

Passivitetsvilkåret for NOKUS-beskatning



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 527
Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 15 353 ord

14.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	En oversikt over rettsområdet	1
1.2	Oppgavens problemstilling	1
1.3	Avgrensning	2
1.4	Disponering	3
<u>2</u>	<u>REGELUTFORMINGEN</u>	<u>4</u>
2.1	Oversikt over Nokus-reglene	4
2.1.1	Historisk bakgrunn og formål i Norge	4
2.1.2	Anvendelsesområde	6
2.1.3	Kontrollvilkåret	6
2.1.4	Lavskattelandsvilkåret	7
2.1.5	Vilkår knyttet til typen av inntekter	8
2.1.6	Omfanget av beskatningen	9
2.2	Internasjonale CFC-reglers struktur	9
2.3	Forholdet til andre regler for aksjonærbeskatning	12
2.3.1	Fritaksmetoden	12
2.3.2	Kredittbestemmelsene	13
2.4	Metodebruk i internasjonal skatterett	14
2.4.1	Harmoniseringsregler	14
2.4.2	Nærmere om OECDs syn på CFC-beskatning	15
2.5	Legislativ kritikk av CFC-beskatning	18
2.5.1	Innvendinger	18
2.5.2	CFC-beskatningens begrunnelse i praksis	19
<u>3</u>	<u>NÆRMERE OM PASSIVITETSVILKÅRET</u>	<u>23</u>

3.1	 Lovforarbeidenes drøfting av passivitetsvilkåret	23
3.1.1	Formålet med reglene	23
3.1.2	Begrunnelsen for å skille mellom aktive og passive inntekter	24
3.1.3	Omfattet av skatteavtale	25
3.2	 Forarbeidene til kredittbestemmelsene i sktl § 16-30	27
3.3	 Forarbeidene til skattereformen 2004-2005	28
3.4	 Rederiskatteutvalget	30
3.4.1	Passive og aktive inntekter	30
3.4.2	Forholdet til skatteavtalene	31
3.5	 Grensen mellom aktiv og passiv virksomhet	31
3.5.1	Hovedsakelighetskriteriet	31
3.5.2	Aktivitet i konsernstruktur	33
3.5.3	Skatteavtale med filialstat	36
3.5.4	Formuesgevinst i aktiv virksomhet	37
3.6	 Passivitetsvilkåret internasjonalt	39
3.6.1	Regelverket i de største OECD-landene	39
3.6.2	Nærmere om det svenske regelverket	40
4	 ANALYSE	41
4.1	 utfordringer knyttet til virkningene av dagens regelverk	41
4.2	 Tilpasningsmuligheter	42
4.3	 Rettspolitisk kritikk av Nokus-reglene	44
4.4	 Alternativ utforming av reglene	46
4.4.1	Hovedvekt på hensynet til kapitaleksportnøytralitet	46
4.4.2	Hensynet til kapitalimportnøytralitet og konkurranseevne	48
4.4.3	Anbefalt løsning	52
5	 OPPSUMMERING	54
6	 LITTERATURLISTE	55

1 Innledning

1.1 En oversikt over rettsområdet

Økt internasjonalisering i næringslivet har hatt konsekvenser for utviklingen av bedrifts- og eierbeskatningen. Et av hensynene som skattesystemet skal ivareta, er å motvirke uthuling av det nasjonale skattefundamentet ved at kapital og inntekt flyttes til andre skatteregimer med det formål å oppnå skattemessige fordeler. Dette var bakgrunnen for at Nokus-reglene i skatteloven ble innført med virkning fra og med inntektsåret 1992. Nokus-reglene åpner for å beskatte norske eiere av utenlandske selskaper uavhengig av om resultatet i det utenlandske selskapet faktisk utbetales til eierne. Uten Nokus-regler ville norske aksjonærer kunne akkumulere overskudd gjennom utenlandske selskaper i gunstige skatteregimer, og til en viss grad selv velge når inntektene skulle komme til beskatning i Norge i form av utbytte eller realisasjonsgevinst. For å motvirke kapitalflukt og uheldig skattekonkurranse mellom land, er det derfor stadig flere land som har innført slik beskatning av eierne.

1.2 Oppgavens problemstilling

Ved innføringen av Nokus-reglene ble det gjort et unntak for norske eiere av aktiv næringsvirksomhet med reell tilknytning til det landet der virksomheten foregår, når selskapet er omfattet av skatteavtale. Ved regelutformingen ble det tatt hensyn til de bilaterale skatteavtaler for å forebygge dobbeltbeskatning som Norge har inngått med andre stater.

Dette siden ved Nokus-reglene er i dag kodifisert i sktl § 10-64 a) der det fremgår at Nokus-beskatning ikke skal foretas når *”selskapet eller innretningen er omfattet av avtale Norge har inngått med annen stat til unngåelse av dobbeltbeskatning, og selskapets eller innretningens inntekter ikke hovedsakelig er av passiv karakter..”*

Passivitetsvilkåret var gjenstand for diskusjon allerede i forarbeidene til Nokus-reglene.¹ Temaet har også vært berørt i etterfølgende OECD-rapport (Harmfull Tax Competition, 1998) og i senere oppdateringer av kommentarene til OECDs Model Tax Convention, heretter kalt Mønsteravtalen, som er et utgangspunkt for de fleste skatteavtaler Norge er part i. Det foreligger forvaltningspraksis fra Sentralskattekontoret for Storbedrifter (SfS), og avgjørelser knyttet til Nokus-beskatning er inntatt i ”Bedriftsbeskatning i praksis, 2006”. I samme litteratur drøftes nærmere passivitetsvilkårets tolkningsgrunnlag i lys av nye OECD-kommentarer til Mønsteravtalen.

Temaet for denne oppgaven er for det første å strukturere grunnlaget for passivitetsvilkåret slik det er presentert i de mest relevante kildene. Det norske regelverket på området vil bli sammenholdt med regelverket i andre land. Deretter vil senere kritikk av passivitetsvilkåret bli presentert. Etter omleggingen av skattereglene for aksjeinntekter i 2005 vil også sammenhengen mellom Nokus-reglene og fritaksmetoden bli berørt.

For å kunne se passivitetsvilkåret i en sammenheng vil det også bli gitt en oversikt over diskusjonene som har vært omkring skatteavtalenes eventuelle beskyttelse mot Nokus-beskatning. I forhold til skatteavtalenes system betyr det at oppgaven vil knyttes opp mot mønsteravtalens artikkel 7 Business Profitts og artikkel 10 Dividends.

1.3 Avgrensning

Slik det følger av skattelovens system er det flere kumulative vilkår for Nokus-beskatning ut over passivitetsvilkåret for selskaper som omfattes av skatteavtale. Grunnvilkårene er kontrollvilkåret og lavskattelandvilkåret. Denne oppgaven vil bare omtale disse vilkårene i den grad det er nødvendig for å gi en helhetlig fremstilling av oppgavens tema.

¹ Ot. prp. nr 16 (1991-1992)

Lavskattelandsdefinिसjonen i Nokus-reglene har også betydning for om utbytte og realisasjonsgevinster er omfattet av fritaksmetoden, jfr sktl § 2-38 (3) a) første komma som viser til sktl § 10-63, men dette temaet blir ikke nærmere behandlet i denne oppgaven.²

Særlige spørsmål knyttet til Nokus-beskatning av deltagere i gjennomstrømningselskaper eller ulike typer investeringsfond vil heller ikke bli behandlet i denne oppgaven.

Kravet til aktivitet for å unngå Nokus-beskatning av inntekt fra selskap hjemmehørende i EØS ble nærmere avklart gjennom EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken. (C-196/04). Som en konsekvens av denne dommen ble blant annet aktivitetskravet lempet for selskaper hjemmehørende i EØS gjennom vedtakelsen av sktl § 10-64 b) med virkning fra og med inntektsåret 2007.³ Denne rapporten vil ikke gå inn på vilkårene for unntak fra Nokus-beskatning innenfor EØS, men behandle spørsmålet om passivitet som vilkår for Nokus-beskatning med utgangspunkt i det passivitetsvilkåret som følger av sktl § 10-64 a) som knytter seg til virksomhet hjemmehørende utenfor EØS.

1.4 Disponering

I kapittel 2 vil det bli gitt en oversikt over den internasjonale utviklingen som førte frem til innføringen av Nokus-reglene og strukturelle trekk ved tilsvarende regler i en internasjonal sammenheng. Nokus-reglenes kodifisering i internretten og sammenhengen med andre elementer i norsk aksjonærbeskatning som fritaksmetoden og kredittbestemmelsene i skatteloven blir også presentert før forholdet til internasjonale forpliktelser blir nærmere belyst.

² Forvaltningspraksis knyttet til dette temaet finnes i sak OLN-2004-24 inntatt i UTV-2008-359

³ Ot. prp. nr 1 (2007-2008)

Kapittel 3 vil fokusere på rettskildene for forståelse av passivitetsvilkårets innhold. Det vil også gjøres en sammenligning mot andre lands utforming av sine regler med hensyn til passivitet, spesielt den løsningen som Sverige har valgt.

I kapittel 4 vil praktiske og rettspolitiske utfordringer knyttet til passivitetsvilkåret bli presentert, før det blir skissert mulige endringer i dagens regelverk med sikte på å møte noen av disse utfordringene.

2 Regelutformingen

Sist oppdaterte nettversjon av Lignings-ABC oppsummerer fremgangsmåten ved vurdering av skatteplikt til Norge.⁴ Først må det undersøkes hvorvidt det foreligger hjemmel for skattelegging etter norsk intern rett. Deretter skal det undersøkes om det er inngått skatteavtale som begrenser beskatningsretten. Skatteavtaler kan bare begrense den skatteplikten som følger av norsk intern rett, skatteavtaler gir aldri hjemmel for skattlegging.⁵

2.1 Oversikt over Nokus-reglene

Nedenfor følger en beskrivelse av historikk og hovedtrekk ved Nokus-reglene. Det blir også gjort en grovmasket sammenligning mot vilkårene knyttet andre lands tilsvarende regler.

2.1.1 Historisk bakgrunn og formål i Norge

Etter 1. juli 1990 var det ikke lenger påkrevet med valutalisens fra Norges Bank for lovlig å gjøre vesentlige pengetransaksjoner over landegrensene. Samtidig har globaliseringen i næringslivet hatt betydning for aktørenes ønske om å flytte kapital og inntektsstrømmer til regimer med lavere skattebelastning enn det norske. Motivasjonen for slik utenlandsetablering har ikke bare vært knyttet til skattemessige forhold, men også til rent forretningsmessige forhold.

⁴ Lignings-ABC 2011, 17. februar 2011, Utland- bosatt/hjemmehørende i Norge (allment), kap 2

⁵ Dobbeltbeskatningsavtaleloven, 28. juli 1949 nr. 15 §1, første underpunkt.

Globalinntektsprinsippet, som i dag er kodifisert gjennom skatteloven §§ 2-1 og 2-2, innebærer at personer bosatt i Norge og selskaper hjemmehørende her er skattepliktig til Norge av all sin inntekt. Før Nokus-reglene ble innført var norske aksjonærer, personlige- eller selskapsaksjonærer, bare skattepliktig til Norge for mottatt utbytte eller gevinst ved realisasjon av aksjer eller andeler i utenlandske skattesubjekter. Det ble derfor som hovedregel, ikke foretatt løpende beskatning av inntekter knyttet til det utenlandske skattesubjektet med mindre det hadde et fast driftssted her. Som et unntak fra denne hovedregelen hadde det blitt etablert en praksis der det, etter skattyters begjæring, ble foretatt direkte ligning av norske aksjonærer i utenlandske skipseiende selskaper.⁶

Dette regimet ga incentiv til å flytte virksomhet til selskaper i regimer med lav eller ingen beskatning for så å akkumulere overskuddet i disse selskapene. Først ved senere utbyttebetaling eller realisasjon ville inntekten komme til beskatning i Norge. Uten regler som gir adgang til å beskatte deltakerne løpende, uavhengig av utdeling fra selskapet, kunne det være muligheter for at gevinst opptjent på denne måten aldri ble gjenstand for beskatning noe sted.

Det viktigste formålet bak Nokus-reglene som ble vedtatt med virkning fra og med inntektsåret 1991, var å beskytte det norske skattefundamentet. Dette skulle ivaretas ved å likebehandle norske skatteyttere som investerer i Norge og norske skatteyttere som investerer i selskaper i lavskatteland, betegnet som kapitaleksportnøytralitet. Slike regler skulle også bidra til å dempe skadelig konkurranse mellom stater om å tiltrekke seg etableringer som søker lavest mulig skattenivå.

Det var også behov for å skape klarere regler på området etter at det hadde utviklet seg en ulovfestet direkte ligningspraksis. Nokus-reglene representerte derfor en klargjøring av rettstilstanden på dette området, fordi det nå ble kodifisert regler som på nærmere vilkår ga hjemmel for løpende beskatning av norske deltakere i aksjeselskaper og likestilte sammenslutninger hjemmehørende i lavskatteland.

⁶ Jfr. Ot. prp. nr 16 (1991-1992) kap 6.2.

Da Nokus-reglene ble vedtatt hadde store industriland som USA, Storbritannia og Tyskland m fl hadde allerede hatt slik lovgivning en stund, etter at USA var først ute med å innføre slike regler i 1962. Internasjonalt betegnes slike selskaper som CFC (Controlled Foreign Companies) mens den norske betegnelsen er en forkortelse for NORsk Kontrollert Utenlandsk Selskap. Slike regler er anbefalt av OECD som har uttalt at slike regler ikke er i strid med skatteavtaler mellom landene når disse er basert på OECDs mønsteravtale.⁷

2.1.2 Anvendelsesområde

Det følger av § sktl 10-60 at Nokus-reglene gjelder for ”deltaker”. Det vil si aksjonær eller annen form for deltaker eller interessent i virksomhet eller formue som er skattemessig hjemmehørende i et lavskatteland. Det utenlandske objektet må være et selskap eller en annen form for sammenslutning eller selvstendig innretning.

2.1.3 Kontrollvilkåret

Det er et vilkår for Nokus-beskatning av deltagerne at det foreligger norsk kontroll over den utenlandske virksomheten, hvilket innebærer at norske skattytere kontrollerer 50 % eller mer av kapitalen eller av stemmene i den utenlandske enheten, jfr sktl § 10-62. Vilkåret forutsetter som et utgangspunkt at norsk kontroll foreligger både ved inntektsårets start og slutt. Men dersom norsk kontroll forelå året før inntektsåret, er kontrollvilkåret likevel oppfylt også for det neste året, selv om slik kontroll faktisk opphørte i løpet av dette. Endelig reguleres kontrollvilkåret av særbestemmelser for mindre enn 40 % eller mer enn 60 % kontroll ved årets utløp, ved at det første aldri gir kontroll mens det siste alltid gir kontroll.

Kontrollvilkåret for Nokus er i hovedsak sammenfallende med det som er vanlig i andre CFC-regimer, men enkelte stater utelater mindre aksjonærer og har mer omfattende reguleringer av kontrollvilkåret.⁸ Det er også ulikheter i kravet til eierandel eller stemmeandel som utløser kontroll. Eksempelvis er kontrollvilkåret oppfylt etter svenske

⁷ Commentary on Article 7 of the OECD Model Tax Convention, July 2010.

⁸ Renata Fontana, European taxation, June 2006.

CFC-regler når den individuelle eier- eller kontrollandelen er 25 % eller høyere, mens danske regler anser kontroll å foreligge når både eierandelen er over 25 % og stemmeandelen er 50 % eller høyere. Likevel er grensen på 50 % den vanligste, men store stater som Tyskland og Frankrike bare legger eierandelen til grunn.

CFC-reglene i de fleste andre land anvendes bare overfor deltagere som individuelt eier eller kontrollerer en viss andel av det utenlandske selskapet.⁹ Noe slikt vilkår for beskatning er det ikke i de norske reglene. Dette innebærer at norske småaksjonærer, selv i børsnoterte selskap, kan bli Nokus-beskattet.

2.1.4 Lavskattelandvilkåret

Lavskattelandvilkåret under Nokus er knyttet opp mot en andel, to tredjedeler, av det generelle skattenivået i hjemstaten, jf sktl § 10-63, og dette er en vanlig referanse også i de øvrige europeiske CFC-regimene. Skattedirektoratet har i forskrift utarbeidet en såkalt "Svart liste" for land som alltid betraktes som lavskatteland uten nærmere vurdering etter sktl § 10-63.¹⁰ Det er på samme måte utarbeidet en "Hvit liste" for stater som på visse vilkår betraktes som ikke-lavskatteland. Formålet med disse listene er å forenkle avgrensingsproblemer for skattemyndighetene og skatteyttere. De fleste land på den svarte listen er opplagte lavskatteland, så det er begrenset hvor stor informasjonsverdi den svarte listen kan sies å ha. Den hvite listen bygger på vesentlige forbehold og det er derfor omdiskutert hvorvidt den i nevneverdig grad bidrar til forutsigbarhet. Slike lister er vanlig også i andre CFC-regimer, men betydning av disse må vurderes nærmere etter de forutsetninger som er lagt til grunn og faktum i den enkelte sak.

Mens norske deltagere blir Nokus-beskattet når den utenlandske skatten går under 2/3 av den norske skatten, blir det i de strengere regimene i Danmark, UK og Spania CFC-beskatning allerede når den utenlandske skatten går under 3/4 av det innenlandske nivået. Svenske deltagere derimot, blir ikke CFC-beskattet så lenge den utenlandske skatten er

⁹ Jfr. Ot.prp. nr 16 (1991-1992) kap. 6.3.1

¹⁰ FSSKD § 10-63-2

høyre enn 55 % av den svenske inntektsskatten. I Tyskland opererer man ikke med en andel av det tyske skattenivået, men med et fast innslagspunkt på 25 %.

Det er ikke forskjellen i de formelle skattesatser eller faktisk betalt skatt for et enkelt år som er avgjørende for om lavskattelandvilkåret er oppfylt. Derimot må det gjøres en mer generell sammenligning av skattenivået for det aktuelle selskapet.¹¹ Dette er forholdsvis enkelt å praktisere når den utenlandske skatten er nær null, men betydelig mer utfordrende når skattenivået ligger i grenseland av Nokus-innslaget. Norske skattytere kan da i praksis pålegges en betydelig belastning ved å måtte omarbeide regnskapene i det utenlandske selskapet til norske skatteregler for å gjøre de ulike skattenivåene sammenlignbare.

2.1.5 Vilkår knyttet til typen av inntekter

Som utgangspunkt skal deltagerne Nokus-beskattes når kontrollvilkåret og lavskattelandvilkåret er oppfylt. To viktige unntak fra dette følger av sktl § 10-64.

For inntekter som skriver seg fra virksomhet som er omfattet av skatteavtale med Norge, er det et tilleggsvilkår for Nokus-beskatning at inntekten hovedsakelig er av passiv karakter – et passivitetsvilkår.¹² I de opprinnelige Nokus-reglene gjaldt det samme passivitetsvilkåret innenfor EØS. Men etter EU-domstolens avgjørelse i Cadbury-Schweppes-saken ble dette vilkåret lempet, slik at det ikke er hjemmel for Nokus-beskatning dersom selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i en EØS-stat, jf sktl § 10-64 b).¹³

Passivitetsvilkåret for Nokus-beskatning av inntekter fra virksomhet i skatteavtaleland utenfor EØS er kjernen i denne oppgaven.

¹¹ Jfr. Ot.prp. nr 16 (1991-1992) kap 6.9

¹² Jfr. sktl § 10-64 a)

¹³ EU-domstolen sak (C-196/04)

2.1.6 Omfanget av beskatningen

Det følger av ordlyden i sktl § 10-65 at den enkelte aksjonær eller deltagers grunnlag for Nokus-beskatning skal settes til ”..vedkommendes andel av selskapets eller innretningens overskudd fastsatt etter reglene i norsk skattelovgivning..”. Avgjørelsen av om inntekten er hovedsakelig av passiv karakter etter sktl § 10-64 a) er derfor bare relevant i forhold til å konstatere eventuell skatteplikt. Ved skatteplikt skal hele virksomhetens inntekt legges til grunn for skatteberegningen, uavhengig av fordelingen mellom inntekter av henholdsvis passiv og aktiv karakter. Eventuelt underskudd beregnet på samme måte kan for øvrig fremføres mot senere overskudd fra det samme Nokus-selskap.

En slik ”alt eller ingenting”-regel er ikke uvanlig i internasjonal sammenheng. Dette er nærmere beskrevet under kapittel 2.2. I forarbeidene til Nokus-reglene begrunnes denne løsningen med praktiske hensyn og mulig motstrid med skatteavtalene.¹⁴

2.2 Internasjonale CFC-reglers struktur

Blant de 30 landene som innrapporterte ”national reports” til International Fiscal Assosiation (IFA) 2001 Congress er globalinntektsprinsippet et grunnleggende trekk.¹⁵ Dette innebærer som et utgangspunkt at inntekter i utenlandske skattesubjekter ikke inngår i aksjonærenes skattegrunnlag. Det er et fellestrekk ved alle landenes CFC-regler at en ønsker å begrense det incentiv til utsatt beskatning som dette åpner for. Videre tar reglene sikte på å etablere et skille mellom akseptabel og ikke akseptabel utsatt beskatning. Det er i utformingen av regelverk med slikt formål at ulikhetene viser seg.

Av de 30 statene var det 19 som hadde implementert, eller var i ferd med å implementere, CFC-regler. Det generelle utgangspunkt er at det oppstilles tre kumulative vilkår for CFC-beskatning;

¹⁴ Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) kap 6.12.

¹⁵ Arnold og Dibout, Cahiers de droit fiscal international, vol 86 b. IFA 2001.

- at innenlandske skattytere har kontroll over det utenlandske selskapet. 15 av de 19 statene baserte sin CFC-beskatning på ulike varianter av et kontrollvilkår.
- at det aktuelle utlandet anses som et lavskatteland.
(Global approach vs jurisdictional approach)
- og at inntekten er av passiv karakter
(Entity approach vs transactional approach)

Kun Canada, Israel og USA ser bort fra lavskattelandvilkåret og anser all passiv inntekt fra kontrollerte utenlandske selskap som omfattet av sine CFC-regler. Dette betegnes som "the global approach". En slik modell gir få avgrensingsproblemer og er delvis motivert av det faktum at ethvert utenlandsk skatteregime kan ha egenskaper som gjør det attraktivt for passive kapitalplasseringer. "The global approach" medfører betydelige administrative kostnader knyttet til omfang og gjennomføring av reglene sammenlignet med den alternative tilnærmingen.

Blant annet som følge av de betydelige administrative problemene knyttet til "the global approach" knytter de fleste av landene sine CFC-regler kun opp mot land som på ulike måter oppfyller et lavskattelandvilkår. Dette kan være gjennom generelle angivelser av skattenivået eller gjennom en konkret opplisting av land som er omfattet. En slik tilnærming betegnes som "The jurisdictional approach". En betydelig svakhet ved en slik tilnærming er at den ikke effektivt motvirker det incentiv som oppstår til utflytting av passiv kapital ved mindre ulikheter i skattenivå, og at selv små forskjeller i skattenivå åpner for en betydelig undergraving av hjemstatens skattefundament.

Det er betydelige utfordringer knyttet til å definere innslagspunktet for lavskatteland. Det er ikke uvanlig å legge en sammenligning med den skatten som ville blitt ilagt etter hjemstatens regler til grunn, slik som i Norge. Dette kompletteres ofte med "svarte" eller "hvite" lister.

Det fremgår av ovennevnte IFA-rapport at det i 2001 bare var Ungarn, New Zealand og Sverige som ikke skilte mellom aktive og passive inntekter i sine CFC-regler. Dette er ikke helt korrekt for Norges vedkommende; Nokus-reglene tar heller ikke hensyn inntektens karakter når det utenlandske selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland

som Norge ikke har skatteavtale med. I ettertid har Sverige endret sin CFC-lovgivning slik at det i hovedsak avgrenses mot aktiv virksomhet gjennom de spesifikke unntakslistene som hvert år blir oppdatert gjennom vedtak i Riksdagen.

Konsekvensen av passivitetsvurderingen er ikke den samme i alle stater CFC-regler. Den viktigste skillelinjen her går mellom de stater som kun skattlegger den passive inntekten, og de stater som skattlegger hele inntekten dersom et passivitetsvilkår er oppfylt. Eksempelvis Canada, som ikke anvender noe lavskattelandvilkår, henviser bare inntekter av passiv karakter til CFC-beskatning. Denne tilnærmingen betegnes internasjonalt som "the transactional approach". Motstykket til denne tilnærmingen er den metoden som anvendes i det norske regelverket, der hele inntekten fra det utenlandske selskapet legges til grunn for Norsk-beskatning dersom vilkårene er oppfylt. Denne siste metoden betegnes som "the entity approach". Det antas å være administrative fordeler knyttet til praktiseringen av en slik "alt-eller-ingen" metode. Det prinsipielle problemet med "the entity approach" er derimot betydelig, fordi denne tilnærmingen ved kombinert virksomhet alltid vil føre til et resultat i strid med det som til en viss grad oppfattes å være Norsk-reglens formål; enten vil passiv inntekt bli fritatt for Norsk-beskatning eller så vil aktiv inntekt bli beskattet. Formålet med Norsk-reglene er nærmere diskutert under kapittel 3.1.

For å plassere det norske regelverket inn i en internasjonal sammenheng, kan dette sies å være basert på en "jurisdictional entity approach", hvilket gjelder for 11 av de 19 landene med CFC-lovgivning som er omtalt i ovennevnte IFA-rapport. For de 12 landene som anvender en variant av "entity approach" er det 9 land som legger hele inntekten fra det utenlandske selskapet til grunn for CFC-beskatningen når passivitetsvilkåret er oppfylt etter en hovedsakelighetsvurdering.

For virksomheter i lavskatteland som Norge ikke har skatteavtale med, er inntektens karakter ikke av betydning. Dette er svært uvanlig i internasjonal sammenheng og betegnes i rapporten som "remarkable". New Zealand, som er et av de få landene som ikke skiller mellom aktive og passive inntekter, begrunner dette med at en avgrensning i praksis kan være problematisk, spesielt med hensyn til tjenesteproduksjon og fremveksten av elektronisk samhandling i næringslivet. De fleste land har likevel regler

som unntar inntekter fra aktiv forretningsvirksomhet i lavskatteland fra CFC-beskatning, uten å knytte et slikt unntak opp mot eksistensen av skatteavtale. Begrunnelsen for dette er hensynet til kapitalimportnøytralitet og næringslivets internasjonale konkurranseevne.

Den form for passiv inntekt som er gjenstand for CFC-beskatning omfatter i de aller fleste tilfeller også inntekter fra gjennomstrømmingsselskaper, i tillegg til kapitalinntekter.

2.3 Forholdet til andre regler for aksjonærbeskatning

2.3.1 Fritaksmetoden

Nokus-reglene representerer en fremskutt skattemessig periodisering av visse inntekter, mens fritaksmetoden er et regelsett som på nærmere vilkår gir endelig skattefritak for aksjeinntekter. Fritaksmetoden er kodifisert gjennom skatteloven § 2-38 som ble innført med virkning fra 2004.

Hovedformålet med fritaksmetoden er å unngå kjedebeskatning (økonomisk dobbeltbeskatning) av aksjeinntekter og å medvirke til kapitalmobilitet innenfor selskapssektoren. En generell anvendelse av en slik regel ville være problematisk både i forhold til kapitalflukt og i forhold til at Norge skulle bli ansett som deltaker i skadelig skattekonkurranse mellom land. Fritaksmetoden måtte derfor begrenses i internasjonale forhold, samtidig som forpliktelsene etter EØS-avtalen skulle ivaretas.

Fritaksmetoden er derfor utformet slik at den ikke kommer til anvendelse når utenlandske selskap utenfor EØS er lavt beskattet. Et av vilkårene for å bli omfattet av fritaksmetoden bygger på en henvisning til minstekravet til skattenivå for å unngå Nokus-beskatning, jfr sktl § 10-63. Dette medfører derfor at lavskattelanddefinisjonen i Nokus-reglene nå også tjener et formål i tillegg til å motvirke kapitalflukt, nemlig å bidra til at aksjeinntekter blir gjenstand for en viss beskatning før de realiseres på norske aksjonærs hånd.

Samspeillet mellom fritaksmetoden og Nokus-reglene sikrer at aksjeinntekter fra lavskatteland, definert etter en felles norm, blir beskattet i Norge. Dette skjer enten ved utdeling av utbytte eller ved realisasjon, eller ved en fremskutt løpende periodisering. Den type inntekter som ikke blir omfattet av slik periodisering, er i hovedsak inntekter i aktiv virksomhet i lavskatteland som Norge har skatteavtale med, og inntekter i selskaper der norske skattesubjekter ikke har kontroll.

Nokus-selskaper kan også ha aksjeinntekter som ikke ville blitt Nokus-beskattet dersom den norske aksjonæren hadde innvunnet slike aksjeinntekter direkte. Dersom slike aksjeinntekter hadde vært omfattet av fritaksmetoden, jfr sktl § 2-38, ved direkte eierskap, skal de heller ikke inngå i grunnlaget for Nokus-ligning. Dette følger av sktl § 10-65 der det fremgår at Nokus-inntekten skal fastsettes som om Nokus-selskapet var norsk skattyter.

2.3.2 Kredittbestemmelsene

Omtrent samtidig med innføringen av Nokus-reglene ble det innført regler som på visse vilkår ga fradrag i norsk skatt for kildeskatt betalt i utlandet. For skattytere hjemmehørende i Norge, og som svarer skatt av inntekt eller formue i utlandet, er disse reglene kodifisert gjennom sktl § 16-20. For norske morselskap av datterselskap som er hjemmehørende i utlandet, følger kredittreglene av sktl 16-30. Begge regelsettene har som hovedformål å unngå utilsiktet dobbeltbeskatning.

Det fradraget i norsk skatt som kan kreves med hjemmel i kredittreglene, er oppad begrenset til den norske skatten som faller på inntekten. Etter at fritaksmetoden, jfr sktl § 2-38, ble innført i 2004 er det skattefritak for de fleste aksjeinntekter i selskapssektoren. Siden det da ikke blir noen norsk skatt å avregne den utenlandske skatten mot, har anvendelsesområdet for kredittreglene i selskapssektoren blitt vesentlig redusert.

Både fritaksmetoden, jfr sktl § 2-38 (3) e., og kreditreglene, jfr sktl § 16-30 (1), avgrenser mot aksjeposter på under 10 % i selskaper som er hjemmehørende utenfor EØS. Etter dette er det bare aksjeinntekter knyttet til aksjeposter større enn 10 % fra

lavskatteland som omfattes av kredittreglene. For inntekter i lavskatteland kan dette for det første være selskaper som er ikke-Nokus, grunnet fravær av norsk kontroll, jfr sktl § 10-62, eller grunnet inntekter av hovedsakelig aktiv karakter i skatteavtaleland, jfr sktl § 10-64 a). For det andre kan det være Nokus-selskaper som kan påberope seg kredittreglene for skatt betalt i utlandet når Nokus-inntekten skal beregnes ”etter reglene i norsk skattelovgivning”, jfr sktl § 10-65.

2.4 Metodebruk i internasjonal skatterett

2.4.1 Harmoniseringsregler

Den internrettslige hjemmel for skatteavtalenes rettskildemessige stilling følger i utgangspunktet av lov av 28. juli 1947 nr. 15 § 1, dobbeltbeskatningsavtaleloven. Av denne følger at skatteavtalene er å anse som norsk lov med trinnhøyde som formell lov. Ved motstrid skal harmonisering skje ved at skatteavtalene blir avgjørende etter prinsippet om *lex specialis*.¹⁶ Når motstriden derimot er knyttet til interne regler av nyere dato enn skatteavtalen, og det kommer klart frem at den nyere lovgivning er ment å gå foran, vil den nyere lovgivning slå gjennom i tråd med *lex posterior* prinsippet. I de aller fleste tilfeller vil derfor skatteavtalebestemmelser gå foran Nokus-reglenes bestemmelser.

Det følger blant annet av Rt. 1994 s. 752 Alphawell at skatteavtalene skal tolkes som traktater etter folkerettens prinsipper. De nærmere tolkningsreglene følger av Wienkonvensjonen som oppstiller nærmere tolkningsprinsipper for traktater.¹⁷ Disse tolkningsprinsippene er ansett som kodifisering av internasjonal sedvanerett og skal derfor anvendes ved tolkning av de traktater som Norge er part i, til tross for at Wienkonvensjonen ikke er ratifisert av Norge.¹⁸

¹⁶ Bedriftsbeskatning i praksis, s. 483

¹⁷ Wienkonvensjonen av 23. mai 1969, art. 31 og art. 32.

¹⁸ Bedriftsbeskatning i praksis, s. 483.

De fleste skatteavtaler som Norge har inngått er basert på OECDs mønsterskatteavtale. Det har blitt diskutert hvilken vekt OECDs kommentarer til mønsterskatteavtalen har ved tolkning av skatteavtalens bestemmelser. Spesielt har dette kommet på spissen når kommentarene blir oppdatert etter at skatteavtalene er inngått. Det følger blant annet av Rt. 2004 s.957 PGS Exploration at for avtaler som bygger på OECDs mønsteravtale, er OECD-kommentarene relevante tolkningsfaktorer av betydelig vekt. OECD har også anbefalt at løpende oppdateringer av kommentarene legges til grunn for tolkning av eldre skatteavtaler. Denne anbefalingen er fulgt opp av Høyesterett i flere tilfeller.¹⁹ Det er derfor et anerkjent tolkningsprinsipp i norsk rett at nyere OECD-kommentarer skal tillegges vekt ved tolkning av skatteavtalene.

Spørsmålet om eventuell motstrid mellom skatteavtalene og de enkelte lands CFC-regler har også blitt reist.²⁰ Det følger av ligningsnemndas bemerkninger at dersom den annen stat over noe tid har akseptert etterfølgende endringer i avtalepartens CFC-regler, så kan de nyere CFC-reglene ikke påberopes som stridende mot skatteavtalen.

2.4.2 Nærmere om OECDs syn på CFC-beskatning

Etter at OECD i sin rapport "Harmfull Tax Competition, An Emerging Global Issue" i 1998 anbefalte innføring av CFC-regler, økte antallet stater med slike regler raskt. Fra og med 2003 har OECDs kommentarer til mønsteravtalen berørt forholdet til CFC-lovgivningen.²¹ Nedenfor følger en presentasjon av kommentaren til artikkel 1 punkt 23 som er generell i sin form. For å se helheten i de relevante OECD kommentarer blir deretter utvalgte kommentarer til artikkel 7 Business Profits og artikkel 10 Dividends presentert.

Artikkel 1 er en avgrensning av hvem som er omfattet: "*This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States*"

¹⁹ Rt. 2004 s. 957 PGS Exploration

²⁰ Eksempelvis SFS-1994-508LN

²¹ OECD Model Tax Convention on Income and Capital, Condensed version, July 2010

I kommentarene til artikkel 1 punkt 23 heter det: *”The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and non-member countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities.*

It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that interpretation does not accord with the text of the provisions. It also does not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention”

Det synes etter dette klart at de fleste OECD-medlemmer anerkjenner andre staters CFC-regler som et verktøy for å beskytte sitt skattefundament, og at disse normalt ikke er i konflikt med skatteavtalene.

Artikkel 7 omhandler Business Profits og har som hovedbestemmelse det generelt aksepterte prinsipp om at virksomhetsinntekt bare kan beskattes i selskapets hjemstat med mindre det har et fast driftssted (Permanent Establishment) i den andre staten.

For spørsmålet om Nokus-beskatningens generelle berettigelse er kommentarenes paragraph 1, pkt 14 spesielt interessant: *”The purpose of paragraph 1 is to limit the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax*

its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits..”

Det må derfor uten videre kunne trekkes den slutning fra disse kommentarene at Nokus-beskatning ikke er i konflikt med Mønsterskatteavtalens bestemmelser.

Artikkel 10 omhandler beskatningsrett for utbytte og er som sådan ikke relevant for Nokus-reglens periodiseringsbestemmelser, men i paragraph 5 omhandles beskatningsrett for ikke utdelt utbytte. Dette er et spørsmål som grenser nært opp mot CFC-beskatning, og kommentarene til Artikkel 10 er derfor relevant for å vurdere hvilken beskyttelse skattytere generelt kan påberope seg fra skatteavtalene. Dette er behandlet i kommentarenes pkt 37 der det presiseres at Artikkel 10 ikke er til hinder for CFC-beskatning: *”It might be argued that where the taxpayer’s country of residence, pursuant to its controlled foreign companies legislation or other rules with similar effect seeks to tax profits which have not been distributed, it is acting contrary to the provisions of paragraph 5. However, it should be noted that the paragraph is confined to taxation at source and, thus, has no bearing on the taxation at residence under such legislation or rules. In addition, the paragraph concerns only the taxation of the company and not that of the shareholder.”*

Denne kommentaren bare underbygger tidligere slutning omkring medlemslandenes syn på skatteavtalenes forhold til CFC-beskatning, beskrevet under kapittelet ovenfor. Samtidig som det understrekes at heller ikke Artikkel 10 beskytter aksjonærene, men selskapet.

2.5 Legislativ kritikk av CFC-beskatning

Det er fremsatt prinsipielle innsigelser mot den type deltagerbeskatning som CFC-beskatningen representer. Her følger de viktigste innvendingene samt den begrunnelse SfS i konkrete saker har gitt for slik beskatning generelt og i samspill med skatteavtalene.

2.5.1 Innvendinger

Til tross for prinsipielle og legislative betenkeligheter har CFC-lovgivningen bred generell støtte. Det er et anerkjent prinsipp i internasjonal skatterett at den enkelte stat bare kan skattlegge personer og selskaper hjemmehørende i den aktuelle staten, eller andre med et fast driftssted (permanent establishment, PE) eller fast eiendom i denne staten.²² Ut over dette har ingen stat anledning til å skattlegge utenlandske skattesubjekter. For eksempel er det utenkelig at deltagerens hjemstat skulle kunne påberope seg beskatningsrett direkte overfor et CFC som subjekt. På den annen side er en slik struktur egnet til å kunne gjøre samme inntekt skattepliktig til flere land dersom selskapets vurderes som skattemessig hjemmehørende i flere stater. For å unngå slik utilsiktet dobbeltbeskatning er de fleste stater parter i et stort nettverk av bilaterale skatteavtaler.

Nokus-reglene og annen CFC-beskatning står derfor muligens i et potensielt konfliktfylt forhold til grunnleggende internasjonale skatterettslige prinsipper. For å berettige beskatning av deltagerne velger de ulike hjemstatene en tilnærming som tilstreber å gå klar av det prinsipielt problematiske ved denne type beskatning.

Ved å betrakte CFC-beskatning som beskatning av ikke ubetinget opptjent dividende (fictitious dividend) eller ved ikke å respektere den utenlandske enhetens juridiske autonomi (look through) vil det kunne hevdes at hjemstaten ikke respekterer grunnleggende skatterettslige prinsipper, og slike begrunnelser er derfor ikke vanlige. I stedet velger de fleste stater å rettferdiggjøre sitt CFC-regime i tråd med OECDs synspunkter.²³ Her blir det hevdet at beskatningsretten er knyttet til deltager bosatt i

²² Jfr Mønsterskatteavtalens art 5 og art 6.

²³ OECD Report on Controlled Foreign Company Legislation 1996 s. 20.

hjemstaten som har mottatt en lavt beskattet kapitalinntekt, uten å knytte beskatningsretten opp mot det utenlandske selskapet. Et slikt resonnement kan sies å måtte forutsette at deltageren har kontroll over det utenlandske selskapets fordeling av sin inntekt. Som redegjort for i kapittel 2.1.3 er slik kontroll for den enkelte aksjonær ikke et vilkår for Nokus-beskatning; kontrollvilkåret er knyttet til alle norske aksjonærer som samlet gruppe.

I forarbeidene til Nokus-reglene diskuteres en eventuell avgrensning mot aksjonærer med lav individuell kontroll. Innvendingen om at Nokus-beskatning av minoritetsaksjonærer kan medføre likviditetsproblemer når disse ikke har innflytelse over selskapets utbyttebeslutninger blir nevnt, men den blir tillagt liten vekt. Det kan stilles spørsmål ved grunnlaget for departementets forutsetninger når det uten videre antas at deltagerne i de fleste tilfeller opptrer koordinert. Det kan også stilles spørsmål ved forutsetningen om at et vilkår om individuell kontroll kunne medføre uheldige tilpasninger, spesielt når en rekke andre lands CFC-regler unntar deltagere med kontroll under et visst nivå.

2.5.2 CFC-beskatningens begrunnelse i praksis

Som det fremgår av gjennomgangen av forarbeidene til Nokus-reglene i kapittel 3.1.2, antok departementet at enkeltbestemmelser i skatteavtalene la bindinger på Norges muligheter til å Nokus-beskatte inntekter av aktiv karakter, men det ble forutsatt at det ikke forelå noen generell motstrid mellom Nokus-beskatning og inngåtte skatteavtaler, uten at dette ble nærmere drøftet.

Ved behandlingen av sak 2001-619SfS ble det vurdert om fritaket for beskatning i Norge av utbytte utdelt fra selskap hjemmehørende i Singapore begrenset anledningen til å Nokus-beskatte den delen av årets resultat som ble utdelt i utbytte.²⁴ Det ble lagt til grunn at inntekten hovedsakelig var av passiv karakter. SfS kom i denne saken frem til at det ikke var grunnlag for Nokus-beskatning når inntekten ble løpende utdelt, men

²⁴ Skatteavtalen mellom Norge og Singapore, art. 24 (2) (c)

dette gjaldt ikke i den grad at utbytte ut over årets overskudd kunne avregnes mot tidligere års Nokus-beskatning.

Det samme synspunktet legger SfS til grunn i sak 2003-618 SFS, men andre faktum i saken endret utfallet. Denne saken gjaldt utdeling til holdingselskap i Singapore fra datterselskap som også er hjemmehørende i Singapore. Skatteavtalen unntar ”utbytte utdelt til aksjonær hjemmehørende i Norge” fra beskatning. Utdelt utbytte til holdingselskap i Singapore var dermed ikke beskyttet mot Nokus-beskatning.

Lars H Walby drøfter den samme problemstillingen i sin artikkel i *Skatterett* 2004/02.²⁵ Spørsmålet om hvorvidt skatteavtalen med Singapore avskjærer Nokus-beskatning antas å bero på om Nokus-inntekt er ansett som et tenkt *utbytte* (deemed dividend) eller som en tenkt/hypotetisk *inntekt* etter norsk rett. Det konkluderes med at Nokus-inntekt ikke er et tenkt utbytte, og at skatteavtalen derfor heller ikke er til hinder for Nokus-beskatning. Denne slutningen gjelder i utgangspunktet for ikke-utdelt Nokus-inntekt. Hvorvidt det også gjelder for den delen av Nokus-inntekten som er utdelt, er likevel ikke klart, fordi Nokus-reglene da mister sin funksjon som periodiseringsregel.

Det er et premiss i de to ovennevnte saker, og det er konklusjonen i Walbys artikkel, at skatteavtaler ikke er til hinder for Nokus-beskatning, heller ikke når skatteavtalen bygger på unntaksmetoden. I tråd med konklusjonen i de to forannevnte saker hevder Walby at det ikke kan foretas Nokus-beskatning av utdelt utbytte i de tilfeller skatteavtalen bygger på unntaksmetoden for utbytte. Konsekvensen av en slik rettsoppfatning var at det kunne etableres virksomhet i skatteavtaleland der skattefritaket for utbytte også beskyttet mot Nokus-beskatning. Skatteavtalens beskyttelse gikk da i realiteten mye lengre enn formålet om å beskytte mot dobbeltbeskatning. Ikke bare ville dette gjelde norsk kontrollert næringsvirksomhet i skatteavtalelandet, men også inntekter fra andre land som ble kanalisert dit. Rettstilstanden var dermed ikke i tråd med grunnleggende skatterettslige prinsipper og en reparasjon av dette ble ansett som påkrevet.

²⁵ Lars H Walby, *Skatterett* 2004/02, Grenseoverskridende beskatning – I hvilken utstrekning kan CFC-regimer anvendes i skatteavtaletilfeller ?

Den forvaltningspraksis som nå var etablert, og senere i en viss utstrekning underbygget av rettsvitenskapen, skulle snart bli endret. Dette skjedde ikke gjennom ny lovgivning, men gjennom endring av ligningsmyndighetenes rettsoppfatning, slik den kom til uttrykk gjennom sak 2005-609SFS, der SfS konkluderte med at inntekten i det utenlandske selskapet kunne Nokus-beskattes selv om den var løpende utdelt. Også her ble det lagt til grunn at inntekten hovedsakelig var av passiv karakter. Som relevante tolkningsmomenter ble her synspunkter fra OECD-rapporten og -kommentarene ovenfor trukket inn. For det første bekrefter disse, som tidligere lagt til grunn av FIN, at Nokus-regimet generelt ikke er i strid med skatteavtalenes system. For det andre skilles det i kommentarene til artikkel 10 klart mellom det utenlandske selskapet som skattesubjekt og det samme selskapet som objekt for Nokus-beskatning av de norske deltagerne. Selv om skatteavtalen beskytter mot en juridisk dobbeltbeskatning av det Singaporske selskapet som subjekt, beskytter ikke avtalen mot den økonomiske dobbeltbeskatning som Nokus-beskatningen av de norske deltagerne representerer.

Etter en ny tolkning av det foreliggende rettskildematerialet kommer altså SfS frem til at skatteavtalen, for så vidt gjelder utbytte, bare beskytter det utenlandske selskapet og ikke de norske eierne. Det er ikke grunnlag for å anse Nokus-beskatningen som beskatning av utbytte. Det antas følgelig at skatteavtalens beskyttelse gjennom artikkel 24 (2) (c) ikke er relevant i forhold til Nokus-beskatningen som skal fastsettes uavhengig av om utbyttet er utdelt eller ei.

SfS anså selv standpunktet som såpass kontroversielt at det ble fremlagt for Finansdepartementet for uttalelse, og departementets uttalelse ble gitt i brev av 28. februar 2006 der SfS ble gitt full tilslutning i sitt syn. Departementet konkluderte med at skatteavtalen mellom Norge og Singapore ikke gir grunnlag for å *”fravike det alminnelige utgangspunktet om at NOKUS-beskatning etter sktl §§ 11-60 flg. ikke begrenses av skatteavtale.”* Grunnlaget for Nokus-beskatning fra selskaper i Singapore, eller fra andre skatteavtaleland der skatteavtalen er basert på unntaksmetoden for utbytte, er derfor uavhengig av hvor stor delen av inntekten som er utdelt som skattefritt utbytte.

Ligningsnemnda behandlet også flere interessante spørsmål knyttet til Norges internasjonale forpliktelser i sak 1994-508LN. En grunnleggende anførsel var at Nokus-beskatning strider mot internasjonale normer for beskatning. Denne påstanden bygget på flere forhold. Det ble vist til at konsernet var organisert i en selskapsstruktur der noen selskap primært hadde inntekter av aktiv karakter mens andre hadde inntekter av passiv karakter. Videre ble det hevdet at virksomheten ikke var organisert med tanke på å oppnå skattefordeler i Norge og at virksomheten som sådan ikke hadde noen tilknytning til Norge. Skattyter viste til internasjonale rettskilder på området og stilte spørsmål ved rekkevidden av norsk beskatningsjurisdiksjon.

Ligningsnemnda hevdet at rettskilder fra 70- og 80- tallet hadde begrenset verdi etter at en rekke stater hadde innført CFC-beskatning tråd med OECDs anbefalinger i rapporten ”Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue” fra 1998. Til støtte for konklusjonen om at CFC-beskatning i dag er en del av de internasjonale normene for beskatning, ble det vist til OECDs kommentarer til Mønsterskatteavtalen som er nærmere presentert i kapittel 2.4.2 foran.

3 Nærmere om passivitetsvilkåret

I dette kapittelet vil ulike kilder for forståelse av formålet med passivitetsvilkåret og dets nærmere innhold bli analysert.

3.1 Lovforarbeidenes drøfting av passivitetsvilkåret

Ot. prp. nr. 16 (1991-1992) utgjør forarbeidene til Nokus-reglene, og bakgrunnen for reglens opprinnelige § 10-64: ”*Dersom selskapet eller innretningen er omfattet av avtale Norge har inngått med annen stat til unngåelse av dobbelbeskatning, skal skattlegging etter reglene i §§ 10-61 til 10-68 ikke foretas med mindre selskapets eller innretningens inntekter hovedsakelig er av passiv karakter.*” Paragrafen er senere endret slik som omtalt i kapittel 1.3, uten at det har betydning for gjennomgangen her.

3.1.1 Formålet med reglene

I proposisjonens kapittel 6.7 legger departementet til grunn at formålet med reglene generelt er å motvirke skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i utlandet, altså hensynet til kapitaleksportnøytralitet. Dette hensynet taler for at reglene skal ha et generelt utgangspunkt, der det ikke skille mellom inntekter av aktiv eller passiv karakter.

Departementet redegjør også for andre lands regler på området. Det vises blant annet til at USA i sine CFC-regler unntar inntekter fra industriell virksomhet mv., fordi USA vektlegger hensynet til amerikanske selskapers konkurranseevne i utlandet. Både Canada, Storbritannia, Frankrike og Tyskland legger lignende hensyn til grunn for sine CFC-regler. På den annen side vises det til Sverige som på dette tidspunktet ikke skilte mellom inntekter fra aktiv eller passive inntekter i sine CFC-regler.

Som et premiss for departementets anbefaling med hensyn til hvilke formål Nokus-reglene skulle søke å ivareta, ut over hensynet til kapitaleksportnøytralitet, legger departementet i kapittel 6.4.1 til grunn at de tre viktigste årsakene til at selskaper etableres i lavskatteland er:

- Ønsket om å unngå streng regulering av virksomheten i hjemstaten
- Ønsket om å begå ulovlig skatteunndragelse fra hjemlandet
- Ønsket om å komme inn under et lavskatteregime for å spare skatt

Departementet nevner i denne sammenheng ikke norske industrivirksomheters ønske om å drive stedbunden forretningsvirksomhet i andre land som et mulig motiv for å etablere virksomhet i land der den effektive beskatningen kan være lavere enn beskatningen av tilsvarende virksomhet i Norge.

Hensynet til norske selskapers konkurranseevne i internasjonale markeder er derfor ikke et premiss for departementets begrunnelse for reglens nyansering mellom beskatning av inntekter fra henholdsvis aktiv og passiv virksomhet.

3.1.2 Begrunnelsen for å skille mellom aktive og passive inntekter

Til tross for at alle de store statene som har CFC-regler skiller klart mellom inntekter av aktiv og passiv karakter, foreslår departementet at de norske reglene bør legge til grunn at all kapital eiet av nordmenn skal ha samme effektive beskatning, *”uten hensyn til om selskapet oppebærer inntekter av aktiv eller passiv karakter”*. jfr proposisjonens kapittel 6.7.

I sin videre argumentasjon sier departementet at hensynet til kapitaleksportnøytralitet kunne blitt ivaretatt ved å begrense reglens anvendelsesområde til inntekter av passiv karakter, fordi det normalt ikke forekommer at såkalte skatteparadis har spesielt gunstige skatteregler for lokal industrivirksomhet mv. Departementet nevner i denne forbindelse hensynet til norske industriselskapers internasjonale konkurranseevne, men konkluderer likevel med at en regel som skiller mellom inntekter av aktiv og passiv karakter, ville føre til avgrensingsproblemer som det ikke ville være mulig å håndheve effektivt for ligningsmyndighetene.

I den videre drøftelsen legger departementet til grunn at en generell regel vil være strid med de fleste skatteavtalene Norge har inngått. Dette skyldes at mange av landene har spesielle ordninger for enkelte virksomhetstyper, og at det i skatteavtalene ikke er tatt

forbehold for å begrense avtalefordelene for disse. Samtidig legges det til grunn at skatteavtaleland sjelden har så lav beskatning av inntekter fra aktiv virksomhet, som industri, tjenesteyting og handel, at lavskattelandvilkåret er oppfylt. Ved å begrense nyanseringen til skatteavtaleland antas det derfor at omfanget av tilfeller som krever vanskelige avgrensingsoppgaver for ligningsmyndighetene bli redusert til et fåtall.

Etter dette fremstår departementets begrunnelse for passivitetsvilkåret som en pragmatisk tilpasning til antatte skatteavtaleforpliktelser. Forarbeidene gir klart uttrykk for at nyanseringen mellom inntekter fra aktiv og passiv virksomhet i sktl § 10-64 ikke har som formål å ivareta konkurranseevnen til norsk internasjonal industrivirksomhet.

Praktiske utfordringer med et regelverk som avgrenser mot inntekter av aktiv karakter, brukes som argument for å velge en løsning der det ikke tas hensyn til norsk næringslivs konkurranseevne ved aktiv virksomhet i lavskatteland. Men fordi departementet antar at aktive inntekter må utelukkes i skatteavtaletilfellene, blir det likevel foreslått en kodifisering som skiller mellom aktive og passive inntekter. Det kan stilles spørsmålsteget ved om lovgiver feilaktig oppfattet at regelverket var utformet slik for å beskytte norske virksomheters internasjonale konkurranseevne. I så fall er en rettsutvikling basert på forarbeidenes intensjon med stor vekt på kapital-eksportnøytralitet muligens betenkelig. Dette er nærmere drøftet under kapittel 4.3

3.1.3 Omfattet av skatteavtale

Ved den praktiske omtale av passivitetsvilkåret blir dette knyttet opp mot virksomhet som er lokalisert i land som Norge har inngått skatteavtale med. En slik tilknytning er ikke tilstrekkelig til å oppfylle lovens vilkår om at virksomheten skal være *omfattet* av slik avtale.

Det er hovedsakelig to kumulative vilkår som i tillegg må være oppfylt for at en virksomhet skal være omfattet av skatteavtale. For det første må virksomheten tilfredsstillende skatteavtalens definisjon av begrepet skattepliktig/liable to tax, slik det er nærmere presisert i kommentarene til Mønsteravtalen. Det innebærer at virksomheten

ikke kan være fritatt for beskatning etter nasjonalt regelverk. For det andre må virksomheten ikke være omfattet av de begrensningene som følger av avtalen. Slike begrensninger kan også omfatte bransjer eller virksomheter som har inntekter av aktiv karakter.

Det første vilkåret ble behandlet av SfS i en sak der det ble vurdert om svensk CFC-beskatning var til hinder for Nokus-beskatning.²⁶ Det vises her til en uttalelse fra Finansdepartementet der det fremgår at personer som er gitt skattefritak på nærmere vilkår, anses å være skattepliktig/liable to tax i skatteavtalens forstand.²⁷ Derimot er ikke personer som er ubetinget skattefrie, å anse som skattepliktige/liable to tax i henhold til skatteavtalen.

Det andre vilkåret drøftes nærmere i forarbeidene til Nokus-reglene. Det vises til at Norge har inngått skatteavtale med enkelte land med gunstige skatteregler. I disse avtaler er det ikke alltid tatt forbehold for å begrense avtalefordelene for visse typer virksomhet. For nyere avtaler, eksempelvis avtalen med De Nederlandske Antiller, er det vist til at det er inntatt særbestemmelser som begrenser muligheten til å kunne påberope seg avtalen.²⁸

SfS behandlet i en sak spørsmålet om hvorvidt selskaper på De Nederlandske Antiller var omfattet av skatteavtale med Norge, og følgelig hvorvidt skatteavtalen beskyttet inntekter av hovedsakelig aktiv karakter mot Nokus-beskatning.²⁹ Selskapene ble ikke beskattet på De Nederlandske Antiller. Sentralskattekontoret foretok i denne saken en gjennomgang av LOB-klausulen (Limitation of Benefits) i skatteavtalen med De Nederlandske Antiller og forarbeidene til denne. Skatteavtalen med dette lavskattelandet ble inngått med formål om å oppnå informasjonsutveksling for å hindre skatteomgåelser. Ved en nærmere analyse av LOB-klausulens ordlyd kommer SfS til at denne har et smalt virkeområde som bare omfatter det tilfelle at Norge er kildestat. For

²⁶ Bedriftbeskatning i praksis, sak 5, s 415.

²⁷ Utv. 2000 s.1235

²⁸ Internasjonalt omtalt som Limitation of Benefit-klausuler (LOB)

²⁹ Bedriftbeskatning i praksis, sak 6, s 420.

at avtalefordelene skal avgrenses i de foreliggende tilfellene må LOB-klausulen gis en utvidende fortolkning med bakgrunn i formålsbestemmelsene for Nokus-reglene og skatteavtalene. I subsumsjonen kommer Sfs til at det ikke er grunnlag for slik utvidende fortolkning av LOB-klausulens ordlyd. Dette er nærmere kommentert under kapittel 4.2 nedenfor.

I senere inngåtte avtaler skilles det tydelig mellom begrepene *skatteavtale* og *informasjonsutvekslingsavtale*. Etter dette er virksomhet i land med informasjonsutvekslingsavtale verken etter ordlyd eller formål omfattet av sktl § 10-64 a). I en artikkel i Skatterett er det gitt en oversikt over de sist inngåtte avtaler av begge kategorier, og det er informasjonsutvekslingsavtalene som utgjør størstedelen av de nye avtalene.³⁰ Det fremgår der at det også er inngått informasjonsutvekslingsavtale med De Nederlandske Antiller, slik at ovennevnte problem knyttet til tolkning av LOB-klausulen i tidligere skatteavtale med De Nederlandske Antiller nå er reparert.

3.2 Forarbeidene til kredittbestemmelsene i sktl § 16-30

I forarbeidene til utvidelsen av virkeområdet for kredittbestemmelsene i 1997 hadde departementet en gjennomgang av hensynene bak disse.³¹ Her uttales at målsettingen for kredittreglene, med utgangspunkt i et nøytralitetsprinsipp, ”er å forhindre at det norske skattesystemet begrenser norske investorers virksomhet i utlandet som følge av at disse investorene blir satt i en ugunstig konkurransemessig situasjon sammenlignet med sine utenlandske konkurrenter”.

På den annen side fremhever departementet at skattyter ikke bør komme gunstigere ut enn om all inntekt var beskattet i Norge. Dette begrunnes først og fremst med potensiell norsk subsidiering av skatteforpliktelser i utlandet dersom det hadde blitt innrømmet kreditt ut over ordinær kreditt. Det vises også til at det vil være ligningstekniske utfordringer knyttet til å trekke andre staters skattesystemer inn i beregningen av norsk skatt.

³⁰ Skatterett 03/2011, Johanne Rian

³¹ Ot.prp.nr. 34 (1996-1997)

De hensyn som her blir tatt, ble ikke tillagt vekt ved utformingen av Nokus-reglene seks år tidligere, som kommentert i gjennomgangen under kapittel 3.1.1 ovenfor. Den vektlegging av hensyn som departementet gir uttrykk for i Ot.prp.nr. 34 (1996-1997), taler derimot for at virkeområdet til Nokus-reglene i utgangspunktet burde skille mellom inntekter av aktiv karakter og inntekter av passiv karakter. Dette ville avvike fra gjeldende Nokus-regler som har et generelt utgangspunkt, dog med et unntak for inntekter av aktiv karakter når virksomheten er omfattet av skatteavtale.

3.3 Forarbeidene til skattereformen 2004-2005

I Skattemeldingen³² fulgte Regjeringen opp Skauge-utvalgets³³ anbefalinger om en modernisering av skattesystemet. I skattemeldingen redegjøres det for at økt internasjonalisering og mobilitet i skattegrunnlagene er en utfordring ved utformingen av skattesystemene, fordi økt mobilitet i skattegrunnlagene medfører økt skattekonkurrans mellom land. Skadelig skattekonkurrans kjennetegnes ved en mindre effektiv bruk av produksjonsressursene fordi optimal før-skatt-lokalisering er en annen enn optimal etter-skatt-lokalisering. Skaugeutvalget viser til empiriske studier som indikerer at dette har påvirket lokaliseringen av utenlandske investeringer som følges opp av aktivt eierskap og multinasjonale selskaper. Denne tendensen er trolig også forsterket av at multinasjonale selskaper gjennom internprising av varer og tjenester har en viss mulighet til å henføre skattepliktig inntekt til land med relativt lav beskatning.

I Skattemeldingen redegjøres det for mulige tilpasninger som en fritaksmetode for beskatning av aksjeinntekter i selskapssektoren medfører. Dette er nærmere kommentert under kapittel 4.2.

³² St. meld. Nr. 29 (2003-2004)

³³ NOU 2003:9

Fritaksmetoden ble innført med virkning for inntektsåret 2004. For realisasjonsgevinster og -tap ble den gjort gjeldende med virkning fra 26. mars 2004. Vilklårene for skattefritaket fremkommer av sktl § 2-38 og de mest sentrale forarbeidene er Ot.prp. nr 1 (2004-2005). Formålet med fritaksmetoden er å forebygge kjedebeskatning. Ved en generell fritaksmetode for utenlandske aksjeinntekter ville lavt beskattet inntekt i lavskatteland som ikke omfattes av vilklårene for Nokus-beskatning kunne få uakseptabelt lav beskatning. Derfor er fritaksmetoden avgrenset mot aksjeinntekter fra lavskatteland.

I Ot. Prp. nr 1 (2004-2005) kapittel 6.5.4.2 vises det til at det ikke foretas Nokus-beskatning av norske eiere i selskap hjemmehørende i skatteavtaleland når inntekten ikke hovedsakelig er av passiv karakter. Om bakgrunnen for dette unntaket sies det at *”skatteavtalene har vært ansett å være til hinder for at virksomhetsinntekt som opptjenes i det andre landet kan Nokus-beskattes.”* Det konstateres deretter at Nokus-reglene setter en stopper for fritaksmetodens iboende incentiv til grenseoverskridende tilpasninger *”innenfor sitt virkeområde”*. Videre varsles det om at Departementet tar sikte på en gjennomgang av Nokus-reglene for *”blant annet å vurdere en utvidelse av virkeområdet for Nokus-reglene”*.

For å unngå kjedebeskatning i selskapssektoren er porteføljeinvesteringer innenfor EØS (<10%) også omfattet av fritaksmetoden. Dette hensynet tilsier at fritaksmetoden også bør omfatte porteføljeinvesteringer utenfor EØS. Av hensyn til dokumentasjonskrav for småaksjonærer vedrørende skattenivået i vedkommende utland og de norske likningsmyndighetenes arbeidsbelastning, er likevel fritaksmetoden avgrenset mot porteføljeinvesteringer utenfor EØS. Av symmetrihensyn er det på den annen side fradragsrett for tap på slike investeringer.

3.4 Rederiskatteutvalget

I forbindelse med utredningen av endringer i rederibeskatningen foreslo Rederiskatteutvalget til dels omfattende endringer i Nokus-reglene.³⁴ Utvalget har vurdert en generell endring av Nokus-reglene i sammenheng med at det ble foreslått en endring av rederibeskatningen fra et særregime til ordinær beskatning. Et mindretall på to mente at vurdering av slike generelle endringer lå utenfor utvalgets mandat.

Utvalgets vurderinger peker likevel på en del utfordringer som er knyttet til Nokus-reglene, og i kraft av sin faglige forankring kommer det frem en del interessante synspunkter med relevans til passivitetsvilkåret.

3.4.1 Passive og aktive inntekter

Utvalget viser til at Nokus-reglenes avgrensning mot selskaper som omfattes av skatteavtale hvis inntekter ikke hovedsakelig er av passiv karakter, bygger på en antatt begrensning som følge av skatteavtalene. De fleste lands CFC-ordninger er spesielt innrettet mot inntekter av passiv karakter. Utvalgets flertall mener at problemene knyttet til skattemotivert kapitalflukt og beskyttelse av det norske skattegrunnlaget ikke er begrenset til inntekter av passiv karakter, og at reglenes anvendelsesområde derfor bør utvides. Dette er uttrykk for de samme hensyn som ble lagt til grunn i forarbeidene til Nokus-reglene ved begrunnelsen for reglenes generelle utgangspunkt. Utvalget mener at hensynet til å unngå skattemotiverte investeringer i utlandet taler for at også inntekter av aktiv og stedbunden karakter bør Nokus-beskattes, til tross for at dette også vil skade norske aktørers konkurransevne knyttet til industriinvesteringer i lavskatteland. I pkt 8.3.3 gir derfor flertallet uttrykk for at ”..Nokus-beskatning bør gjennomføres uten hensyn til hva slags inntekt som oppebæres av det aktuelle Nokus-selskapet eller Nokus-innretningen.”

Til tross for dette prinsipielle utgangspunktet går utvalget inn for at det gjennomføres en praktisk overgangsordning, der passivitetskriteriet i gjeldende § 10-64 erstattes med en ny definisjon som i større grad søker å beskytte mot skattetilpasninger for særlig mobile

³⁴ NOU2006:4, Rederiskatteutvalget

skattegrunnlag. I sammenheng med en slik omlegging peker også utvalget på at en reduksjon av den effektive skattesatsen i definisjonen av lavskatteland vil gjøre det mindre problematisk å anvende Nokus-reglene på flere inntektstyper.

3.4.2 Forholdet til skatteavtalene

Det vises til at begrunnelsen for passivitetsvilkåret for Nokus-beskatning av aksjonærer i selskaper som omfattes av skatteavtale, var et ønske om å forsikre seg mot at reglene ikke var i strid med skatteavtalene. Et stort flertall av OECDs medlemsland er i dag av den oppfatning at CFC-regler generelt ikke er i strid med skatteavtalene, slik det fremkommer av kommentarene til Mønsteravtalen fra og med 2003 til artikkel 1 punkt 23. Videre vises det til at OECD-kommentarene fra og med 2003 ”*synes å åpne for at også aktiv virksomhet omfattes*” ved at en tidligere fraråding av CFC-beskatning av aktiv virksomhet med forankring til lavskattelandet ikke lenger er videreført i artikkel 1 punkt 26.

3.5 Grensen mellom aktiv og passiv virksomhet

Her vil først forarbeidenes beskrivelse av nyanseringen mellom aktiv og passiv virksomhet bli presentert. Deretter vil praktiske avgrensingsproblemer bli belyst ved en gjennomgang av aktuelle saker.

3.5.1 Hovedsakelighetskriteriet

Når det utenlandske selskapet har inntekter både av aktiv og passiv karakter må spørsmålet om hvorvidt passivitetsvilkåret er oppfylt besvares. I forarbeidene til Nokus-reglene er det ikke foretatt noen nærmere drøfting av innholdet i sktl § 10-64 a) om at det ikke skal foretas Nokus-beskatning når ”*selskapet eller innretningen er omfattet av avtale Norge har inngått med annen stat til unngåelse av dobbeltbeskatning, og selskapets eller innretningens inntekter ikke hovedsakelig er av passiv karakter..*”

Støtte til tolkningen av formuleringen ”*hovedsakelig passiv*” finnes i departementets merknader til lovtekstene under kapittel 17.6 i forarbeidene, hvor det fremgår at det må

foretas en ”konkret vurdering av hva som er virksomhetens hovedformål. Det kan ikke oppstilles en fast grense for hvor store passive inntekter et selskap må ha, før det omfattes av reglene.”.³⁵ Videre skal det sees hen til hvor stor andel av passive inntekter som er vanlig for den aktuelle type virksomhet, og hvorvidt perioden med passive inntekter er relativt kort.

Av de samme forarbeiders kapittel 6.12 er det gitt noen eksempler på avgrensning mellom ulike typer virksomhet. Kapitalplassering i bank, fond eller annen passiv verdiforvaltning, herunder utleie av skip, fly eller oljerigger, blir betegnet som typisk passive inntekter. Derimot vil kapitalforvaltning gjennom ordinær bankvirksomhet som hovedregel ikke være ansett å være inntekter av passiv karakter. Ordinær forsikringsvirksomhet, uten full reassuranse, er i utgangspunktet heller ikke passiv virksomhet, mens bedriftsinterne captives som hovedregel er passiv virksomhet.

Etter dette synes det klart at industri, tjenesteyting og handelsvirksomhet som en hovedregel vil falle utenfor passivitetsvilkåret. Fra de saker som det foreligger forvaltningsavgjørelser på, synes det heller ikke som om avgrensningene byr på spesielle problemer så lenge vurderingen er knyttet til aktivitet direkte i det aktuelle Nokus-objekt.

I sak 2001-610 SFS blir ligningsmyndighetenes tolkning av skillet mellom aktive og passive inntekter for shipping-virksomhet nærmere utdypet. Her fremgår det at utleie av skip alene, på såkalte bare-boat kontrakter, er passive inntekter. Når derimot selskapet i vesentlig grad også har inntekter fra drift av skip, på såkalte time-charter kontrakter, vil inntekten ha preg av å være av aktiv karakter. Det samme vil kunne være tilfelle ved kortvarig utleie på b/b-kontrakter med forskjellige befraktere.

En annen formulering som belyser avgrensningsspørsmålet finnes i BFU 93/04 der Skattedirektoratet gir uttrykk for at det ”*må tas utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av lovens ordlyd. Det innebærer at rene kapitalplasseringer omfattes, men i tilfeller hvor inntjeningen har sin forankring i skattyters regulære næringsvirksomhet, er man utenfor den aktuelle rammen.*” Den generelle formuleringen i loven og

³⁵ Ot.prp.nr 16 (1991-1992)

forarbeidene gir derfor dekning for at akkumulering av opptjent kapital utløser passivitetsvilkåret når akkumuleringen går ut over det som er naturlig for å finansiere den aktive virksomheten. Dette kan igjen gi vanskelige avgrensingsproblemer, men å oppstille noen faste grenser synes ikke naturlig eller formålstjenlig.

Heller ikke når det som utføres av aktivitet i selskapet, er utført av andre synes det å være spesielle avgrensingsproblemer. Dette følger av Rt. 2001 s. 512, der et svensk selskap ble ansett å utføre virksomhet i Norge selv om arbeidet ble utført av underleverandører. Skattedirektoratet legger også en slik forståelse til grunn i BFU 93/04 der det uttales at det *”.. at man engasjerer andre til å utføre oppgavene tilsier ikke at inntektene som genereres anses for å være av passiv karakter for det selskap hvor aktiviteten vurderes.”*

Etter lovtekstens ordlyd er inntektens ”karakter” sentral ved hovedsakelighetsvurderingen. Dette tilsier at det er bruttoinntekten som i utgangspunktet skal legges til grunn. Vurdering etter en nettometode ville kunne skape tilpasningsmuligheter gjennom forflytting av kostnader mellom de ulike inntektskategorier. På den annen side kan det også tenkes at en bruttobetraktning kan medføre utilsiktede virkninger.

3.5.2 Aktivitet i konsernstruktur

Ved kategoriseringen av virksomheten i en konsernstruktur som aktiv eller passiv, må det avgjøres hva som skal være vurderingsenheten. Det følger av ordlyden i sktl § 10-64 a) at det er virksomheten i det enkelte selskap som skal legges til grunn ved passivitetsvurderingen. Gjennom forarbeidene nyanseres dette bildet ved å åpne for at holdingselskapets rolle i styringen av datterselskapet kan ha betydning for passivitetsvurderingen. I Ot.prp.nr 16 (1991-1992) kapittel 6.12 uttaler departementet:

”... Eierselskaper eller holdingselskaper vil ikke uten videre kunne anses å oppebære passive inntekter. Dersom selskapet har en aktiv styringsfunksjon, vil selskapet ikke falle inn under regelen. Er selskapet opprettet i et lavskatteland kun for å forvalte inntekter fra datterselskaper hjemmehørende i land med høyt skattenivå, vil løsningen kunne være den motsatte. ...”

I Innst. Ot. nr. 47 (1991-1992) side 142 åpner departementet også for at inntektene i et holdingselskap etter en konkret vurdering kan ses i sammenheng med aktiviteten i et datterselskap opprettet i samme land som holdingselskapet.

”... Dersom holdingselskapet er etablert i samme land som datterselskapene, og disse ikke oppebærer inntekter av hovedsakelig passiv karakter, kan det argumenteres for at det ikke skal være et vilkår at holdingselskapet har en aktiv styringsfunksjon. Det kan likevel tenkes at holdingselskapet oppebærer passive inntekter som ikke har tilknytning til datterselskapene. Departementet er derfor av den oppfatning at det også i slike tilfeller må bero på en konkret vurdering om holdingselskapet skal anses å oppebære inntekter av hovedsakelig passiv karakter. ...”

En slik problemstilling ble først behandlet av ligningsnemnda (2005-12 LN) før avgjørelsen der ble påklaget til skatteklagenemnda (2005-12 SKN). Dette gjaldt et amerikansk holdingselskap og inntekter fra aktiv skipsfartsvirksomhet i amerikansk datterselskap. Skatteklagenemnda kom her til et annet resultat enn flertallet i ligningsnemnda.

Det norske selskapet A eide 50 % av B Holding i USA, som igjen eide 100 % av C. Det utenlandske holdingselskapet hadde ingen andre inntekter enn utbytte fra C. Likevel bestred A at det var hjemmel for Nokus-beskatning av andelen i B. Av årsaker som jeg ikke kommer nærmere inn på, ble verken B eller C skattlagt i USA. Flertallet i ligningsnemnda kom til at USA i denne sammenhengen var et lavskatteland. Nokus-reglene og formålet med disse tilsa da at A skulle Nokus-beskattes for inntektene i B. Siden inntekten fra C også var ansett å komme fra lavskatteland, ville ikke denne være omfattet av fritaksmetoden, og skulle følgelig inngå i Bs inntektsgrunnlag for Nokus-beskatning.

For klagebehandlingen ble det anført at det ved vurderingen av Bs inntekt måtte legges vekt på at dette var utelukkende kommersielt begrunnet, og at aktiviteten i datterselskapet måtte vektlegges ved vurderingen av om inntekten i B var av passiv karakter. Det ble henvist til de ovennevnte forarbeider som grunnlag for en slik tolkning

av regelverket. Skatteklagenemnda bemerket at det ikke var dekning for å hevde at departementet ønsket en generell løsning der aktiviteten i mor og datter skulle sees i sammenheng når disse lå i samme land. Derimot åpnet departementet for en samlet vurdering av aktivitet i spesielle tilfeller, til tross for at formålet med Nokus-reglene og langvarig forvaltningspraksis talte for en vurdering i forhold til hvert enkelt selskap.

Ved subsumsjonen kom Skatteklagenemnda til at den forretningsmessige begrunnelsen for konsernstrukturen ikke gjorde det naturlig å vurdere aktiviteten i hvert enkelt selskap for seg. Følgelig ble resultatet at B hadde inntekter av hovedsakelig aktiv karakter, og at hjemmelen for Nokus-beskatning av A for inntekten i B derfor var avskåret av sktl § 10-64 a).

Med hjemmel i lov og ligningspraksis kan det derfor synes som at hovedregelen er at aktivitet i underliggende selskap i seg selv ikke er tilstrekkelig til å påvirke karakteren av virksomheten i holdingselskapet. Dette følger også av uttalelser fra SfS, eks. 2007-606SFS. Det avgjørende er om holdingselskapet ”som sådan” har en aktiv styring og forvaltning av datterselskapene.

Også når det er klart at holdingselskapet ikke tar del i driften av datterselskapet, kan aktivitet i datterselskapet ha betydning for den samlede beskatningen. I sak 2004-606SFS behandlet SfS en sak der et norskeiet holdingselskap i Nederland hadde passive kapitalinntekter fra et datterselskap i Sveits. Virksomheten i selskapet i Sveits var av aktiv karakter og dette kunne påberope seg skatteavtalen mellom Norge og Sveits som beskyttelse mot Nokus-beskatning med hjemmel i sktl § 10-64 a). Det nederlandske selskapet hadde inntekter av hovedsakelig passiv karakter og kunne derfor ikke påberope seg skatteavtalens beskyttelse mot Nokus-beskatning. Imidlertid må konsekvensen for det nederlandske selskapet være at inntektene fra Sveits ikke skal inngå i Nokus-grunnlaget, jfr sktl § 10-65 (1).

3.5.3 Skatteavtale med filialstat

Når et selskap er hjemmehørende i et lavskattland skal aksjonærene Nokus-beskattes dersom virksomheten er av passiv karakter og vilkårene for øvrig er oppfylt. Dersom slikt selskap har en utenlandsk filial som er omfattet av norsk skatteavtale med filialstaten, kan det diskuteres hvorvidt inntekten fra filialen er til hinder for Nokus-beskatning av selskapet.

I det tilfellet at filialen ligger i et lavskatteland vil slik skjerming eventuelt forutsette at virksomheten i filialstaten ikke er av hovedsakelig passiv karakter. Dette følger av sktl § 10-64 a. Uavhengig av Kinas status som høyskattland eller lavskattland, vil likevel en sak der Kina var filialstat kunne belyse spørsmålet om hvorvidt egenskaper ved virksomheten i en filial kan skjerme mot Nokus-beskatning.

I sak 1994-508LN hevdet et norsk-kontrollert selskap hjemmehørende i Hong Kong at inntekter fra en filial i Kina var til hinder for Nokus-beskatning med utgangspunkt i det Hong Kong-baserte selskapets inntekter. Ligningsnemnda bemerket at en naturlig forståelse av ordlyden i § 10-64 a) tilsier at det er "*selskapet eller innretningen*" som må omfattes av skatteavtale, og ikke en eventuell filial. Dette underbygges av det faktum at en filial ikke er en "*person*" slik det defineres i skatteavtalen, og derfor heller ikke kan være part i en avtale. En filial kunne hatt betydning for fordeling av beskatningsretten mellom Kina og Hong Kong dersom selskapets hovedkontor hadde befunnet seg i Kina, men det var ikke aktuelt i den foreliggende saken.

Subsidiært hevdet skattyter at den delen av virksomhetens inntekter som skrev seg fra filialen i Kina, ikke skulle inngå i beregningen av Nokus-inntekten fra det Hong Kong-baserte selskapet. Dette bygget på en analogi knyttet til den fordelingen av beskatningsrett mellom hjemstat og det faste driftsstedet som ville fulgt av skatteavtalen mellom Norge og Kina dersom selskapet hadde vært hjemmehørende i Norge. Ligningsnemnda avviste ganske kort en slik analogi ved å vise til at Nokus-beskatning er en beskatning av aksjonærene og ikke av selskapet, og at den nevnte skatteavtalens bestemmelser om fordeling av beskatningsrett mellom hjemstat og filialstat ikke er relevant i denne sammenheng.

Denne konklusjonen synes ikke åpenbar når faktum sammenholdes med beregningsreglene i sktl § 10-65 (1), der det fremgår at Nokus-inntekten skal fastsettes etter reglene i norsk skattelovgivning som om selskapet var skattyter. Den nærmere begrunnelse for Ligningsnemndas konklusjon er knyttet til en inngående drøfting av begrensningen i skatteavtalens virkeområde.³⁶ Mønsteravtalens artikkel 7 omhandler fordelingen av beskatningsretten av fortjeneste. Nokus-beskatning ville derfor være i strid med skatteavtalen dersom den var å anse som en beskatning av selskapets virksomhetsinntekter. Spørsmålet om skatteavtalens beskyttelse mot Nokus-beskatning blir derfor et spørsmål om hvem som er skattesubjekt i henhold til skatteavtalens artikkel 7. Ligningsnemnda konkluderer med at det er selskapet som er subjekt under artikkel 7, og at Nokus-beskatningen av aksjonærene er en økonomisk dobbeltbeskatning som ikke er omfattet av Mønsteravtalens artikkel 7.

Dersom faktum hadde vært motsatt, at selskapet var hjemmehørende i Kina og hadde filial i Hong Kong, følger det av ovennevnte at skatteavtalen mellom Norge og Kina ville forhindre Nokus-beskatning av aktiv virksomhet. En eventuell skatteavtale mellom Kina og Hong Kong ville da ikke ha noen relevans for Nokus-beskatningen.

3.5.4 Formuesgevinst i aktiv virksomhet

Selskaper som driver aktiv virksomhet vil også sporadisk kunne ha inntekter av passiv karakter. Eksempelvis kan slike passive inntekter være knyttet til rederiers gevinst ved salg av skip eller industriselskapers gevinst ved salg av virksomhet. Selv om de passive inntektene innvinnes over en kortere periode, kan de være betydelige, både reelt og absolutt. Et særlig spørsmål som da vil kunne reises, er om slike passive inntekter kan påvirke den beskyttelse mot Nokus-beskatning som følger av at virksomheten ellers er av aktiv karakter.

På bakgrunn av den veiledning som følger av forarbeidene er det naturlig å legge til grunn at passivitetsvilkåret ikke primært er ment å omfatte inntekter fra virksomhet av

³⁶ Bedriftsbeskatning i praksis, s 468 til s 489.

hovedsakelig aktiv karakter som for en kortere periode eller i et unntakstilfelle også innvinner inntekt av passiv karakter. Dette vil da også kunne gjelde selv om den passive inntekten for en periode kan være høyere enn de 50 % som den naturlige språklige forståelsen av "hovedsakelig" indikerer.

Av sak 2006-609 SFS fremgår det at virksomheten som i hovedsak bestod av b/b-utleie (*bare boat*) av to skip samt t/c-utleie (*time charter*) av to andre skip med management og teknisk drift utført av underleverandør, kvalifiserte til at inntektene ble ansett i det vesentligste å være av aktiv karakter. Siden selskapet var omfattet av skatteavtale som Norge hadde inngått med Singapore var vilkårene for Nokus-beskatning da ikke tilstede.

I sak 2007-620 SFS uttalte ligningsmyndighetene at inntekter fra t/c-kontrakter, i motsetning til inntekter fra b/b-kontrakter, som utgangspunkt måtte anses knyttet til aktiv virksomhetsutøvelse, uavhengig av om prisen var fast eller løpende markedstilpasset. Det ble også vist til standpunktet i BFU 93/2004 hvor det ble uttalt at innkjøp av tjenester fra underleverandører ikke medførte at inntektene skulle anses som passive.

Videre følger det av artikkel 13 pkt 3 i skatteavtalen mellom Norge og Singapore at gevinst ved salg av skip i selskap hjemmehørende i Singapore, bare skal kunne skattlegges der. Gevinst ved salg av skip er i utgangspunktet å anse som en passiv kapitalavkastning og vil for et enkelt år kunne utgjøre det alt vesentlige av inntekten i et selskap som også er engasjert i aktiv virksomhet. Når slik passiv inntekt opptjenes over en kort periode i en virksomhet som for øvrig ikke hovedsakelig er av passiv karakter, er heller ikke vilkårene for Nokus-beskatning av potensielt betydelige inntekter til stede.

3.6 Passivitetsvilkåret internasjonalt

Nedenfor følger en oversikt over hvordan andre land har utformet sine CFC-reglers nyansering mellom aktive og passive inntekter, og hvilke hensyn som er lagt til grunn.³⁷

3.6.1 Regelverket i de største OECD-landene

CFC-reglene i USA omfatter bare inntekter av passiv karakter. Hensynet bak dette er amerikanske selskapers konkurranseevne i utlandet når selskapet driver industriell virksomhet eller lignende. I Storbritannia har reglene et generelt utgangspunkt, men aktiv virksomhet inngår av de omfattende unntakene. Hensynet bak unntakene er å ikke lage unødige hindringer for etablering av reell næringsvirksomhet i utlandet. De franske CFC-reglene gjelder i utgangspunktet for all type virksomhet, men med unntak for virksomhet som hovedsakelig utføres i lavskattelandets lokale marked. I Tyskland omfatter reglene ikke inntekter av aktiv karakter, og avgrensningen er basert på en mer utvidende tolkning av aktivitetsbegrepet enn det som følger av norsk rett. Det antas at det viktigste hensynet bak reglene er å ikke begrense tysk næringslivs internasjonale muligheter. Formålet med regelverket i Canada er å hindre utflytting av passiv kapital til skatteparadiser, og det er uttrykkelig tatt hensyn til at reglene ikke skal svekke canadiske virksomheters konkurranseevne når det drives reell virksomhet i internasjonale markeder.

De ovennevnte statene har for øvrig ulike regler for eierandel og kontroll. Felles for alle ordningene er at løpende beskatning avregnes mot inntekt ved utbytte og realisasjon. De fleste CFC-regimer har også ordninger for å fremføre underskudd i et CFC mot senere overskudd i det samme CFC.

³⁷ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) pkt 6.3.2

3.6.2 Nærmere om det svenske regelverket

De svenske CFC-reglene ble revidert med virkning fra 2004, etter at de gamle reglene viste seg å gi betydelige tilpasningsmuligheter og faktisk bidro til en uthuling av det svenske skattefundamentet. De nye reglene er generelt anlagt og skiller i utgangspunktet ikke mellom aktiv og passiv virksomhet. Vilkårene for beskatning er knyttet til kontroll og beskatningsnivået i utlandet. Det er utarbeidet hvite lister som skattyter kan basere sine beslutninger på.³⁸

Den svenske CFC-lovgivningen er basert på hensynet til aktiv næringsvirksomhet i lavskatteland, og det er et lavere innslagspunkt for definisjon av lavskatteland enn i de norske reglene. Likevel nevnes ikke aktiv/passiv virksomhet spesifikt i lovteksten. I stedet er det etablert betingede hvite lister som fritar virksomhet i visse land, men ikke typisk passive virksomheter. I tillegg er det etablert en svart liste som gir CFC-beskatning av visse aktiviteter i andre land.

Slike forhåndsdefinerte lister kan synes omstendelige, men slik de anvendes i Sverige blir de trolig relativt treffsikre i forhold til reglenes formål. Listene er en del av det årlige skattevedtaket, og dette gir en annen dynamikk i regelutformingen enn når reglenes anvendelsesområde utvikles gjennom ordinære lovendringer. Listene utgjør dermed tydelige retningslinjer for skattytere og myndigheter, i motsetning til de norske veiledende listene som er gitt i forskrifts form. Samtidig gir slike forhåndsdefinerte lister en klarhet for lovgivers forståelse av regelverket som gjør at mulige demokratiproblemer knyttet til skattelovgivningen trolig blir avhjulpet.

³⁸ Inkomstskattelagen kap 39 a. (www.riksdagen.se)

4 Analyse

4.1 utfordringer knyttet til virkningene av dagens regelverk

Det er ovenfor påpekt en del utfordringer knyttet til resultatet av passivitetsvilkåret i de gjeldende Nokus-reglene. Virkningene kan deles i to hovedgrupper; de tilsiktede og de utilsiktede.

De viktigste tilsiktede virkningene er i hovedsak:

- Passiv virksomhet i selskap omfattet av skatteavtale unntas fra løpende beskatning når denne ikke er ”hovedsakelig”.
- Aktiv virksomhet i selskap omfattet av skatteavtale blir løpende beskattet når denne ikke er ”hovedsakelig”.
- Norskeiet aktiv næringsvirksomhet i lavskatteland uten skatteavtale har en konkurranseulempe.

De utilsiktede utfordringer oppstår i samspillet mellom de ulike regelsett og avtale typer:

- Formålet med Nokus-reglene er å motvirke skattemotivert kapitalflukt. Dette regelverket viser til skatteavtalene som har et helt annet formål, nemlig å motvirke dobbeltbeskatning samt dobbel ikke-beskatning. I dette samspillet oppstår det betydelige utilsiktede tilpasningsmuligheter som blir nærmere diskutert nedenfor i kapittel 4.2.
- Regelverket er slik utformet at det gir skatteyder incentiv til å trekke aktiv virksomhet inn i passiv virksomhet for å påvirke hovedsakelighetsvurderingen. Dette står i et paradoksal forhold til at det nettopp var avgrensningsspørsmål av denne type som ble søkt minimert gjennom regelutformingen.

Det kan også spekuleres i om Nokus-beskatning av aktiv virksomhet i stater uten skatteavtale, slik det følger av norsk internrett, er et utslag av et ønske om å bidra til å beskytte OECD-medlemmenes skattegrunnlag. OECD består 34 medlemsland som i det alt vesentlige er velutviklede industriland. Norge har inngått bilaterale skatteavtaler med om lag 90 stater totalt, dvs med mer enn 50 stater som ikke er OECD-medlemmer. Også disse avtalene er i all hovedsak basert på OECDs mønsteravtale. Mange av disse landene er typiske U-land. Det synes derfor ikke å være grunnlag for å dvele lenge ved

slike spekulasjoner. Det må derimot antas å være andre forhold enn OECD-medlemskap som er utslagsgivende for hvorvidt Norge inngår skatteavtaler.

4.2 Tilpasningsmuligheter

I Skattemeldingen³⁹ blir det pekt på tilpasningsmuligheter som må hensyntas ved utformingen av en fritaksmetode for aksjeinntekter i selskapssektoren. Her blir det konstatert at Nokus-reglene i liten grad forebygger skattemotivert utflytting av aktiv virksomhet til skatteavtaleland. På den annen side vil Nokus-reglene motvirke utflytting til land som Norge ikke har skatteavtale med, dersom det foreligger norsk kontroll. Når det ikke foreligger norsk kontroll er det derimot incentiv til slik skattemotivert lokalisering i lavskatteland. Det blir følgelig varslet en gjennomgang av Nokus-reglene med tanke på å senke kravet til norsk kontroll for å bli omfattet av disse. Samtidig blir det bemerket at selv etter en slik eventuell utvidelse av virkeområdet, vil det være to hovedgrupper av utenlandsinvesteringer som ikke kan fanges opp av Nokus-reglene; aktiv virksomhet i lavskatteland med skatteavtale og investeringer i lavskatteland med lav norsk eierinteresse.

Skattemeldingen peker også på det faktum at Nokus-reglene får en ny funksjon under en fritaksmetode. Dette er knyttet til fritaksmetodens avgrensning mot aksjeinntekter fra lavskatteland, jfr. sktl § 2-38 (3) a). Denne bestemmelsen vil sikre beskatning av inntekter som eller ikke ville bli beskattet i Norge, når disse tilflyter norsk eier i form av utbytte eller realisasjonsgevinst. En praktisk konsekvens som ikke er kommentert i forarbeidene til fritaksmetoden, er at denne bestemmelsen fører til flere avgrensninger av den type som tidligere var forsøkt unngått, jfr diskusjonen under kapittel 3.1.2. Slike avgrensninger oppstår når vertslandet, som også kan være et skatteavtaleland, gir investeringstilskudd eller andre incentiver til selskaper som driver aktiv virksomhet. Ved utbytte eller realisasjonsgevinst til norske aksjonærer medfører denne bestemmelsen en lavskattelandvurdering som ellers ikke ville vært relevant.

³⁹ St. meld. nr. 29 (2003-2004)

Etter innføringen av fritaksmetoden skal aksjeinntekter, aktive eller passive, holdes utenfor Nokus-inntekten som fastsettes etter sktl § 10-65 ”..etter reglene i norsk skattelovgivning som om selskapet eller innretningen var skattyter.” Hvorvidt denne avgrensningen av Nokus-reglene bare gjelder norske selskapsaksjonærer eller også norske privatpersoner som omfattes av den såkalte aksjonærmodellen, har vært et omdiskutert tema. Denne problemstillingen er nærmere drøftet i en artikkel i tidsskriftet Skatterett.⁴⁰ Forfatteren begrunner der sin påstand om at avgrensningen av Nokus-inntekten også gjelder for norske privatpersoner. Denne bestemmelsen representerer dermed ytterligere et unntak fra Nokus-reglenes generelle utgangspunkt for både aktive og passive inntekter.

I skatteavtalen mellom Norge og Singapore er utbytte til norsk aksjonær som eier mer enn 25 % av det Singaporske selskapet, unntatt fra beskatning i Norge⁴¹. Samtidig følger det av skatteavtalens artikkel 10 at kildeskatten på utbyttet fra det Singaporske selskapet ikke kan overstige 5 % dersom aksjonæren er et selskap som eier mer enn 25 % av selskapet. Mens skatteavtalenes formål er å motvirke dobbeltbeskatning, er virkningen av Singaporeavtalen at utbytte til norske selskapsaksjonærer nesten ikke blir beskattet i det hele tatt.

I forarbeidene til Nokus-reglene ble det problematisert omkring det forhold at skatteavtaler kunne beskytte mot Nokus-beskatning av aktiv virksomhet i lavskatteland. Det ble videre lagt til grunn at dette ville bli avhjulpet gjennom LOB-klausuler i skatteavtaler med slike land. Utfordringer knyttet til utforming og tolkning av slike klausuler er illustrert ovenfor under kapittel 3.1.3, der inntekt fra virksomhet hjemmehørende i lavskattelandet De Nederlandske Antiller kunne Nokus-beskattes i Norge bare når inntekten hovedsakelig var av passiv karakter. Konsekvensen av dette var at passivitetsvilkåret i Nokus-reglene i samspill med skatteavtalen beskyttet aktiv virksomhet i et land med svært lav beskatning mot løpende beskatning i Norge. Dette konkrete forholdet er imidlertid nå avhjulpet ved at skatteavtalen er erstattet av en avtale om informasjonsutveksling.

⁴⁰ Skatterett 01/2007, Njaal Arne Høyland

⁴¹ Skatteavtalen mellom Norge og Singapore, art. 24 (2) (c)

Under kapittel 3.5.2 er det også presentert en sak der skatteavtalen sammen med passivitetsvilkåret medførte at ubeskattet inntekt fra et amerikansk LLC (*Limited Liability Company*) heller ikke ble gjenstand for Nokus-beskatning. Et slikt resultat er ikke i tråd med formålet bak Nokus-reglene. Resultatet illustrerer også de utfordringene som følger av at Nokus-reglene bygger på ulike regelsett med delvis motstridende formål. Sett i lys av disse effektene fremstår det prinsipielle utgangspunktet i forarbeidene til Nokus-reglene som underlig. Når resultatet av regelverket er at det skapes tilpasningsmuligheter som setter skattegrunnlaget til null, kan det stilles spørsmål ved hvorfor det må gjelde et 2/3-vilkår for beskatning av aktiv virksomhet i land som Norge ikke har skatteavtale med.

4.3 Rettspolitisk kritikk av Nokus-reglene

Gjennom rapporten ”Strategi for støtte til næringsutvikling i Sør, 31.12.1998” gir Regjeringen uttrykk for at den ”ser det som helt sentralt å få fart på næringsutviklingen i Sør”. Samtidig erkjennes det at ”Mye har vært gjort innen norsk bistand som har bidratt til næringsutvikling, men vi har savnet et helhetlig perspektiv.” Det blir pekt på at utenlandske investeringer spiller en viktig rolle i genereringen av inntekter og arbeidsplasser. Overraskende nok blir det ikke problematisert noe omkring det faktum at det norske skattesystemet, i den grad utviklingsland er lavskatteland, trekker i motsatt retning.

Regelverket på området er i stor grad basert på OECDs synspunkter som representerer konsensus mellom de mest velutviklede statene i verden. Lavere beskatning under andre samfunnsforhold betegnes til en viss grad som ”harmfull”. OECD-landenes ønske om å beskytte eget skattefundament bør avveies mot mindre utviklede økonomiers behov for å legge til rette for tilgang på kapital og kompetanse for å utvikle sine samfunn.

OECD åpner for å anvende generelle regler etter 2003, selv om de fleste OECD-land begrenser sin CFC-beskatning til passiv kapitalforvaltning. Norge utnytter hele

handlingsrommet som OECD anerkjenner til beskyttelse av sitt skattefundament. Konsekvensen av dette er at norske internasjonale industriselskaper kommer i en svakere konkurransesituasjon enn sine konkurrenter. Dette svekker norsk industriutvikling samtidig som det blir mindre attraktivt å investere i land utenfor EØS med et lavere skattenivå enn det norske, herunder en rekke utviklingsland.

Det er en viss uklarhet omkring hva som er formålet med Nokus-reglene. Som gjennomgangen over viser, er det hensynet til kapitaleksportnøytralitet som ligger til grunn for Nokus-reglene. Hvorvidt lovgiver oppfattet sktl § 10-64 som kodifisering av et ønske om å ta hensyn til norske industriselskapers konkurranseevne i utlandet ved regelutformingen, er en annen sak. Som nevnt under kapittel 3.1.2 ovenfor, legges det til grunn i forarbeidene at målsettingen om kapitaleksportnøytralitet tilsier at det ved beskatning av virksomhet i lavskatteland ikke bør tas hensyn til om inntektene er av aktiv eller passiv karakter.

I Cermaq-dommen går lagmannsretten nærmere inn på formålet med Nokus-reglene.⁴² Det refereres også i dommen til forarbeidene, der departementet konkluderer med at innvendingene mot det strenge hensynet til kapitaleksportnøytralitet ikke er nok til å endre på det prinsipielle utgangspunktet.

Det fremstår derfor som bemerkelsesverdig når lagmannsretten i dommen under drøftingen av ”Fortjenestemargin” uttaler at Nokus-reglene ”..har som sitt primære mål å hindre skatteflukt gjennom passiv kapitalplassering i land som gjerne kalles <<skatteparadis>>..” Etter min mening er dette en lite presis tolkning av det formålet som kan utledes av forarbeidene til Nokus-reglene. Lagmannsretten synes her å ikke ta til etterretning at avgrensningen mot inntekter av aktiv karakter i skatteavtaleland var en tilpasning til antatte skatteavtaleforpliktelser, og ikke et utslag av formålet med Nokus-reglene. Cermaq-dommen er rettskraftig og blir på bakgrunn av sine vurderinger ansett som en relevant rettskilde, i alle fall i forvaltningen. Cermaq-dommen dreiet seg om innslagspunktet for lavskattelandvurderingen, og derfor går ikke denne kritikken inn på dommens ratio decidendi. Likevel gir ovennevnte sitat fra

⁴² Borgarting lagmannsrett, Utv-2006-1151

dommen et uttrykk for den uklarhet som knytter seg til formålet med Nokus-regimet, og det er derfor nærliggende å stille spørsmål ved om departementet og lovgiver hadde sammenfallende oppfatning av formålet med regelverket da dette ble vedtatt.

4.4 Alternativ utforming av reglene

Den videre de lege ferenda diskusjonen vil i stor grad bero på hvilke hensyn som skal legges til grunn og vektingen av disse. Formålet om å motvirke skattemotivert kapitalflukt er grunnleggende for den foreslåtte utformingen av regelverket. Det foreligger i hovedsak to alternativer som skiller seg fra hverandre. Det første alternativet vektlegger sterkt hensynet til kapitaleksportnøytralitet slik det gjøres i forarbeidene til Nokus-reglene. Det andre alternativet, som er det jeg anbefaler, legger større vekt på hensynet til kapitalimportnøytralitet og hensynet til norske bedrifters internasjonale konkurranseevne. Andre hensyn av mindre vekt vil bli vurdert parallelt.

4.4.1 Hovedvekt på hensynet til kapitaleksportnøytralitet

Det fremgår av diskusjonen ovenfor at det i forarbeidene til Nokus-reglene legges stor vekt på hensynet til kapitaleksportnøytralitet. Avgrensningen mot aktiv virksomhet i lavskatteland med skatteavtale bygger på en antatt forpliktelse og strider mot hensynet til kapitaleksportnøytralitet. Det følger også av gjennomgangen at passivitetsvilkåret er basert på en forutsetning som ikke lenger er til stede. Dersom forarbeidenes relative vekting av hensynet til kapitaleksportnøytralitet skal videreføres, synes det derfor klart at Norge innenfor rammen av sine internasjonale forpliktelser, kan se bort fra denne beskyttelsen av aktiv virksomhet. En naturlig konsekvens ville derfor være at sktl 10-64 a) ble avskaffet, slik at reglene fikk et generelt virkeområde. Det eneste unntaket fra det generelle utgangspunktet ville da gjelde innenfor EØS som følge av forpliktelsene knyttet til EØS-avtalen.

Den prinsipielle konsekvensen av dette ville være at aktiv virksomhet i lavskatteland med skatteavtale ville bli underlagt Nokus-beskatning; aktiv virksomhet i lavskatteland uten skatteavtale er allerede underlagt Nokus-beskatning. En viktig praktisk konsekvens ville være at vanskelige avgrensningsspørsmål knyttet til hovedsakelighetskriteriet ikke lenger hadde vært relevante for skatteplikten etter Nokus-reglene.

En slik endring ville ha uheldige virkninger i forhold til hensynet til forutsigbarhet i skattesystemet. Etablert aktiv virksomhet i disse markedene ville da kunne være basert på forutsetninger som ikke lenger er til stede, og konsekvensen kunne bli at betydelige økonomiske ressurser gikk til spille. Slik mangel på forutsigbarhet i skattesystemet ville også motvirket norske bedrifters vilje til å etablere virksomhet utenfor landets grenser. Likevel er det ikke utenkelig at disse hensynene kunne blitt ivaretatt på en tilfredsstillende måte ved etablering av overgangsregler for aktører som allerede har tilpasset seg gjeldende regelverk.

De rettspolitiske innvendingene mot en slik utvidelse av beskatningen av aktiv virksomhet som diskutert i kapittel 4.3, ville også tale mot en slik reorientering. Dette ville også gjort det norske regelverket svært ulikt andre lands CFC-regler. Med mulig unntak for Ungarn, har jeg ikke identifisert noen andre land som i sine CFC-regler ikke skiller mellom aktiv og passiv virksomhet på noen måte.

I forbindelse med at Rederiskatteutvalget foreslo en tilsvarende utvidelse av virkeområdet for Nokus-beskatning, ble det antydnet en reduksjon av innslagspunktet for lavskattelanddefinisjonen. I de svenske CFC-reglene defineres land med et skattenivå lavere enn 55 % av det svenske skattenivået som lavskatteland. Ved en slik reduksjon av innslagspunktet ville færre av de eksisterende aktive virksomheter bli omfattet av Nokus-reglene, og dette ville kunne begrense belastningen på ligningsmyndighetene. På den annen side ville dette gi sterkere incentiver til skattemotivert kapitalflukt. En reduksjon av innslagspunktet for Nokus-beskatning fremstår derfor ikke som noe godt bidrag til å løse de utfordringer som er knyttet til dagens regelverk.

For aktiv virksomhet er ambisjonen om å hensynta kapitaleksportnøytralitet gjennom Nokus-reglene lite hensiktsmessig. Dette skyldes for det første at eiere av aktiv

virksomhet typisk ikke vil ha særlig incentiv til å akkumulere kapital i et bestemt lavskatteland ut over det som kreves for utvikling av virksomheten, og for det andre at hensynet til kapitaleksportnøytralitet vil bli ivaretatt når utbyttet faktisk utdeles.

4.4.2 Hensynet til kapitalimportnøytralitet og konkurranseevne

Uavhengig av den innbyrdes vektingen mellom hensynene knyttet til kapitaleksportnøytralitet, kapitalimportnøytralitet og norske bedrifters konkurranseevne i utlandet, fremstår passivitetsvilkåret som lite hensiktsmessig. Det generelle utgangspunktet, dvs likebehandling av aktiv og passiv virksomhet, er også problematisk i forhold til norsk-kontrollerte virksomheters internasjonale konkurranseevne.

Norske bedrifters konkurranseevne kunne vært ivaretatt innenfor rammen av et generelt regelverk som likestiller aktiv og passiv virksomhet, dersom prinsippene som legges til i Cadbury-Schweppes ble anvendt også for virksomhet utenfor EØS. De skranker for CFC-beskatning som ligger bak innføringen av sktl 10-64 b) bygger på hensynet til økonomisk utvikling.

Dersom Norge skal ha et globalt utgangspunkt med hensyn til effektivitet og utvikling, ville en naturlig konsekvens være at det geografiske virkeområdet for sktl 10-64 b) ble utvidet til å gjelde globalt. Et tilstrekkelig vilkår for å unngå CFC-beskatning ville da være at det kan sannsynliggjøres en realitet bak etableringen, uavhengig av om det drives aktiv eller passiv virksomhet. På den annen side ville en utvidelse av virkeområdet for EØS-unntaket til å gjelde globalt, medføre betydelige muligheter for å utsette beskatning av kapitalinntekter på ubestemt tid, og hensynet til kapitaleksportnøytralitet ville ikke lenger innebære noen vekt av betydning. Skattemyndighetene ville også stå overfor en rekke avgrensningsspørsmål med hensyn til ”*wholly artificial arrangements*”.⁴³ Fordi det skattemessige incentivet til slike etableringer ville øke, er det grunn til å tro at antallet etableringer, og dermed antallet avgrensningsspørsmål, ville øke vesentlig.

⁴³ Formulering benyttet i EU-domstolens sak (C-196/04)

Det finnes alternative løsninger mellom disse to ytterpunkter som kan møte mange av utfordringene ved dagens regelverk. Til tross for Nokus-reglens formål om å beskytte det norske skattefundamentet, er det paradoksalt nok slik at det er nettopp i skatteavtaletilfellene at aktiv virksomhet under norsk kontroll kan oppnå lav beskatning i utlandet og ingen Nokus-beskatning. Det er også skatteavtaler som helt fritar utbytte fra selskaper i lavskatteland fra beskatning i Norge.

Forutsetningen om at vanskelige avgrensingsproblemer mellom aktive og passive inntekter skulle tilsi et generelt regelverk, slik som anført i forarbeidene, synes ikke å innebære noen realitet. Tilgjengelig ligningspraksis viser at det ikke er denne type avgrensninger innenfor det enkelte selskap som skaper nevneverdige problemer. Dessuten må ligningsmyndighetene uansett gjennomføre slike avveininger i skatteavtaletilfellene.

Den viktigste årsaken til at disse avgrensningsspørsmålene i det hele tatt oppstår er at gjeldende hovedsakelighetskriterium motiverer til å trekke aktiv virksomhet inn i det utenlandske selskapet i den grad det er nødvendig for å unngå Nokus-beskatning. Det er et paradoks at regelverket selv skaper den type avgrensninger som ble ansett som problematiske i forarbeidene til Nokus-reglene. Det er i samspillet med skatteavtalene at de uheldige virkningene kommer frem. Vesentlige forutsetninger for det generelle utgangspunktet i Nokus-reglene synes derfor ex post å ikke være tilstede.

Av hensyn til norsk næringsliv kan ikke utsatt beskatning av passiv virksomhet på ubestemt tid sees å være noe beskyttelsesverdig formål. For aktiv næringsvirksomhet er derimot løpende deltagerbeskatning forbundet med betydelig utfordringer. Ovenfor er viktige hensyn til konkurransevne og økonomisk utvikling diskutert. En tilleggsutfordring er at utsatt beskatning gjennom tilbakeholdelse av opptjent kapital ikke nødvendigvis er skattemessig motivert, men også kan ha en forretningsmessig begrunnelse. Virksomheter som oppnår skattemessig inntekt, er typisk i en positiv utvikling som innebærer vekst i aktivitetsnivået, til glede for aksjonærer, ansatte, leverandører og lokalsamfunn for øvrig. I den grad opptjent kapital benyttes til finansiering av nødvendig kapitalbinding i produksjonsmidler, varelager og

kundefordringer representerer den ikke skattemotivert kapitalflukt.⁴⁴ I tillegg kan det være regnskaps- og selskapsrettslige begrensninger knyttet til å utbetale utbytte fra Nokus-objektet. Løpende deltagerbeskatning med utgangspunkt i en ”tenkt eller hypotetisk inntekt”⁴⁵ kan derfor stå i sterk kontrast til den opplevelsen aksjonærene har av å ha opptjent en ubetinget inntekt, jf sktl § 14-2.

I en artikkel utgitt av Verdensbanken i 2003 gis det en oversikt over debatten knyttet til skattemessige incentiver som lokaliseringsfaktor.⁴⁶ Det vises for det første til at skattemessige incentiver ikke er den mest avgjørende lokaliseringsfaktor. Infrastruktur, politisk stabilitet og tilgjengelig arbeidskraft er av større betydning. Det vises også til at det er selskaper med virksomhet av ikke stedbunden karakter som legger størst vekt på beskatningen i sine lokaliseringsbeslutninger. Multinasjonale selskaper som planlegger mer stedbunden virksomhet, legger større vekt på markedsmuligheter og andre lokaliseringsfaktorer. Dette taler for at eventuelt bortfall av Nokus-beskatning for aktiv virksomhet i lavskatteland neppe representerer noen stor risiko for undergraving av det norske skattefundamentet.

En motsatt effekt av norsk næringslivs etablering i lavskatteland som ikke kan sees å ha vært diskutert tidligere, er at slike inntekter representerer en mulig økning av det norske skattefundamentet gjennom senere beskatning av utbytte og realisasjonsgjennvinst.

Et vesentlig svakhet ved nåværende regelverk er at det skal legges et hovedsakelighetskriterium til grunn for beskatningen av hele inntekten (entity approach) i stedet for bare å beskatte den passive inntekten (transactional approach). Dette er nærmere diskutert i kapittel 2.2. Ved en fornyelse av regelverket mener jeg at det bør skilles mellom aktive og passive inntekter, og at det bare er de passive inntektene som skal underlegges Nokus-beskatning. Dette innebærer at de norske reglene går fra å være basert på en ”entity approach” som også Sverige benytter, til å bygge på en ”transactional approach” beslektet med den metoden som benyttes i Danmark.

⁴⁴ CFC-lagstiftningen, Lars Erik Wenehed, Juristforlaget Lund, 2000

⁴⁵ Jfr Grenseoverskridende beskatning osv, Skatterett 2004/02 av LH Walby

⁴⁶ The World Bank Group, Note number 253, February 2003

Hvorvidt regelverket rent teknisk utformes med et generelt virkeområde med unntak for aktiv virksomhet, eller som et regelverk som bare gjelder passiv virksomhet, vil ha betydning for plassering av bevisbyrden i ligningsbehandlingen. For ikke å legge bevisbyrden for inntektenes eventuelle passive karakter på ligningsmyndighetene bør derfor anvendelsesområdet være generelt med et unntak for inntekter av aktiv karakter.

Siden den skattepliktige inntekten i objektet skal beregnes etter norske regler er det selskapets eller innretningens netto inntekt som skal legges til grunn. Dette vil skape avgrensingsproblemer ved kombinert virksomhet dersom det bare er den passive inntekten som skal legges til grunn. Regelverket bør derfor utformes slik at skatteyter ikke får skattemessig incentiv til å skape vanskelige avgrensningsspørsmål gjennom å drive kombinert virksomhet.

Et alternativ er å fordele nettoinntekten på aktiv og passiv virksomhet etter samme forhold som gjelder for bruttoinntekten. Siden det typisk er relativt lave kostnader forbundet med passiv inntekt, ville dette medføre at kostnadene knyttet til de aktive inntektene ble fratrukket den passive bruttoinntekten. Dette kunne løses ved at det ved kombinert virksomhet var den passive bruttoinntekten som ble lagt til grunn ved beregning av Nokus-inntekt. For å ta høyde for at også aktive virksomheter til en viss grad vil ha renteinntekter og andre passive inntekter, kan det settes et innslagspunkt for hvor stor andel av bruttoinntektene som skal være passive (eksempelvis mer enn 10 %) for at virksomheten skal gå fra å være aktiv til å anses som kombinert.

For virksomhet som bare har passive inntekter må det gis fradrag etter hovedregelen for kostnader pådratt i næring, slik at det er nettoinntekten som legges til grunn for Nokus-beskatningen. Det vil da ikke være skattemessig incentiv til å påberope seg kombinert virksomhet, fordi beskatningen av den passive inntekten da ville gå fra å være basert på nettoinntekt til å være basert på bruttoinntekt.

Under en slik modell vil det ikke være i strid med noen av de hensynene som er nevnt innledningsvis i dette kapitlet, å øke innslagspunktet for lavskattelandvurderingen. Dette ville bare redusere incentivet til utflytting av passiv virksomhet, samtidig som

hensynet til kapitaleksportnøytralitet ville blitt bedre ivaretatt. En nærmere vurdering av dette ligger utenfor rammene for denne oppgaven og blir derfor ikke nærmere berørt.

4.4.3 Anbefalt løsning

I saksforberedelsen av lovendringer knyttet til skattereglene er det grunn til å tro at saksområdets kompleksitet er en utfordring for alle involverte. Det er også mye som tilsier at politikere som befatter seg med slike spørsmål, ikke ser problemet med gjeldende regelverk i forhold til norske bedrifters konkurransevne i utlandet så lenge aktiv virksomhet i lavskattelend med skatteavtale er unntatt. Dersom vektingen mellom de viktigste hensynene bak Nokus-reglene hadde blitt presentert for lovgiver på en oversiktlig måte, tror jeg den sterke vektleggingen av hensynet til kapitaleksportnøytralitet ville bli tonet ned.

Ved revisjon av regelverket må det også tas stilling til om regelverket skal være en videreføring av forhåndsdefinerte regler eller om det skal legges opp til en dynamisk tilpasning av virkeområdet på linje med de svenske hvite listene. Det alminnelige forvaltningsrettslige prinsipp om unngåelse av usaklig forskjellsbehandling vil ved en analogisk anvendelse på skatterettens spesiallovgivning tale mot et system med dynamiske lister. Løpende oppdatering i de årlige skattevedtakene ville også kunne føre til mindre forutsigbarhet for næringslivet som foretrekker å forholde seg til et stabilt regelverk. På den annen side ville slike konkrete unntakslistene kunne motvirke vanskelige avgrensninger og involvere lovgiver i disse spørsmålene på en mer oversiktlig måte.

Etter en samlet vurdering synes løsningen med en videreføring av forhåndsdefinerte regler å være en balansert løsning. En mulig kodifisering i skatteloven av de skisserte endringene kan være slik:

Ny § 10-64 a): ”Skattlegging etter reglene i §§ 10-61 til 10-68 foretas ikke av inntekt som er knyttet til virksomhet av aktiv karakter. Selskapets eller innretningens inntekter anses å være av aktiv karakter når slike inntekter utgjør mer enn 9/10 av selskapets eller innretningens brutto inntekter.”

Konsekvensen av denne endringen er at det generelle utgangspunktet beholdes, men at det gjøres et unntak for inntekter av aktiv karakter. Likevel må det aksepteres et visst innslag av passive inntekter i den grad det er naturlig for et selskap som driver aktiv virksomhet. Skattyter vil ikke ha incentiv til å trekke inn passive inntekter ut over det som tjener den aktive virksomheten, for da faller muligheten for kostnadsfradrag knyttet til de passive inntektene bort. Dette følger av den skissert endringen nedenfor.

Ny § 10-65 (1): ”Eiers inntekt settes til vedkommendes andel av selskapets eller innretningens overskudd eller underskudd fastsatt etter reglene i norsk skattelovgivning som om selskapet eller innretningen var skattyter. For selskap eller innretning som driver virksomhet av både aktiv og passiv karakter skal de samlede kostnader henføres til den aktive virksomheten.”

Inntekt fra selskap eller innretning med inntekter av utelukkende passiv karakter skal skattlegges på grunnlag av netto inntekt, slik det følger av ”*reglene i norsk skattelovgivning*”. Endringen understreket ovenfor innebærer at det ikke gjøres fradrag for kostnader knyttet til den passive inntekten når det drives kombinert virksomhet. Derfor vil det ikke lenger være incentiv til å trekke aktiv virksomhet inn i passive selskaper for å bli ansett som kombinert virksomhet. Hvorvidt et slikt unntak fra ”*reglene i norsk skattelovgivning*” er lovgivningsteknisk holdbart og står seg i forhold til grunnleggende skatterettslige prinsipper, ligger utenfor rammene for denne oppgaven. Det tas derfor forbehold om dette.

Den skisserte løsningen representerer en endring i den strenge vektleggingen av prinsippet om kapitaleksportnøytralitet. Etter en avveining mot hensynet til kapitalimportnøytralitet og norsk næringslivs internasjonale konkurranseevne blir inntekter fra aktiv næringsvirksomhet i lavskatteland unntatt fra løpende beskatning i Norge.

På den annen side ville en slik endring medført Nokus-beskatning av passive inntekter i lavskatteland med skatteavtale, som under det gjeldende regelverk er beskyttet av hovedsakelighetskriteriet. Av hensyn til forutberegnelighet i skattesystemet bør det derfor eventuelt vedtas overgangsregler for disse.

5 Oppsummering

CFC-beskatning er en internasjonalt anerkjent beskatningsform, til tross for betydelig legislativ kritikk. Nokus-reglene bygger på andre hensyn enn hva som er tilfelle for tilsvarende lovgivning i en rekke andre land, hvilket gir seg utslag i at inntekter fra virksomhet av aktiv karakter generelt er omfattet.

Likevel fremstår de norske reglene utad som om hensynet til norsk næringslivs konkurranseevne ved deltagelse i aktiv og stedbunden virksomhet i lavskatteland er hensyntatt. Rettsområdet har siden reglene kom i 1991, vært gjenstand for en omfattende internasjonal utvikling, samtidig som fritaksmetoden for aksjeinntekter i selskapssektoren er blitt innført i Norge.

Eventuell skatteplikt etter Nokus-reglene avgjøres på grunnlag av samspillet mellom ulike regelverk. Dette er selve kodifiseringen av Nokus-reglene i sktl § 10-60 flg. på den ene side, og det er et nettverk av bilaterale skatteavtaler på den annen side. Nokus-reglenes formål er å beskytte det norske skattefundamentet, mens skatteavtalenes formål er å motvirke uønsket dobbeltbeskatning. Regelverkets struktur og samspillet mellom de ulike kildene gir en rekke uheldige virkninger som påpekt i oppgaven.

I denne oppgaven er utfordringer knyttet til regelverkets nyansering mellom inntekter av aktiv og passiv karakter drøftet, og det er skissert en mulig løsning på noen av de utfordringer som følger av gjeldende regelverk. Finansdepartementet har ved flere anledninger varslet en gjennomgang av Nokus-reglene, og det er å håpe at noe av analysen i denne oppgaven kan være et nyttig innspill til en slik gjennomgang.

6 Litteraturliste

- Almvik, F. og Kristiansen V.: *Bedriftsbeskatning i praksis*. Fagbokforlaget 2006
- Arnold og Dibout: *Cahiers de droit fiscal international, vol 86 b*. IFA 2001
- Borgarting lagmannsrett, Utv. 2006-1151
- EU-domstolen, sak C-196/04
- Fontana, R.: European taxation. June 2006.
- Furland, K.: *CFC-reglerna*. Högkolan i Jönköping 2007.
- Gjems-Onstad, O. (Red.): *Skattelovsamling 2009/2010*. Gyldendal Akademisk 2010.
- Hovland, Ø.: *Skatterett 02/2006*
- Høyland, N. A.: *Skatterett 01/2007*
- Innkommstskattelagen kapittel 39 a. (www.riksdagen.se)
- Innst. Ot. nr. 47 (1991-1992)
- Lignings-ABC 2011
- NOU 2003:9 *Skaugautvalget*
- NOU 2006:4 *Rederiskatteutvalget*
- Ot. prp. nr. 16 (1991-1992) *Forarbeider til Nokus-reglene*
- Ot. prp. nr 34 (1996-1997) *Forarbeider til sktl § 16-30*
- Ot. prp. nr 1 (2007-2008) *Forarbeider til sktl § 10-64 b*
- OECD: *Harmfull Tax Competition, An Emerging Global Issue*. 1998
- OECD: *Model Tax Convention on Income and Capital, Condensed version*. July 2010
- OECD: *Report on Controlled Foreign Company Legislation*. 1996
- Rian, J.: *Skatterett 03/2011*
- Skatteavtalen mellom Norge og Singapore, 1997
- Skaar, A. (Red.): *Norsk skatteavtalerett*, Gyldendal 2006
- St. mld. nr 29 (2003-2004) *Skattemeldingen*
- The World Bank Group: *Note number 253*. February 2003
- Thommessen: *Norsk internasjonal skatterett*. Univeritetsforlaget 2011
- Walby, L. H.: *Skatterett 2004/02*
- Wenched, L. E.: *CFC-lagstiftningen*. Juristforlaget Lund 2000
- Wienkonvensjonen av 23. mai 1969
- Zimmer F. (Red.): *Bedrift, selskap og skatt, 5. utgave*. Universitetsforlaget 2010
- Zimmer F.: *Internasjonal inntektsskatterett, 4. utgave*. Universitetsforlaget 2009