

Substanskravet

Substanskravet i de norske NOKUS-reglene og fritaksmetoden, sett opp mot den EU-rettslige omgåelsesnormen.

Kandidatnummer: 659

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 15 200



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	3
1.1	Oppgavens tema	3
1.2	Avgrensninger av oppgaven og det videre opplegget	3
2	GENERELT OM EØS-AVTALEN OG EU-RETTE.....	5
2.1	EØS-avtalen og avgjørelser fra EU-domstolen som rettskilder	5
2.2	EØS-rettens gjennomslagskraft	6
3	DE NORSKE REGLENE	8
3.1	Innledende bemerkninger	8
3.1.1	Kort om NOKUS-reglene	8
3.1.2	Kort om fritaksmetoden	8
3.1.3	Konsekvensene av lovendringene	10
3.2	NOKUS-reglenes anvendelsesområde	10
3.3	Fritaksmetodens anvendelsesområde	11
3.4	Skille mellom substanskravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden?	12
4	SUBSTANSKRAVET I DEN EU-RETTLIGE OMGÅELESNORMEN.....	15
4.1	Innledende bemerkninger	15
4.2	Cadbury Schweppes-avgjørelsen.....	15
4.2.1	Innledende bemerkninger.....	15
4.2.2	Problemstillingene.....	16
4.2.3	Rettens vurdering	17
4.3	Substanskravet – ”Rent kunstig” / ”Wholly artificial”	23
4.3.1	Det subjektive vilkåret	23
4.3.2	Det objektive vilkåret.....	24

5	ER DE NORSKE REGLENE I OVERENSSTEMMELSE MED EØS-RETTE	27
5.1	Innledende bemerkninger	27
5.2	Det objektive vilkåret – Reelt etablert og driver økonomisk virksomhet.....	28
5.2.1	Driftsselskaper.....	29
5.2.2	Passive selskaper	41
5.3	Det subjektive vilkåret – Skatteomgåelsesmotiv	51
5.4	Er Generaladvokatens forslag til avgjørelse tillagt for stor vekt?	55
6	OPPSUMMERING/KONKLUSJON	57
7	LITTERATURLISTE	1

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Temaet for avhandlingen er substanskravet i de norske NOKUS-reglene og fritaksmetoden, jf. skatteloven § 10-64 (1) b og § 2-38 (3) og (5). Sistnevnte regelsett gir en henvisning til NOKUS-reglene og slår fast at reglene kommer til anvendelse på ”tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b”. NOKUS-reglene og fritaksmetoden stiller krav til at selskaper i EØS-stater må være ”reelt etablert” og drive ”reell økonomisk aktivitet” i etableringslandet for å unngå beskatning i Norge, et såkalt substanskrav.

Gjennom EØS-avtalen har Norge forpliktet seg til å følge EUs regelverk om et indre marked, herunder å ikke forskjellsbehandle innenlandske og utenlandske aktører. EU-domstolen har imidlertid utviklet en ”omgåelsesnorm” som innebærer at man i visse tilfeller ikke har krav på den beskyttelse traktaten normalt gir.¹ Denne normen refererer seg til de typiske omgåelsestilfellene. Substanskravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden er basert på, og ment å være i samsvar med, denne omgåelsesnormen.² Problemstillingen i min oppgave er hvorvidt dette er tilfelle, eller om vilkårene i de norske reglene utgjør et større inngrep i de såkalte fire friheter enn det som er tillatt.

1.2 Avgrensninger av oppgaven og det videre opplegget

I det følgende blir det ikke gitt en fullstendig redegjørelse av de norske reglene. Oppgaven inneholder en kort generell fremstilling av NOKUS-reglene og fritaksmetoden (oppgavens punkt 3), men hovedvekten ligger på det EU-rettslige perspektivet. NOKUS-reglene og

¹ Se blant annet Cadbury Schweppes-saken (C-196/04).

² Jf. Ot.prp. nr. 1 (2007-2008).

fritaksmetoden blir sett i sammenheng, og det sentrale er hvorvidt disse regelsettene er i strid med EØS-retten.

Utgangspunktet for vurderingen av EØS-reglene er Cadbury Schweppes-saken, som er bakgrunnen for innføringen av substanskravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden. Denne dommen blir behandlet i oppgavens punkt 4.

Oppgavens hovedvekt ligger på punkt 5, hvor jeg tar for meg hvorvidt de norske reglene er i overensstemmelse med EØS-retten.

2 Generelt om EØS-avtalen og EU-retten

2.1 EØS-avtalen og avgjørelser fra EU-domstolen som rettskilder

Gjennom EØS-loven § 1 er EØS-avtalens hoveddel gjort til norsk rett, og har således status som formell lov. Skattepolitikken er derimot ikke omfattet av EØS-avtalen, og direktiver og forordninger på skatteområdet gjelder dermed ikke for Norge.³ Den rettslige utviklingen på inntektsskatteområdet har stort sett skjedd gjennom praksis fra EU-domstolen, spesielt på området for de fire friheter. EU-domstolen gjentar gang på gang at direkte beskatning hører inn under medlemsstatenes kompetanse, men legger til at landene ”must none the less exercise that competence consistently with Union law”, som innebærer at de må respektere det indre markedet og de fire friheter.⁴ EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter tilsvarer i det vesentlige de relevante bestemmelsene i EU-traktaten. Dette reiser spørsmål om praksis fra EU-domstolen legger begrensninger også på norsk skattelovgivning gjennom EØS-avtalen.

Det klare utgangspunktet er at EØS-avtalens materielle bestemmelser skal tolkes i samsvar med de tilsvarende EU-regler, jf homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen art. 1 og fortalens punkt 16. Spørsmålet om vektleggingen av EU-domstolens avgjørelser må vurderes med utgangspunkt i EØS-avtalen art 6, som slår fast at bestemmelsene i EØS-avtalen ”skal” fortolkes i samsvar med EU-domstolens avgjørelser.⁵ Denne bestemmelsen gjelder bare avgjørelser truffet før undertegningen av EØS-avtalen, men ODA art 3 (2) bestemmer at EFTA-domstolen skal ”ta tilbørlig hensyn til” prinsipper fastsatt i avgjørelser avgjort etter ikrafttredelsen.⁶ I tråd med homogenitetsmålsettingen og hensynet til dynamisk utviklingen av EØS-retten, har EFTA-domstolen unnlatt å problematisere tidsskillet. EFTA-

³ Zimmer (2009) s. 93.

⁴ Ben J.M. Terra m. flere (2012) s. 9.

⁵ Jf Bullen (2005) s .91.

⁶ Jf Sejersted (2004) s. 203.

domstolens avgjørelse i Fokus Bank-saken kan brukes som illustrasjon.⁷ Her la domstolen betydelig vekt på avgjørelser avsagt etter undertegningen av EØS-avtalen, og nøyde seg med å vise kort til EØS-avtalen art 6 og ODA art 3 (2). Også Høyesterett vektlegger praksis fra EU-domstolen. Blant annet i Rt. 2007 s. 1003 konstaterte domstolen at ”EF-domstolens praksis blir ... en sentral rettskilde”, når de grunnleggende regler og prinsipper som gjelder på området er de samme etter EØS-avtalen som innenfor EU.

Etter dette kan det legges til grunn av praksis fra EU-domstolen skal tillegges stor vekt ved tolkningen av EØS-avtalens bestemmelser.

2.2 EØS-rettens gjennomslagskraft

De norske NOKUS-reglene og fritaksmetoden er ment å inkorporere vilkårene oppstilt av EU-domstolen i Cadbury Schweppes-saken. Finansdepartementet uttaler i forarbeidene til EØS-unntaket: ”Ved at NOKUS-reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene.”⁸ Spørsmålet er imidlertid hva som blir resultatet dersom Finansdepartementet ikke har lyktes i sin utforming av de norske reglene.

Gjennom EØS-avtalen har vi forpliktet oss til å følge rettsutviklingen på EØS-området, herunder på området for de fire friheter og etableringsretten. Selv om det etter EØS-retten ikke er noe krav om ”direkte virkning”, vil Norge rette seg etter utviklingen i EØS basert på presumsjons- og lojalitetsprinsippet.⁹ Med andre ord må den EU-rettslige normen gjelde, uavhengig av om Norge har vært uheldige med ordvalget. Tilsvarende hadde vært tilfelle dersom Norge overhodet ikke hadde gjort noe forsøk på å endre reglene.

⁷ E-1/04.

⁸ Jf Ot.prp. nr. 1 (2007-2008).

⁹ Jf Seiersted m. flere (2007) s. 197.

Denne innarbeidede forståelsen blir lagt til grunn av Zimmer ved vurderingen av forholdet mellom Cadbury Schweppes-saken og de norske forarbeidene. Han uttaler: ”I den grad formuleringene i forarbeidene ikke kan harmoniseres med EØS-retten, er det klart at de må vike”.¹⁰ Dette er også lagt til grunn av Finansdepartementet i brev av 18. april 2007 til Skattedirektoratet: ”Det fremgår her at dersom det konstateres motstrid mellom EØS-retten og skattelovgivningen, må skattelovgivningen stå tilbake for den EØS-rettslige forpliktelsen så langt den rekker”.¹¹

Det er etter dette på det rene at EØS-retten skal gå foran. Det vil si at det er retningslinjene i Cadbury Schweppes-saken som er avgjørende i de tilfeller hvor de norske reglene ikke er i overensstemmelse med EU-domstolens avgjørelse.

¹⁰ Jf Zimmer (2009) s. 336.

¹¹ Jf Utv. 2006 s. 754 og Utv. 2007 s. 1027.

3 De norske reglene

3.1 Innledende bemerkninger

3.1.1 Kort om NOKUS-reglene

NOKUS-reglene omfatter deltakere i norsk-kontrollerte selskaper og innretninger hjemmehørende i lavskatteland, jf sktl § 10-60. Reglene medfører at aksjonærene blir løpende beskattet for sin andel av selskapets/innretningens overskudd, uavhengig av om utdelinger foretas, jf § 10-61. Formålet med slik lovgivning er å unngå (virkningene av) skattemotiverte etableringer og kapitalplasseringer i lavskatteland. NOKUS-reglene fremskynder beskatningen, og er lite gunstig for aksjonærene.

I utgangspunktet gjaldt NOKUS-reglene for alle norsk-kontrollerte foretak i lavskatteland, også innenfor EØS. EU-domstolen kom imidlertid i 2006 til at de britiske CFC-reglene, som i det vesentlige tilsvarer de norske NOKUS-reglene, innebar en form for diskriminering som ikke kunne opprettholdes.¹² I 2007 ble det derfor tatt inn en begrensning i den norske skatteloven § 10-64 for selskaper og innretninger innenfor EØS.¹³ NOKUS-beskatning kan ikke lenger foretas hvis selskapet/innretningen er ”reelt etablert” og ”driver reell økonomisk aktivitet” innenfor EØS. Oppgaven tar i det følgende for seg hva som ligger i dette substanskravet.

3.1.2 Kort om fritaksmetoden

Fritaksmetoden ble innført i 2004, og erstattet den eldre RISK-modellen og godtgjørelsesmetoden. Godtgjørelsesmetoden ble kjent EØS-stridig av EFTA-domstolen i Fokus Bank-saken,¹⁴ og RISK-reglene ble også ansett for å være i faresonen selv om det ennå ikke fore-

¹² Jf Cadbury Schweppes (sak C-196/04).

¹³ Jf Lov 14.desember 2007 nr.107.

¹⁴ Se Sak E-1/04.

ligger dom som konstaterer dette.¹⁵ Fritaksmetoden ble derfor innført for at de norske beskatningsreglene skulle være i overensstemmelse med EØS-retten.

Fritaksmetoden innebærer at selskapsaksjonærer som hovedregel fritas for beskatning på gevinst og utbytte på aksjer, samtidig som det ikke gis fradrag for tilsvarende tap ved realisasjon, jf sktl § 2-38 (2) og (5). Formålet med reglene er å forhindre kjedebeskatning.¹⁶ Sammenholdt med aksjonærmodellen skal fritaksmetoden sikre at det gjennomføres beskatning én gang på selskapsnivå, og én gang på aksjonærnivå (utover skjerming).¹⁷

Opprinnelig gjaldt skattefritaket tilsvarende for alle aksjeinntekter til eller fra selskaper hjemmehørende i andre EØS-land. I 2007 ble det imidlertid innført et tilleggsvilkår for fritak for kildeskatt til Norge etter sktl § 10-13.¹⁸ Sktl § 2-38 (5) bestemmer nå at aksjonæren må være ”reelt etablert” og ”drive reell økonomisk aktivitet” i et EØS-land for å være omfattet av fritaksmetoden. Dessuten må inntekten på eierandelen stamme fra selskap mv. som er ”reelt etablert” og driver ”reell økonomisk aktivitet” innenfor EØS, jf § 2-38 (3) bokstav a. Formålet med endringen var å stramme inn fritaksmetoden for å motvirke at inntekter, som i utgangspunktet ikke var omfattet av fritaksmetoden, kunne styres gjennom et mellomliggende selskap uten substans i et lavskatteland i EØS. På den måte ville inntektene likevel falt inn under fritaksmetoden og dermed kunne føres skattefritt inn i Norge.¹⁹ Substanskravet hindrer slike tilpasninger, og det er innholdet i dette substanskravet jeg skal redegjøre for i det følgende.

¹⁵ Jf Bedrift, selskap og skatt (2010) s. 266.

¹⁶ Jf. Ot.prp. nr 1 (2004-2005).

¹⁷ Gydeland og Sandvik (2009).

¹⁸ Lov 14. desember 2007 nr. 107.

¹⁹ Jf Ot.prp. nr.1 (2007-2008) punkt. 14.4.2.

3.1.3 Konsekvensene av lovendringen

Lovendringen i etterkant av Cadbury Schweppes-saken førte for fritaksmetodens del til at færre aksjonærer får fritak for beskatning. Substanskravet utgjør en begrensning av reglernes anvendelsesområde. For NOKUS-reglene medførte lovendringen at også aksjonærer i lavskatteland innenfor EØS, hvor selskapet er ”reelt etablert” og ”driver reell økonomisk aktivitet”, skal slippe løpende beskatning. Substanskravet innebærer også her en begrensning i reglernes anvendelsesområde, men i skattyters favør.

3.2 NOKUS-reglernes anvendelsesområde

NOKUS-reglene kommer til anvendelse for eiere av norsk-kontrollert aksjeselskap eller likestilt selskap/sammenslutning, som er hjemmehørende i lavskatteland, jf sktl § 10-60. Reglene gjelder også for skattyter som (alene eller sammen med andre, direkte eller indirekte) kontrollerer annen selvstendig innretning eller formuesmasse hjemmehørende i lavskatteland som skattyteren direkte eller indirekte har fordeler av.

Som lavskatteland regnes land hvor den alminnelige inntekstskatten på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom det hadde vært hjemmehørende i Norge, jf sktl § 10-63. Sammenligningen skal baseres på de effektive skattesatsene over noe tid, jf Ot.prp. nr.16 (1991-92). I tillegg er det i forskrift fastsatt lister over enkelte land som henholdsvis skal og ikke skal anses som lavskatteland, såkalte ”svarte- og hvitelister”, jf FSSD §§ 10-63-1 til 10-63-3. Det er viktig å merke seg at listene ikke er uttømmende, og i visse tilfeller er ikke hvitelisten bindende, jf § 10-63-3 (2).

Også innenfor EØS har vi lavskatteland selv om statene ikke er listet opp i FSSD § 10-63-2. Dette vil eksempelvis være Irland, Kypros og Malta. NOKUS-reglene får anvendelse på norsk-kontrollerte selskaper både innenfor og utenfor EØS, men det er først ved etablering i en EØS-stat at sktl § 10-64 (1) b slår inn. Det er således kun for selskaper/innretninger

innenfor EØS at det oppstilles et krav om at selskapet må være ”reelt etablert” og drive ”reell økonomisk aktivitet”.

3.3 Fritaksmetodens anvendelsesområde

For å være omfattet av fritaksmetoden i sktl § 2-38 må det foreligge både et kvalifiserende subjekt og et kvalifiserende objekt.

Skatteloven § 2-38 (1) angir uttømmende hvilke subjekter som er omfattet av fritaksmetoden. (Allmenn)aksjeselskaper hjemmehørende i Norge, som er det mest praktiske tilfellet, er som hovedregel omfattet etter bokstav a. Videre er diverse andre subjekter omfattet, jf bokstav b-h. Forarbeidene har lagt til grunn en retningslinje som innebærer at selskaper bare er omfattet dersom inntektene som omfattes av skattefritaket ikke kan overføres fra selskapssektoren til fysiske personer, uten at det ”oppstår beskatning av avkastning ut over den risikofrie avkastningen”.²⁰

I henhold til skatteloven § 2-38 (1) bokstav i, gjelder regelen om skattefritak også selskaper ”hjemmehørende i utlandet” som ”tilsvarende selskap mv” i bokstav a-h. I forarbeidene blir det presisert at det sentrale er om et ”tilsvarende norsk subjekt er omfattet”, og at spørsmålet ”må vurderes konkret”.²¹ Det faller utenfor oppgaven å gå nærmere inn på hva som ligger i dette kriteriet. For å bli fritatt fra kildeskatt etter § 10-13 oppstiller skatteloven § 2-38 (5) to tilleggsvilkår. Det slås fast at første ledd bare fritar for kildeskatt på utbytte dersom skattyter er hjemmehørende ”i et EØS-land”, og skattyter må være ”reelt etablert” og drive ”reell økonomisk aktivitet” på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 (1) b. Fritaksmetoden henviser her til substanskravet i NOKUS-reglene, og oppgaven vil i det følgende gå ut på å redegjøre for innholdet i dette substanskravet.

²⁰ Ot.prp. nr.1 (2004-2005) s.56 punkt. 6.5.2.1.

²¹ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) s.59 punkt 6.5.2.1 (iv).

For å omfattes av fritaksmetoden må det som sagt også foreligge et kvalifiserende objekt, en kvalifisert inntekt. Hvilke inntektstyper som er omfattet av fritaksmetoden er regulert i sktl § 2-38 (2). Den viktigste typen er lovlig utdelt utbytte fra (allmenn)aksjeselskaper og gevinst og tap ved salg av andel i slike, jf bokstav a.

Skatteloven § 2-38 (3) oppstiller begrensninger i fritaksmetodens anvendelsesområde. Bokstav a-e ramser opp forskjellige inntekter og tap som likevel ikke er omfattet av fritaksmetoden. Dette gjelder blant annet investeringer i selskap som er hjemmehørende i "lavskatteland" utenfor EØS, jf bokstav a. Fritaksmetodens formål om å hindre kjedebeskatning gjør seg ikke (like sterkt) gjeldende hvis selskapet ikke skattlegges overhodet (eller kun med lav sats) slik som er tilfelle i et lavskatteland.

For investeringer i selskaper hjemmehørende innenfor EØS, må det også skilles mellom investeringer i lavskatteland og andre land. Dersom selskapet ikke er hjemmehørende i et lavskatteland, vil fritaksmetoden gjelde fullt ut. For selskaper som er hjemmehørende i et lavskatteland kommer derimot fritaksmetoden bare til anvendelse dersom selskapet er "reelt etablert" og "driver reell økonomisk aktivitet" på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 (1) b, jf sktl § 2-38 (3) a. Hva som ligger i dette substanskravet blir som sagt behandlet i det følgende.

3.4 Skille mellom substanskravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden?

Som redegjort for ovenfor, oppstiller NOKUS-reglene som vilkår for å unngå løpende beskatning at selskapet er "reelt etablert" og "driver reell økonomisk aktivitet", jf § 10-64 (1) b. Skatteloven § 2-38 (3) og (5) slår fast at selskapet må være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet "på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b" for å være omfattet av fritaksmetoden. Spørsmålet er om denne henvisningen fra fritaksmetoden til NOKUS-reglene innebærer at substanskravet uten videre skal tolkes likt for de to regelsettene.

I forarbeidene til innføringen av EØS-unntaket ble det ikke drøftet om situasjonen kunne stille seg annerledes for fritaksmetoden enn for NOKUS-reglene.²² Fritaksmetoden er et generelt regelsett som enkelt sagt gir fritak for skatt på gevinst og utbytte utdelt til selskapsaksjonær. Metoden slår altså inn i alle konsernforhold (så sant vilkårene er oppfylt), og er således mye brukt i norsk næringsliv, både for internasjonale konserner men også for konserner uten noen form for grenseoverskridende virksomhet. NOKUS-reglene gjelder derimot bare for den særegne situasjonen hvor skattyter er deltaker i et norsk-kontrollert selskap hjemmehørende i et lavskatteland, med andre ord et mye snevrere virkeområde. Konteksten som vilkårene inngår i er altså ulike, og det kan ikke utelukkes at dette har betydning for tolkningen.

Finansdepartementet uttaler derimot i forarbeidene:²³ ”Der fritaksmetodens anvendelse avhenger av hvorvidt et selskap mv. er hjemmehørende i EØS, tilsier formålet om å hindre tilpasninger og skatteomgåelse at det bør stilles samme krav til reell etablering/virksomhet i EØS-staten som i NOKUS-tilfellene.” Leser man dette i sammenheng med lovens ordlyd, som direkte peker tilbake til § 10-64 (1) b, taler dette for at substanskravet skal ha tilsvarende innhold i fritaksmetoden som i NOKUS-reglene.

Sistnevnte synspunkt er også lagt til grunn av Skattedirektoratet i BFU 30/09. Saken gjaldt en større gruppe norske investorer som ønsket å etablere et selskap i en EØS-stat for derigjennom å foreta investeringer innenfor og utenfor EØS. Skattedirektoratet konkluderte med at selskapet ville bli ansett som reelt etablert og ville drive reell økonomisk aktivitet i etableringsstaten. Direktoratet viste til overnevnte sitat fra forarbeidene og uttalte: ”På denne bakgrunn legger Skattedirektoratet til grunn at begrepet ”reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet” normalt skal fortolkes på samme måte i § 2-38 og NOKUS-reglene”.

²² Jf Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) kap. 14.

²³ Jf Ot.prp. nr. 1 (2007-2008).

Basert på de overnevnte uttalelsene vil jeg legge til grunn at innholdet i substanskravet i fritaksmetoden og NOKUS-reglene normalt er sammenfallende, og i det følgende vil jeg holde meg til dette. Jeg vil stort sett behandle og omtale NOKUS-reglene, men da med den konsekvens at det tilsvarende trolig gjelder uten forbehold for fritaksmetoden. Ved tolkingen av NOKUS-reglene kommer jeg også til å benytte rettskilder som direkte gjelder fritaksmetoden.

4 Substanskravet i den EU-rettslige omgåelsesnormen

4.1 Innledende bemerkninger

EU-domstolen har gjennom lang praksis utviklet en omgåelsesnorm. Denne går ut på at restriksjoner og diskriminerende nasjonale lovbestemmelser som ikke er i samsvar med EU/EØS-lovgivningen, likevel kan rettferdiggjøres begrunnet i allmenne hensyn. EU-domstolen har godtatt restriksjoner begrunnet i blant annet hensynet til å oppnå en sammenheng i rettssystemet, i hensynet til å oppnå en balansert avgrensning av skattleggingsretten mellom statene og i hensynet til å forebygge omgåelse og unndragelse. Jeg vil i det følgende holde med til sistnevnte hensyn. Domstolene har presisert blant annet i *Test Claimant-saken*²⁴ og *Part Service*²⁵ at en restriksjon i etableringsretten kan være berettiget dersom restriksjonen ”specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågjældende medlemsstats lovgivning”. Dette blir gjengitt av EU-domstolen i *Cadbury Schweppes-saken*, jf premiss 51.

4.2 Cadbury Schweppes-avgjørelsen

4.2.1 Innledende bemerkninger

Cadbury Schweppes-saken gjaldt hvorvidt et EU-lands regler om løpende beskatning av morselskapet for overskudd i et kontrollert utenlandsk datterselskap (CFC-selskap), var i strid med etableringsretten etter EF-traktaten.

Det britiske morselskapet *Cadbury Schweppes plc*, opprettet gjennom datterselskapet *Cadbury Schweppes Overseas Ltd* (også britisk), to indirekte eide irske datterselskaper. De irske selskapene hadde en konsernintern finansieringsfunksjon, og nøt godt av en skattesats på kun 10% i Irland. Valget av Irland som hjemstat for datterselskapene var utelukkende

²⁴ Se C-524/04.

²⁵ Se C-425/06.

motivert i ønsket om å nyte godt av det gunstige, irske skatteregimet, hvilket ikke synes omstridt.²⁶

Skattesaken som endte med behandling i EU-domstolen gjaldt inntektsåret 1996, hvor det britiske morselskapet ble beskattet for overskuddet i det ene irske datterselskapet (det andre hadde underskudd). De britiske CFC-reglene slo inn fordi datterselskapet ble skattlagt på et nivå som var lavere enn $\frac{3}{4}$ av det britiske nivået.

4.2.2 Problemstillingene

Spørsmålet for EU-domstolen var om de britiske CFC-reglene var i strid med EF-traktatens bestemmelser om etableringsretten og om fri bevegelighet av kapital. Domstolen begrenset imidlertid behandlingen til kun å vurdere CFC-reglene i lys av reglene om etableringsretten, under henvisning til at ved eierskap av et selskap i en annen medlemsstat hvor det er ”mulighet for at udøve en vis indflydelse på beslutningene i dette selskab og for at træffe afgjørelse om selskabets drift”, er forholdet omfattet av reglene om fri etablering.²⁷

Saken reiste følgende tre hovedproblemstillinger:

- 1) Hvorvidt det innebærer misbruk av etableringsretten å velge å etablere seg i en annen medlemsstat utelukkende for å nyte godt av et gunstig skatteregime. Med andre ord: Gjelder etableringsretten også hvor etableringen bare har til formål å spare skatt?
- 2) Hvorvidt de britiske CFC-reglene skal anses som en restriksjon/diskriminering (forutsatt at etableringsretten gjelder).
- 3) Hvorvidt restriksjonen/diskrimineringen kan rettfærdiggjøres (forutsatt at det foreligger en restriksjon/diskriminering).

²⁶ Jf Cadbury Schweppes premiss 18.

²⁷ Jf Cadbury Schweppes premiss 33.

Spørsmålet om hvorvidt det innebærer misbruk av etableringsretten å velge å etablere seg i en annen medlemsstat utelukkende for å nyte godt av et gunstig skatteregime, er en selvstendig problemstilling som jeg vektlegger lite i det følgende. Hvorvidt det foreligger en restriksjon, og om denne i så fall kan rettferdiggjøres, kan anses som to sider av samme problemstilling. Hovedvekten i denne delen av oppgaven ligger på problemstilling tre i listen ovenfor, altså hvorvidt det er adgang til å rettferdiggjøre en restriksjon begrunnet i hensynet til å forebygge omgåelse og unndragelse.

4.2.3 Rettens vurdering

4.2.3.1 Foreligger det misbruk av etableringsretten?

EU-domstolen kommer for det første til at å etablere datterselskaper i Irland utelukkende for å nyte godt av det gunstige skatteregimet der, ikke i seg selv innebærer misbruk av etableringsretten.²⁸ Dette gjelder enten det er tale om en fysisk eller en juridisk person.²⁹

Retten starter riktignok med å presisere at forsøk på å unngå nasjonal lovgivning gjennom misbruk av traktaten ikke er akseptabelt, se dommens premiss 35: “[Medlemslandene] kan ikke på svingagtig vis eller med henblikk på misbruk gjøre fællesskabsbestemmelserne gældende”. Men videre legger den til grunn at å søke å oppnå skattefordeler som andre medlemsland tilbyr, ikke i seg selv kan medføre at etableringsretten ikke gjelder, se dommens premiss 37: ”Hvad angår etableringsfriheden har Domstolen allerede fastslået, at den omstændighed, at et selskab er blevet opprettet i en medlemsstat med det formål at drage fordel af en mere fordelagtig lovgivning, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger misbruk af denne frihed”. Denne vurderingen er i samsvar med resultatet i Centros-saken,³⁰ der domstolen uttalte at det ikke kunne være misbruk av etableringsretten å etablere et selskap der de selskapsrettslige reglene var minst byrdefulle, og deretter opprette filialer i andre stater og drive all virksomheten gjennom disse filialene, se premiss 27:

²⁸ Jf Cadbury Schweppes premiss 37-38.

²⁹ Jf EFT art 48, jf Cadbury Schweppes premiss 36.

³⁰ Jf C-212/07.

”Retten til at stifte et selskab i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og at opprette filialer i andre medlemsstater er således inden for et enhedsmarked et led i udøvelsen af den etableringsfrihed, der er garantert af traktaten.”

Ved første øyekast kan det virke som om domstolen i premiss 36 og 37 motsier sin egen formulering i premiss 35. Men trolig må utsagnene tolkes slik at det som behandles i premiss 36 og 37, nemlig å søke å oppnå skattefordeler som andre medlemsstater tilbyr, ikke skal anses som handlinger som på ”svigagtig vis eller med henblikk på misbruk” utnytter etableringsfriheten. Det er antagelig bare mer utspekulerte ting som faller inn under det domstolen anser som misbruk av etableringsretten.

4.2.3.2 Foreligger det en restriksjon?

Domstolen går så over til å vurdere om det foreligger en restriksjon. Også reglenes diskriminerende karakter blir trukket inn, som en side av samme sak. Retten begynner med å påpeke at det er fast rettspraksis at selv om inntektsbeskatning faller innenfor medlemsstatens kompetanse, må myndigheten utøves ”under overholdelse af fællesskabsretten”.³¹

I premiss 43 starter domstolen med å konstatere at det er ubestridt i den foreliggende sak at CFC-reglene innebærer en forskjellig behandling av hjemmehørende selskaper avhengig av beskatningsnivået i landet hvor CFC-selskapet er etablert. Når et hjemmehørende selskap har opprettet et CFC-selskap i et lavskatteland henføres CFC-selskapets overskudd til morselskapet, som i sin tur beskattes løpende. Er datterselskapet derimot etablert i UK eller i et annet høyskatteland, slår de britiske CFC-reglene ikke inn, og morselskapet blir således ikke løpende skattlagt for datterselskapets overskudd.³² Domstolen konstaterer kort i premiss 45 at denne forskjellsbehandlingen innebærer en skattemessig ulempe for morselskaper som er omfattet av CFC-lovgivningen. Selv om man, som medlemsstatene anførte, tar hensyn til at CFC-reglene muligens ikke medfører en høyere beskatning av konsernet sam-

³¹ Jf Cadbury Schweppes premiss 40.

³² Jf Cadbury Schweppes premiss 44.

let enn om datterselskapet var etablert i UK, endrer ikke dette det faktum at CFC-reglene medfører at morselskapet beskattes for overskudd i en annen juridisk enhet. Dette blir imidlertid ikke tilfelle for et morselskap som har et datterselskap i UK, eller hvis datterselskapet er etablert i et høyskatteland.³³ Det ser etter dette ut som om domstolen legger avgjørende vekt på at morselskapet blir hardere skattlagt, og ikke på effekten for mor og datter under ett.

EU-domstolen kommer derfor til at de britiske CFC-reglene er diskriminerende og en hindring for etableringsfriheten, ved at de gjør det mindre gunstig for hjemmehørende selskaper å opprette, erverve eller opprettholde et datterselskap i et lavskatteland.³⁴ Det foreligger etter dette en restriksjon.

4.2.3.3 Kan restriksjonen rettfærdiggjøres?

Neste vurdering for EU-domstolen er om restriksjonen likevel kan rettfærdiggjøres, begrunnet i allmenne hensyn. Det er særlig dette som er relevant for oppgavens problemstilling. Den domstolskapte læren om allmenne hensyn innebærer en begrensning i den frie etableringsretten,³⁵ og det er en rekke hensyn som kan være "allmenne hensyn". For å kunne rettfærdiggjøre restriksjoner basert på læren om allmenne hensyn må imidlertid visse vilkår være oppfylt. For det første må begrunnelsen for restriksjonen være "relevant", det vil si at begrunnelsen må være av en slik art at det overhodet er aktuelt å akseptere den som et tvingende allment hensyn. For det andre må tiltaket som iverksettes for å ivareta det relevante hensynet være egnet til å oppnå sitt formål. Og for det tredje må tiltaket være proporsjonalt, det vil si ikke mer inngripende enn nødvendig for å nå formålet.

³³ Jf Cadbury Schweppes premiss 45.

³⁴ Ja Cadbury Schweppes premiss 46.

³⁵ EØS-rett (2004) s. 410.

4.2.3.3.1 Relevansvurderingen

Medlemsstatene, med den britiske regjeringen i spissen, anfører at CFC-reglene kan opprettholdes basert på at de har som formål å forhindre skatteomgåelse. Nærmere bestemt å hindre at hjemmehørende selskaper kunstig ”overfører” fremtidig inntekt som er opptjent etter at CFC-selskapet er etablert og inntektskildene er overført til dette.³⁶

Før domstolen konkret går i gang med å vurdere om det påberopte hensynet er relevant, innleder den med å oppstille to generelle utgangspunkter utviklet gjennom praksis:

- 1) Såkalt kompenserende beskatning vil aldri være et relevant hensyn, og kan derfor ikke rettferdiggjøre en begrensning i den frie etableringsretten. Fordeler ved lav beskatning i ett medlemsland, kan ikke motvirkes med høyere beskatning i hjemlandet på andre selskaper i konsernet (typisk morselskapet).³⁷
- 2) At det blir etablert sekundære selskaper, slik som et datterselskap, i en annen stat kan ikke medføre en generell antagelse om at etableringen er begrunnet i skatteomgåelse, og dermed rettferdiggjøre tiltak i strid med etableringsfriheten.³⁸

Derimot presiserer retten i premiss 51 at det er etablert praksis at nasjonal lovgivning som begrenser etableringsfriheten kan være begrunnet dersom den rammer rent kunstige arrangementer med formål å omgå den gjeldende medlemsstat lovgivning: ”En national foranstaltning, der begrænser etableringsfriheden, kan derimot være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå den pågjældende medlemsstats lovgivning” (min understrekning). Dette er, som EU-domstolen kommenterer, i tråd med en rekke tidligere dommer. I den engelske versjonen av dommen lyder formuleringen: ”wholly artificial arrangements”. Spørsmålet i Cadbury Schweppes-saken er hvordan dette synspunktet skal anvendes i det foreliggende tilfellet.

³⁶ Jf Cadbury Schweppes premiss 48.

³⁷ Jf Cadbury Schweppes premiss 49.

³⁸ Jf Cadbury Schweppes premiss 50.

Domstolen er av den oppfatning at ved vurderingen av den skattepliktige persons adferd må det særlig tas hensyn til formålet med etableringsfriheten.³⁹ Dette formålet er å gi fellesskapsborgere mulighet til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen på en stabil og vedvarende måte, og få fordelene dette medfører.⁴⁰ I relasjon til dette integrasjonsformålet uttaler retten at begrepet ”etablering”, som omhandlet i traktatens bestemmelser vedrørende etableringsfriheten, forutsetter at det rent faktisk utøves ervervs-messig virksomhet ved hjelp av en fast innretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angitt tidsrom.⁴¹

Retten konkluderer, på bakgrunn av dette, med at hensynet til å hindre bruk av ”rent kunstige arrangementer” / ”wholly artificial arrangements” er legitimt, og kan begrunne en innskrenkning av etableringsfriheten dersom de øvrige vilkårene er oppfylt.⁴²

4.2.3.3.2 Egnethetsvurderingen

Videre går domstolen over til å vurdere om de britiske CFC-reglene er egnet til å oppnå sitt formål. Retten konstaterer kort at dette er tilfellet.⁴³ CFC-reglene slår inn hvor et kontrollert datterselskap er etablert i en medlemsstat hvor skattenivået er under $\frac{3}{4}$ av det britiske nivået. Ved å inkludere datterselskapets overskudd i morselskapets beregningsgrunnlag i Storbritannia, gjør CFC-reglene det mulig å forhindre selskapsorganiseringer som ikke har noe annet formål enn å unngå skattebelastning i hjemstaten.

³⁹ Jf Cadbury Schweppes premiss 52.

⁴⁰ Jf Cadbury Schweppes premiss 53.

⁴¹ Jf Cadbury Schweppes premiss 54.

⁴² Jf Cadbury Schweppes premiss 55.

⁴³ Jf Cadbury Schweppes premiss 58 og 59.

4.2.3.3.3 Proporsjonalitetsvurderingen

Det avgjørende for om CFC-reglene kan opprettholdes i hensynet til å unngå skatteomgåelser, er etter dette hvorvidt de er proporsjonale.⁴⁴ Domstolen bemerker først at det er gjort mange spesifikke unntak fra de britiske CFC-reglene i visse situasjoner hvor eksistensen av et fullstendig kunstig, skattemotivert arrangement kan utelukkes. De britiske CFC-reglene gjelder altså ikke i alle situasjoner, i motsetning til de norske NOKUS-reglene som ikke har et slikt begrenset anvendelsesområde. EU-domstolen overlater til den britiske domstolen å avgjøre konkret hvorvidt CFC-reglene er proporsjonale. Den trekker imidlertid opp noen bindende retningslinjer. To vilkår må være oppfylt for at forskjellsbehandling skal kunne rettfærdiggjøres ut fra hensynet til å hindre skatteunngåelse:

- 1) Et subjektivt element: Det må foreligge et motiv om å omgå nasjonale skatteregler.⁴⁵
- 2) Et objektivt element: Målet med etableringsfriheten (å gi fellesskapsborgere mulighet til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen på en stabil og vedvarende måte) må ikke være reelt nådd, selv om betingelsene formelt er oppfylt.⁴⁶ CFC-beskatning må med andre ord være utelukket dersom etableringen av CFC-selskapet tilsvarer en økonomisk realitet.⁴⁷

Oppgaven min vil i det følgende omhandle hva som ligger i vilkåret om at selskapet må være et ”rent kunstig arrangement”/”wholly artificial arrangement”, altså hva som ligger i kravet til reell substans.

⁴⁴ Jf Cadbury Schweppes premiss 60-75.

⁴⁵ Jf Cadbury Schweppes premiss 62.

⁴⁶ Jf Cadbury Schweppes premiss 64.

⁴⁷ Jf Cadbury Schweppes premiss 65.

4.3 Substanskravet – ”Rent kunstig” / ”Wholly artificial”

4.3.1 Det subjektive vilkåret

Domstolen i Cadbury Schweppes-saken bruker ikke mye plass på å redegjøre for hva den mener ligger i det subjektive vilkåret. I premiss 62 uttaler domstolen kort at CFC-beskatningen ikke kan gjennomføres dersom opprettelsen av CFC-selskapet og dettes virksomhet oppfyller den såkalte motivtesten. Domstolen oppstiller to betingelser for å bestå testen:

- 1) Det hjemmehørende selskapet kan godtgjøre at skattefordelene som oppnås ved transaksjoner mellom dette selskapet og CFC-selskapet ikke var hovedformålet, eller et av hovedformålene, med disse transaksjonene.
- 2) Det hjemmehørende selskapet kan godtgjøre at skattefordelen ikke var hovedformålet, eller et av hovedformålene, ved etableringen av CFC-selskapet.

Domstolen skiller altså mellom transaksjonene og etableringen, slik at motivtesten bare er oppfylt dersom ingen av de to omstendighetene hovedsakelig var motivert av å spare skatt. Hvorfor EU-domstolen gjør dette skillet er ikke lett å forstå ut fra premiss 62. Den gir ingen begrunnelse. Det kan stilles spørsmål ved om det strengt tatt er to selvstendige vilkår, eller om de skal vurderes under ett. Leser man domstolens uttalelse bokstavelig innebærer den at dersom etableringen var skattemotivert, men ikke den enkelte transaksjon, kan det likevel være tale om et rent kunstig arrangement, og omvendt. Norske myndigheter ser ut til å legge til grunn at det først og fremst er formålet med etableringen som er det vesentlige, jf blant annet Meld. St.11 (2010-2011), BFU 6/11 og BFU 5/12, som alle gir uttrykk for at så lenge det ikke har vært noen skattemessige fordeler ved etableringen, er det vanskelig å konkludere med at det foreligger skatteomgåelsesmotiv. Jeg vil komme tilbake til disse uttalelsene i oppgavens punkt 5.3. Med tanke på at det ofte ikke vil være noen forskjell på formålet ved etableringen og formålet på et senere tidspunkt, kan det tenkes at det er formålet ved etableringen som må fremstå som det mest sentrale.

4.3.2 Det objektive vilkåret

EU-domstolen uttaler i Cadbury Schweppes-saken premiss 65 at det er en betingelse for at CFC-lovgivningen skal være i samsvar med EU-retten at beskatning ikke gjennomføres når opprettelsen av CFC-selskapet svarer til en økonomisk realitet, uansett om det foreligger skattemessig motiv: ”Det er således en betingelse for, at CFC-lovgivning er forenelig med fællesskabsretten, at den beskatning, der er foreskrevet i denne lovgivning, skal være udelukket, når opprettelsen af CFC-selskabet svarer til en økonomisk realitet, uanset at der foreligger skattemæssige bevæggrunde.” Denne opprettelsen skal svare til en reell etablering, ”der faktisk har til formål at udøve økonomisk virksomhed” i vertsmedlemsstaten i samsvar med etableringsrettens formål.⁴⁸ For å være i samsvar med EU-retten kan derfor ikke CFC-beskatning gjennomføres dersom det foreligger reell etablering og aktivitet. En stor del av oppgaven går i det følgende ut på å redegjøre for hva som ligger i disse vilkårene.

Vurderingen av hvorvidt det foreligger reell etablering og aktivitet skal baseres på objektivt konstaterbare forhold, jf Cadbury Schweppes-saken premiss 67: ”... dette [skal] konstateres på grundlag av objektive omstændigheder...”, som kan etterprøves av tredjemann. Domstolen gir en anvisning på hvilke objektive forhold som kan inngå i denne vurderingen, man skal blant annet ta hensyn til ”graden af CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr”. Det skal altså blant annet legges vekt på om datterselskapet har egne lokaler, eget personale og egne driftsmidler.

Domstolen presiserer i neste premiss at dersom prøvelsene av disse objektivt konstaterbare forholdene fører til den konklusjon at CFC-selskapet tilsvarende en fiktiv etablering, som ikke utøver noen faktisk økonomisk virksomhet, så skal opprettelsen av CFC-selskapet anses for

⁴⁸ Jf Cadbury Schweppes premiss 66.

å utgjøre et rent kunstig arrangement, et ”wholly artificial” arrangement. Retten legger til grunn at dette blant annet vil være tilfelle for ”postkasse”- eller ”skjerm”-selskaper.⁴⁹

Leser man dommens premiss 67 og 68 i sammenheng, kan det virke som om retten er av den oppfatning at et selskap som ikke har egne lokaler, eget personale eller egne driftsmidler automatisk er et postkasseselskap. Men domstolens uttalelse angående postkasseselskaper kan neppe tolkes absolutt. Formuleringen lyder (min understrekning) ”Dette kunne bl.a. være tilfælde for et datterselskap, som er et ”postkasse”- eller ”skjerm”-selskap”. Ordlyden isolert sett taler i retning av at et ”postkasse”-selskap er et eksempel fra domstolens side, og ikke selve kriteriet. Dommen må trolig også leses i lys av at saken dreide seg om operative selskaper, der man forventer å finne lokaler, personale og driftsmidler, og kan ikke forstås som uttømmende. Det må imidlertid være på det rene at proforma selskaper er kunstige arrangementer,⁵⁰ men et postkasseselskap kan derimot være gyldig nok, så grensen kan ikke trekkes her. Det virker som om domstolen legger vesentlig vekt på om formålet med etableringsfriheten er ivaretatt. Den uttaler i premiss 54 at det kreves at det ”rent faktisk udøves erhvervmæssig virksomhed” ved hjelp av en fast innretning i et ikke nærmer angitt tidsrom. Så postkasseselskaper kan ikke uten videre aksepteres som et selskap uten substans, det må foretas en konkret vurdering av om selskapet rent faktisk utøver virksomhet, på samme måte som for alle andre selskaper og innretninger.

EU-domstolens uttalelse om postkasseselskaper har blitt kritisert av professor Aage Michelsen i artikkelen *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrepet i EU-retten*.⁵¹ Det kan virke som han leser dommen slik at det er hvorvidt et selskap er et postkasseselskap eller ei som er avgjørende ved vurderingen av om substanskravet er oppfylt. Han er av den oppfatning at domstolens vurderingstema blir for intetsigende og upresist, slik at medlemsstatene har for stor frihet i sin tolkning. Han mener det ikke er noen selvfølge at begrepet ”postkasse-

⁴⁹ Jf Cadbury Schweppes premiss 68.

⁵⁰ Se Marie Jørgensen og Søren Hansen (2006).

⁵¹ Aage Michelsen (2008) s. 244.

selskap” brukes på samme måte i alle medlemsstatene, slik at tolkningen av innholdet av substanskravet i den EU-rettslige omgåelsesnormen kan variere betydelig fra stat til stat. At uttrykket ”postkasse”-selskap kan innebære mye forskjellig kan i og for seg være verdt å merke seg, men slik jeg leser EU-domstolens avgjørelse er dette likevel ikke av avgjørende betydning fordi postkasseselskaper bare er eksempler på når et selskap kan mangle reell substans.

Essensen i domstolens konklusjon er at skattestrukturering som medfører overføring av fremtidig inntekt fra høyskatteland til lavskatteland er helt legitimt, så fremt flyttingen er reell. Dette innebærer at EU-/EØS-stater ikke kan bekjempe skatteomgåelse på generelt grunnlag gjennom anvendelse av sjablongmessige CFC-regler som også rammer situasjoner som ikke kan betraktes som ”rent kunstige arrangementer, der har til formål er at undgå den normalt skyldige nationale skatt”.⁵²

⁵² Jf Cadbury Schweppes domslutning.

5 Er de norske reglene i overensstemmelse med EØS-retten?

5.1 Innledende bemerkninger

Departementet uttaler i forarbeidene til innføringen av EØS-unntaket at de dagjeldende NOKUS-reglene etter deres syn ikke oppfylte kravene som EU-domstolen oppstilte i Cadbury Schweppes-dommen.⁵³ Finansdepartementet presiserer i forarbeidene at EU-domstolen ikke gir direkte anvisning på hvordan CFC-reglene skal være utformet for å være i samsvar med EU/EØS-retten, men departementet er av den oppfatning at dommen lest i sammenheng med generaladvokatens innstilling av 2. mai 2006 gir relativt klare retningslinjer. Videre uttaler de: ”Ved at NOKUS-reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene.”

Departementet kom til at NOKUS-reglene burde videreføres, men med en begrensning i virkeområdet for utenlandske selskaper mv. som er ”reelt etablert” i en EØS-stat og ”driver reell økonomisk aktivitet” i etableringsstaten. Lovens formulering av substanskravet i sktl § 10-64 (1) b ligger nær opp til EU-domstolens uttalelse i Cadbury Schweppes-saken, der det som sagt blant annet heter at utøvelsen av den frie etableringsretten er til hinder for CFC-beskatning av selskaper som ”reelt er etablert” og ”dér faktisk udøver økonomisk virksomhed.”⁵⁴

⁵³ Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.

⁵⁴ Jf Cadbury Schweppes domslutning.

5.2 Det objektive vilkåret – Reelt etablert og driver økonomisk virksomhet

Forarbeidene til de norske NOKUS-reglene oppstiller retningslinjer for hva som ligger i vilkårene om ”reelt etablert” og ”driver reell økonomisk aktivitet”.⁵⁵ Momentene fra Cadbury Schweppes-saken blir gjentatt, samtidig som det blir oppstilt flere andre momenter:

For at etableringen og virksomheten skal anses reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.

Som Finansdepartementet presiserer i forarbeidene skal det foretas en konkret helhetsvurdering. Oppgaven min vil i det følgende gå ut på å analysere de enkelte momentene i denne helhetsvurderingen. Forarbeidene oppstiller langt flere momenter enn det som fremkommer av Cadbury Schweppes-saken. Spørsmålet blir derfor om forarbeidene skal leses som eksempler på slike objektivt konstaterbare forhold som domstolen krever, altså presiseringer av domstolens kriterier som kanskje skal godtas, eller om forarbeidene oppstiller utvidende betingelser for at et selskap skal anses å ha substans, noe som i så fall antagelig medfører at de norske reglene ikke er i overensstemmelse med EØS-retten.

⁵⁵ Jf Ot. prp. nr 1 (2007-2008) punkt 14.4.1. avsnitt 5.

Forarbeidene viser til at Cadbury Schweppes-avgjørelsen sett i sammenheng med Generaladvokatens forslag til avgjørelser gir relativt klare holdepunkter for hva som ligger i substanskravet. Det er derfor naturlig å se EU-domstolens avgjørelse og Generaladvokatens forslag til avgjørelse under ett når dette skal sammenlignes med det norske regelsettet. Dette reiser imidlertid spørsmål om hvilken vekt Generaladvokatens forslag til avgjørelse har som rettskilde. Dette vil jeg ta for meg i oppgavens punkt 5.4, etter at jeg har redegjort for i hvilken grad Finansdepartementet faktisk har brukt forslaget. På denne måten blir det lettere å se om det i forarbeidene er lagt for stor vekt på Generaladvokatens forslag, slik noen kritikere hevder.

Jeg tar i det følgende utgangspunkt i forarbeidenes retningslinjer, for så å holde dem opp mot Cadbury Schweppes-saken og Generaladvokatens forslag til avgjørelse, og vurderer hvorvidt det kan sies å foreligge motstrid.

5.2.1 Driftsselskaper

5.2.1.1 "Reelt etablert"

5.2.1.1.1 Er forarbeidenes krav om at selskapet skal disponere over lokaler, inventar og utstyr i overensstemmelse med EØS-retten?

Forarbeidene uttaler for det første at relevante momenter ved substansvurderingen er om selskapet "disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten...".⁵⁶ Noen nærmer presisering av graden av slik eksistens blir ikke gitt, annet enn det generelle utgangspunktet om at selskapet gjennom sin virksomhet må delta på en "fast og varig" måte i etableringsstatens næringsliv.

EU-domstolens formulering på dette punkt er også relativt vid. I premiss 67 uttaler den at momenter ved substansvurderingen blant annet er: "graden av CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, ... og utstyr". Generaladvokaten uttaler i forslag til avgjø-

⁵⁶ Jf Ot.prp. nr1 (2007-2008) punkt 14.4.1.

relse punkt 112 at hvorvidt et selskap rent faktisk er etablert i vertsstaten, beror på en vurdering av om datterselskapet blant annet råder over lokaler og det nødvendige utstyr. Som vi ser er det heller ikke i Cadbury Schweppes-saken eller Generaladvokatens forslag til avgjørelse forsøkt å gi noen retningslinjer for hvor mye som kan kreves med hensyn til lokaler og utstyr for at substanskriteriet skal være oppfylt.

Spørsmålet er om forarbeidenes krav om at selskapet skal disponere over lokaler, inventar og utstyr er i overensstemmelse med EØS-retten.

Når det kommer til kravet om at selskapet skal disponere over *lokaler og utstyr* kan det kort slås fast at det ikke foreligger motstrid mellom de norske reglene og EØS-retten. Både forarbeidene og Cadbury Schweppes/Generaladvokatens forslag til avgjørelse angir dette som et moment uten noen nærmere presisering av hva som kreves. Det må da bli opp til de nasjonale domstolene å praktisere dette kravet. Riktignok uttaler Generaladvokaten i forslag til avgjørelse at det bare kreves ”det nødvendige” utstyr, en formulering vi ikke kan finne igjen i forarbeidene til skatteloven. Gode grunner taler imidlertid for at det tilsvarende gjelder også etter de norske forarbeidene. Å kreve mer enn det nødvendige utstyret er ulogisk. Det kan stilles spørsmål ved om dette innebærer at skattyter ikke kan kreve at det blir lagt vekt på utstyr som er unødvendig for driften. Dette er ikke avgjort, men mye taler for at skattyter ikke kan skaffe seg substans ved innkjøp av utstyr som overhodet ikke er nødvendig for driften. Det avgjørende må være hvorvidt det nødvendige utstyret faktisk foreligger, slik at virksomheten kan driftes.

Når det derimot kommer til kravet i forarbeidene om at selskapet skal disponere over *inventar*, er det mulig dette stiller seg noe annerledes. EU-domstolen har ikke nevnt dette momentet spesifikt, og det har heller ikke Generaladvokaten i hans forslag til avgjørelse. Men domstolen i Cadbury Schweppes-saken uttaler at vurderingen skal gjøres på bakgrunn av objektivt konstaterbare forhold, basert på ”bl.a” eksistensen av lokaler og utstyr. Spørsmålet blir om forarbeidenes krav til ”inventar”, kan anses som et slikt annet objektivt kons-

taterbart forhold som EU-domstolen legger opp til at kan vektlegges ved substansvurderingen.

Det kan i det hele tatt stilles spørsmål ved hva som er forskjellen mellom utstyr og inventar. Etter en vanlig språklig forståelse er utstyr og inventar nærmest å regne som synonymer, eventuelt kan man si at inventar er én type utstyr, på samme måte som driftsmidler er en annen type utstyr. Mye kan etter dette tale for at forarbeidenes krav til inventar kun er en presisering av EU-domstolens vurderingstema. Jeg vil derfor komme til at Finansdepartementets uttalelse om krav til inventar ikke er i strid med EØS-retten, men kun en presisering som må godkjennes.

Konklusjonen blir etter dette at forarbeidenes krav om at selskapet skal disponere over lokaler, inventar og utstyr er i overensstemmelse med EØS-retten.

5.2.1.1.2 Er forarbeidenes krav om at selskapet skal ha fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten i overensstemmelse med EØS-retten?

Forarbeidene legger videre til grunn at det er relevant hvorvidt ”selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger.”

Ordlyden i Cadbury Schweppes-saken er mye snauere og uttaler kun at ”graden av CFC-selskabets fysiske eksistens med hensyn til ... personale” er av betydning ved substansvurderingen.⁵⁷ Ved første øyekast ser det ut som om departementet går mye lengre i å lage detaljerte retningslinjer enn det EU-domstolen legger opp til. Dette reiser problemstillingen om hvorvidt forarbeidenes krav om at selskapet skal ha fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten er i overensstemmelse med EØS-retten.

⁵⁷ Jf Cadbury Schweppes premiss 67.

Leser man derimot Cadbury Schweppes-saken i sammenheng med Generaladvokatens forslag til avgjørelse, stiller saken seg noe annerledes. Generaladvokaten går på dette punktet lenger enn EU-domstolen.⁵⁸ Det uttales at personales kompetanse i datterselskapet skal undersøkes i forhold til de tjenestene som ytes og det skal undersøkes hvilket nivå beslutningene treffes på. ”Hvis datterselskapet f.eks. viser seg kun at være et redskap til utførelse af beslutninger, fordi de beslutninger, som kræves i forbindelse med udførelsen af de tjenesteydelser, der betales for, træffes på et andet niveau, er det også begrundet at anse disse tjenesteydelsers tilknytning til værtsstatens skattekompetence for et rent fiktivt arrangement.”

Det kan kort konstateres at både forarbeidene og Cadbury Schweppes stiller krav til at selskapet i etableringsstaten *skal ha ansatte*. EU-domstolen bruker formuleringen ”personale”, mens forarbeidene bruker formuleringen ”øvrige ansatte”. Etter en ren språklig forståelse synes jeg ikke det skal tillegges noen betydning at ordvalget er forskjellig. Personale og ansatte er i mine øyne synonyme som brukes om hverandre i dagligspråket, og forarbeidenes krav om at selskapet skal ha ansatte i etableringsstaten må være uproblematisk.

Hvor mye som skal til for å oppfylle kravet om at selskapet skal ha ansatte i etableringsstaten er ikke avklart. Det er klart at det kreves minst én ansatt. Vurderingstemaet blir om ytterligere arbeidskraft kan leies inn, fremfor å bli ansatt. Dette må trolig bero på en konkret vurdering av hva som er hensiktsmessig og vanlig i den type virksomhet som drives. Man kan for eksempel ha ansatte til administrasjon og prosjektstyring, mens selve produksjonen er satt bort til innleide entreprenører. Dette vil etter min mening antagelig oppfylle substanskravet etter både EØS-retten og de norske reglene. Men de ansatte må trolig ha oppgaver som er av relevans for virksomheten. Dersom de formelt er ansatt i CFC-selskapet, men kun har arbeidsoppgaver som knytter seg til morselskapets aktiviteter, stiller jeg meg skeptisk til om dette er tilstrekkelig til å oppfylle substanskravet.

⁵⁸ Jf Generaladvokatens forslag til avgjørelse punkt 113.

I artikkelen ”NOKUS-beskatning av selskaper innenfor EØS-området” fra 2007 virker det som om Kari Dyrhaug og Gjert Melsom tar et annet standpunkt når det kommer til innleid arbeidskraft. De mener at det etter forarbeidenes formulering ikke nødvendigvis er noe krav om at selskapet må utføre aktiviteten selv, det er tilstrekkelig at de leier inn kompetanse. Derimot er de av den oppfatning at det etter Cadbury Schweppes-saken antagelig kreves at virksomheten må drives av egne ansatte i selskapet, slik at et selskap som kun leier inn eksternt hjelp ikke vil oppfylle kravet. Jeg stiller meg kritisk til denne vurderingen av forholdet mellom EØS-retten og de norske reglene, og kan som sagt ikke se at vurderingstemaet blir forskjellig.

Jeg vil etter dette komme til at det ikke foreligger motstrid mellom forarbeidenes krav om at selskapet skal ha ”ansatte” og EU-domstolens krav om at selskapet skal ha ”personale”. Hvor mye som kreves for å oppfylle dette kravet er imidlertid ikke avklart.

Forarbeidene oppstiller noen tilleggsmomenter som vi ikke finner i Cadbury Schweppes. Det kreves at de ansatte som driver selve virksomheten har tilstrekkelige *kvalifikasjoner og kompetanse*. Kravet til fullmakt og at det treffes relevante beslutninger må trolig tilordnes krav på ledernivå, selv om dette ikke fremkommer direkte av ordlyden i forarbeidene. Riktignok kan mange nedover i stillingshierarkiet ha stillingsfullmakt, men det er fremdeles mindre praktisk for ansatte (utenom daglig leder som jeg anser som en del av ledelsen) å treffe beslutninger som krever fullmakt enn det er for ledelsen. Spørsmålet blir derfor om kravet til at de ansatte skal ha tilstrekkelige kvalifikasjoner og kompetanse er i tråd med EØS-retten.

Cadbury Schweppes-avgjørelsen er som sagt taus. Men Generaladvokaten uttaler i forslag til avgjørelse at det skal foretas en vurdering av personalets kompetanse i forhold til de tjenestene som utføres. At forarbeidene stiller krav til kompetanse og kvalifikasjoner, mens Generaladvokaten kun omtaler kompetanse, kan ikke være tilstrekkelig til å konstatere motstrid. ”Kompetanse” og ”kvalifikasjoner” må kunne anses som synonyme. Dersom du

har tilstrekkelige kvalifikasjoner vil du være kompetent, så hvorfor Finansdepartementet har valgt å ta inn begge formuleringene i forarbeidene er ikke godt å si. Generaladvokaten presiserer også at vurderingen av kompetanse skal skje i forhold til de arbeidsoppgaver som skal utføres. Dette er ikke uttrykkelig uttalt i forarbeidene, men det må trolig ligge som en forutsetning bak formuleringen. Det vil være umulig å vurdere kompetanse hvis man ikke skal vurdere personens kvalifikasjoner sett opp mot de arbeidsoppgavene som skal utføres.

Det kan etter dette konkluderes med at forarbeidene er i overensstemmelse med Generaladvokatens forslag til avgjørelse når det kommer til krav om ansatte og deres kvalifikasjoner. Jeg legger her til grunn av Generaladvokatens forslag til avgjørelse gir uttrykk for gjeldende EU-rett på området, se oppgavens avsnitt 5.4. for en nærmere redegjørelse. Det foreligger etter dette ikke motstrid mellom forarbeidene og EØS-retten på dette punkt.

Når det kommer til forarbeidenes krav til *ledelse* er situasjonen noe annerledes. EU-domstolen nevner overhodet ikke at CFC-selskapet må ha en egen ledelse. Forarbeidene derimot oppstiller som krav at selskapet skal ha en fast ansatt ledelse, at ledelsen skal ha fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt at den faktisk treffer relevante beslutninger. Det kan kort konstateres at de norske forarbeidene her går lengre enn EU-domstolen i Cadbury Schweppes-saken, så spørsmålet blir om Generaladvokatens forslag til avgjørelse begrunner de norske reglene.

Generaladvokaten nevner ikke uttrykkelig noe krav til ledelse. Men han uttaler som nevnt i forslag til avgjørelse punkt 113 at dersom datterselskapet ikke har myndighet til selv å ta beslutninger om driften, men bare utfører sine oppgaver i samsvar med beslutninger tatt et annet sted, skal datterselskapet anses som et fiktivt arrangement. Generaladvokaten sier her indirekte at CFC-selskapet må ha en ledelse, og at denne ledelsen må ha fullmakt til å treffe beslutninger om driften av virksomheten. Derimot innebærer ikke uttalelsen nødvendigvis et krav om at ledelsen faktisk treffer relevante beslutninger, slik forarbeidene gjør. Men Generaladvokatens uttalelse innebærer at beslutningene faktisk ikke kan tas noe annet sted. Og dette må jo naturlig nok medføre at beslutninger som behøver å tas, må tas av ledelsen i

CFC-selskapet. Jeg vil derfor helle i retning av at de norske reglene heller ikke på dette punkt er i strid med EØS-retten.

Konklusjonen blir etter dette at forarbeidenes krav om at selskapet skal ha fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten er i overensstemmelse med EØS-retten.

5.2.1.2 "Driver reel økonomisk aktivitet"

5.2.1.2.1 Er forarbeidenes krav om at selskapet skal ha økonomisk substans, herunder påviselige inntekter fra egen virksomhet, i overensstemmelse med EØS-retten?

Videre oppstiller forarbeidene et krav om at selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Hva som ellers skal ligge i dette kravet om økonomisk substans blir ikke avklart i forarbeidene.

Cadbury Schweppes-saken oppstiller ikke noe tilsvarende presist vilkår. EU-domstolen uttaler bare generelt at det kreves at "der rent faktisk udøves erhvervsmæssig virksomhed".⁵⁹ Generaladvokaten legger heller ikke til grunn noe tilsvarende krav som forarbeidene oppstiller. Problemstillingen blir derfor om forarbeidenes krav om at selskapet skal ha økonomisk substans, herunder påviselige inntekter fra egen virksomhet, er i overensstemmelse med EØS-retten.

Rent språklig går de norske forarbeidene definitivt lengre enn det EØS-retten legger opp til. Spørsmålet er imidlertid hvordan dette stiller seg i praksis. EU-domstolen oppstiller også som vilkår at det skal drives reell økonomisk aktivitet for å oppfylle substanskravet. Problemstillingen blir således om det er mulig å oppfylle dette vilkåret uten å ha påviselige inntekter fra egen virksomhet.

⁵⁹ Jf Cadbury Schweppes premiss 66, jf premiss 54.

Forarbeidene oppstiller som vilkår at selskapet skal ha ”inntekter”. Dette må trolig tolkes som bruttoinntekter, ikke nettoinntekter. Altså oppstilles det antagelig ikke noe vilkår om at CFC-selskapet skal ha overskudd. Det er helt naturlig at selskaper går med underskudd fra tid til annen, ikke minst i en oppstartsfase. Men overskudd er noe helt annet enn inntekt. Kan man si at det drives reell økonomisk virksomhet uten at det kan påvises inntekter i CFC-selskapet, i hvert fall over noe tid? Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner kan man se for seg en slik situasjon, men dette skiller forarbeidene ut som et eget punkt og oppstiller egne kriterier for denne situasjonen. Så jeg forutsetter her at det dreier seg om CFC-selskaper som har andre transaksjoner enn rene konserninterne.

Man kan for eksempel se for seg en situasjon der CFC-selskapet er i en oppstartsfase. Selskapet har begynt produksjonen, men har ennå ikke kommet til salgsfasen. Selskapet vil således antagelig ikke ha noen inntekter. Kan man da si at det foreligger reell økonomisk virksomhet? Ja kanskje, fordi man kan argumentere for at virksomhet foreligger allerede på dette stadiet, når man legger til grunn et langsiktig perspektiv med forventede inntekter. Går det derimot flere år, og selskapet fremdeles ikke foretar et eneste salg og dermed ikke har noen inntekter, kan man da si at det foreligger reell virksomhet? Jeg vil være tilbøyelig til å besvare dette benektende. Ifølge Aarbakke skal virksomhet i norsk skatterett defineres som aktivitet med økonomisk karakter utøvet av skattyter.⁶⁰ I Ringnes-dommen er det antatt at det avgjørende er om aktiviteten ”objektivt sett er eget til å gi overskudd, om ikke i det år ligningen gjelder, så iallfall på noe lengre sikt”.⁶¹ Overskudd på lengre sikt forutsetter naturligvis inntekter. Når Finansdepartementet i Ot.prp. nr.1 (2007-2008) stiller som vilkår at det skal drives reell økonomisk virksomhet, har det formodningen for seg at det siktes til dette skatterettslige virksomhetsbegrepet. Presiseringen ”blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet” er dermed egentlig ikke noe tilleggsvilkår, kun en presisering av hva som ligger i virksomhetsbegrepet. Dersom selskapet aldri har noen inntekt vil dessuten hele CFC-opplegget være mindre interessant for skattyter.

⁶⁰ Jf Aarbakke, Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett (1967).

⁶¹ Jf Rt. 1985 s. 319.

Selv om forarbeidenes ordlyd går lengre enn EØS-retten, og ikke har noen direkte forankring i Cadbury Schweppes-saken, er jeg etter den foregående argumentasjonen ikke overbevist om at de norske reglene er i strid med EØS-retten når det kommer til kravet om økonomisk substans, herunder påviselige inntekter fra egen virksomhet. Men dette er ikke endelig avklart og må nok sies å være et åpent spørsmål.

Dersom man forutsetter at det skal oppstilles som vilkår for å statuere økonomisk aktivitet at CFC-selskapet har påviselige inntekter fra egen virksomhet, oppstår spørsmålet om hvor mye som skal kreves. Kreves det at *all* aktivitet utøves i etableringslandet? Etter min mening kan vilkåret neppe tolkes så strengt. Det avgjørende etter både EØS-retten og de norske reglene må trolig være om det er tilstrekkelig virksomhet igjen i etableringsstaten til at selskapet kan sies å drive reell økonomisk aktivitet der. Problemstillingen er omtalt av Snorre Farstad i artikkelen ”Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? Forholdet mellom EF-domstolens avgjørelse i Aberdeen og Cadbury Schweppes” fra 2010. Han kommer også til at ikke all økonomisk aktivitet trenger å utøves i etableringsstaten, men gjør ikke en nærmere vurdering av hvor grensen skal gå. Etter min mening må dette som sagt bero på en konkret vurdering.

Det er i juridisk teori ytret mye skepsis rundt vilkåret om økonomisk substans. I *Bedrift, selskap og skatt* uttales det blant annet at vilkåret om at ”selskapet må ha påviselige inntekter fra egen virksomhet”, mangler direkte forankring i Cadbury Schweppes-dommen. Forfatterne er derfor av den oppfatning at det ikke er klart om det kan kreves oppfylt.⁶²

Også Ole Gjems-Onstad er kritisk.⁶³ Han er generelt kritisk til hele Finansdepartementets formulering i forarbeidene. Han mener at FIN ligger farlig nær å beskrive hva som skal til

⁶² Se *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 419.

⁶³ Se Gjems-Onstad (2012) s. 1012.

for at et selskap skal anses som hjemmehørende i et land. I så fall blir det ikke noe skille mellom hva som skal til for at et selskap anses som hjemmehørende etter skatteavtalene, og hvorvidt det er faktisk etablert. Dette hadde vært en drømmesituasjon for skattyterne: Dersom man konstaterer at selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland ville det også alltid ha drevet tilstrekkelig reell virksomhet der. Dette hadde medført at alle CFC-selskaper hjemmehørende i EØS-stater hadde hatt tilstrekkelig substans etter sktl § 10-64 (1) b, slik at løpende beskatning av aksjonærene ikke kunne gjennomføres. Som Gjems-Onstad indikerer kan dette neppe ha vært Finansdepartementets intensjon.

5.2.1.2.2 Er forarbeidenes krav om at selskapets tjenester skal være nødvendige og faktisk skape merverdier for andre selskaper i konsernet, dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, i overensstemmelse med EØS-retten?

Finansdepartementet oppstiller til slutt et krav i forarbeidene om at dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.

Dette kravet kan ikke forankres i Cadbury Schweppes-saken. Generaladvokatens forslag til avgjørelse angir derimot graden av datterselskapets økonomiske verdi, sett i forhold til morselskapet og hele konsernet, som et moment ved substansvurderingen. Det fremkommer imidlertid at dette kun har relevans dersom det kan påvises at de tjenester som utføres i datterselskaper er helt uten økonomisk interesse i forhold til morselskapets virksomhet: ”Jeg finder dog dette kriterium relevant, for så vidt det kan give mulighed for at tage hensyn til den objektive situasjon, hvor de tjenesteydelser, som udføres af datterselskabet, er helt uden økonomisk interesse i forhold til moderselskabets virksomhet”.⁶⁴ Generaladvokatens krav har preg av å være en snever sikkerhetsventil, mens forarbeidene oppstiller et mye strengere krav. Dette reiser spørsmålet om forarbeidenes krav til at selskapets tjenester må være nødvendige og faktisk skape merverdier for andre selskaper i konsernet (når

⁶⁴ Jf Generaladvokatens forslag til avgjørelse punkt 114.

selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner) er i overensstemmelse med EØS-retten eller om Finansdepartementet går for langt.

Det er for så vidt forståelig at reglene er strengere når det kommer til selskaper som kun har en intern funksjon. Når CFC-selskapet ikke har inntekter, er det vanskeligere å påvise eksistensen av økonomisk aktivitet. Hadde det ikke vært oppstilt noe tilleggsvilkår for denne typen av selskaper, hadde man lett kunnet omgå reglene. EU-domstolen har motvirket dette ved å fastslå at selskapet ikke skal anses å ha substans dersom de tjenestene som utføres i datterselskapet er helt uten økonomisk interesse for morselskapet. Denne formuleringen ligger i utgangspunktet langt unna forarbeidenes formulering om at datterselskapenes tjenester må være nødvendige og skape merverdier for morselskapet. Forarbeidene oppstiller positive krav om at tjenestene må være nødvendige, mens EU-domstolen sier at det ikke er tilstrekkelig substans dersom tjenestene ikke har betydning, altså en slags negativ avgrensing. Hvor stor denne forskjellen derimot blir i praksis, beror på hvordan disse utgangspunktene nærmere presiseres.

Forarbeidene bruker formuleringen *merverdier*. Denne språklige formuleringen har ingen direkte støtte i verken Cadbury Schweppes eller Generaladvokatens forslag til avgjørelse. ”Merverdi” er imidlertid et uklart kriterium som er vanskelig å definere. Det kan godt tenkes at et CFC-selskap for eksempel blir brukt som et konserninternt finansieringsselskap, slik som i Cadbury Schweppes, uten at dette nødvendigvis medfører direkte merverdier for morselskapet. Men også i slike situasjoner vil det ofte være tale om en fordel for konsernet, og det vil som regel være med på å skape verdier selv om verdien ikke nødvendigvis kan leses ut av regnskapet som en inntekt. Et annet eksempel er at store konserner gjerne skiller ut deler av virksomheten i datterselskaper. Dette kan være praktisk i seg selv, blant annet på grunn av risikospredning, uten at det økonomisk skaper direkte inntekter. Men dersom man tolker begrepet ”merverdi” vidt, noe som kan være rimelig, kan også det å bli fritatt for risiko regnes som å skape verdi. Som vi ser er ”merverdi” et begrep det er vanskelig å definere presist, og Finansdepartementet har ikke gitt noen ytterligere retningslinjer for tolkningen. Dersom man tolker det å skape verdier vidt, vil forarbeidenes krav kanskje ikke

ligge så langt unna EU-domstolens vurdering. Hvordan tolkningen skal foretas er imidlertid ikke avklart, og hvorvidt de norske reglene er i overensstemmelse med EØS-retten på dette punktet er derfor et åpent spørsmål.

Forarbeidene oppstiller videre som krav at datterselskapets tjenester må være *nødvendige* for morselskapet. Også dette er et kriterium som er temmelig uklart. Ordlyden i seg selv skiller seg som sagt fra Generaladvokatens formulering, men det er ikke sikkert den praktiske situasjonen blir så veldig annerledes likevel. Generaladvokaten fastslår i forslag til avgjørelse at det ikke foreligger substans dersom tjenestene er helt uten økonomisk interesse for morselskapet. Det kan muligens argumenteres for at alle tjenester som ikke er helt uten økonomisk interesse for morselskapet, indirekte er nødvendige for dem. Men på den annen side kan det tenkes tilfeller der noe kan være hensiktsmessig, nyttig eller lignende, uten å være nødvendig. For eksempel å organisere virksomheten i flere datterselskaper for å spre risikoen. Dette kan ikke anses som nødvendig, men vil ofte være hensiktsmessig og nyttig. Dessuten kan det være gunstig overfor investorer at et konsern er delt opp i forskjellige selskaper, uten at dette kan anses som nødvendig for morselskapet. Jeg vil etter dette komme til at det foreligger motstrid mellom EØS-retten og de norske reglene på dette punkt. Dette burde imidlertid kunne løses ved en harmoniserende tolkning av de norske reglene ved at *nødvendig* ikke tolkes for strengt, slik at reglene kun rammer tjenester som er *helt uten økonomisk interesse* for morselskapet. Vi har så vidt meg bekjent ingen slike tolkningsuttalelser per dags dato.

Det har vært presisert og kritisert i juridisk teori at særlig dette vilkåret mangler direkte forankring i Cadbury Schweppes.⁶⁵ Dette kravet kan volde problemer spesielt for passive selskaper, som jeg skal komme tilbake til i oppgavens punkt 5.2.2.

⁶⁵ Jf Bedrift, selskap og skatt (2010) s. 419, Zimmer (2009) s. 336 og Gjems-Onstad (2012) s. 1012.

Frønsdal og Sanfelt uttaler blant annet i artikkelen ”Lovendringene vedr. SE-selskaper, NOKUS og fritaksmetoden” fra 2008 at de innførte innskrenkningene i fritaksmetoden ikke bare rammer skattemotiverte og kunstige arrangementer, men også normalt organisert næringsvirksomhet. De mener dette typisk kan bli tilfelle dersom forarbeidenes krav om at tjenestene må være nødvendige og skape merverdier får gjennomslag. Som sagt organiseres ofte virksomheten på en måte som en praktisk og skaper minst mulig risiko, uten at dette nødvendigvis har noen økonomisk gevinst der og da. Man kan i så fall diskutere om det å unngå et eventuelt fremtidig tap kan anses som en merverdi for morselskapet.

5.2.2 Passive selskaper

5.2.2.1 Innledende bemerkninger

De norske reglene ble endret basert på Cadbury Schweppes-saken som gjaldt et driftsselskap, og forarbeidene fra 2007-2008 tar ikke stilling til hvordan situasjonen blir for holdingsselskaper og andre passive selskaper. EU-domstolen gir i Cadbury Schweppes-saken heller ingen anvisning på hvordan de omtalte retningslinjene skal brukes for et passivt selskap. Kommisjonen uttaler i en meddelelse av 2007 at det ikke er sikkert hvordan de overnevnte kriteriene skal anvendes på for eksempel finanstjenester i et konsern og holdingselskaper, hvor aktiviteter normalt ikke krever vesentlig fysisk tilstedeværelse.⁶⁶

5.2.2.2 Hvordan skal forarbeidenes krav tolkes for passive selskaper?

Som nevnt oppstiller de norske forarbeidene krav om at CFC-selskapet skal disponere over lokaler, inventar og utstyr samt ha fast ansatt ledelse og øvrige ansatte for å være reelt etablert. Spørsmålet her blir hvordan innholdet i dette kravet skal tolkes for passive selskaper.

EU-domstolen i Cadbury Schweppes-saken behandler som sagt ikke annet enn driftsselskaper, og Generaladvokaten har heller ingen kommentar om passive selskaper i sitt forslag til avgjørelse. I brev av 25. september 2007 la Finansdepartementet til grunn at et utenlandsk fond hjemmehørende i en EØS-stat, må være undergitt selskapsskatt i hjemstaten for

⁶⁶ Se Meddelelsens punkt 2 ”Rent kunstige arrangementer” avsnitt 3.

å være omfattet av fritaksmetoden i Norge.⁶⁷ EU-domstolen avsa imidlertid en avgjørelse om et luxembourgsk aksjefond i 2009 (Aberdeen-saken) hvor den fastslo at det er i strid med etableringsretten å avgrense et skattefritak for utbytte med den begrunnelse at selskapet er unntatt fra selskapskatt i sin hjemstat etter internretten.⁶⁸ På bakgrunn av denne avgjørelsen foretok Finansdepartementet en ny vurdering av hvilke krav som kan oppstilles for at et utenlandsk selskap, herunder aksjefond, hjemmehørende i EØS skal omfattes av fritaksmetoden. I et brev av 29.09.2009 ga Finansdepartementet en veiledning i forhold til hva det anser som relevante momenter ved substansvurderingen for et aksjefond.⁶⁹ Riktignok gjelder uttalelsen i utgangspunktet fritaksmetoden, men departementet gir en generell utdyping av hva som ligger i momentene oppramset i forarbeidene:⁷⁰

Det er i forarbeidene angitt flere momenter som er relevante i denne sammenheng. Når det gjelder aksjefond, har det vært reist spørsmål om slike fond kan anses som reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet selv om de ikke har ansatte, egne lokaler mv. Det følger av verdipapirlovgivningen at norske aksjefond ikke kan ha ansatte, men at fondet skal ha et forvaltningsselskap som står for forvaltningen. Dette vil normalt også være tilfelle for utenlandske aksjefond som anses å tilsvare norske aksjefond. Aksjefond kjennetegnes således ofte ved at de ikke har egne ansatte, lokale mv., og at det er egne selskaper som står for forvaltningen. Etter departementets syn kan de overnevnte momenter derfor ikke være avgjørende ved vurderingen av om et slikt fond er reelt etablert og driver reell aktivitet i et EØS-land. Et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge.

⁶⁷ Jf Utv. 2007 s. 1568.

⁶⁸ Jf sak C-303/07.

⁶⁹ Jf Utv. 2009 s. 1280.

⁷⁰ Se blant annet BFU 30/09 s. 6 (nettversjon).

Som vi ser har Finansdepartementet i uttalelsen modifisert kravet til ”ansatte, lokale mv.” for *aksjefond*. Jeg antar at i ”mv” ligger blant annet kravet til inventar og utstyr. Modifikasjonen taler for at Finansdepartementet selv var av den oppfatning at retningslinjene i forarbeidene var for firkantede når det kom til aksjefond. Aksjefond har gjerne ikke anledning til å ha ansatte, og har således sjelden behov for lokaler.⁷¹ Det avgjørende for substansvurderingen for aksjefond er etter uttalelsen hvorvidt ”fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge”. Hva som må anses å ligge i denne vurderingen kommer jeg tilbake til i oppgavens punkt 5.2.2.3.

I motsetning til aksjefond, vil *holdingselskaper* ofte ha ansatte til å forvalte aksjene i datterselskapene, og ofte skjer også styringen av konsernet fra holdingselskapet. Dette gjør at substansvurderingen kan stille seg noe annerledes enn for aksjefondene som er en nokså spesiell selskapsform. Når et selskap har ansatte, og en styringsfunksjon, er det nærliggende å anta at de også har lokaler, og kanskje til og med inventar og utstyr. Man kunne derfor tenke seg å argumentere for at vurderingen av forarbeidenes krav om ansatte, lokaler, inventar og utstyr, stiller seg på samme måte for holdingselskaper som for driftsselskaper. Men på den annen side eksisterer det også holdingselskaper hvor eneste formål er å eie aksjer (uten å ha noen ansatte til å forvalte dem) og her er det ikke naturlig å ha lokaler mv. Finansdepartementets uttalelse fra 2009 tar utgangspunkt i behandlingen av aksjefond, men vurderingstemaet ”organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært” må kunne anvendes mer generelt, også for holdingselskaper.⁷² Denne forståelsen bekreftes i BFU 5/12 der uttalelsen fra Finansdepartementet anvendes som rettskilde ved vurderingen av substans i et holdingselskap som ikke hadde operativ virksomhet, ingen egne ansatte eller kontorlokale. Holdingselskapets eneste aktivum var aksjene i et heleid datterselskap. Det avgjørende vil således også for holdingselskaper være om selskaper er ”organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært” for holdingselskaper.

⁷¹ Jf Bedrift, selskap og skatt (2010) s. 322.

⁷² Jf Bedrift, selskap og skatt (2010) s. 419.

Hvordan dette stiller seg for selskaper som normalt ikke fordrer *noen* form for fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten er vanskelig å si.⁷³ Det kan for eksempel dreie seg om ulike type holdingsselskaper eller virksomhet som er så godt som utelukkende nettbasert. Det er nettopp for selskaper uten noe krav til fysisk tilstedeværelse at omgåelsesfaren kan være størst. Det vil da koste skattyter lite å lokalisere etableringen i et annet gunstigere land. Skulle man åpne for at alle holdingsselskaper skulle godtas som reelt etablerte i EØS fordi de normalt drives uten ansatte, lokaler eller andre fysisk påviselige karakteristika, ville substanskravet som nå er etablert i fritaksmetoden og NOKUS-reglene miste sin effekt. Vi har imidlertid ingen rettskilder som gir oss grunnlag for å bedømme disse selskapene annerledes enn andre passive selskaper. Det avgjørende må derfor være hvorvidt CFC-selskapet er ”organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært”. Mange av disse potensielle omgåelsessituasjonene kan bli fanget opp av det subjektive vilkåret som jeg kommer til i oppgavens punkt 5.3, så det er ikke sikkert at problemstillingen er like aktuell som den kan virke ved første øyekast.

I artikkelen ”The Norwegian CFC Rules after the Cadbury Schweppes Case” fra 2008 støttes resonnetet om normal drift og organisering av Anna Passalacqua og Lars Henie.⁷⁴ De er av den oppfatning at ved substansvurderingen for et holdingselskap, er det nok å konstatere tilstrekkelig substans for å kunne utføre den virksomheten som foregår i et holdingselskap. Som et minimum mener de dette kan tenkes å være lokaler og kvalifisert personell som er ansvarlige for å følge opp investeringene. Tilsvarende er de av den oppfatning at et holdingselskap ikke nødvendigvis trenger inventar eller spesielt utstyr for å kunne fungere operasjonelt. Jeg er enig i at disse synspunktene trolig er i overensstemmelse med Finansdepartementets uttalelse fra 2009.

⁷³ Jf St. Meld. 11 (2010-2011) punkt 9.8.2.

⁷⁴ Se Anna Passalacqua og Lars Henie (2008) s. 387.

Aleksander Grydeland og Eyvind Sandvik synes i artikkelen ”Finansdepartementet endrer sin tolkning av fritaksmetoden” å gå noe videre.⁷⁵ De tar ikke avstand fra at vurderingstemaet er hvorvidt et holdingselskap er organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært, men konstaterer kort at det vil være vanskelig å angi hvilke egenskaper et holdingselskap må ha for å kvalifisere. De uttaler at det ligger i sakens natur at holdingselskaper ikke gjør mer enn å eie finansielle eiendeler og har liten fysisk tilstedeværelse. I mangel av objektive holdepunkter mener de en innfallsvinkel kan være å vurdere de enkelte holdingselskapene i lys av substanskravets formål, som er å hindre bruken av kunstige arrangementer. Sagt på en annen måte mener de at dersom bruken og plasseringen av holdingselskapet ikke har som formål å være et rent kunstig selskap, bør det være en formodning for at holdingselskapet skal omfattes av fritaksmetoden. Jeg stiller meg skeptisk til om forfatterens synspunkt kan opprettholdes. EU-domstolen oppstiller i Cadbury Schweppes-saken både et subjektivt og et objektive vilkår for at NOKUS-reglene skal kunne opprettholdes. Vurderingstemaet som Grydeland og Sandvik legger opp til at skal være avgjørende minner mye om det subjektive vilkåret som jeg skal komme tilbake til i oppgavens punkt 5.3. EU-domstolen krever imidlertid som sagt at *både* det objektive og det subjektive vilkåret er oppfylt, og jeg er derfor usikker på om det er i overensstemmelse med EØS-retten å vurdere holdingselskapene bare i lys av substanskravets formål, i mangel av objektive holdepunkter.

5.2.2.3 Hva ligger i vurderingen ”organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært”?

Det avgjørende for om et passivt selskap har tilstrekkelig substans er etter det overstående hvorvidt selskapet er organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært for tilsvarende selskaper. Problemstillingen i det følgende er hva som ligger i dette.

Finansdepartementet uttaler i brevet av 29.09.2009 at driften og organiseringen må anses ordinær ”både i vedkommende stat og i Norge”. Det oppstilles altså et krav om at selskapet

⁷⁵ Se Aleksander Grydeland og Eyvind Sandvik (2009) s. 54.

må driftes og organiseres på en måte som anses ordinært i *begge landene*. Skal Finansdepartementet tas på ordet blir vurderingen relativ streng. Spørsmålet blir derfor om vurderingstemaet skal tolkes så bokstavelig.

I et tilfelle fra 16.november 2009 la Sentralskattekontoret for Storbedrifter bare avgjørende vekt på hva som måtte anses som ordinært i etableringsstaten, og kom til at et hedgefond var reelt etablert og drev reell økonomisk aktivitet.⁷⁶ Saken gjaldt NOKUS-beskatning av et irsk hedgefond med en norsk deltaker. Ved vurderingen av om hedgefondet var reelt etablert og drev reell økonomisk virksomhet i Irland, la kontoret vekt på at fondet hadde inngått avtaler med lokale tjenesteleverandører som utførte tjenester på deres vegne, og at fondet var godkjent av irske myndigheter og var under offentlig tilsyn. Disse forholdene tilsa at fondet var organisert og driftet i samsvar med det som måtte anses ordinært ”i etableringsstaten”. Sfs stilte ikke krav om at fondet var drevet som ved vanlig praksis i Norge, tvert imot ble det konstatert at på grunn av fondets investeringsstruktur og risiko ville det vært ulovlig etter verdipapirfondsloven.⁷⁷

I BFU 30/09 kom Skattedirektoratet til at et investeringsselskap i et EØS-land (under de konkrete forhold i saken) var reelt etablert og drev reell økonomisk virksomhet. Skattedirektoratet la stor vekt på hva som var ordinært i Norge, i motsetning til hva Sfs gjorde i saken nevnt ovenfor. Direktoratet tok utgangspunkt i Finansdepartementets uttalelse fra 29.september 2009, og fremhevet at et sentralt moment for vurderingen var om det utenlandske selskapet var organisert og drevet i samsvar med hva som var ordinært i Norge og den annen stat. Direktoratet konstaterte kort at selskapet var opprettet i samsvar med lovgivningen i EØS-landet, og var et eget skattesubjekt tilsvarende et privat aksjeselskap. Men videre virker det som om Skattedirektoratet gikk over til å vurdere kriteriene oppstilt i Ot.prp. nr.1 (2007-2008). Det ble kommentert at datterselskapet skulle ha lokaler og ansatte med tilstrekkelig kompetanse. Vurderingen her ligger nært opp til vurderingen i forarbei-

⁷⁶ Jf Utv. 2010 s. 343 punkt 2.3.31.

⁷⁷ Se Utv. 2010 s. 343 punkt 2.3.31 avsnitt 11.

dene av hva som skal til for å anse et selskap som reelt etablert. Videre vurderte Skattedirektoratet egenaktiviteten i datterselskapet, og det kan virke som om det er hvorvidt forarbeidenes krav om at selskapet driver reel økonomisk virksomhet som ble vurdert. Etter en samlet vurdering ble det konkludert med at aktiviteten ville tilsvare den aktivitet som utøves i et norsk investeringsselskap, altså en vurdering basert på Finansdepartementets uttalelse i brevet av 29.09.2009 om at driften og organiseringen må anses ordinært ”både i vedkommende stat og i Norge”. Skattedirektoratet la stor vekt på hva som var ordinært i Norge, ikke i noen særlig grad hva som var ordinært i EØS-landet. Men det er mulig dette ikke kan tillegges for stor vekt. Fordi vilkårene for å være organisert og driftet i samsvar med det som var ordinært i etableringsstaten var oppfylt, var det ingen grunn til at Skattedirektoratet skulle problematisere dette. Så spørsmålet om hvorvidt det må kreves at selskapet er organisert og drevet i samsvar med hva som er ordinært i ”Norge og den annen stat” ble kanskje ikke satt helt på spissen. Jeg velger derfor å ikke vektlegge denne uttalelsen noe særlig i det følgende.

Etter min mening er det usikkert hvorvidt vilkåret oppstilt i Finansdepartementets brev av 29.09.2009 skal tolkes som at driften og organiseringen må anses ordinær i begge landene. Så vidt meg bekjent er SfS sin vurdering av 16.november 2009 (som redegjort for ovenfor) den eneste kilden som tilsier at ordlyden i Finansdepartementets brev ikke skal legges til grunn. Denne saken var spesiell fordi det her var tale om et selskap som ville vært ulovlig i Norge. Finansdepartementets uttalelse tar trolig ikke direkte sikte på tilfeller hvor aktiviteten er ulovlig. Uttalelsen gjaldt aksjefond hvor det er vanlig å drive uten ansatte både i Norge og utlandet. Der vanlig praksis derimot ikke er tilsvarende i Norge og den aktuelle EØS-staten, er jeg av den oppfatning at i mangel av andre tolkningsuttalelser må vi falle tilbake på ordlyden i Finansdepartementets brev om at driften og organiseringen må anses ordinær ”både i vedkommende stat og i Norge” (min understrekning).

Grydeland og Sandvik tar et annet standpunkt i artikkelen ”Finansdepartementet endrer sin tolkning av fritaksmetoden” fra 2009.⁷⁸ De uttaler at Finansdepartementets uttalelse om ordinært drift i begge landene er uforståelig på to måter. For det første er de av den oppfatning at man fort vil gli over i en vurdering av om det utenlandske fondet er sammenlignbart med et norsk fond eller selskap. Og for det andre mener de det er vanskelig å se hvorfor reguleringer og kutymer i Norge skal ha noen betydning for spørsmålet om et fond er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet i en annen EØS-stat. Etter deres oppfatning vil det være riktig å snevre inn vurderingstemaet slik at man bare ser på om fondet er organisert og drevet i samsvar med det som er ordinært i den andre EØS-staten. Som nevnt i forrige avsnitt er jeg usikker på om dette kan legges til grunn.

5.2.2.4 Foreligger det motstrid?

Selv med modifikasjonene i substanskravet gjort av Finansdepartementet i brev av 29. september 2009 er det ingen selvfølge at de norske reglene er i overensstemmelse med EØS-retten for passive selskaper.

For det første gjelder Finansdepartementets uttalelse bare direkte for aksjefond. Selv om jeg heller i retning av at de tilsvarende kriterier må gjelde for andre passive subjekter, er dette ikke avklart og kan således by på problemer.

Dersom Finansdepartementets modifikasjon ikke får anvendelse på for eksempel holding-selskaper, kan det bli problematisk for disse selskapene, som naturlig har lite fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten, å oppfylle kravet til substans. De vil ofte ikke oppfylle kravene i forarbeidene om at datterselskapet må ha lokaler, inventar og utstyr samt ansatte og ledelse med tilstrekkelig kompetanse. Å avskjære passive selskaper fra substans på denne måten må trolig være i strid med EØS-rettens grunnleggende etableringsfrihet, og spørsmålet blir derfor om reglene kan rettferdiggjøres etter den EU-rettslige omgåelsesnormen. Cadbury Schweppes-saken gjaldt ikke direkte for passive selskaper. Men EU-domstolens

⁷⁸ Jf Aleksander Grydeland og Eyvind Sandvik (2009) s. 54.

uttalelser i premiss 53 og 54 kan imidlertid tenkes å gjelde også for passive selskaper. Domstolen presiserer at etableringsrettens formål skal vektlegges ved substansvurderingen, og at det må oppstilles et generelt krav om at det faktisk utføres virksomhet ved hjelp av en ”fast indretning” i etableringsstaten i ”et ikke nærmere angivet tidsrum”. Gode grunner kan tale for at disse vilkårene også kan oppstilles for passive selskaper, herunder holdingselskaper. Med andre ord må også holdingselskaper etter EØS-retten være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet i etableringsstaten for å oppfylle substanskravet, slik også ordlyden i skatteloven § 2-38 og § 10-64 er formulert. Men EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken legitimerer trolig ikke at substansvurderingen for holdingselskaper skal avhenge av hvorvidt selskapet har lokaler, inventar og utstyr i tillegg til ansatte og ledelse slik de norske forarbeidene fastslår. Dersom forarbeidenes retningslinjer skal legges til grunn, må det på dette grunnlag konkluderes med at de norske reglene antagelig er i strid med EØS-retten for passive selskaper.

En konklusjon i denne retningen kan også støttes av uttalelser i *Bedrift, selskap og skatt*:⁷⁹ ”Kriteriene som er opplistet i forarbeidene, kan være egnet til å skape usikkerhet for subjekter som naturlig har lite fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten”. Også i *Zimmers Internasjonal inntektsskatt* synes tendensen å gå i denne retningen. Der blir det uttalt:⁸⁰ ”Beskrivelsen er iallfall mer detaljert og synes samtidig mindre fleksibel enn i dommen, og kan spesielt skape problemer for holdingselskaper”.

For det andre er det ikke avklart om det avgjørende er hvorvidt datterselskaper er organisert og driftet i samsvar med det som er normalt i EØS-staten, i Norge eller om begge deler kreves. Denne uklarheten skaper problemer i seg selv, og kan medføre problemer når reglene skal praktiseres.

⁷⁹ *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 322.

⁸⁰ *Zimmer* (2009) s. 336.

For det tredje kan det argumenteres for at selv med de modifikasjonene som er gjort av Finansdepartementet vil de norske reglene fremdeles gå for langt. Dette er anført av blant annet Grydeland og Sandvik i artikkelen ”Finansdepartementet endrer sin tolkning av fritaksmetoden” fra 2009 hvor de uttaler: ”For fullstendighetens skyld bør det legges til, at selv med de siste presiseringene, er det tvilsomt om substanskravet er i overensstemmelse med Norges forpliktelse etter EØS-retten”. De mener det er usikkert hva som ligger i Finansdepartementets formulering ”organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært”, og mener at det i hvert fall ikke kan være avgjørende om et selskap er organisert og driftet i samsvar med hva som er ordinært i Norge. Også Naas m. flere stiller seg kritiske til hvorvidt de norske reglene er i overensstemmelse med EØS-retten, selv om man legger en modifisert fortolkning til grunn.⁸¹ De presiserer at poenget er at EØS-selskaper skal likestilles med norske selskaper i tilsvarende situasjon. De mener det utvilsomt er på det rene at motivet for å opprette svært mange av de norske holdingselskapene er sterkt preget av ønsket om å slippe personbeskatning og å være undergitt fritaksmetoden på investeringer som foretas. Da burde også selskaper innen EØS med samme formål være omfattet av fritaksmetoden. Et ønske om å slippe beskatning i alle ledd er også i overensstemmelse med det som er formålet med fritaksmetoden; det er først og fremst ved uttak til personlig bruk det skal oppstå en dobbeltbeskatning. Dersom holdingsselskaper innen EØS ikke hadde vært omfattet av fritaksmetoden, hadde dette ført til kjedebeskatning. Naas m. flere mener dette taler i retning av at de norske forarbeidene går for langt for holdingselskaper.

Hvorvidt det foreligger motstrid mellom de norske reglene og EØS-reglene for passive selskaper kan etter dette ikke sies å være avklart. Det er ikke avklart hvordan de norske reglene skal tolkes for passive selskaper, og dette er problematisk i seg selv. Dersom forarbeidenes krav skal legges til grunn for holdingselskaper, er jeg av den oppfatning at de norske reglene er i strid med EØS-retten. Dersom det avgjørende derimot er om de passive selskapene, inkludert holdingselskaper, er driftet og organisert i samsvar med hva som er

⁸¹ Naas m. flere (2011) s. 549.

ordinært i EØS-staten og i Norge, er jeg i tvil om det foreligger motstrid mellom EØS-retten og de norske reglene, fordi det ennå ikke er avklart hvordan vilkåret skal tolkes.

5.3 Det subjektive vilkåret – Skatteomgåelsesmotiv

For at CFC-reglene skal kunne rettfærdiggjøres krever som nevnt EU-domstolen i Cadbury Schweppes-saken at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv (i tillegg til at selskapet ikke er reelt etablert og mangler reell økonomisk aktivitet).⁸² Dette er i samsvar med også tidligere praksis fra EU-domstolen. I Halifax-saken uttaler for eksempel domstolen (min understrekning):⁸³ ”[I]t must ... be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage”. Tilsvarende ble slått fast i Part Service-dommen (min understrekning):⁸⁴ “[T]here can be a finding of an abusive practice when the accrual of a tax advantage constitutes the principal aim of the transaction or transactions at issue.” Det faller utenfor min oppgave å drøfte forholdet mellom “essential aim” og “principal aim”, og hvordan dette henger sammen med “wholly artificial”. Det vesentlige for min problemstilling er at EU-domstolen i Cadbury Schweppes-saken oppstiller et subjektivt vilkår, i samsvar med tidligere praksis.

Verken de norske NOKUS-reglene eller fritaksmetoden inneholder noe tilsvarende vilkår. Heller ikke forarbeidene har omtalt dette. Det må derfor være på det rene at ordlyden i de norske reglene isolert sett er i strid med EØS-retten. Spørsmålet blir imidlertid om dette er løst gjennom harmoniserende tolkning.

Blant annet har Finansdepartementet i brev av 5. juli 2010 til et advokatfirma uttalt i punkt 4:⁸⁵ ”En konklusjon som går ut på at et selskap ikke er reelt etablert/driver reell økonomisk aktivitet i en stat, forutsetter at skattemyndighetene anser at det foreligger et skatteomgæl-

⁸² Jf Cadbury Schweppes premiss 62.

⁸³ Jf Sak C-255/02 domslutningens punkt 2.

⁸⁴ Jf Sak C-425/06 domslutningen.

⁸⁵ Jf Utv. 2010/1240.

sesmotiv”. Som et eksempel på tilfeller hvor det ikke foreligger et skatteomgåelsesmotiv nevner departementet en situasjon der selskapets inntekter utelukkende er oppebåret gjennom aksjer som ville kvalifisere under den norske fritaksmetoden. Finansdepartementet sier ikke uttrykkelig at det subjektive vilkåret i Cadbury Schweppes skal innfortolkes i fritaksmetoden, men de gjør det likevel indirekte gjennom formuleringen i konklusjonen.

I evalueringen av skattereformen av 2010-2011 blir det henvist til denne uttalelsen fra Finansdepartementet.⁸⁶ Heller ikke i evalueringen tas det uttrykkelig stilling til om det skal gjelde et slikt subjektivt vilkår, men det slås fast at dersom selskapet ikke ville kunne oppnå noen skattebesparelse sammenlignet med hva situasjonen ville ha vært om etableringen hadde ligget i Norge, synes det klart at det ikke kan sies å foreligge noe fiktivt arrangement for å omgå skattereglene. Videre uttales det at etter departementets oppfatning vil det subjektive motivet nødvendigvis måtte tre sterkere fram i tilfeller hvor det mangler objektivt konstaterbare fakta: ”I tilfeller hvor det synes klart at skatteomgåelse er motivet bak en etablering, bør det etter departementets oppfatning tale imot å anerkjenne et holdingselskap (eller annet selskap som normalt ikke krever noen fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten) som reelt etablert i EØS.” Jeg synes denne uttalelsen trekker sterkt i retning av at departementet er av den oppfatning av det må innfortolkes et subjektivt vilkår også i de norske regelsettene.

I BFU 6/11 behandler Skattedirektoratet vilkåret om skattemotiv. Et norsk datterselskap ønsket å dele ut utbytte til sitt morselskap hjemmehørende i UK. Spørsmålet var om morselskapet oppfylte vilkårene om ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land..”, jf sktl § 2-38 (5). Skattedirektoratet fant, basert på en konkret vurdering, at det ikke forelå skattemotiv for å opprettholde morselskapet i UK, og at morselskapet derfor måtte anses reelt etablert etc. Skattedirektoratet henviste til Cadbury Schweppes-saken og uttalte at en restriksjon av etableringsretten kan være berettiget dersom den er rettet mot fullsten-

⁸⁶ Jf St. Meld. 11 (2010-2011) punkt 9.8.2.

dig kunstige arrangementer med formål å omgå den nasjonale lovgivningen. Av dette trekkes denne slutning: ”Vi forstår dette slik at det må foreligge et skatteomgåelsesmotiv for å kunne konkludere med at et selskap ikke er reelt etablert etc. Dersom det ikke foreligger skattemessige fordeler ved å ha et selskap i en gitt struktur, er det vanskelig å konkludere med at det foreligger skatteomgåelsesmotiv. Vurderingen av skattemessige fordeler blir derfor vesentlig.” Slik jeg leser dette er Skattedirektoratet av den oppfatning av det subjektive vilkåret i Cadbury Schweppes skal innfortolkes i fritaksmetoden.

Tilsvarende standpunkt er lagt til grunn i BFU 5/12. Faktum her gjaldt hvorvidt er nederlandsk datterselskap var reelt etablert. Skattedirektoratet uttaler i punkt 2 siste avsnitt: ”Dersom det ikke har vært eller er skattemessige fordeler ved å ha et selskap i en gitt struktur, er det vanskelig å konkludere med at det foreligger skatteomgåelsesmotiv.”

Etter en gjennomgåelse av de overnevnte kilder synes jeg det virker som om rettstilstanden beveger seg i retning av at et subjektivt vilkår skal innfortolkes i fritaksmetoden og NO-KUS-reglene. I den grad skattemyndighetene praktiserer regelsettene på denne måten kan man si at de norske reglene er harmonisert med EØS-retten. Men fordi vi ikke har noen endelig avklaring på dette område, kan de norske reglene være problematiske og innebære motstrid.

Naas med flere legger til grunn at også Finansdepartementet i Utv. 2009 s. 1280 synes å ha lagt inn en forutsetning om at arrangementet er skattemessig motivert.⁸⁷ De sikter trolig til departementets uttalelse: ”Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelig objektive omstendigheter (synbare for tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivert, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten.” Forfatterne påpeker at å oppstille et vilkår om skattemotiv er mer i tråd med kriteriet som er lagt til grunn i Cadbury Schweppes. Ole

⁸⁷ Jf Naas m.flere (2011) s. 548.

Gjems-Onstad er derimot ikke like klar på at skatteomgåelsesmotiv er et vilkår. Han uttaler bare at ”Hvis lokaliseringen av selskapet i den aktuelle jurisdiksjon ikke gir skattefordeler, vil det tale for at det er reelt etablert.”⁸⁸ Det kan virke som om han er mer av den oppfatning at et eventuelt skattemotiv kan være et moment i en bredere helhetsvurdering. I *Bedrift, selskap og skatt* er oppfatningen at Cadbury Schweppes og Finansdepartementet i Utv 2009 s. 1280 oppstiller et subjektivt vilkår om skatteomgåelsesmotiv som ikke fremgår klart av lovtekst eller forarbeider.⁸⁹

Etter gjennomgåelsen av kildene over vil jeg konkludere med at det er betydelig usikkerhet i gjeldende rettsstilstand. Denne uklarheten er problematisk. Dersom det etter gjeldende rett kreves et skatteomgåelsesmotiv, vil det ikke være motstrid mellom de norske reglene og EØS-retten. Dersom det derimot ikke kan sies å kreves et slikt omgåelsesmotiv, vil de norske reglene ikke være i overensstemmelse med EØS-retten.

⁸⁸ Jf Gjems-Onstad (2012) s. 1013.

⁸⁹ *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 323.

5.4 Er Generaladvokatens forslag til avgjørelse tillagt for stor vekt?

Som redegjort for i oppgavens punkt 5.2 har jeg i motstridsvurderingene sett de norske reglene opp mot Cadbury Schweppes-saken sammenholdt med Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Som nevnt går for eksempel Generaladvokaten lengre enn EU-domstolen i retning av å stille krav om personale, ledelse og graden av merverdi. I noen av disse tilfellene kan det sies at det er motstrid mellom de norske reglene og EU-domstolens avgjørelse, men fordi forarbeidene synspunkter kan underbygges av Generaladvokatens forslag til avgjørelse har jeg likevel argumentert for at det ikke foreligger motstrid. Spørsmålet er om Generaladvokatens forslag til avgjørelse kan tillegges så stor vekt at den kan eliminere slik eventuell motstrid.

Generaladvokatens forslag til avgjørelse er ofte grundigere enn EU-domstolens avgjørelser, og er således et nyttig redskap for å forstå domstolens argumentasjon.⁹⁰ I motsetning til domstolen gir for eksempel Generaladvokaten uttrykk for tvil. Disse delene av argumentasjonen vil som regel utelates av domstolen.

Det er på det rene at Generaladvokatens forslag til avgjørelse ikke er bindende. Strengt tatt er heller ikke dommer ”bindende”, men EU-domstolens avgjørelser vil ha langt større vekt enn Generaladvokatens forslag til avgjørelser. I den grad domstolen ikke etterlever Generaladvokatens forslag, må det være klart at det er EU-domstolens synspunkt som er avgjørende. Men i de tilfeller forslaget følges opp, kan detaljene i Generaladvokatens forslag til avgjørelse bidra til tolkningen av hva domstolen har ment. Både EU-domstolen og juridisk teori viser iblant til Generaladvokatens uttalelser i sin argumentasjon. Men Generaladvokatens forslag til avgjørelse vil ikke ha noen større vekt enn for eksempel juridisk teori, og det avgjørende for hvilken vekt forslaget skal tillegges i den enkelte sak må bero på argumentenes overbevisningskraft.

⁹⁰ Bullen (2005) s.95-96.

Etter redegjørelsen ovenfor vil jeg komme til at det er legitimt å tillegge Generaladvokatens forslag til avgjørelse stor vekt som presiseringer av EU-domstolens vurderinger i Cadbury Schweppes. Det er tale om fornuftige, logiske argumenter som underbygger EU-domstolens uttalelser. Jeg er etter dette kommet til at Generaladvokatens forslag til avgjørelse ikke er tillagt for stor vekt i juridisk teori eller i mine drøftelser i oppgavens punkt 5.2.

6 Oppsummering/konklusjon

Den overordnede problemstillingen for oppgaven var å vurdere substanskravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden opp mot den EU-rettslige omgåelsesnormen, og ta stilling til hvorvidt det foreligger motstrid. I den grad de norske reglene er i strid med EØS-retten, må de norske reglene vike. Ved vurderingen av innholdet i EØS-retten er det retningslinjene i Cadbury Schweppes-saken som er avgjørende så langt de rekker.

Det kan kort slås fast at ordlyden i skatteloven § 2-38 (3) og (5) og i § 10-64 (1) b ikke i seg selv er i strid med retningslinjene i Cadbury Schweppes.

Hvorvidt de utdypende retningslinjene oppstilt i forarbeidene⁹¹ er i strid med retningslinjene i EU-dommen er ikke avklart i teori eller praksis. Det synes imidlertid å være enighet om at forarbeidene på enkelte punkter går for langt. De oppstilte retningslinjer kan ikke sees under ett, men må vurderes hver for seg.

Jeg har underveis i oppgaven kommet med løpende konklusjoner, og vil derfor bare gi en kort (delvis punktvis) oppsummering av mitt standpunkt her:

Det objektive vilkåret for driftsselskaper:

Punkter hvor det ikke foreligger motstrid:

- Kravet om at selskapet skal disponere over lokaler, inventar og utstyr.
- Kravet om at selskapet skal ha fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten med tilstrekkelig kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt.
- Kravet om at selskapet skal ha økonomisk substans, herunder påviselige inntekter fra egen virksomhet.

⁹¹ Jf Ot. Prp. nr. 1 (2007-2008).

Punkter hvor det foreligger motstrid/hvor situasjonen ikke er avklart:

- Kravet om at selskapets tjenester skal være nødvendige og faktisk skape merverdier for andre selskaper i konsernet, dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner.

Det objektive vilkåret for passive selskaper:

Når det kommer til det objektive vilkåret for passive selskaper vil jeg konkludere med at det er uklart hvorvidt forarbeidene er i strid med retningslinjene oppstilt i Cadbury Schweppes-saken, til tross for modifiseringen om at det avgjørende er hvorvidt driften og organiseringen anses som ordinær.

Det subjektive vilkåret:

Det subjektive vilkåret som er oppstilt i Cadbury Schweppes-avgjørelsen er overhodet ikke nevnt i skatteloven eller forarbeidene. Denne motstriden synes å være eliminert i mange tilfeller ved at et tilsvarende subjektivt vilkår blir innfortolket i de norske reglene. Men inntil det er på det rene at reglene skal praktiseres på denne måten vil jeg konkludere med at det er uklart hvorvidt det foreligger motstrid.

Det kan på et overordnet plan konkluderes med at rettssituasjonen på mange punkter ikke er avklart, og at en harmoniserende tolkning til en viss grad kan eliminere den eventuelle motstriden som foreligger.

7 Litteraturliste

Bøker:

EØS-avtalen og norsk skatterett, Dajani... [et al.]. Oslo, 2003

EØS-rett, Fredrik Seiersted... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004

Bullen, Andreas, *EU, EØS og Skatt*. 1. utg. Oslo, 2005

Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Oslo, 2008

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009

Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utg. Oslo, 2009

Bedrift, selskap og skatt. Redigert av Frederik Zimmer. 5. utg. Oslo, 2010

Norsk internasjonal skatterett, Henning Naas... [et al.]. 1. utg. Oslo, 2011

Terra, Ben J.M. og Wattel, Peter J., *European Tax Law*. 6. utg. UK, 2012

Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftsskatterett*. 8. utg. Oslo, 2012

Smits, Axel og Verlinden, Isabel, *Substans 2.0 Aligning international tax planning with today's business realities*. PwC, 2012

Artikler:

Bullen, Andreas og Banoun, Bettina. *EF-domstolens dom i Cadbury Schweppes (sak C-196/04): En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS*. I: Revisjon og regnskap nr. 7 (2006) s. 43-49

Stockholm, Jeppe Rune. *Dansk CFC-beskatning i strid med EU-retten – en kommentar til sag C-196/04, Cadbury Schweppes*. I: Skat Udland nr. 6 (2006) s. 503-509

Jørgensen, Marie Louse og Hansen, Søren Jesper. *Cadbury Schweppes – værn mod kontrollerede udenlandske selskaber (CFC-beskatning)*. I: Skat Udland nr. 10 (2006) s. 799-803

Dyrhaug, Kari og Melsom, Gjert. *NOKUS-beskatning av selskaper innenfor EØS-området*. I: Revisjon og Regnskap nr. 5 (2007) s. 45-48

Frønsdal, Kari Alice og Sanfelt, Trond. *Lovendringene vedr. SE-selskaper, NOKUS og fritaksmetoden*. I: Revisjon og regnskap nr. 2 (2008) s. 58-61

Michelsen, Aage. *CFC-beskatning og retsmisbrugsbegrepet i EU-retten*. I: Skat Udland nr 3a (2008) s. 237-249

Passalacqua, Anna Scapa og Lars Henie. *The Norwegian CFC Rules after the Cadbury Schweppes Case*. I: Intertax nr. 36 (2008) s. 379-388

Grydeland, Aleksander og Sandvik, Eyvind. *Utenlandske selskaper og fritaksmetoden Del 1*. I: Revisjon og regnskap nr. 1 (2009) s. 50-58

Grydeland, Aleksander og Sandvik, Eyvind. *Utenlandske selskaper og fritaksmetoden Del 2*. I: Revisjon og regnskap nr. 2 (2009) s. 48-51

Grydeland, Aleksander og Sandvik, Eyvind. *Finansdepartementet endrer sin tolkning av fritaksmetoden*. I: Revisjon og regnskap nr. 7 (2009) s. 54-57

Farstad, Snorre. *Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? Forholdet mellom EF-domstolens avgjørelse i Aberdeen og Cadbury Schweppes*. I: Tidsskrift for skatt og avgift nr 2 (2010) s. 157-177

Lovgivning:

Norske lover og forskrifter:

1999	Lov om skatt og inntekt (skatteloven - sktl) av 26. mars 1999 nr. 14
1992	Lov om gjennomføring av norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109
1999	Skattedirektoratets skatteforskrift (FSSD) av 22. november 1999 nr. 1160
2007	Endring i skatteloven av 14. desember 2007 nr.107.

Traktater:

EFT-traktaten	Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap av 25. april 1958
ODA-traktaten	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 02. mai 1992

Dommer:

Rt 1985 s.319 Ringnes
Rt 2007 s. 1003
E-1/04 Fokus Bank
C-452/01 Ospelt
C-255/02 Halifax
C-196/04 Cadbury Schweppes
C-524/04 Test Claimant
C-425/06 Part Service
C-212/07 Centros
C-303/07 Aberdeen

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 16 (1991-1992)	Oppfølging av skattereformen 1992
Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005
Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)	Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer
St. Meld. 11 (2010-2011)	Evalueringsrapport av skattereformen 2006

Ligningspraksis:

Lignings-ABC (2011/2012)

Finansdepartementets brev av 30. mars 2006. *Norsk skatterett og EØS-avtalen – endret rettsoppfatning*. I: Utv. 2006 s. 754

Finansdepartementets brev av 18. april 2007. *NOKUS-reglene og EØS-avtalen – betydningen av Cadbury Schweppes-dommen*. I: Utv. 2007 s. 1027

Finansdepartementets brev av 25. september 2007. *Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden*. I: Utv. 2007 s. 1568

Finansdepartementets brev av 29. september 2009. *Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden*. I: Utv. 2009 s.1280

Kontorvedtak fra SfS av 16. november 2009. *Spørsmål om NOKUS-beskatning av norsk deltaker i fond etablert i Irland*. I: Utv. 2010 s. 343 pkt 2.3.31

Finansdepartementets brev av 5. juli 2010. *Spørsmål knyttet til fritaksmetoden og lavskattelandskriteriet*. I: Utv. 2010 s. 1240

Bindende forhåndsuttalelse av 19. november 2009. *Om et investeringselskap i et EØS-land kan anses som reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet der* (BFU 30/09)

Bindende forhåndsuttalelse av 10. mars 2011. *Kildeskatt på utbytte til morselskap i UK* (BFU 6/11)

Bindende forhåndsuttalelse av 4. mai 2012. *Om et nederlandsk datterselskap var "reelt etablert"* (BFU 5/12)

Annet:

Meddelelse fra Kommissjonen til Rådet, Europa-parlamentet og Det Europeiske og Sosiale Utvalg. *Anvendelsen af foranstaltninger til bekjæmpelse af misbrug inden for direkte beskatning.* (KOM (2007) 785) 10 desember 2007

Cadbury Scwheppes og Cadbury Schweppes Oversaes. *Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Philippe Léger.* 2 mai 2006

Aarbakke. *Virksomhetsbegrepet i norsk skatterett.* Oslo 1967.