvendt.⁴¹ Dette kan også sies å følge av prinsippet om *lex specialis*. Mens fritaksmetoden er gitt et generelt virkeområde på kvalifiserende subjekter, regulerer NOKUS-reglene en spesiell gruppe av slike subjekter; de norskkontrollerte. Fritaksmetoden virker altså alene for subjekter hvor mindre enn halvparten av eierandeler er fordelt på norske hender. Er den norske eierandelen større, suppleres fritaksmetoden av NOKUS-reglene.

Koblingen til NOKUS-reglene er i forarbeidene først og fremst begrunnet i administrative hensyn.⁴² Det synes klart at ulik definisjon av lavskatteland i to regelsett er uheldig, da det vil skape større uklarheter og følgelig merarbeid for forvaltningen. Det kan imidlertid spørres om den sammenfallende definisjonen er heldig på bakgrunn av ulikhetene i virkeområdet, og at hensynene bak regelsettene ikke alltid er sammenfallende. På bakgrunn av dette kan praksis som tillegger de særlige hensyn som knytter seg til NOKUS-reglene og deres virkeområde tillegges betydning for fritaksmetoden og motsatt. De konkrete avgjørelser kan potensielt føre til en uheldig utvikling av regelsettene.

Ligningsnemnda behandlet 26. september 2006 en sak som gjaldt spørsmål om utbytte fra datterselskap i Nepal er fritatt for skatteplikt etter fritaksmetoden. Nemnda uttalte at det kun var definisjonen av lavskatteland som var sammenfallende for NOKUS-beskatning og

⁴⁰ Ot.prp.nr.1(2007-2008) kap.14.2.1.

⁴¹ Se bl.a. Ot.prp.nr.1(2004-2005) pkt.6.5.2.2.

⁴² Ot.prp.nr.1(2004-2005) pkt.6.5.4.3.

sktl. §2-38 tredje ledd litra a. Øvrige vilkår for NOKUS-beskatning som for eksempel kravet til reell etablering har altså ikke betydning for avgrensningen utenfor EØS-området.

3.2.2 Lavskattelandsvurderingen

Et lavskatteland er i sktl. §10-63 definert som et land hvor skattesubjektets alminnelige inntektskatt, på det samlede overskudd, utgjør mindre enn to tredjedeler av det selskapet ville blitt ilignet dersom det var hjemmehørende i Norge. Det skal altså foretas en generell sammenligning mellom skattenivået i Norge og det aktuelle utland. Det kan tenkes flere grunnlag å foreta sammenligningen på. Tre ulike metoder er nevnt i forarbeidene.⁴³ Etter en helhetsvurdering kom departementet til at det er den ”effektive inntektsskattesats” som pålegges den aktuelle selskapskategori, som skal legges til grunn for sammenligningen. Det foretas en skjønnsmessig vurdering av det effektive skattenivået i etableringsstaten over en periode på mer enn ett år. Den effektive inntektsskattesats sammenlignes med selskapets skattebelastning til Norge, dersom det var ansett for å være hjemmehørende der.

Vurderingen inneholder følgelig et hypotetisk element. Tidsmomentet medfører at det ikke er avgjørende for om staten klassifiseres som lavskatteland at selskapet det enkelte år beskattes under eller over to-tredjedelsgrensen. Det kan spørres hvor lang denne vurderingsperioden kan og bør være. I forarbeidene er det ikke angitt noen bestemt tidsgrense. Etter min mening er det heller ikke heldig å gjøre dette. Vurderingsgrunnlaget for å avgjøre den effektive skattesats bedres over tid, på den annen side kompliseres selskapets dokumentasjonsmuligheter. Det er også uheldig for forutberegneligheten dersom en stat, for en konkret selskapskategori, veksler mellom kategoriene lavskatteland og normalskatteland, uten at skattereglene revideres. Formålsbetraktninger taler også for en slik løsning, fordi et videre erfaringsgrunnlag kan forebygge at bestemmelsen rekker videre enn formålet skulle tilsi.

Den generelle og hypotetiske oppbygningen av den reelle skattevurderingen fører til at subjektene administrasjonskostnader blir mindre enn de ville vært dersom det skulle

⁴³ Ot.prp.nr.16(1991-1992) s.79.

foretas en konkret skatteberegning. For andre rettsanvendere medfører det å sette seg inn de aktuelle lands skatteregler merarbeid. På den annen side gjør den generelle oppbygningen av vurderingen det i all hovedsak tilstrekkelig å gjennomføre lavskattelandsvurderingen en gang per stat, for hver selskapskategori. Sistnevnte forutsetter følgelig at vurderingsstatens skatteregler ikke revideres i mellomtiden.

3.2.3 Hvilke skatter skal inngå i vurderingen?

Vurderingen reiser spørsmål om hvilke skatter som er relevante, både i Norge og i staten det sammenlignes med. Utgangspunktet må være at det skal tas hensyn til alle relevante skatteregler for den aktuelle selskapskategori i Norge og den aktuelle sammenligningsstaten. Det skal som hovedregel bare tas hensyn til skatt som pliktes betalt til staten hvor selskapet anses hjemmehørende.⁴⁴ Det vil si at eventuelle skatter som betales til et tredjeland for eksempel gjennom et fast driftssted ikke kommer med i beregningen. Dette kan sies å være en presisering av ordlyden, som taler om ”land hvor den alminnelige inntektskatt” pliktes betalt. Presiseringen medfører at det skal mindre til før en stat karakteriseres som et lavskatteland, da ikke den totale skattebelastningen inngår i beregningsgrunnlaget. Følgen blir at forskjellen mellom skattebelastningen i det aktuelle utland og Norge anses mindre enn den rent faktisk er. Dette kan få betydning for avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS-området. Det skal her også nevnes at Finansdepartementet i 2008 uttalte at beskatningen av selskap grunnet uttreden fra gammel rederiskatteordning og inntreden i den nye jf. sktl. §8-14 ikke skal inngå i beregningen.⁴⁵ Følgen av denne presiseringen blir at en eventuell økning av den faktiske skattebyrden ikke tillegges vekt i noen av sammenligningsstatene. Forskjellen i den hypotetiske vurderingen vil følgelig også i slike tilfeller minskes.

Det er naturlig å anta at det er skatteforpliktelsene knyttet til den aktuelle selskapskategoris alminnelige virksomhet som er relevant. Dette kan begrunnes med at

⁴⁴ Bl.a. Utv.1995 s.615.

⁴⁵ Utv.2008 s.699.

sammenligningsvurderingen ellers blir noe vilkårlig. Det er kun den typiske skattebelastningen selskapet ville hatt på sin alminnelige inntekt dersom det var hjemmehørende i Norge som er den ene delen av sammenligningsgrunnlaget. Skulle grunnlaget i den aktuelle sammenligningsstaten på den andre side variere med skattemessige gunstige eller ugunstige faktiske disposisjoner ikke direkte knyttet til den alminnelige driften, beveger vi oss bort fra det *effektive* og inn i det faktiske. Som eksempel kan nevnes en produksjonsbedrift som får en meget gunstig beskattet inntekt fra et salg av lagerlokale som det ikke lengre var behov for. Dersom den gunstige skattelovgivningen knyttet til inntekter fra eiendomssalg i etableringsstaten skulle bli avgjørende, vil avgrensningen kunne ramme tilfeldig og videre enn formålet skulle tilsi.

I en artikkel utgitt i tidsskriftet Skatterett i 2006 peker Øyvind Hovland på noe interessant. Problemstillingen som reises er om vurderingen av skattenivåene er nøytral enten det er tale om investering i nyetablert utenlandsk selskap ("greenfield"), eksisterende utenlandsk selskap (aksjekjøp) eller eksisterende virksomhet gjennom nyetablert utenlandsk selskap (innmatkjøp).⁴⁶ Regler for oppskrivning og avskrivning vil kunne variere i disse tilfellene, som igjen kan medføre variasjon i den effektive skattekostnad. Hovland mener denne forskjellen skal være uten betydning i forhold til lavskattelandvurderingen. Dette begrunnes med den generelle utformingen av vurderingen, samt likhetshensyn. Det er ikke vanskelig å være enig i denne konklusjonen. Begrunnelsen for regelen er å hindre skattemessig tilpasning og skatteflukt. Slike detaljer rundt selve etableringen kan få store konsekvenser for skatteyter, uten at det kan lastes han i nevneverdig grad. Bestemmelsen kan med andre ord få et videre nedslagsfelt enn formålet skulle tilsi. Det er også kompliserende å operere med for mange kategorier i en hypotetisk sammenligning av to skattenivå. Det kan gi et feilaktig inntrykk av at vurderingen er klar og strømlinjeformet. Med det vil den miste mye av sin generelle karakter den i forarbeidene var forutsatt å ha.

⁴⁶ Hovland 2006 s.125-126.

3.2.4 Avsluttende bemerkninger

Denne redegjørelsen pretenderer ikke å være uttømmende. Problemstillinger knyttet til det praktiske ved overgang fra lavskatteland til normalskatteland, også i forbindelse med såkalte tax holidays, er for eksempel ikke drøftet. Men som vi har sett reiser vurderingen av om en stat er å anse som et lavskatteland en rekke spørsmål, som kan være administrativt tyngende. Bare i år har ligningsnemnda og overligningsnemnda vurdert om Chile, Hong Kong og Peru er å anse som lavskatteland.⁴⁷ I forarbeidene ble det vurdert å lage en liste med en positiv og negativ avgrensning av hvilke stater som skulle anses som lavskatteland.⁴⁸ Departementet gikk ikke inn for dette, da det i praksis ville være vanskelig å få oversikt over skattenivået i alle aktuelle stater. Samtidig vil de ulike staters regelverk stadig være under revisjon. En slik liste vil ha som formål å øke forutberegnligheten til skatteyterne. Det vil igjen føre til mindre behov for avgjørelser og uttalelser. I forbindelse med innføringen av fritaksmetoden så departementet for seg et økt behov for å avgjøre om et selskap er hjemmehørende i et lavskatteland.⁴⁹ Med hjemmel i sktl. §10-80 kan departementet gi forskrift til utfylling og gjennomføring av bestemmelsene i skattelovens kapittel 10. En liste over lavskatteland og normalskatteland er nå inntatt i FSSKD §10-63-2 og §10-63-3.⁵⁰ Departementet legger til grunn at listene skal være bindende med de unntak som følger av forskriften selv, både for fritaksmetoden og NOKUS-reglene. Listene er ikke uttømmende, og oppdateres per 1.januar hvert år.

Fremgangsmåten blir etter dette at det først undersøkes om det aktuelle landet for den aktuelle selskapskategori er definert i listene. Dersom de ikke er det må vurderingen skissert ovenfor gjennomføres. Ytterligere veiledning kan hentes i praksis rundt temaet, samt internasjonale arbeid som redegjør for skattenivået i ulike stater.⁵¹

⁴⁷ Utv.2008 henholdsvis s.308, 336 og 339.

⁴⁸ Ot.prp.nr.16(1991-1992).

⁴⁹ Ot.prp.nr.1(2004-2005).

⁵⁰ F22.11.1999 nr.1160.

⁵¹ Som eksempel kan nevnes Mannheimstudien referert i NOU 2003:9.

4 Avgrensningen innenfor EØS

4.1 Innføringen av bestemmelsen

Avgrensningen mot inntekt på investeringer som ikke anses reelle i lavskatteland innenfor EØS jf. sktl. §2-38 tredje ledd litra a, ble innført ved endringslov 2008-05-09 nr.23. Finansdepartementet gikk ikke inn for å innføre en avgrensning innenfor EØS ved innføringen av fritaksmetoden. Det vesentlige moment mot en slik innføring var en usikker side mot EØS-retten. Det ble imidlertid varslet om at et slikt unntak skulle utredes nærmere, blant annet skulle rettsutviklingen innenfor EØS-området følges.⁵² Innføringen synes etter forarbeidene å være motivert av EF-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken,⁵³ og endringene den fremtvang i NOKUS-reglene.⁵⁴ Sakens faktum var at det britiske selskapet Cadbury Schweppes Overseas Ltd. (morselskapet) gjennom datterselskapet Cadbury Schweppes plc. hadde to indirekte eide datterselskap i Irland. De irske datterselskapene hadde funksjon som konserninterne finansieringsselskap, og hadde en skattebelastning på kun 10%. Spørsmålet i Cadbury Schweppes-saken var om de britiske CFC-reglene,⁵⁵ som innebar at morselskapet ble skattlagt for overskuddet i det datterselskapet som gikk med overskudd, var i strid med EF-traktatens regler om retten til fri etablering. Denne retten er en del av de fire friheter som har sitt motstykke i EØS-avtalen. Resultatet ble at CFC-reglene utgjorde en krenkelse av etableringsretten, dersom regelsettet rammet videre enn ”rent kunstige arrangementer, der har til formål at undgå den normalt skyldige nationale skat”.⁵⁶ NOKUS-reglene hadde i likhet med de britiske CFC-reglene tidligere et generelt virkeområde. Det er et viktig å understreke at denne avgjørelsen ikke gjaldt beskatning av aksjeinntekter innenfor EØS-området generelt, men en avgrensning av CFC-regler spesielt. Den nevnte rettsutviklingen fremtvang følgelig ingen avgrensning av fritaksmetoden innenfor EØS-området.

⁵² Ot.prp.nr.1(2004-2005) pkt.6.5.4 flg.

⁵³ C-196/4.

⁵⁴ Ot.prp.nr1(2007-2008) s.60.

⁵⁵ Controlled Foreign Companies.

⁵⁶ Se bl.a. premiss 76.

Formålet med avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS var å hindre skattemessig tilpasning og omgåelse, motivert av en vesentlig lavere beskatning på investeringer i lavskatteland innenfor EØS.⁵⁷ Før innstrammingen fantes det ingen minimumskrav til skattebelastningen i stater som var medlem av EØS-avtalen. Skatteyttere hadde følgelig et incentiv om å investere i land innenfor EØS med så lavt skattenivå som mulig, også stater som etter sktl. §10-63 var å anse som lavskatteland. Dette kunne føre til skatteflukt og følgelig provenytab for Norge. Hovedhensynet bak fritaksmetoden får ikke gjennomslagskraft av samme grunn som ved lavskatteland utenfor EØS. I det følgende skal det først redegjøres for avgrensningen. Deretter skal unntakets forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen drøftes i kapittel 5.

4.2 Avgrensningens virkeområde

4.2.1 Bestemmelsens ordlyd

Avgrensningen gjelder etter sktl. §2-38 tredje ledd litra a for ”inntekt” på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, og som på tilsvarende vilkår som fastsatt i §10-64 litra b ikke er ”reelt etablert” og ”driver reell økonomisk aktivitet”. Begrepene lavskatteland og hjemmehørende er gjennomgått ovenfor. To vilkår innskrenker avgrensningens virkeområde i forhold til avgrensningen mot lavskatteland utenfor EØS.

4.2.2 Gjelder utelukkende for inntekt

Til forskjell fra avgrensningen utenfor EØS, får avgrensningen innenfor EØS virkning kun for ”inntekt”. At det ikke skulle berømmes fradrag for eventuelle tap når kravet til reell etablering eller aktivitet ikke var oppfylt, var allerede forutsatt i departementets forslag i Ot.prp.nr.1 (2007-2008) som ble vedtatt uten endringer. Dette ble ikke reflektert i ordlyden

⁵⁷ Bl.a. Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.60.

før etter endringsforslaget i Ot.prp.nr.31 (2007-2008) pkt 9.1. Her kan det bemerkes at det er et klart fremskritt at det nå ikke bare er forutsatt i forarbeidene at fradrag ikke berømmes. Dersom spørsmålet hadde kommet på spissen er det ikke selvsagt at en begrensning av symmetriprinsippet, som en nektelse av fradrag er, ville blitt opprettholdt av en domstol på bakgrunn av en forutsetning i forarbeidene og formålsbetraktninger. Det er særlig hensynet til skatteyters forutberegnlighet som taler mot en slik løsning. Fordi formålet med begrensningen i fradragsretten er begrunnet i hensynet til å unngå misbruk, kunne den ulovfestede omgåelsesnormen her trådd supplerende inn. Denne problemstillingen vil ikke drøftes nærmere her.⁵⁸ Når det er sagt kunne begrensningen i fradragsretten kommet atskillig klarere frem. Spesielt klart blir dette når denne bestemmelsen leses i sammenheng med den detaljerte fradragsbestemmelsen for tap på porteføljeinvesteringer.⁵⁹

4.2.3 Krav om at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet

4.2.3.1 Bestemmelsens ordlyd

Avgrensningen innenfor EØS skiller seg fra avgrensningen utenfor EØS ved at den eksplisitt viser til sktl. §10-64 litra b, i tillegg til vilkåret om at selskapet må anses hjemmehørende i et lavskatteland. Denne henvisningen innebærer at selskapet på tilsvarende måte som etter NOKUS-reglene ikke må anses ”reelt etablert” og driver ”reell økonomisk aktivitet” i EØS-staten, for at unntaket skal komme til anvendelse.

Avgrensningen er tilsynelatende gitt et betydelig mer begrenset virkeområde enn avgrensningen for lavskatteland utenfor EØS. Det åpenbare er at avgrensningen bare gjelder for inntekter fra EØS-medlemstater med et skattenivå som gjør at de regnes som lavskatteland etter norsk rett.

⁵⁸ Se bl.a. pkt.5.4.4.

⁵⁹ Se pkt.2.5.

Det kan imidlertid spørres om det i realiteten utgjør en vesentlig faktisk forskjell på avgrensningens virkeområde, at det eksplisitt kreves at etableringen er reell i tillegg til hjemmehørende-kriteriet. I jussen generelt og skatteretten spesielt er det tradisjon for å legge det reelle forholdet til grunn. Som eksempler kan nevnes at en avtale mellom parter kan bli ansett å være pro-forma, eller at komplekse transaksjoner blir skåret gjennom etter den ulovfestede omgåelsesnormen, dersom den har liten positiv egenverdi utover det skattemessige. Hvor stor den faktiske forskjellen blir, avhenger av om den aktuelle stats rett legger det formelle eller reelle forhold til grunn for å pålegge alminnelig skatteplikt, jf begrepet hjemmehørende i pkt.2.2. Betydning her har også innholdet i de formelle kriteriene i de aktuelle statene. I tilfeller der en etableringsstat lar det reelle forholdet være avgjørende for alminnelig skatteplikt, og vurderingen av hva som er reelt sammenfaller med de norske kravene, utgjør tillegget ingen faktisk forskjell. Tilleggsvurderingen etter sktl §10-64 litra b vil følgelig bli et minimumskrav. Vurderingen må alltid gjennomføres for inntekter fra en selskapsandel hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS.

4.2.3.2 Den konkrete vurdering

Vurderingstemaet her blir rekkevidden av kravene til reell etablering eller økonomisk aktivitet ved en utenlandsetablering. Det er her som nevnt en kobling til NOKUS-reglene, ved at det er en sammenfallende vurdering som må foretas. Skattelovens §10-64 krever at subjektet er ”reelt etablert” i en EØS-stat og driver ”reell økonomisk aktivitet”. Dette må kunne dokumenteres av selskapet selv dersom Norge ikke har rett til å kreve opplysninger fra etableringsstaten iht. en skatteavtale eller annen folkerettslig avtale. Dersom det er selskapet selv som legger frem dokumentasjon, kreves det etter forarbeidene at den ”verifiseres” av etableringsstaten. I konsernforhold er det i forarbeidene oppstilt en særlig dokumentasjonsplikt.

Ordlyden gir anvisning på to kumulative vilkår, men gir ingen nærmere holdepunkter for vurderingen. Forarbeidene presiserer at det må foretas en ”konkret vurdering” om subjektet

gjennom sin ”ordinære virksomhet” deltar på en ”fast og varig” måte i etableringsstatens næringsliv.⁶⁰

Forarbeidene gir en meget detaljert oppregning av relevante momenter for den konkrete vurderingen som må foretas. Momentene kan i hovedsak inndeles i to grupper. For det første de som gjelder selve den faktiske driften i etableringsstaten. Herunder om selskapet ”disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten”. Det kan tenkes at praksis rundt betegnelsen ”inntekter hovedsakelig av passiv karakter” jf. sktl. §10-64 litra a kan være egnet til veiledning. I forarbeidene er det antatt at selskap med inntekter av hovedsakelig passiv karakter, kan være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet.⁶¹ Følgelig vil benevnelsen *hovedsakelig passiv karakter* ha et videre og et noe annet nedslagsfelt, og gir således liten veiledning i drøftelsen. Hva som er nødvendig for driften av et selskap vil i veldig stor grad avhenge av selskapskategorien og virksomheten det utfører. En produksjonsbedrift vil ofte trenge store lokaler og betydelige driftsmidler knyttet til produksjonen. På den annen side vil et subjekt som forvalter kapitalgjenstander som for eksempel ubemannede skip og borerigger, ikke ha behov for lokaler og driftsmidler av betydning. Kravene må etter min mening avstemmes etter den konkrete type selskap som vurderes. Dette er ikke direkte kommet til uttrykk i forarbeidene. Tolkningen er basert på at dersom vurderingstemaet ikke avstemmes mot karakteren av subjektet, vil bestemmelsen kunne ramme for vidt etter formålet, og EØS-rettslige forpliktelser. Dette styrkes også av at det er vanskelig, og meget sjelden det kan opereres med en helt kategorisk vurdering når det som skal vurderes er en så uensartet gruppe som ”selskap mv”.

Videre har det etter forarbeidene betydning om selskapet har ”fast ansatt ledelse” og ”øvrige ansatte” som driver selve virksomheten fra etableringsstaten. Ledelse og ansattes ”kvalifikasjoner, fullmakter” og ”kompetanse” til å drive subjektets virksomhet skal tillegges vekt.⁶² Det avgjørende vil her trolig være om styret og de ansatte ”faktisk treffer

⁶⁰ Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.60.

⁶¹ Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.59.

⁶² Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.60.

relevante beslutninger” i etableringsstaten. Også her vil det være store variasjoner i subjektene som driver virksomhet. Subjektene i eksemplet over vil ha ulikt behov for ansatte. Beslutningene som fattes er også av ulik karakter og relevans for driften. Momentet relevante beslutninger kan ikke bety at rammebetingelsene for driften må besluttes i etableringsstaten, for eksempel hva som skal produseres. Men kravet til at det faktisk treffes relevante beslutninger oppstiller et minstekrav til beslutningene som fattes i henhold til kompetanse og fullmakt. I vurderingen er det viktig å ha hensynet til å unngå misbruk som utgangspunkt.

For det andre må det etter forarbeidene vurderes om selskapets aktivitet har ”økonomisk substans”, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Det avgjørende for dette momentet er om subjektet generer inntekt, ikke at driften i sum går med overskudd. Dette momentet er egnet til å hindre gjennomstrømming av midler i subjekt som i utgangspunktet oppfyller alle kravene som nevnt over. Det er i utgangspunktet en grei sak å dokumentere egne inntekter. De aller fleste stater har et regelverk som oppstiller en form for regnskapsplikt. Dersom en aktuell stat ikke har et slikt regelverk, vil det ha betydelig egenverdi for et subjekt å føre regnskap, utover det her omtalte dokumentasjonskravet. Slik er det lite praktisk at Norge her påfører aktuelle subjekt merkostnader av betydning. Kravet til dokumentasjon når et subjekt hovedsaklig deltar i konserninterne forhold virker mer komplisert. Det kan være vanskelig å dokumentere at slike subjekt er ”nødvendige” og ”skaper faktiske merverdier” for andre selskaper i konsernet.⁶³ For det første er det uklart hva som skal regnes som en *merverdi*. En ting som er klart er at spart skatt i Norge ikke vil være en merverdi for andre selskaper i konsernet. Dette ville vært i strid med hovedformålet bak innføringen av regelen. Det kan imidlertid diskuteres hvorvidt det kan regnes som en merverdi å spare skatt i andre stater enn Norge.⁶⁴ Skal det bare tas hensyn til konkrete regnskapstall eller kan mindre konkrete størrelser som goodwill være en merverdi? Er det avgjørende om selskapet gir konsernbidrag? Har det presumsjonen mot

⁶³ Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.60.

⁶⁴ Det vises her til Rt.2002 s.456 *Hydro-Canada*, hvor dette var et relevant moment i forhold til omgåelsesnormen.

seg at selskapet har en merverdi dersom det i stedet mottar konsernbidrag?
Problemstillingene forfølges ikke nærmere.

For det andre er det vanskelig å dokumentere merverdi og nødvendighet da slike tall nødvendigvis får et hypotetisk innslag. Regnskapstallene angir driftstallene slik konsernet faktisk er organisert i regnskapsperioden. Hvordan tallene hadde blitt dersom den aktuelle konserndelen tenkes bort, har en få holdepunkter for å dokumentere. Også i denne vurderingen vil formålet mot å hindre tilpasning kunne diktere premissene for vurderingen. Dersom det er åpenbart at store pengestrømmer kommer inn til subjektet for å spare skatt, kan kravet til dokumentasjon tolkes strengt. Dersom dette ikke er tilfelle vil vanskelighetene jeg her har pekt på måtte føre til en summarisk gjennomgåelse av fremskaffet dokumentasjon. Etter min mening er det uheldig bl.a. for skatteyters forutberegnlighet, at denne presiseringen av dokumentasjonskravet foretas i forarbeidene og ikke i bestemmelsens ordlyd.

Det er uønskede tilpasninger som skal rammes, det er derfor naturlig å anta at momentene om aktivitet og økonomisk substans kan avstemmes i forhold til hverandre. At selskapet for eksempel har en høy aktivitet, uten store økonomiske konsekvenser, vil da i tilstrekkelig grad vise at det gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Ytterligere veiledning til vurderingen kan hentes i OECDs mønsteravtale og dens kommentarer. Som et eksempel kan særlig nevnes arbeidet rundt spørsmål om fast driftsted på grunnlag av utstyr som benyttes i elektronisk handel. Herunder websider, servere og Internet Service Providers.⁶⁵

4.3 Oppstilles kravene ved innlandsetableringer?

Jeg nevnte innledningsvis at koblingen mellom fritaksmetoden og NOKUS-reglene kunne være betenkelig da fritaksmetodens virkeområde er videre. NOKUS-reglene gjelder kun

⁶⁵ En fremstilling om dette se Liland m.fl. 2002 kapittel 5.4.

ved grenseoverskridende etableringer. Fritaksmetoden er gitt en generell anvendelse på aksjeinntekter også på innlandsforhold. Det vil si at fritaksmetoden kommer til anvendelse på overføring av for eksempel aksjeinntekter mellom et mor- og datterselskap der begge anses hjemmehørende i Norge. Problemstillingen her er om kravene til etableringen er reell og dokumentasjonsplikten som oppstilles i §10-64 litra b får virkning i et slikt innlandsforhold.

NOKUS-reglene gjelder som sagt bare ved grenseoverskridende etableringer. Det er ingenting i bestemmelsen om fritaksmetoden, eller dens henvisning til §10-64 litra b, som taler for at kravene som oppstilles der skal få et videre anvendelsesområde. I forarbeidene er vurderingene knyttet til §10-64 litra b kun foretatt med utenlandsetableringer for øyet. Dette er et moment som taler mot at §10-64 litra b gis et utvidet virkeområde. Formålsbetraktninger taler heller ikke for et utvidet virkeområde, da det ikke er noen fare for en slik skattetilpasning bestemmelsene tar sikte på å motvirke. Norge kan ikke karakterisere seg selv som et lavskatteland. Som en følge av dette behøver ikke norske selskap som har datterselskap hjemmehørende i Norge dokumentere at de er reelt etablert eller driver reell økonomisk virksomhet. Konklusjonen blir at kravene som oppstilles til at etableringer er reelle og dokumentasjonskravene oppstilt over, ikke oppstilles i innlandsforhold. Dette kan igjen ha den virkning at inntekter fra etableringer i Norge som ikke oppfyller de norske kravene satt til reelle etableringer omfattes av fritaket. Dette forutsetter imidlertid at det er mulig å være *hjemmehørende* i Norge (etter norske regler) uten å være *reelt etablert*. Som vi senere skal se kan dette være tilfellet dersom de norske forarbeidene rundt begrepet *reelt etablert* tas på ordet.⁶⁶ Dette kan ha en problematisk side til EØS-retten.

⁶⁶ Se pkt.5.4.4.2.1.2.

5 Avgrensningens forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

5.1 Innledning og systematikk

Tema i dette kapitlet vil være om avgrensningen i fritaksmetoden mot inntekt fra etableringer i lavskatteland innenfor EØS som ikke anses reelle, er i tråd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. EØS-avtalen regulerer i utgangspunktet ikke den enkelte stats skatteregler, slik at medlemsstatene har stor frihet ved utformingen og rekkevidden av regelsettet. Statene er med andre ord gitt en betydelig selvbestemmelsesrett på skatterettens område. Reglene kan derimot ikke være en skranke mot de fire grunnleggende friheter. Dette ble for første gang fastslått av EF-domstolen i *Avoir Fiscal*.⁶⁷ Senere har EF-domstolen i stadig økende grad fastslått at medlemsstaters skatteregler er i strid med bestemmelsene om de fire friheter.⁶⁸ Det er ikke selvsagt at en likelydende avgrensning som i NOKUS-reglene umiddelbart kan godtas på fritaksregler. Problemstillingen blir i det følgende om avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS er i strid med reglene om de fire friheter.

Når dette skal vurderes er det naturlig å benytte fremgangsmåten EF-domstolen selv anvender når de skal ta stilling til om en medlemsstats skatteregler er traktatstridig. Det første som må undersøkes er om reglene om de fire friheter kommer til anvendelse på avgrensningen innenfor EØS. Dernest vurderes det om avgrensningen krenker reglene om de fire friheter. Dersom det konkluderes med at det norske regelsettet innebærer en diskriminering eller restriksjon i forhold til reglene om de fire friheter, vurderes det om avgrensningen likevel er lovlig.

⁶⁷ C-270/83

⁶⁸ Bullen 2005 s.27 flg.

5.2 Kommer reglene om de fire friheter til anvendelse?

5.2.1 Særlig om diskrimineringsforbudene

De konkrete forbudsreglene i EØS-avtalen karakteriseres rettskildemessig som *lex specialis*, slik at det alminnelige forbudet mot diskriminering i EØS art.4 bare kommer til anvendelse dersom den internrettslige foranstaltning ikke rammes av forbudsreglene. Forbudsreglene har etter sin ordlyd særlig til formål å sikre nasjonal behandling i en vertstat. Det er imidlertid sikker rett at bestemmelsene tolkes slik at de forbyr at hjemstaten legger hindringer i veien for at selskap stiftet i tråd med dens lovgivning etablerer seg i en annen medlemsstat.⁶⁹ Det er særlig forbudsreglene som forbyr hindringer i retten til fri utveksling av kapital og personer innenfor EØS-avtalens virkeområde som har betydning i forhold til fritaksmetoden. I Cadbury Schweppes-saken ble det påberopt at CFC-reglene hadde restriktive virkninger for den frie utveksling av personer, tjenester og kapital. Domstolen kom til at restriksjonene i den frie utveksling av tjenester og kapital var en ”nødvendig følge” av en eventuell hindring i retten til fri utveksling av personer, nærmere bestemt etableringsretten i EØS art.31 flg. Det var derfor ikke nødvendig å vurdere om det forelå brudd på retten til fri utveksling av tjenester og kapital.⁷⁰

EF-domstolens praksis viser at det i høy grad er det samme vurderingstemaet som foretas, uavhengig av hvilken av de fire friheter som påberopes når det gjelder skattereglers traktatforenlighet.⁷¹ Et annet generelt kjennetegn ved praksis er at det har liten betydning hva slags skatteregler som vurderes.⁷² Praksis knyttet til en av de fire friheter vil følgelig ha betydning under vurderingen av en annen. Dette vil særlig gjelde i forhold til fritaksmetoden som både vil rammes av retten til fri utveksling av kapital og av etableringsretten. Etableringsretten avgrenses mot retten til fri bevegelse av kapital ved at

⁶⁹ *Cadbury-Schweppes* premiss 42.

⁷⁰ Se premiss 33. Lignende uttalelser er inntatt i en rekke dommer, bl.a. EFTA-domstolens avgjørelse i E-7/07 *Seabrokers AS* premiss 27.

⁷¹ Se også Bullen 2005 bl.a. s.62.

⁷² Bullen 2005 bl.a. kap.6.3.

art.31 pkt.1 annet ledd inneholder et forbehold mot bestemmelser i kapitlet om kapital. Det avgjørende er om rettighetssubjektet eier, eller har til hensikt å eie, en kontrollerende andel i det aktuelle subjektet.⁷³ I det følgende vil problemstillingen behandles med etableringsretten som utgangspunkt. Hovedgrunnen er at reglene på dette området i alle fall ikke kan være noe lempeligere dersom eierandelene i subjektet er under 50%. Det ville gitt et incentiv om å tilpasse investeringene til ikke å oppfylle kravet til kontrollerende eierandel. Kravene som oppstilles i Cadbury Schweppes-saken ville følgelig mistet sin praktiske betydning dersom de ikke gis virkning også for retten til fri utveksling av kapital. Dette er trolig også en del av begrunnelsen for at EF-domstolen i denne dommen kun vurderer anførselen om hindring i etableringsretten.

For å være beskyttet av reglene om de fire friheter kreves det at vilkårene i den aktuelle forbudsregel er oppfylt. Videre kan ikke en medlemsstats statsborgere unndra seg nasjonal lovgivning gjennom å misbruke en av de fire friheter.⁷⁴

5.2.2 Forbudsreglenes vilkår

Det skal i dette punktet kort redegjøres for om vilkårene for å kunne påberope seg retten til fri etablering er oppfylt. EØS-avtalens art.31-35 inneholder regler om etableringsfriheten som tilsvarer bestemmelsene i EF-traktatens tredje del avdeling III kapittel 2.

Forbudsbestemmelsen er inntatt i EØS art.31. Når det gjelder regler om avgrensning av fritaksmetoden innenfor EØS, er det klart at vi befinner oss innenfor EØS-samarbeidets virkeområde. Det må her bemerkes at eiernes nasjonalitet ikke er relevant etter reglene om etableringsrett jf art.34. Det er videre klart at det foreligger et relevant grenseoverskridende element forutsatt at et norsk kvalifiserende subjekt har investert i en annen EØS-stat. Etter fritaksmetoden er det kun juridiske personer som er aktuelle subjekt. For at juridiske personer skal være rettighetssubjekt etter etableringsretten må de være et selskap slik det er definert i art. 34 pkt 2. Definisjonen her er meget vid og det er klart at subjekt som er

⁷³ Se bl.a. *Baars* premiss 46.

⁷⁴ Se bl.a. *Cadbury Schweppes* premiss 35.

kvalifiserende etter fritaksmetoden omfattes. Det er selskapets rett til å drive ”næringsvirksomhet” som beskyttes av etableringsfriheten. Dette forutsetter at det drives en virksomhet av økonomisk karakter. Det kan hevdes at etableringer som ikke er reelle rammes allerede av dette kriteriet. EF-domstolen drøfter i Cadbury Schweppes-saken denne problemstillingen under hensyn som kan legitimere at det i nasjonal lovgivning oppstilles hindringer i de fire friheter, i stedet for å frata slike etableringer et generelt vern fra traktaten.⁷⁵ Dette vil også gjøres i det følgende. Et subjekt som påberoper seg rettigheter etter reglene om de fire friheter vil etter dette betegnes som rettighetssubjekt.

Konklusjonen er at reglene om de fire friheter kommer til anvendelse på avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS.

5.2.3 Innebærer en påberopelse av felleskapsretten et misbruk?

På bakgrunn av EF-domstolens praksis fra andre områder enn direkte beskatning er det klart at felleskapsretten ikke kan påberopes for å muliggjøre misbruk og svik.⁷⁶ I Cadbury Schweppes-saken ble det anført to grunnlag for at etableringen i Irland som hadde det uttalte formål å spare skatt, skulle anses som misbruk av etableringsretten. For det første ble det anført at slike gunstige skatteregler som det irske datterselskapet nøy godt av, innebar en skadelig skattekonkurrans. I sitt forslag til avgjørelse antok generaladvokaten at skattekonkurrans mellom medlemsstatene må aksepteres i mangel av harmonisering på området for direkte beskatning. For det andre ble det anført at de aktuelle skattereglene kunne defineres som statstøtte. Generaladvokaten forkastet anførselen med at statstøtte måtte bekjempes gjennom statstøttereglene. Domstolen vurderte ikke de konkrete anførselene og uttalte seg atskillig mer generelt. Det uttales i premiss 36 at det faktum at en fysisk eller juridisk person har etablert seg i en annen medlemsstat, med den hensikt å dra fordel av gunstig skattelovgivning, ikke i seg selv er nok til å frata personen rettigheter etter EØS-avtalen. Avgrensningen i fritaksmetoden er gitt et atskillig snevrere virkeområde

⁷⁵ Bl.a. premiss 36-39

⁷⁶ Som eksempel kan nevnes C-212/97 *Centros* premiss 24, som også viser til tidligere praksis.

enn tilfellet var for de britiske CFC-reglene. Det vil derfor ikke innebære noe misbruk av felleskapsretten å påberope seg forbudsreglene, overfor en nektelse av skattefritak som følge av avgrensningen av fritaksmetoden.

5.2.4 Konklusjon

Fordi grunnvilkårene i forbudsreglene er oppfylt, samtidig som det ikke innebærer noe misbruk av felleskapsretten å påberope seg dem, kommer reglene om de fire friheter til anvendelse på avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS.

5.3 Innebærer avgrensningen en diskriminering eller restriksjon?

5.3.1 Terminologi

Diskriminering er av EF-domstolen definert som ”forskjellsbehandling av forskjellige situasjoner”.⁷⁷ I denne fremstillingen benyttes begrepene forskjellsbehandling og diskriminering som synonymmer for å beskrive denne situasjonen. Definisjonen innebærer at det ikke foreligger en traktatstridig forskjellsbehandling dersom situasjonene som sammenlignes er objektivt forskjellige. Det må altså foretas en sammenlignbarhetsvurdering. EF-domstolen har som den store hovedregel ikke godtatt at hjemmehørende selskap med eller uten sekundæretableringer i utlandet befinner seg i objektivt forskjellige situasjoner. Som eksempel på at anførselen ikke ble godtatt kan nevnes C-264/96 ICI, C-141/99 AMID, C-168/01 Bosal Holding, C-446/03 Marks & Spencer og Cadbury Schweppes. For fritaksmetodens vedkommende vil det norske morselskapet være underlagt det norske skattesystem uavhengig av hvor sekundæretableringen er foretatt. Et morselskap med sekunderetableringer i Norge eller i en medlemsstat vil følgelig være i sammenlignbare situasjoner.

⁷⁷ Det uttales at denne definisjonen er ”settled law” i C-80/94 *Wielockx* premiss 17.

Begrepet *restriksjon* beskriver ikke det samme fenomen, men benyttes om resultatet av at en diskriminerende regel er egnet til å ”hindre”, ”afholde” eller ”avskrække” rettighetssubjektet fra å benytte de fire friheter.⁷⁸ Begrepene restriksjon og hindring benyttes som synonymer i det følgende.

5.3.2 Utgangspunkt og de norske forarbeidene

Som nevnt innledningsvis er ikke området for direkte beskatning regulert i EØS-avtalen. Utgangspunktet er dermed at medlemsstatene står fritt i valget om de vil underlegge aksjeinntekt økonomisk dobbeltbeskatning, eller å forhindre dette ved fritaks- eller godtgjørelsesmetoder. Reglene om de fire friheter får på sin side betydning for utformingen. EU-kommisjonen avga 19. desember 2003 en meddelelse om beskatning av grenseoverskridende utbytter til fysiske porteføljeaksjonærer.⁷⁹ Det uttales der at den enkelte medlemsstat ikke kan legge høyere skatt på utbytte fra andre medlemsstater enn på innenlandsk utbytte. Det bemerkes videre at det følger direkte av Verkooijen⁸⁰ at skattefritak for innenlandsk utbytte må gjelde også for utbytte fra andre medlemsstater. Det vises til kommisjonens uttalelse i forarbeidene slik at det er klart den anses relevant for avgrensningen av fritaksmetoden.⁸¹

De norske forarbeidene synes å forutsette at det er tillatt å ta i betraktning skattebelastningen i etableringsmedlemsstaten ved utformingen av fritaksregler.⁸² Videre synes departementet å forutsette at det følgelig bare er hvor nektelsen av å berømme skattefritak fører til en i totalsum høyere skatteforpliktelse, at det foreligger en forskjellsbehandling i EØS-rettslig forstand. Synspunktene i forarbeidene er begrunnet i at

⁷⁸ Se f.eks. *Verkooijen* premiss 34-35 og *Cadbury Schweppes* premiss 46.

⁷⁹ COM(2003) 810 final.

⁸⁰ C-35/98 gjaldt nederlandske regler som hjemlet skattefritak for utbytte fra nederlandske selskaper til fysiske personer. Fritaket gjaldt ikke for utenlandske selskaper, dette ble ansett diskriminerende.

⁸¹ Ot.prp.nr.1(2005-2006) s.68.

⁸² Ot.prp.nr.1(2005-2006) s.67-69.

det ikke er tale om den form for forskjellsbehandling som EF-domstolen avviste i Verkooijen. I det følgende skal det knyttes et par bemerkninger til departementets syn.

Det er riktig som det er påpekt i forarbeidene at det å ta skattebelastningen i det underliggende selskap i betraktning, ikke innebærer en slik forskjellsbehandling som det å forskjellsbehandle inntekter fra selskap avhengig om det er svart skatt til utbyttemottakers bosstedstat eller ikke. EF-domstolens begrunnelse i Verkooijen tyder imidlertid etter min mening på at det er virkningen av reglene som er det sentrale.⁸³ Det kan under enhver omstendighet settes spørsmålstegn ved metodebruken. Det faktum at en av flere dommersom konstaterer forskjellsbehandling,⁸⁴ direkte gjaldt en annen form for forskjellsbehandling, kan ikke alene begrunne det motsatte resultat for et annet regelsett. Dommen er egnet til å begrense lovgivers kompetanse ved at liktlydende regler ikke kan gis. Forarbeidene tar etter min mening her derfor en snarvei, trolig for å dra ned vekten av kommisjonens uttalelser.

Uenigheten her vil kun ha som følge at frekvensen av EØS-rettslig forskjellsbehandling i forhold til avgrensningen innenfor EØS øker. Dette fordi det nå kan eksistere selskap med en større skattebelastning enn den norske, selv om det underliggende selskap er etablert i et lavskatteland. En grunn til dette kan, som vi så over i drøftelsen av begrepet lavskatteland, være at skatt svart til en eventuell tredjestat ikke tas med ved beregningen av den effektive skattesatsen som pliktes betalt i etableringsstaten. En annen grunn er at perioden for beregningen ikke kan strekkes for langt. Som følge av dette kan definisjonen av staten som et lav- eller normalskatteland endre seg. Dette kan innebære at den underliggende inntekten er opptjent under en strengere beskatning på et langt tidligere tidspunkt enn når utdelingen foretas.

⁸³ Jf. bl.a. premiss 34.

⁸⁴ Bl.a. de i forarbeidene nevnte C-315/02 *Lenz*, C-319/02 *Manninen*.

Hva som kan innebære en diskriminering eller restriksjon er ikke behandlet i Ot.prp.nr.1 (2007-2008). Dette er uheldig da Cadbury Schweppes-saken etter min mening fordrer noen kommentarer til drøftelsene som ble foretatt i de tidligere forarbeidene.

5.3.3 Den konkrete vurdering på bakgrunn av Cadbury Schweppes-saken

5.3.3.1 Forskjellsbehandling

I Cadbury Schweppes-saken var det ubestridt at foranstaltningen (CFC-lovgivningen) innebar en forskjellsbehandling av hjemmehørende selskaper avhengig av beskatningsnivå for de selskap hvor rettighetssubjektet eide en kontrollerende andel.⁸⁵ Avgrensningen av fritaksmetoden gjelder i likhet med CFC- og NOKUS regler bare ved grenseoverskridende etableringer.⁸⁶ Dette innebærer at et kvalifiserende norsk skattesubjekt helt generelt slipper å betale skatt ved mottatt utbytte av sitt datterselskap etablert i Norge. Når det gjelder grenseoverskridende etableringer innenfor EØS-området, berømmes ikke skattefritak etter fritaksmetoden dersom det ikke kan dokumenteres at etableringen er reell, eller at skattebelastningen i medlemsstaten er høyere enn 2/3 av den norske. Ulikheter i virkeområdet mellom avgrensningen av fritaksmetoden og CFC-reglene er ikke avgjørende for om foranstaltningen innebærer forskjellsbehandling. Konklusjonen er at avgrensningen mot inntekter fra etableringer som ikke er reelle i et lavskatteland innenfor EØS-området innebærer en forskjellsbehandling.

5.3.3.2 Restriksjon

Spørsmålet blir så om forskjellsbehandlingen innebærer en restriksjon. I Cadbury Schweppes-saken anførte Storbritannia, med støtte av en rekke felleskapsstater, at selv om CFC-reglene hadde til virkning at morselskapet ble skattlagt for et datterselskaps overskudd, ikke nødvendigvis innebar en større skattebelastning enn dersom datterselskapet hadde vært hjemmehørende i Storbritannia. Anførselene minner veldig om

⁸⁵ Premiss 43

⁸⁶ Se bl.a pkt.3.2.1 og 4.3

departementets uttalelser i de norske forarbeidene. Domstolen uttaler først at forskjellsbehandlingen innebar en ”skattemessig ulempe” selv om skattebelastningen ikke i totalsum ble større enn ved innenlands etableringer. Det avgjørende måtte etter EF-domstolens mening være den faktiske forskjellen i regelverket, som medførte at morselskapet skatlegges for en annen juridisk persons overskudd, nemlig datterselskapet.⁸⁷ Uttalelsen viser at beskatningen av det enkelte konsernselskap må vurderes separat under restriksjonsvurderingen. Uttalelsene viser også at det er relevant å sammenligne med både en innenlandsk etablering og en normalskattetablering i en annen medlemsstat. Det er ikke vanskelig å være enig i dette, da en slik sammenligning gir det bredeste grunnlaget for å vurdere følgene for rettighetssubjektet. Domstolen avslutter restriksjonsvurderingen med å uttale at den særlige skattemessige behandlingen, og den ulempe som følger det å ha et datterselskap etablert i en annen medlemsstat med et slikt beskatningsnivå at det karakteriseres som et lavskatteland, hindrer utøvelsen av etableringsfriheten ved å ”afholde” rettighetssubjektene fra å investere i medlemstater med et slikt skattenivå.

Når det gjelder avgrensningen av fritaksmetoden for inntekter fra etableringer som ikke er reelle i lavskatteland innenfor EØS, er det klart at det innebærer en *skattemessig ulempe* for rettighetssubjektet ikke å berømmes den skattemessige fordel fritaksmetoden innebærer. Det er også klart at det er skattebelastningen til en annen juridisk person som avgjør om fordelene innrømmes eller ikke. Forskjellen mellom avgrensningen i fritaksmetoden og CFC-reglene går først og fremst på virkeområdet. Virkeområdet er på den ene side videre ved at det rammer selskapsandeler som ikke er kontrollerende. På den annen side er avgrensningen etter ordlyden begrenset til etableringer som ikke anses reelle eller driver reell økonomisk aktivitet. Resultatet i Cadbury Schweppes-saken ble at foranstaltningen ble ansett som begrunnet i tvingende allmenne hensyn, men at foranstaltningen bare ble ansett forholdsmessig dersom den rammet ”wholly artificial arrangements” eller ”rent kunstige arrangementer”. Spørsmålet om hvorvidt forskjellene i begrepsbruk innebærer en forskjell i virkeområde hører under forholdsmessighetsvurderingen. Det skal her bemerkes et dersom

⁸⁷ Se premiss 45.

betegnelsen *reelt etablert* og driver *reell økonomisk virksomhet* er videre enn normen fra dommen, er det en fare for at avgrensningen også rammer etableringer som anses reelle etter EØS-avtalen slik den er tolket av EF-domstolen. Det samme gjelder dersom dokumentasjonskravet som stilles til utenlandsetableringer i forbindelse med den norske vurderingen tolkes strengt. Hvordan norsk rett tolkes vil også ha betydning for omfanget av en eventuell restriksjon. Det er her imidlertid nok å konstatere at rettighetssubjektet ved grenseoverskridende aktivitet kan bli pålagt en skattemessig ulempe. Samtidig som det å dokumentere at etableringen er reell for enkelte selskapskategorier kan bli meget komplisert og ressurskrevende.⁸⁸ Dette forhold som samlet sett kan gjøre selskapsandeler i andre medlemsstater *mindre attraktive* enn tilsvarende andeler i norske selskaper for norske investorer.⁸⁹ Avgrensningen i fritaksmetoden er følgelig egnet til å *hindre, avholde* eller *avskrekke* rettighetssubjekt fra å investere i andre medlemstater.

Konklusjonen er at forskjellsbehandlingen ved avgrensningen innenfor EØS-området, innebærer en restriksjon i etableringsretten.

5.4 Er avgrensningen likevel forenlig med EØS-retten?

5.4.1 "The rule of reason-test"

Selv om en stats nasjonale lovgivning blir ansett for å innebære en forskjellsbehandling og/eller restriksjon i forhold til reglene om de fire friheter, kan den likevel anses forenlig med EØS-retten. På bakgrunn av praksis kan det oppstilles tre kriterier for at en slik foranstaltning kan opprettholdes.⁹⁰ Den nasjonale foranstaltning må for det første være begrunnet i *vingende allmenne hensyn* som anses relevante av domstolen. Videre kreves det at foranstaltningen er *egnet* til å oppfylle formålet som begrunner den. Til slutt kreves det at foranstaltningen ikke går utover det som er nødvendig for å oppnå formålet, altså må

⁸⁸ Se pkt.5.4.4.2.2.

⁸⁹ Momentet er bl.a. nevnt i *Verkooijen* premiss 34.

⁹⁰ Se f.eks. *Cadbury Schweppes* premiss 47.

det gjennomføres en forholdsmessighetsvurdering. Den samlede vurderingen som her er skissert omtales gjerne i praksis og teori som ”the rule of reason-test”.

5.4.2 Begrunnet i tvingende allmenne hensyn?

Det første som må vurderes er om avgrensningen av fritaksmetoden mot inntekter fra selskap som ikke er reelt etablert i et lavskatteland innenfor EØS, er legitimert i relevante tvingende allmenne hensyn. De aktuelle hensyn blir ”*sammenhengen i skattesystemet*”, herunder likebehandling, og hensynet til å ”*forebygge misbruk*”.⁹¹ Dokumentasjonskravet som etter sktl. §10-64 første ledd litra b er oppstilt for å vise at etableringen er reell, er etter forarbeidene begrunnet i hensynet til ”*effektiv skattekontroll*”.⁹²

5.4.2.1 Hensynet til sammenhengen i skattesystemet

Hensynet til likebehandling er en del av hensynet til sammenhengen i skattesystemet. Likebehandlingshensynet tilsier at den skatt som spares ved å investere i et land med betydelig lavere skattesats enn Norge utjevnes. Slik blir det uten betydning for skattebelastningen om en investerer i Norge eller et lavskatteland. Problemstillingen her er om hensynet til sammenhengen i skattesystemet er et relevant hensyn når det kommer til avgrensningen i fritaksmetoden innenfor EØS. Hensynet ble ikke påberopt i Cadbury Schweppes-saken selv om CFC-regler klart har en utjevneende virkning. Domstolen fant her grunn til å uttale at det er fast praksis for at en fordelaktig beskatning av et datterselskap i en medlemsstat, ikke kan utjevnes ved en mindre fordelaktig beskatning av morselskapet.⁹³ Hensynet er tidligere påberopt og ansett for å kunne begrunne inngrep i de fire friheter. Fordi hensynet ikke blir påberopt i Cadbury Schweppes-saken har domstolen ingen grunn til å vurdere hensynets relevans. Domstolens generelle uttalelser kan derfor ikke tas til

⁹¹ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.67.

⁹² Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.59.

⁹³ Premiss 49.

inntekt for at tidligere praksis fra domstolen er fraveket. De får mer karakter av å innebære en konstatering av den klare hovedregel.

Når en skal undersøke om hensynet er relevant for avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS, må først praksis fra EF-domstolen som har ansett hensynet for å være relevant kartlegges. Sakene som dannet grunnlaget for at hensynet kunne være relevant var Bachmann og Kommissjonen mot Belgia.⁹⁴ Avgjørelse i sakene falt på samme dag, og begge omhandlet belgiske skatteregler som la til grunn at skatteyder kun fikk fradrag for forsikringspremier til belgiske forsikringsselskaper. Foranstaltningene ble begrunnet i hensynet til sammenhengen i det belgiske skattesystem og ansett lovlige etter en forholdsmessighetsvurdering. I senere saker som for eksempel Verkooijen og Bosal Holdings vises det tilbake til disse dommene. Det uttales her at regelen som kunne oppstilles på bakgrunn av dommene var at det i de konkrete sakene var en ”direkte sammenheng” mellom en skattefordel og ulempe.⁹⁵ Følgen av at det er en direkte sammenheng for mor-datterforhold i innlandsforholdene er at det kan opereres med en tilsvarende beskatning i grenseoverskridende forhold. Begrepsbruken har variert noe i ulike dommer, men innholdet og den påfølgende vurdering er i all hovedsak sammenfallende.

I praksis har kriteriet ”direkte” blitt avgrenset slik at det ikke består en *direkte sammenheng* mellom to komponenter i et skattesystem dersom de refererer seg til ”særskilte former for beskatning, som rammer forskjellige skattepliktige”.⁹⁶ På bakgrunn av generaladvokatens detaljerte drøftelser i forslag til avgjørelse i Manninen, fremstår det som noe usikkert om en direkte sammenheng er et absolutt vilkår eller bare ”sterke indicier”.⁹⁷ Domstolen drøftet ikke problemstillingen i detalj, men benyttet heller ikke begrepet *direkte* i sitt resonnement. Det er mulig at EF-domstolen her fravek tidligere praksis. Mot dette kan det innvendes at det er ønskelig at fravikelser skjer mer åpent. Dette gjelder særlig her hvor

⁹⁴ C-204/90 og C-300/90.

⁹⁵ Se for eksempel C-35/98 *Verkooijen* og C-168/01 *Bosal Holding* premiss 29.

⁹⁶ *Baars* premiss 40, *Verkooijen* premiss 58, *Bosal Holding* premiss 30, *Lenz* premiss 36.

⁹⁷ C-319/02

generaladvokaten drøftet problemstillingen grundig i sitt forslag. Det fremstår dermed som usikkert om EF-domstolen unntaksvise er villig til å godta hensynet til sammenhengen i skattesystemet også i tilfeller hvor sammenhengen ikke er *direkte*. Innenfor rammen av denne fremstillingen er det nok å peke på uklarheten og drøfte problemstillingen ut fra hovedregelen.

Meget relevant når avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS skal vurderes er Verkooyen-saken. Skatteulempen bestod i at aksjonæren ble nektet et beløpsbegrenset fritak for utbytteskatt dersom utbyttet ble mottatt fra et selskap hjemmehørende i en annen EØS-medlemsstat. Domstolen uttalte i premiss 58 at det ikke er en "... direkte forbindelse mellom inndømmelse af en fritagelse for aktionærer, der bor i Nederlandene, for så vidt angår indkomstskat af modtaget udbytte, og beskatningen af overskudd for selskaper med hjemsted i andre medlemsstater. Det drejer sig om to særskilte beskatningsformer, der rammer særskilte skatteyttere.". Det faktum at skattefritaket etter fritaksmetoden ikke er beløpsbegrenset, eller kun rammer etableringer som ikke er reelle endrer ikke det faktum at det er tale om forskjellige skatteyttere og beskatningsformer. Hensynet til sammenhengen i skattesystemet kan ikke begrunne avgrensningen i fritaksmetoden innenfor EØS.

Konklusjonen er at avgrensningen av fritaksmetoden ikke kan begrunnes i hensynet til sammenhengen i skattesystemet. Konsekvensen er at en foranstaltning som skal hindre det provenytap en berømmelse av skattefritak på investeringer i andre medlemsstater kan føre til, må begrunnes i andre tvingende allmenne hensyn. For eksempel hensynet til å forebygge misbruk.

5.4.2.2 Hensynet til å forebygge misbruk, omgåelse og tilpasning

5.4.2.2.1 Presisering av hensynet

I Ot.prp.nr1 (2004-2005) ble det uttalt at et aktuelt relevant hensyn var å "forebygge misbruk". Ot.prp.nr1 (2007-2008) kan sies å inneholde en presisering av formålet med avgrensningen. I punkt 14.1 uttales det at det bør oppstilles samme krav som etter NOKUS-

reglene for å hindre ”tilpasning” og ”skatteomgåelse”. Begrepet misbruk er ikke klart definert, men det forutsetter språklig sett en ulovlig eller utilbørlig bruk. Det er klart at enhver tilpasning ikke innebærer et misbruk. Presiseringen i de seneste forarbeidene innebærer dermed en utvidelse av formålet i forhold til det som ble skissert i de tidligere forarbeidene. Det kan her bemerkes at en slik utvidelse kan være betenkelig da det i de tidligere forarbeider ikke ble foreslått å foreta en avgrensning av fritaksmetoden innenfor EØS-området. En slik utvidelse av virkeområde for en avgrensning er i alle fall ikke et argument for innføringen. Det er uttalelsene i de seneste forarbeidene som må tillegges vekt og vurderes. Problemstillingen i det følgende blir dermed om hensynet til å forebygge tilpasning og omgåelse er ansett som relevante hensyn av EF- og EFTA-domstolen.

5.4.2.2 Hensynet til å forebygge tilpasning

Skattemessig tilpasning innebærer å innrette seg innenfor rammen av nasjonal eller internasjonal lovgivning, slik at skattebelastningen blir minst mulig. I forhold til fellekskapsretten er det aktuelle at en skatteyder flytter sin virksomhet eller investeringer fra en medlemsstat med høye skattesatser til en medlemsstat med lavere skattesatser, samtidig som flyttingen anses reell. Fenomenet omtales som skatteflukt og konsekvensen er et provenyrtap for staten det flyttes fra. I Cadbury Schweppes-saken uttales det at hensynet til å unngå provenyrtap, ikke hører med til de tvingende allmenne hensyn som kan legitimere restriksjoner. Dette er helt i tråd med tidligere praksis.⁹⁸ Det er her grunn til å minne om generaladvokatens uttalelse i forslaget til avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken om at skattekonkurransen innenfor fellekskapsretten må godtas av mangel på harmonisering. Selve dommen kan sees på som en aksept av at skattemotivert flytting innenfor EØS-området er fullt ut legitimt, forutsatt at flyttingen er reell. Dersom flyttingen ikke er reell er vi over i en omgåelsessituasjon, og det er da følgelig hensynet til å forebygge omgørelser som kan begrunne en foranstaltning. Konklusjonen blir at hensynet til å unngå tilpasning ikke er et relevant hensyn, og kan følgelig ikke legitimere hindringer i de fire friheter.

⁹⁸ Se bl.a. C-264/96 *ICI* og C-9/02 *Lasteyrie du Saillant*.

Løsningen er så klar at det kan rettes kritikk mot at det nevnes i forarbeidene som et av hensynene bak avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS. Det kan spørres om dette bærer bud om at avgrensningen i forhold til fellesskapsretten er gitt et for vidt virkeområde, ved at det er en fare for at også lovlige tilpasninger rammes.

5.4.2.2.3 Hensynet til å forebygge omgåelse

Når det gjelder hensynet til å forebygge omgåelse ble det i Cadbury Schweppes-saken avgjort at CFC-regler kan opprettholdes dersom de kun rammer rent kunstige etableringer som har til formål å spare skatt. Det er følgelig klart at det kan være et relevant hensyn. Problemstillingen her er om hensynet til å forebygge omgåelse er et relevant hensyn når det kommer til avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS.

I forarbeidenes kapittel om avgrensning av fritaksmetodens virkeområde uttales det om Cadbury Schweppes-saken at den oppstiller et ”krav” om at utenlandsetableringen må være reell og at selskapet må drive reell økonomisk aktivitet, for at en skatteyder skal ha ”krav på beskyttelse av de fire friheter”.⁹⁹ Forarbeidene tyder på at lovgiver har tolket Cadbury Schweppes-saken som et uttrykk for at etableringer som ikke anses reelle generelt ikke er beskyttet av de fire friheter. Som det ble redegjort for under punkt 5.2 er ikke dette tilfelle. Forarbeidene må isteden leses som en uttalelse om at innsnevringen som måtte foretas i NOKUS-reglene på bakgrunn i Cadbury Schweppes-saken også kan avgrense fritaksmetoden. Det faktum at lovgiver har tolket dommen slik er i seg selv et moment for at en liktlydende avgrensning kan innføres i fritaksmetoden. Fordi dette tolkningsresultatet ikke er begrunnet dras vekten av uttalelsen ned. Det er her grunn til å minne om det klare utgangspunkt at Cadbury Schweppes-saken ikke fremtvang noen endringer i fritaksmetodens virkeområde. Domstolen har også mulighet til å frata etableringer som ikke er reelle rettigheter etter fellesskapsretten, ved å felle slike etableringer på kriteriet *næringsvirksomhet*, eller hensynet til å unngå misbruk av fellesskapsretten.¹⁰⁰ Når det i

⁹⁹ Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.60.

¹⁰⁰ Se pkt.5.2.2 og 5.2.3.

stedet ble åpnet for en meget snever anvendelse av CFC-regler er dette etter min mening et argument mot at lignende begrensninger kan anvendes også på fritaksregler. Et annet moment som kan ha betydning er at konsekvensene av at CFC-regler gis virkning hvor etableringen ikke anses reell i all hovedsak er mer tyngende. Det vil da som sagt oppstå en løpende skatteplikt på datterselskapets overskudd uavhengig av om det tas ut utbytte. Momentets vekt dras ned da avgrensningen innenfor EØS rammer flere. Det avgjørende må imidlertid være de generelle uttalelsene i dommen. Jeg vil her særlig dra frem premiss 55 hvor det uttales at en restriksjon i etableringsfriheten kan være begrunnet i hensynet til å unngå ”misbruk” dersom det ”specifikke formål” med foranstaltningen være å ramme ”rent kunstige arrangementer” som ikke bygger på noen ”økonomisk relaitet” utover det å ”undgå den normalt skyldige skatt”. Avgrensningens henvisning til sktl. §10-64 innebærer at det i kun er etableringer som etter norsk rett ikke anses ”reelt etablert”, eller driver ”reell økonomisk aktivitet” som rammes av avgrensningen. Den norske foranstaltningen har derfor som *specifikke formål* å hindre omgåelse. At avgrensningen også er begrunnet i andre hensyn forandrer ikke dette faktum. Hensynet til å forebygge omgåelse er relevant når det kommer til avgrensningen av fritaksmetoden.

5.4.2.3 Hensynet til effektiv skattekontroll

Dokumentasjonskravet i forbindelse med at etableringen er reell ved grenseoverskridende aktivitet er begrunnet i hensynet til effektiv skattekontroll. Den grunnleggende dom for hensynet til effektiv skattekontrolls relevans er Futura.¹⁰¹ Saken gjaldt et krav fra myndighetene i Luxemburg om at en filial av et utenlandsk selskap var pliktig til å fremlegge regnskap ført etter luxemburgske regnskapsregler, for å berømmes rett til fremføring av underskudd på linje med hjemmehørende selskap. Domstolen uttaler at medlemsstatene har ”lov til at anvende foranstaltninger” som gjør det mulig med ”klarhet og praecision” å kontrollere skattepliktig inntekt og underskudd.¹⁰² Uttalelsen er gjentatt i

¹⁰¹ C-250/95.

¹⁰² Premiss 31.

en rekke senere saker.¹⁰³ Vestergaard-dommen kan sies å innebære en presisering, ved at det først sies at hensynet kan begrunne foranstaltninger som gjør det mulig med klarhet og presisjon å kontrollere relevante omstendigheter, for så å avvise at hensynet kunne begrunne at medlemsstaten anvendte forskjellige ”betingelser” for å bli innrømmet den aktuelle skattefordel i innlandske og grenseoverskridende situasjoner.¹⁰⁴ Betingelser må her bety materielle vilkår. Hensynet kan dermed i høyden begrunne prosessuelle regler som oppstiller krav til dokumentasjon og lignende i grenseoverskridende situasjoner.¹⁰⁵

Hensynet kan følgelig være relevant for dokumentasjonskrav som oppstilles for at begrensningen i fritaksmetoden ikke skal komme til anvendelse ved grenseoverskridende aktivitet.

5.4.3 Er avgrensningen innenfor EØS egnet til å oppnå formålene?

Etter praksis fra EF-domstolen er det oppstilt som et vilkår at en internrettslig foranstaltning må være egnet til å oppfylle de tvingende allmenne hensyn som begrunner dens eksistens. Det vil ellers ikke være noen grunn til at foranstaltningen skal hindre utøvelsen av en av de fire friheter. Som eksempel kan nevnes dommen Baars, hvor EF-domstolen fastslo at den nasjonale bestemmelse satt til å forebygge dobbeltbeskatning ikke var egnet til å oppfylle formålet, da det ikke oppstod noen faktisk dobbeltbeskatning.¹⁰⁶

Avgrensningen mot inntekter fra etableringer som ikke er reelle i lavskatteland innenfor EØS er et eksempel på at hensynet til å unngå uønsket tilpasning går foran hensynet til å unngå kjedebeskatning. En av grunnene til det er at kjedebeskatning forutsetter at inntekt blir skattlagt skikkelig en gang. Dette vil ikke være tilfellet hvor det alminnelige skattenivået er så lavt at beskatningsstaten karakteriseres som et lavskatteland. Det er klart

¹⁰³ Som eksempel kan nevnes C-55/98 *Vestergaard* som gjaldt danske fradragregler.

¹⁰⁴ Premiss 25.

¹⁰⁵ Se også Bullen 2005 s.549.

¹⁰⁶ C-251/98.

at det ikke å berømme en skatteyter en skattefordel er egnet til å hindre omgåelser, samt fremme kapitaleksportnøytralitet.

Når det gjelder dokumentasjonskravet ved grenseoverskridende aktivitet er dette klart egnet til å oppnå en mer effektiv skattekontroll. Dokumentasjon som fremlegges av selskapet selv kan vanskelig verifiseres av Norge i de tilfellene hvor skatteavtale mangler. Det er ikke vanskelig for et selskap å inngi gal eller ufullstendig informasjonen om etableringsstatens skattenivå, den faktiske virksomhet eller inntekter knyttet til denne. Dette er egnet til å skape betydelige kontrollproblemer for norske myndigheter. Den lave risikoen for sanksjoner sammen med muligheter for store skattebesparelser, vil kunne gi incentiv om å gi uriktige opplysninger.

Avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS er følgelig egnet til å oppfylle formålene. Spørsmålet blir etter dette om avgrensningen går lenger enn nødvendig for å oppfylle sine formål.

5.4.4 Forholdsmessighetsvurderingen

5.4.4.1 Innledning

Det neste en må ta stilling til er om det å unnta inntekter fra investeringer i lavskatteland innenfor EØS som ikke er reelt etablert er en uforholdsmessig foranstaltning. En skatteregel som regnes som en restriksjon i de fire friheter, og som er begrunnet i viktige alminnelige offentlige hensyn må ikke gå lenger enn nødvendig for å oppfylle sine formål. Det er særlig to forhold som må drøftes her. For det første må det drøftes om kravene som stilles for at en etablering er reell i norsk rett, er i overensstemmelse med kravene som stilles av EØS-retten, slik den er tolket av EFTA- og EF-domstolen. En lignende vurdering må foretas av dokumentasjonskravet som oppstilles i norsk rett i forbindelse med undersøkelsene om etableringen er reell. For det andre må det undersøkes om norske myndigheter kan nå de ønskede begrensningene i fritaksmetoden ved grenseoverskridende virksomhet innenfor EØS-området med mindre inngripende tiltak.

5.4.4.2 Er de norske kravene i tråd med kravene etter felleskapsretten

5.4.4.2.1 Kvavet til at etableringen anses reell

Skattelovens §10-64 første ledd litra b er generelt utformet, slik at en må gå til forarbeidene for en presisering av ordlyden. Ovenfor i kap.4 er det gitt en kasuistisk gjennomgang av bestemmelsen lest i lys av dens forarbeid. Den nærmere veiledning som finnes i forarbeidene er et tolkningsresultat av Cadbury Schweppes-saken og generaladvokatens innstilling.¹⁰⁷

5.4.4.2.1.1 Objektivt vs. subjektivt utgangspunkt

Det første som skal bemerkes er at de norske forarbeider synes å forutsette at det skal foretas en ren objektiv vurdering. Vurderingstemaet er etter de norske forarbeidene om selskapet gjennom sin ”ordinære virksomhet” kan anses å delta på en fast og ”varig måte i etableringsstatens næringsliv”. I Cadbury Schweppes-saken oppstilles vurderingstemaet som “wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned”.¹⁰⁸ I den offisielle danske oversettelsen beskrives det som ”rent kunstige arrengegemeter” som har til ”formål å omgå” en medlemsstats lovgivning. Det kan for det første spørres om selve begrepsbruken i den norske lovteksten er dekkende. At et selskap er *reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet* taler etter min mening i seg selv for et videre virkeområde. En av grunnene til dette er at begrepet *wholly artificial arrangements* kan sies å være negativt ladet. En mer direkte oversettelse som på en klarere måte får med seg dette moment kunne være: rent kunstige etableringer. Når det er sagt, så er det selve rekkevidden loven har etter at begrepene er tolket som er det avgjørende. Her ser det i utgangspunktet problematisk ut at det subjektive element, etableringens formål om å unngå en medlemsstats lovgivning,¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.59.

¹⁰⁸ Bl.a. premiss 51.

¹⁰⁹ Se premiss 52 og 75.

ikke har sitt motstykke i den norske bestemmelsen eller forarbeid. Dette syntes umiddelbart å være en betydelig ulikhet, men som det forutsettes i dommens premiss 67 må vurderingen fattes på objektive holdepunkter som er konstaterbare for en tredjepart. Som jeg var inne på kan formålsbetraktninger være styrende for vurderingen etter norsk rett. Gjennom dette vil formålet kunne få betydning også etter norsk rett. Formålsbetraktninger gjør at den i utgangspunktet objektive vurderingen etter norsk rett får et subjektivt element, samtidig som det subjektive element i vurderingstemaet i Cadbury Schweppes-saken må foretas på bakgrunn av objektive holdepunkt. Ulikheten innebærer etter min mening kun en forskjell i utgangspunkt. Uansett utgangspunkt vil etableringer som ikke er reelle rammes, dersom de ikke på bakgrunn av objektivt konstaterbare holdepunkt, kan godtgjøre at etableringen er reell, eller en særlig grunn utover det skattemessige til hvorfor den faktiske organisasjonsform er slik at det kan oppstå tvil om den er reell. Det ligger i dagen at sistnevnte vil bli vanskelig i praksis. Situasjonen hadde vært atskillig mer problematisk dersom EF-domstolen ikke anså formålet med etableringen relevant, men norsk rett likevel la avgjørende vekt på det. Da kunne etableringer som var å anse som reelle, men som utelukkende eller i stor grad var skattemessig motivert rammes av den norske avgrensningen.¹¹⁰

Konklusjonen er at forskjellen ikke er problematisk i forhold til EØS-retten fordi det bare dreier seg om ulike utgangspunkt for vurderingen. Det må her bemerkes at min konklusjon i stor grad beror på hvordan norsk rett vil tolkes av kompetente myndigheter.

5.4.4.2.1.2 Forarbeidenes tolkningsveiledning

Selve vurderingstemaet i forarbeidene er nærmest en ordrett gjengivelse av oppsummeringen i Cadbury Schweppes-sakens premiss 75. Det skiller seg følgelig ikke fra gjengivelse av det objektive vurderingstemaet slik det fremkommer i premiss 53-54. Det vesentlige her er at det ”*faktisk utøves ervervsmaessig virksomhed*” ved hjelp av en ”*fast indretning*” i etableringsstaten i ”*et ikke nærmere angivet tidsrum*”. Vanskeligere forenelig

¹¹⁰ Se punkt 5.4.2.2.2.

syntes forarbeidenes detaljerte angivelse av momenter som skal tillegges vekt i denne vurderingen. Den mest konkrete tolkningsveiledningen som eksplisitt har kommet til uttrykk i dommen er at ”postkasse”- og ”skærm”-selskap ikke anses reelle.¹¹¹ Eksemplene er lite egnet til veiledning om hvor stor aktivitet som kreves, da det fremstår som selvsagt at slike selskaper ikke er reelt etablert. Mangelen på mer konkrete holdepunkter kan trolig skyldes det faktum at domstolen lar det bli opp til den internrettslige kompetente myndighet å foreta den konkrete vurderingen.¹¹²

Trolig kan også andre selskap enn de konkrete eksemplene fra dommen etter EØS-retten anses for ikke å være reelt etablert i medlemsstatene. Men hvor langt en kan gå utover disse eksemplifiseringene fremstår på bakgrunn av dommen som uklart. Eksemplene i seg selv trekker i retning av at det skal legges en snever betraktning til grunn. Det samme kan sies om henvisningen til generaladvokatens anførelse om at det ikke kan være avgjørende at utenlandsetableringens inntektsbringende aktiviteter like gjerne kunne vært utført i den klagende stat.¹¹³ Også begrepet *wholly artificial arrangements* taler til inntekt for at det i dommen oppstilles et snevert unntak.

I pkt 4.2.3.2 tolket jeg forarbeidene slik at momentene til fast driftsted og lignende måtte avstemmes avhengig av hva som kreves for den aktuelle subjektskategori. Begrunnelsen for dette styrkes av at dersom det oppstilles for strenge krav til å anse en etablering reell etter norsk rett oppstår lett en tvilsom side til EØS-retten. Dersom momentene i forarbeidene tas på ordet, vil enkelte subjekt helt generelt være utelukket som reelle etableringer. Som eksempel kan her nevnes aksjefond, holdingselskaper, selskap som benytter innleid arbeidskraft eller utelukkende engasjement, eller subjekt som ikke har behov for utstyr og lokale. Det kan umiddelbart syntes vanskelig å forene med den strenge tolkningen domstolen synes å forutsette i Cadbury Schweppes. Synspunktet kan også være at det for slike selskapskategorier oppstilles en ”generel formodning” for at begrunnelsen

¹¹¹ Premiss 67.

¹¹² Premiss 72.

¹¹³ Premiss 69.

for slike investeringer er ”skattesvig”.¹¹⁴ Det fremgår av samme premiss at det er sikker rett at slike formodninger ikke kan godtas.

Etter min mening kan det synes som om forarbeidene går noe langt i sin tolkning av EF-domstolens generelle betraktninger. Særlig gjelder dette knyttet til selskap som ”hovedsakelig deltar i konserninterne forhold”. Etter forarbeidene skal det som sagt da ”påvises” at selskapets tjenester er ”nødvendige” og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.¹¹⁵ Kravet er i forarbeidene utformet som et dokumentasjonskrav, men det er klart at et krav må ha sitt motstykke i det faktiske for at det skal kunne dokumenteres. Det særlige dokumentasjonskravet er trolig begrunnet med at en søker å ramme rene gjennomstrømningselskap, men er egnet til å ramme videre, jf. nedenfor.

5.4.4.2.1.3 Hvilket organ skal gjennomføre vurderingen

Det faktum at EF-domstolen i Cadbury Schweppes-saken lar det bli den nasjonale domstols oppgave å foreta uforholdsmessighetsvurderingen er ikke bare uheldig når en skal bestemme det nærmere innholdet i vurderingen. Det vil også kunne ha betydning for utfallet i en eventuell sak mot Norge. Kompetente norske myndigheter vil tradisjonelt legge betydelig vekt på de norske forarbeidene ved fortolkningen av bestemmelsen. Hvor stor vekt kan som nevnt i punkt 1.3 variere. Helt sikkert er at det kompetente nasjonale organ lettere kan sette seg inn i forarbeidene, og vil følgelig kunne tillegge forarbeidene større vekt enn EFTA-domstolen. En konsekvens kan være at de problematiske sidene av forarbeidenes presiseringer ikke vil bli vurdert, fordi den norske ordlyden i seg selv ikke går utover EØS-retten, slik den er tolket av EF-domstolen.

Et interessant spørsmål blir følgelig om Cadbury Schweppes-saken kan tas til inntekt for at forholdsmessighetsvurderingen generelt skal overlates til den foreleggende domstol i slike saker. Det er klart at EF-domstolen er kompetent til å utføre

¹¹⁴ Premiss 50.

¹¹⁵ Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.60.

forholdsmessighetsvurderingen, og har benyttet kompetansen i en mengde saker på ulike områder. Dette understrekes av at domstolen i premiss 72 poengterer at det i denne ”konkrete sak” overlater vurderingen til foreliggende domstol. Trolig var det slik at EF-domstolen i denne konkrete sak fant materiale om det faktiske forhold og nasjonal rett som noe mangelfullt.¹¹⁶ Et moment i samme retning kan være at følgene av at skattefritak innrømmes eller ikke er av en noe mindre inngripende karakter for rettighetssubjektet, enn det å bli direkte beskattet for overskuddet i datterselskapet. Rettighetssubjektet har muligheten til å kontrollere når skattebelastningen skal inntre, og har faktisk muligheten til å holde overskuddet i det underliggende selskapet. Det kan derfor tenkes at EF- eller EFTA-domstolen ikke stiller like strenge krav til dokumentasjonen, dersom spørsmålet om avgrensningen av fritaksmetodens forhold til EØS-retten skulle komme på spissen. Mot dette kan det innvendes at selv om konsekvensen trolig er mindre inngripende, rammes potensielt flere skatteyttere da det for avgrensningen av fritaksmetoden ikke oppstilles krav om kontrollerende eierandel. En forsvarlig vurdering av spørsmålet fordrer en inngående kjennskap til norsk rett og metodelære. Trolig må konklusjonen bli at denne konkrete saken neppe kan sees på som et generelt standpunkt at de nasjonale kompetente myndigheter i fremtiden skal foreta vurderingen, men at partenes dokumentasjon av norsk rett og metodelære vil kunne bli avgjørende. Rettighetssubjektet vil på bakgrunn av problemet skissert i forrige avsnitt, kunne ha særlig incentiv om å forsikre seg om at presiseringene i forarbeidene kommer frem, samt betydningen av forarbeid i norsk rett.

5.4.4.2.2 Dokumentasjonskravet

5.4.4.2.2.1 Innledning og problemstilling

Dokumentasjonskravet slik det fremkommer i sktl. § 10-64 tolket i lys av forarbeidene er behandlet i punkt 3.2 flg. Det oppstilles tre ulike dokumentasjonskrav ved tre ulike situasjoner. For det første plikter rettighetssubjektet å ”godtgjøre” at selskapet er ”reelt etablert” eller driver ”reell økonomisk aktivitet”. For det andre oppstilles et krav om at

¹¹⁶ Lignende synspunkt er hevdet av Bullen m.fl. i ROR-2006-07-43 pkt.2.4.6.

rettighetssubjektet fremskaffer verifikasjon på avgitt dokumentasjonen, dersom Norge ikke har inngått skatteavtale eller annen folkerettslig overenskomst med den aktuelle medlemsstaten. For det tredje oppstilles et særskilt dokumentasjonskrav i konsernforhold, ved at det her må dokumenteres nødvendighet og en merverdi for andre selskaper i konsernet.

I Cadbury Schweppes-dommen ble det som sagt oppstilt en dokumentasjonsadgang. Det er en fare for at et for omfattende dokumentasjonskrav og vurderingsnormer knyttet til informasjonen kan bli så strenge at det helt uthuler denne retten. Dette forholdet er ikke vurdert i Ot.prp.nr.1 (2007-2008). I Ot.prp.nr1 (2004-2005) drøftes forholdet til EØS-retten derimot mer utførlig ved vurderingen om avgrensningen innefor EØS-området skulle innføres allerede her. Det vises i forarbeidene til at praksis fra EF-domstolen viser at grenseoverskridende aktiviteter kan pålegges byrder gjennom særskilte dokumentasjonskrav for å ivareta hensynet til effektiv skattekontroll. Avgjørelsen Futura trekkes frem.¹¹⁷ Rettsetningen dommen gir utslag for er ifølge forarbeidene at dokumentasjonskravene ikke må gå utover det som er nødvendig for å kontrollere med tilstrekkelig klarhet og presisjon. Dette samsvarer i det vesentlige med redegjørelsen av EF-domstolens praksis i punkt 5.4.2.3.

Problemstillingen blir i det følgende om dokumentasjonskravene som oppstilles for at en grenseoverskridende etablering rammes av avgrensningen i fritaksmetoden, ikke går lenger enn det som er nødvendig for å kontrollere med tilstrekkelig klarhet og presisjon om etableringen er reell og driver reell økonomisk aktivitet.

¹¹⁷ C-250/95.

5.4.4.2.2 Det særlige dokumentasjonskravet ved konsernforhold

Presiseringen som gjøres av hensynets relevans i Vestergaard-saken nevnes ikke i forarbeidene.¹¹⁸ Dette er etter min mening uheldig særlig når det gjelder det særskilte dokumentasjonskravet i konsernforhold. Dette kravet må som sagt overfor ha en faktisk side, og vil derfor oppstille materielle krav selv om det er formet som et dokumentasjonskrav.¹¹⁹ Dersom en legger min tolkning av Vestergaard-dommen til grunn blir følgen at dokumentasjonskravet i konsernforhold ikke kan begrunnes i hensynet til effektiv skattekontroll, fordi kravet har en materiell side.¹²⁰ Det kan følgelig heller ikke være forholdsmessig. Det kan hevdes at det vil være lettere å anføre at kravet er rent prosessuelt dersom det ikke nedfelles i en materiell bestemmelse, men i stedet inntas i forarbeidene eller ligningsloven. Dette kan være en av grunnene til at dette kravet ikke fremkommer i ordlyden. Det særlige dokumentasjonskravet i konsernforhold er etter min mening problematisk i forhold til EØS-retten.

5.4.4.2.3 Kravet til verifikasjon

I Cadbury Schweppes-dommen premiss 70 uttales det at rettighetssubjektet skal gis adgang til å dokumentere at etableringen er reell og at det utøves faktisk økonomisk virksomhet. I premiss 71 redegjøres det kort for ulike virkemidler Storbritannia har til å innhente dokumentasjon. Det vises blant annet til direktivet om gjensidig bistand mellom medlemsstatenes kompetente myndigheter innen området for direkte beskatning.¹²¹ Som det påpekes i forarbeidene er ikke dette direktivet en del av EØS-avtalen.¹²² Norge har følgelig ikke mulighet for å kreve dokumentasjon, eller verifisering av dokumentasjon avgitt av rettighetssubjektet i henhold til direktivet. Norges mulighet for skatte- og opplysningskontroll begrenser seg til tilfeller hvor det er inngått skatte- og bistandsavtaler

¹¹⁸ Se pkt.5.4.2.3.

¹¹⁹ Pkt.5.4.4.2.1.2.

¹²⁰ Se pkt.5.4.2.3.

¹²¹ 77/799/EEC.

¹²² Ot.prp.nr.1(2007-2008) s.58.

som etablerer gjensidig forpliktelse til informasjonsutveksling. På denne bakgrunn antar departementet at EØS-retten ikke er til hinder for et krav om at en andelshaver i situasjoner hvor slike avtaler ikke foreligger, innhenter verifikasjon av den aktuelle medlemsstats kompetente myndigheter.

Norge har inngått skatteavtaler med samtlige EØS-medlemstater med unntak av Liechtenstein. Skatteavtalene bygger i all hovedsak på OECDs mønsteravtale. Denne inneholder en bistandsbestemmelse som ikke kan anses for å være snevrere enn den i bistandsdirektivet.¹²³ Fordi kravet til verifikasjon er så vidt upraktisk skal det ikke behandles i detalj, men enkelte problem skal bemerkes.

Det er ikke alltid gitt at verifiseringsmulighetene til andelshavere er større enn for norske myndigheter hvor folkerettslig traktat mangler. Særlig gjelder dette i konsernforhold hvor det å dokumentere en merverdi fremstår som komplisert, enda vanskeligere fremstår det å få slik informasjons verifisert. Fordi verifikasjonsadgangen for små andeler og etableringer kan bli meget vanskelig, innebærer det norske vilkåret etter min mening en begrensning i midler et rettighetssubjekt kan anvende for å dokumentere at etableringen er reell. Det kan dermed dras en parallell til avgjørelsen i Futura hvor luxemburgske myndigheter kun ville godta regnskap ført etter deres regnskapsregler. Det uttales her at det ikke var ”uomgaengelig noedvendigt” å begrense de midler skatteyder har til disposisjon for å godgjøre det underskudd han ønsket fremført.¹²⁴ Dette fremstår som en sikkerhetsventil, som meget sjelden vil være oppfylt. Domstolen gir ikke noen veiledning for når dette kan være aktuelt. Etter min mening er det ikke ”uomgaengelig noedvendigt” å bekjempe omgøelser og skatteflukt til Liechtenstein med et særlig dokumentasjonskrav i forhold til NOKUS-reglene og fritaksmetoden. De norske ligningsmyndighetene må derfor godkjenne at skatteyder godtgjør at etableringen er reell med dokumentasjon som ikke er verifisert. Det synes videre klart at dokumentasjon som ikke er verifisert kan oppfylle kravene til

¹²³ Se Bullen 2005 s.551 flg.

¹²⁴ Futura premiss 40.

klarhet og presisjon. Som eksempel kan nevnes et regnskap eller ordrebok. Konklusjonen er at også dette særlige dokumentasjonskravet har en tvilsom side til EØS-retten.

5.4.4.2.2.4 Det generelle dokumentasjonskravet

I Ot.prp.nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2. bemerkes det at NOKUS-reglene innenfor sitt virkeområde vil forhindre at fritaksmetoden gir incentiv til grenseoverskridende tilpasninger. En utvidelse av regelsettet til å gjelde utenlandsetableringer med relativt lav norsk eierinteresse blir ikke foreslått av ”praktiske grunner”. Det heter videre at det vil være ”urimelig å pålegge minoritetsaksjonærer de dokumentasjonskrav som NOKUS-beskatning forutsetter”. Etter endringen av NOKUS-reglene og med innføringen av avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS er dette nå gjort, uten at omfanget av dokumentasjonskravene problematiseres i forarbeidene.¹²⁵ Dette er uheldig da dokumentasjonskravene i alle fall ikke ble mindre byrdefulle etter endringen av NOKUS-reglene. Den norske løsningen er som sagt begrunnet i administrative hensyn og motivert av Cadbury Schweppes-dommen, hvor det uttales at det skal gis adgang til å dokumentere at etableringen er reell og at det utøves faktisk økonomisk aktivitet. Cadbury Schweppes-saken gjaldt direkte kontrollerende eierandeler. Det er enkelte ulikheter i regelsettene som i det enkelte tilfelle kan gjøre dokumentasjonsplikten under avgrensningen av fritaksmetoden mer byrdefull enn for NOKUS-selskap.

Fritaksmetoden får anvendelse på aksjeinntekter for selskap uavhengig av hvor stor andelen er. Det oppstilles i sktl. §10-64 ingen minstekrav til eierandelene for at dokumentasjonskravene skal gjelde. Det kan vanskelig innfortolkes en slik begrensning på bakgrunn av de tidligere forarbeidene og rimelighetshensyn. Kravene gjelder nå helt generelt ved avgrensningen av fritaksmetoden. Det kan her bemerkes at ettersom kravene i NOKUS-reglene er ”norsk kontroll”, kan NOKUS-beskatning være aktuelt selv om selskapsandelene er fordelt på ulike norske investorer, som til sammen oppfyller kravene til

¹²⁵ Ot.prp.nr.1(2007-2008).

kontrollerende eierandel.¹²⁶ Det er imidlertid lite praktisk at eierandeler i et bestemt utenlandsk selskap er fordelt på et slikt antall norske investorer at vi nærmer oss porteføljeinvesteringer. Dette gjelder selv om det etter NOKUS-reglene ikke gjelder noen minstekrav til en norsk andelshavers kapitalandel, for at den skal medregnes. Dokumentasjonskravene i forbindelse med avgrensningen av fritaksmetoden vil følgelig i all hovedsak ramme flere skatteyttere. Selv med liktlydende dokumentasjonskrav vil kostnadene andelshavere har knyttet til lave eierandeler lett bli forholdsmessig vesentlig mer byrdefulle, dersom de sammenlignes med eierandeler som kan bli utsatt for NOKUS-beskatning. I enkelte situasjoner kan fortjenesten elimineres helt.

Problematisk er også sammenhengen med ansvar for skatt som pliktes betalt i utlandet. Utbytte til utenlandsk selskapsaksjonær faller inn under fritaksmetoden og kan ikke ilegges kildeskatt, jf. sktl. §2-38 første ledd litra i og femte ledd. Det norske selskapet er etter sktl. §10-13 første ledd ansvarlig for at skatten innbetales. I praksis gjøres dette ved at skatten trekkes før utbyttet utbetales, jf. skattebetalingsloven §5 A og §49 nr.1. Dette har til følge at et norsk investeringsselskap må dokumentere at alle deres andelshavere innenfor EØS er reelle etableringer og at de drives reell økonomisk aktivitet for at det ikke skal svares kildeskatt av deres eierandel. Dersom det norske selskapet ikke gjør dette, på en for skattemyndighetenes tilfredsstillende måte, risikerer de å bli ansvarlige for kildeskatten. Det ligger i dagen at dokumentasjonen kan bli omfattende og at feilkildene mange. Når konsekvensene i tillegg kan bli store er dette en uheldig og komplisert løsning.

Redegjørelsen pretenderer ikke å være uttømmende, men dette er til sammen forhold som gjør at det norske dokumentasjonskravet for enkelte investeringer kan bli meget vanskelig å oppfylle. Dokumentasjonsadgangen som er oppstilt i Cadbury Schweppes-saken vil kunne uthules. En konsekvens av det er at avgrensningen vil kunne ramme videre enn etableringer som ikke er reelle. Konklusjonen blir at dette dokumentasjonskravet i enkelte tilfeller kan ha en problematisk side til EØS-retten.

¹²⁶ Jf. sktl. §10-62.

5.4.4.3 Kan ønsket tilpasning skje med mindre inngripende virkemidler?

Relevant ved en forholdsmessighetsvurdering er spørsmålet om det kan tenkes andre og mindre restriktive virkemidler egnet til å oppfylle formålet bak avgrensingen av fritaksmetoden. Slike vurderinger er foretatt i en rekke dommer fra EF-domstolen. Som eksempel kan nevnes *Kommisjonen mot Belgia*.¹²⁷

Et eksisterende virkemiddel som er egnet til å ramme skattemotivert kapitalflukt er den ulovfestede alminnelige omgåelsesnormen. Omgåelsesnormen gjelder tilsvarende både i nasjonal- og grenseoverskridende aktivitet. Det er klart at omgåelsesnormen rammer de klare skattemotiverte omgøelser som postkasse- og gjennomstrømningsselskap. Det kan derfor spørres om det er behov for avgrensningen av fritaksmetoden mot inntekt fra etableringer som ikke er reelle innenfor EØS. For at en disposisjon skal rammes av den ulovfestede omgåelsesnormen er det etter rettspraksis to vilkår som begge må være oppfylt.¹²⁸ For det første må disposisjonen i hovedsak være skattemessig motivert. For det andre må disposisjonen ikke ha vesentlig positiv egenverdi utover det skattemessige for at disposisjonen skal rammes. Det første som kan bemerkes er at denne noe forenklede gjengivelsen av regelen har betydelige likhetstrekk med *Cadbury Schweppes*-sakens premiss 55.¹²⁹ Det neste som kan bemerkes er at det i omgåelsesnormen tas utgangspunkt i formålet med disposisjonen. Dette kan i utgangspunktet virke som en betydelig ulikhet, men som alle subjektive vurderinger vil også denne, hvor innrømmelse av formålet mangler, måtte basere seg på objektivt konstaterbare holdepunkt. Når det gjelder egenverdivurderingen kan det trolig sies helt generelt at en etablering som hverken er reell eller driver reell økonomisk aktivitet ikke kan ha noen positiv egenverdi utover det skattemessige motivet. Hensynet til å unngå misbruk er etter min mening i stor grad ivaretatt gjennom den ulovfestede alminnelige omgåelsesnormen.

¹²⁷ C-300/90 premiss 17-19.

¹²⁸ Se bl.a. Rt.2007-209, *Hex*.

¹²⁹ Gjengitt i 5.4.2.2.

Norge har også en bestemmelse i sktl. §2-2 første ledd om hvor et selskap skal anses skattemessig hjemmehørende. Det er knyttet enkelte bemerkninger til denne vurderingen i punkt 2.2. Det avgjørende for hvor et selskap var hjemmehørende etter norsk rett er om selskapet ”reelt sett ledes fra Norge”. Hvor selskapet formelt er registret er følgelig ikke mer enn et utgangspunkt. Innenfor rammene av oppgaven kan jeg ikke gå inn på den nærmere vurdering, men det er klart at mange av selskapene som er i faresonen for å treffes av avgrensningen i fritaksmetoden, vil kunne ilegges alminnelig skatteplikt til Norge etter denne bestemmelsen. Også internprisingsregler for eksempel sktl. §13-1 og alminnelig tilordningsregler kan begrense behovet for avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS.

Norge har videre inngått skatteavtaler med samtlige EØS-medlemsstater unntatt Liechtenstein. Skatteavtalene er i all hovedsak basert på OECDs Mønsteravtale. Mønsteravtalen inneholder et diskrimineringsforbud i artikkel 24 og tiltak mot dobbeltbeskatning i art.23.¹³⁰ I tillegg til fordeling av beskatningskompetanse inneholder skatteavtalene altså bestemmelser som fordrer lignende vurderinger.

Konklusjonen er at det kan tenkes andre tiltak som er egnet til å ivareta hensynene bak avgrensningene av fritaksmetoden innenfor EØS, som ikke forskjellsbehandler, eller i like stor grad innebærer en restriksjon. Et problem det er verdt å merke seg at det er vanskelig for EFTA-domstolen i en eventuell sak å sette seg inn i internrettslige regelsett. Dette vil spesielt gjelde for ulovfestet rett som den norske omgåelsesnormen. Det har til følge at det settes store krav til rettighetssubjektets anførsler i en eventuell fremtidig sak om denne begrensningen i fritaksmetoden. Men dette endrer ikke det at avgrensningen innenfor EØS etter min mening er i strid med EØS-retten. Det som er drøftet i dette punkt kan settes i et noe større perspektiv. Det kan spørre om eksistensen slike regelsette som er summarisk fremstilt over, samt også enkelte andre, gjør at det i det hele tatt er behov for NOKUS-regler. Hvis en etter en nærmere vurdering svarer dette benektende, vil følgen være at NOKUS-regler ikke kan oppfylle forholdsmessighetskravet i EØS-retten.

¹³⁰ For en gjennomgang av reglene se Liland m.fl. 2002.

5.5 Sammenfatning og konklusjon

Tema for denne avhandling har i all hovedsak vært avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS, herunder dens forhold til EØS-avtalen. Avgrensningen av fritaksmetoden ble etter forarbeidene gjort på bakgrunn av Cadbury Schweppes-saken som gjaldt terskelen for NOKUS-beskatning innenfor EØS. Dommen fremtvang følgelig ingen endringer i fritaksregler satt til å hindre kjedebeskatning. Det er grunn til å bemerke at forhold til EØS-retten i liten grad er vurdert i forarbeidene til innføringen av begrensningen. Særlig den detaljerte vurderingen av forholdet til fellekskapsretten i de tidligere forarbeidene, som ikke gikk inn for en avgrensning innenfor EØS, fordret etter min mening en grundigere drøftelse.

Når det gjelder avgrensningens forhold til EØS, konkluderer jeg at det foreligger en hindring som innebærer en restriksjon i de fire friheter. Avgrensningen var begrunnet i egnede tvingende alminnelige hensyn. Når det kommer til forholdsmessighetsvurderingen er det i fremstillingen over omtalt enkelte problematiske sider ved avgrensningen. Det er særlig grunn til å peke på forarbeidenes detaljerte tolkningsveiledning, og dokumentasjonskravene til vurderingen om en etablering er reell og driver reell økonomisk aktivitet. Dette er til sammen forhold som kan innebære at avgrensningen ikke oppfyller forholdsmessighetskravet, og følgelig vil ha et problematisk forhold til EØS-retten. Det forsterkes av at det eksisterer regelsett som er egnet til å ivareta hensynet til å forebygge uønsket skattemotivert tilpasning. Her er det særlig grunn til å trekke frem den ulovfestede omgåelsesnormen og hjemmehørende kriteriet. Det er vanskelig å si konkret hva resultatet blir om avgrensningen av fritaksmetoden forelegges EFTA-domstolen. Etter min mening oppfyller ikke avgrensningen av fritaksmetoden innenfor EØS forholdsmessighetskravet, og er følgelig i strid med EØS-retten.

Noe av problemet er at det i mangel på harmonisering av fellekskapsretten på området for direkte beskatning, er vanskelig for medlemsstatene å oppstille regler som i tilstrekkelig grad ivaretar de ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Særlig står hensynet til å tiltrekke seg

investeringer og unngå kjedebeskatning, mot hensynet til å unngå skattemotivert tilpasning. Lovgiver valgte å gi avgrensningen mot porteføljeinvesteringer utenfor EØS et generelt virkeområde. Dette ble blant annet begrunnet i høye administrative kostnader i forbindelse med de ulike skattenivåene, samt vanskeligheter forbundet med dokumentasjon og kontroll ved små eierandeler. De samme hensyn gjør seg også gjeldende innenfor EØS. Gjennom henvisningen til NOKUS-reglene gjelder dokumentasjonskravene generelt uavhengig av kapitalandelens størrelse. De problematiske sidene til EØS-retten ville blitt løst dersom avgrensningen mot porteføljeinvesteringer ble gitt generell anvendelse også innenfor EØS. En slik generell avgrensning er foretatt i en reke medlemsland det er naturlig å sammenligne seg med, som for eksempel Danmark.¹³¹ Det er porteføljeinvesteringer som etter lovgivers mening er de minst beskyttelsesverdige. Dette gjelder særlig dersom investeringene er kortsiktige. Krav til eiertid sørger for at beskyttelsesverdige porteføljeinvesteringer ikke rammes, samtidig som tilpasningsmulighetene reduseres. Til dette kan det bemerkes at kjedebeskatning ikke vil bekjempes, dersom det ikke også gjøres andre endringer i skattesystemet. Løsningen vil også gi et incentiv om å tilpasse investeringene slik at eierandelene blir større enn det norske eierkravet, men likevel ikke så store at de rammes av NOKUS-reglene. Lovgiver er imidlertid gitt muligheten til å avstemme eierkravet slik at de oppnår ønsket balansegang mellom hensynet til å unngå kjedebeskatning på den ene side, og hensynet til å unngå uønsket tilpasning på den annen side. I Danmark er eierkravet justert en rekke ganger fra et utgangspunkt på 25% til å være på 10% inntektsåret 2009.¹³²

¹³¹ Jf. SEL §13(1)nr.2.

¹³² Werlauff 2007.

Litteraturliste

Lover og forskrifter

LOV-1952-11-21 nr.2, skattebetalingsloven

LOV-1980-06-13 nr. 24, Ligningsloven

LOV-1992-11-27 nr.109, EØS loven

LOV-1999-03-26 nr.14, Skatteloven (sktl.)

Endringslov 2005-06-17 nr.74, Endringslov til skatteloven.

Endringslov 2008-05-09 nr.23.

F22.11.1999 nr 1160. Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr 14.

Danmark:

Lovbekendtgørelse nr.299 af 27. april 2000, Selskabsskatteloven (SEL)

Forarbeid

NOU 2003-9

Ot.prp.nr.16 (1991-1992)

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

Ot.prp.nr.92 (2004-2005)

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

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

Praksis

Høyesterett:

Rt.1957 s.1087 (plenum)

Rt.1990 s.958

Rt.1997 s.1602, *Bodø/Glimt*

Rt.2001 s.282

Rt.2002 s.456, *Hydro Canada*

Rt.2002 s.1144

Rt.2007 s.209, *Hex*

EF-domstolen:

C-270/83, *Avior fiscal*

C-204/90, *Bachmann*

C-300/90, *Kommisjonen mot Belgia*

C-80/94, *Wielockx*

C-250/95, *Futura*

C-264/96, *ICI*

C-212/97, *Centros*

C-35/98, *Verkooijen*

C-55/98, *Vestergaard*

C-251/98, *Baars*

C-141/99, *AMID*

C-168/01, *Bosal Holding*

C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*

C-315/02, *Lenz*

C-319/02, *Manninen*

C-446/03, *Marks & Spencer*

C-196/04, *Cadbury Schweppes*

EFTA-domstolen:

E-7/07, *Seabrokers AS*

Juridisk litteratur

Liland, Anders H. og Nordbø, Espen. *Internasjonal skattekåndbok*. 1. utg. Oslo, 2002

Zimmer, Frederik, *Lårebok i skatterett*, 5. utg. Oslo, 2005

Bullen, Andreas. *EU, EØS OG SKATT* . 1. utg. Oslo, 2005

Dimmen, Ole Andreas. *Fritaksmetoden – en gavepakke til skatteplanleggere* 1. utg. Oslo 2006

Hovland, Øyvind. *Fritaksmetoden og koblingen til definisjonen av lavskattelend i NOKUS-reglene*. Skatterett nr.2/2006 s. 116 flg.

Bullen, Andreas og Banoun, Bettina. *EF-Domstolens dom i Cadbury Schweppes: En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS*. Revisjon og regnskap nr.7 2006 s.43 (ROR-2006-07-43)

Werlauff, Erik. *Selskabsskatterett 2007/08*. 9. utg. København 2007

Administrative uttalelser mv.

FIN Utv.1995 s.615

Spørsmål om skatt på inntekt oppebåret gjennom fast driftssted skal tas hensyn til ved beregning av "2/3-vilkåret"

FIN Utv.2005 s.1245

Beskatning av utbytte i bygdeallmenninger.

FIN Utv.2006 s.485

Begrepet "hjemmehørende" i skatteloven §2-38 tredje ledd bokstav b til d.

FIN Utv.2006 s. 1757

Tolkningsuttalelse - fritaksmetoden

FIN Utv.2007 s.1568

Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden.

FIN Utv.2008 s. 699

Ny norsk rederiskatteordning – forholdet til lavskattelandvurderingen i NOKUS-reglene, jf. Skatteloven §10-63.

FIN Utv.2008 s.308

NOKUS og spørsmål om Chile er lavskatteland

FIN Utv.2008 s.336

Spørsmål om Hong Kong er lavskatteland i forhold til NOKUS-reglene, og om inntekt generert av NOKUS-selskap gjennom filial i tredjeland skal holdes utenfor beregningen av NOKUS-inntekt

FIN Utv.2008 s.339

Spørsmål om NOKUS-beskatning av selskap i Peru, Chile, India, Sri Lanka og Filippinene

Er utbytte fra datterselskap i Nepal fritatt for skatteplikt etter fritaksmetoden.

Lingningsnemda for sentralskattekontoret for storbedrifter 26.september 2006.

Fritaksmetoden – skatteloven §2-38 tredje ledd bokstav ”, brev fra Finansdepartementet til Wiersholm, Mellye & Bech Advokatfirma AS, Publisert 11.april 2007.

Direktiver mv.

Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation and taxation of insurance premiums.

Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States

OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

COM(2003) 810 final. *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*

