

UiO • **Det juridiske fakultet**

Fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet

Kandidatnummer: 539

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17103



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon.....	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskildesituasjonen.....	2
1.4	Den videre fremstilling.....	3
2	SKATTERETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	4
2.1	Norske skattesubjekter	4
2.2	Utenlandske skattesubjekter	4
3	FRITAKSMETODEN	6
3.1	Introduksjon	6
3.2	Bakgrunnen for reglene	6
3.3	Hensyn.....	7
3.3.1	Unngå kjedebeskatning.....	7
3.3.2	Norges forpliktelser etter EØS-avtalen	7
3.4	Fritaksmetodens anvendelsesområde	8
3.4.1	Subjektsiden	8
3.4.2	Objektsiden	10
3.5	Kort om treprosentregelen.....	11
3.6	Forholdet til NOKUS-reglene	12
3.6.1	NOKUS-reglene.....	12
4	HJEMMEHØRENDE-KRITERIET	15
4.1	Innledning.....	15
4.2	Hjemmehørende i Norge	15
4.3	Hjemmehørende i utlandet	16
4.4	Hybridselskaper.....	18
5	INVESTERINGER I "TILSVARENDE" UTENLANDSKE SELSKAP	20
5.1	Introduksjon	20

5.2	Utgangspunkter for sammenligningen	20
5.3	Tilsvarende-kriteriets innhold	21
5.3.1	Ordlyden.....	21
5.3.2	Forarbeider	22
5.3.3	EØS-avtalen	23
5.3.4	Finansdepartementets uttalelser	25
5.3.5	Statoil Holding-dommen.....	26
5.3.6	Konklusjon	31
6	UNNTAK: LAVSKATTELAND	34
6.1	Innledning.....	34
6.2	Bakgrunn og begrunnelse.....	34
6.3	Begrepet ”lavskatteland”	35
6.3.1	Utgangspunkter	35
6.3.2	Sammenligningsgrunnlaget.....	35
6.3.3	Den effektive skattesatsen.....	36
6.3.4	Sammenligningen.....	39
6.3.5	Den hvite og den svarte liste	39
6.4	Nærmere om § 2-38 tredje ledd bokstav a	40
6.4.1	Lavskatteland utenfor EØS	40
6.4.2	Lavskatteland innenfor EØS	40
6.5	Innholdet i realitetskravet.....	41
6.5.1	Innledning	41
6.5.2	Bakgrunn	42
6.5.3	Ordlyd	42
6.5.4	Forarbeider	43
6.5.5	EØS-retten.....	44
6.5.6	Etterfølgende uttalelser og myndighetenes praksis.....	47
6.5.7	Juridisk litteratur	48
6.5.8	Konklusjon	50
6.6	Forholdet til NOKUS-reglene	51
7	UNNTAK: PORTEFØLJEINVESTINGER UTENFOR EØS	52
7.1	Introduksjon	52

7.2	Nærmere om kravene	53
7.2.1	Utbytte.....	53
7.2.2	Gevinster	54
7.2.3	Tap	54
8	AVSLUTNING	57
9	LITTERATURLISTE.....	59

1 Innledning

1.1 Presentasjon

Globaliseringen har ført til en økt mobilitet av varer, kapital og personer. Kapital kan plasseres i utlandet og utenlandsk kapital kan investeres her. Internasjonaliseringen av økonomien har således visket ut landegrensene for investeringer. Flere ulike regelsett kan komme inn i bildet ved internasjonale skattespørsmål. For det første kommer interne norske regler til anvendelse. For det andre har Norge inngått skatteavtaler med en rekke land. Videre kommer EØS-retten inn som en faktor. EØS-avtalens regler om de fire friheter oppstiller begrensninger for utformingen av skattereglene.

Utviklingen har ført med seg utfordringer for de nasjonale skattesystemene. Internasjonal dobbeltbeskatning, fordeling av beskatningsretten mellom ulike land, internasjonal skatteplanlegging og skatteomgåelse er bare noen aktuelle problemstillinger. I denne oppgaven skal et aspekt ved utfordringene for utformingen av de norske skattereglene behandles. Spørsmålet om fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet er av sentral betydning. Store verdier er investert i utlandet.

Utgangspunktet i norsk rett er at skattesubjekter hjemmehørende i Norge skal skattlegges for all inntekt og formue uavhengig av om formuen er plassert i utlandet og hvor inntekten stammer fra, jf. globalinntektsprinsippet. I enkelte tilfeller har imidlertid lovgiver ved avveining av ulike hensyn funnet det nødvendig å unnta visse inntekter fra utgangspunktet om skatteplikt. Fritaksmetoden representerer et slikt unntak og hovedformålet er å unngå kjedebeskatning. Etter fritaksmetoden er selskapsdeltakere i stor utstrekning fritatt for utbytte og gevinstbeskatning, samtidig som tap ikke er fradragsberettiget. Faller inntekter og tap på eierandelene utenfor fritaksmetoden er det skatteplikt og fradragsrett etter de alminnelige regler.

Tema for oppgaven er fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet. Problemstillingen er en del av fritaksmetodens objektside som regulerer hvilke inntekter og tap som faller inn under fritaksmetoden. Hovedregelen følger av sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a, som kvalifiserer eierandeler i selskaper hjemmehørende i utlandet som investeringsobjekt dersom det utenlandske selskapet anses som *"tilsvarende"* en av de norske selskapsformene der eierandelene kvalifiserer som investeringsobjekt. Det er gjort

visse unntak fra hovedregelen. Tredje ledd bokstav a inneholder unntak for investeringer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland. Inntekter fra selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS er unntatt dersom selskapet ikke er *”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet”*. Videre er det gjort unntak for porteføljeinvesteringer i tredje ledd bokstav b-d jf. fjerde ledd. Tilsvarende-kriteriet og realitetskravet er komplekse vilkår som skal gjennomgås utførlig. Innholdet i disse kriteriene vil således være en sentral del av oppgaven.

1.2 Avgrensning

I denne oppgaven skal det redegjøres for fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a jf. tredje ledd bokstav a-d. Oppgaven avgrenses mot fritaksmetodens anvendelse overfor inntekter og tap fra deltakerlignede selskaper og finansielle instrumenter, som er de øvrige objektene som kan kvalifisere under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav b og c jf. tredje ledd.

Det avgrenses også mot en nærmere behandling av skatteavtaler og deres betydning for beskatningen etter norsk rett. Det er primært de interne norske regler som skal behandles. Videre avgrenses det mot skatteplanlegging og skatteomgåelsesspørsmål.

1.3 Rettskildesituasjonen

Alminnelig juridisk metode og alminnelige rettskilder gjelder på skatterettens område og vil bli lagt til grunn for oppgaven. Her vil jeg kort redegjøre for hvilke rettskilder som er sentrale for avhandlingen.

Legalitetsprinsippet gjelder på skatterettens område siden skattlegging innebærer inngrep i borgernes sfære. Formelle lover står da særlig sentralt ved tolkning av skatterettslige regler.¹ For de sentrale kriterier som skal drøftes i denne oppgaven, tilsvarende-kriteriet og realitetskravet, gir lovens ordlyd liten veiledning for tolkningen og de øvrige rettskildefaktorene må derfor i stor grad trekkes inn for å finne innholdet i kriteriene. Der ordlyden ellers er forholdsvis klar vil fremstilling i stor grad baseres på denne.

¹ Zimmer (red.) 2010 s. 46

² Stortingets skattevedtak (2014), § 3-3

Høyesterettsdommer er en sentral rettskildefaktor generelt, så også på skatterettens område. Høyesterett kan selv fravike tidligere avgjørelser, men for andre rettsanvendere vil avgjørelsene være av stor betydning. Ved vurderingen av innholdet i tilsvarende-kriteriet vil Statoil Holding-dommen gjennomgås utførlig. Som en følge av at dette er den første Høyesterettsdommen vedrørende tilsvarende-kriteriet bidro den til viktige presiseringer og vil i stor grad være avgjørende for tolkningen av kriteriet.

Siden Norge er bundet av EØS-avtalen må skattelovgivningen være i samsvar med de fire friheter for at Norge skal overholde sine forpliktelser. I denne oppgaven vil særlig etableringsretten i artikkel 31, som er en del av prinsippet om fri bevegelse av personer, og fri bevegelse av kapital i artikkel 40 være av interesse. Disse frihetene innebærer et generelt forbud mot forskjellsbehandling innenfor EØS. Norske skatteregler kan som utgangspunkt ikke gjøre det vanskeligere for norske selskaper å investere innenfor EØS enn i Norge.

1.4 Den videre fremstilling

Først skal det i kapittel 2 redegjøres for de aktuelle hovedregler for beskatning som fritaksmetoden innebærer unntak fra. Fritaksmetoden presenteres i kapittel 3 og i kapittel 4 skal hjemmehørende-kriteriet gjennomgås. Videre skal det i kapittel 5 redegjøres for hovedregelen for fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a, herunder tilsvarende-kriteriet. Unntakene fra hovedregelen for investeringer i lavskatteland og porteføljeinvesteringer utenfor EØS gjennomgås i kapittel 6 og 7, der realitetskravet er en sentral del av kapittel 6. Avslutningsvis skal det i kapittel 8 foretas en vurdering av regelverket.

2 Skatterettslige utgangspunkter

Fritaksmetoden representerer et unntak fra hovedreglene om skatteplikt for aksjegevinster og utbytte. Det er da nødvendig med en kort gjennomgang av disse hovedreglene for å se fritaksmetoden i sin rette sammenheng. Bare selskaper mv. kvalifiserer som subjekt under fritaksmetoden og gjennomgangen vil derfor begrenses til juridiske personers skatteplikt. Det kan her være hensiktsmessig å dele inn skattesubjektene etter hvor de har alminnelig skatteplikt.

2.1 Norske skattesubjekter

Selskap som er hjemmehørende i Norge har alminnelig skatteplikt etter sktl. § 2-2 første ledd. Denne skatteplikten omfatter etter globalinntektsprinsippet all inntekt og formue uavhengig av om formuen er plassert i utlandet og hvor inntekten stammer fra, jf. sktl. § 2-2 sjette ledd.

Skattesubjekter med alminnelig skatteplikt til Norge beskattes som hovedregel for utbytte og gevinst på aksjer mv., jf. sktl. § 10-11 første ledd og § 10-31 første ledd. Tilsvarende tap ved realisasjon er i tråd med hensynet til symmetri fradragsberettiget etter § 10-31 andre ledd. Disse postene skattlegges som alminnelig inntekt med en skattesats på 27 %.²

2.2 Utenlandske skattesubjekter

Når det gjelder selskap som er hjemmehørende i utlandet er utgangspunktet det motsatte. Norge har ikke alminnelig beskatningsrett etter sktl. § 2-2. Skatteplikt må da bero på et annet grunnlag. Etter skatteloven er det en begrenset skatteplikt i enkelte tilfelle, jf. § 2-3. For denne oppgavens tema er det bokstav b og c som er aktuelle.

For det første er skattesubjekter hjemmehørende i utlandet skattepliktig til Norge for inntekt fra virksomhet som drives eller bestyres i Norge, jf. første ledd bokstav b. Er vilkårene oppfylt vil det utenlandske selskapet gjennom denne regelen, gjerne kalt filialregelen, være skattepliktig til Norge for alle inntekter med tilstrekkelig tilknytning til filialen. De samme reglene som gjelder for selskaper med alminnelig skatteplikt til Norge kommer da til anvendelse,

² Stortingets skattevedtak (2014), § 3-3

og inntektene skattlegges som alminnelig inntekt med skattesats på 27 %. Dermed er selskapet i utgangspunktet underlagt utbytte- og gevinstbeskatningsregler etter sktl. § 10-11 første ledd og § 10-31 første ledd.

For det andre er det hjemmel for kildeskatt etter sktl. § 10-13, jf. § 2-3 første ledd c. Etter denne regelen er utbytte betalt av norske selskaper skattepliktig for selskaper hjemmehørende i utlandet. Skattesatsen er 25 %.³ Vi har ikke en tilsvarende hjemmel for å skattlegge realisasjonsgevinster, men disse er som nevnt omfattet der filialregelen kommer til anvendelse.

³ Stortingets skattevedtak (2014), § 3-5

3 Fritaksmetoden

3.1 Introduksjon

Fritaksmetoden er regulert i sktl. § 2-38 og innebærer at selskapsaksjonærer i stor utstrekning er fritatt for utbytte og gevinstbeskatning. Også grenseoverskridende investeringer er som hovedregel omfattet av fritaksmetoden; Selskap hjemmehørende i utlandet er som utgangspunkt omfattet som subjekt dersom de tilsvarende et av de norske subjektene, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav i. Investeringer i slike selskap er som hovedregel omfattet som objekt dersom selskapet tilsvarende et av de norske selskapene der eierandelene kvalifiserer som investeringsobjekt, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a.

Fritaksmetoden medfører viktige unntak fra hovedreglene om gevinst- og utbyttebeskatning. På samme måte som metoden fritar for skatteplikt er det ikke fradragsrett for de tilsvarende tap. Symmetri er et sentralt hensyn ved utforming av skatteregler. Der det i oppgaven kun omtales at det gis skattefritak forutsettes at tilsvarende tap ikke er fradragsberettiget med mindre det motsatte fremgår uttrykkelig.

3.2 Bakgrunnen for reglene

I tråd med utviklingen internasjonalt innførte Norge i 1992 godtgjørelsesmetoden for aksjeutbytte. Videre ble også de særnorske RISK-reglene for aksjegevinster innført. På begynnelsen av 2000-tallet gikk imidlertid stadig flere EØS-land bort fra godtgjørelsesmetoden og innførte systemer som tok mer hensyn til grenseoverskridende investeringer. Også i Norge var det tid for å revurdere regelverket. Etter Finansdepartementets mening var det en økende usikkerhet til om de norske regelsettene var forenlige med EØS-avtalen.⁴ Avgjørelser i EU-domstolen og EFTA-domstolen ga grobunn for usikkerheten.⁵ RISK-systemet fremstod som komplisert og ressurskrevende, og en utvidelse av systemet var derfor av administrative hensyn lite ønskelig.⁶ Dette skapte rom for aksjonærmodellen og fritaksmetoden som ble innført ved Skattereformen 2004-2006.

⁴ St. meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 3.4.3

⁵ C-319/02 (Manninen) og E-1/104 (Fokus bank mot Norge)

⁶ St. meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.3

3.3 Hensyn

3.3.1 Unngå kjedebeskatning

Et viktig hensyn bak fritaksmetoden var å hindre kjedebeskatning i selskapskjeder og derved unngå påvirkning av selskapsstrukturene.⁷ Ved fritaksmetoden oppnås dette ved at utbytte og gevinster innen selskapssektoren som hovedregel er fritatt for beskatning. Fritaksmetoden skal sammen med aksjonærmodellen sikre at inntektene skattlegges én gang på selskapsnivå og én gang på aksjonærnivå. Man får en dobbeltbeskatning som for rent norske forhold innebærer at den samlede skattesatsen blir 47,72 % ($1 \cdot 0,27 + (1 - 0,27) \cdot 0,27$), sett bort ifra skjerming.

Sammenlignet med det tidligere systemet ville man også oppnå en bedre flyt av kapital i selskapssektoren.⁸ Det blir en skattemessig likestilling mellom ulike strukturer av selskapskjeder, som muliggjør og tilrettelegger for at den selskapsrettslige organiseringen kan styres av andre hensyn enn skatterettslige.

3.3.2 Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

Et annet viktig formål bak innførselen av fritaksmetoden var å harmonisere skattereglene med de EØS-rettslige forpliktelsene til Norge. Fritaksmetoden førte til en økt likebehandling av grenseoverskridende investeringer og investeringer i Norge.⁹ Det uttales av Finansdepartementet i forarbeidene at *"Fritaksmetoden vil derved være i samsvar med EØS-avtalens krav om de fire friheter mv., og fjerne usikkerheten som det gjeldende systemet med RISK og godtgjørelse representerer i forhold til EØS-avtalen"*.¹⁰ Departementet forutsatte således at fritaksmetoden skulle være i overensstemmelse med EØS-avtalen.

⁷ St. meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.4.2, Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1

⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1

⁹ St. meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.4.2

¹⁰ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1

3.4 Fritaksmetodens anvendelsesområde

For at det skal gis skattefritak etter fritaksmetoden må et kvalifiserende subjekt motta kvalifiserende inntekt. Dette vil i det følgende bli angitt som henholdsvis fritaksmetodens subjekt-side og objektside.

Fritaksmetodens anvendelse overfor inntekter fra eierandeler i selskaper hjemmehørende i utlandet er avledet fra de kvalifiserende inntekter fra eierandeler i selskaper hjemmehørende i Norge gjennom tilsvarende-kriteriet. Samtidig er utgangspunktet for fritaksmetodens objektside hvilke selskaper som er omfattet av subjektssiden. Det er derfor nødvendig med en gjennomgang av både fritaksmetodens subjektsside og objektside.

3.4.1 Subjektssiden

Sktl. § 2-38 første ledd jf. femte ledd regulerer fritaksmetodens subjektsside. Et første spørsmål er hvilke subjekter hjemmehørende i Norge som kvalifiserer som subjekt. Bestemmelsens ordlyd lister opp en rekke subjekter, jf. første ledd bokstav a-h.

Etter henvisningen i bokstav a omfattes selskaper mv. som nevnt i § 2-2 første ledd bokstav a-d. (Allmenn)aksjeselskap, sparebank, selveiende finansieringsforetak, gjensidig forsikrings-selskap og samvirkeforetak er dermed subjekter under fritaksmetoden. Disse innretningene blir skattemessig ansett som likestilt med aksjeselskaper, se sktl. § 10-1 første ledd. Det fremgår av forarbeidene at det ikke var ønskelig at organisasjonsformen skulle være avgjørende for den skattemessige behandlingen av virksomheter.¹¹ Derfor ble likestilte selskaper omfattet på lik linje med (allmenn)aksjeselskaper. Videre er også aksjefond omfattet som subjekt etter bokstav b. Enkelte selskaper som er likestilt med aksjeselskaper omfattes likevel ikke. Et eksempel er obligasjonsfond. Det var ikke behov for å omfatte obligasjonsfond som subjekt siden de ikke kan eie egenkapitalinstrumenter som aksjer.¹²

Bokstav a omfatter også selskap stiftet i utlandet som er hjemmehørende i Norge såfremt de tilsvarer selskap etter samme bokstav som er stiftet i Norge. Bakgrunnen for at disse er sær-

¹¹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (ii)

¹² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (ii)

skilt nevnt er at de ikke er omfattet av henvisningen til § 2-2 bokstav a-d siden de hører under § 2-2 bokstav e. Hjemmehørende-kriteriet og tilsvarende-kriteriet vil bli redegjort for senere i oppgaven.

Etter bokstav c-h er en rekke juridiske personer som ikke er likestilt med aksjeselskap omfattet som subjekt, herunder forening, stiftelse, kommune og fylkeskommune og selskap som er heleid av staten. Også her var det hensynet til likebehandling uavhengig av organisasjonsform som var bakgrunnen for at disse ble omfattet av fritaksmetoden.¹³

Som det fremgår av gjennomgangen ovenfor er det mange innretninger som kvalifiserer som subjekter under fritaksmetoden. En første iaktakelse er at fysiske personer ikke er omfattet som subjekt. Ved innføringen av fritaksmetoden og vurderingen av kvalifiserende subjekter var forholdet til aksjonærmodellen sentralt. Finansdepartementet la til grunn at bare subjekter der den videre utdeling til fysiske personer er skattepliktig skulle omfattes.¹⁴ Videre er alle subjektene egne skattesubjekter, jf. sktl. § 2-2 første ledd. Som utgangspunkt har deltakerne i selskapslignede selskaper begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Interkommunale selskaper har riktignok deltakeransvar, jf. lov om interkommunale selskaper § 3, men ellers fremstår det som et sentralt trekk at deltakerne har begrenset ansvar for enhetens forpliktelser. Til slutt fremstår det som sentralt at subjektene må kunne eie egenkapitalinstrumenter som aksjer, se omtalen av obligasjonsfond ovenfor.

Reglene om begrenset skatteplikt medfører at utenlandske skattesubjekter kan være skattepliktig til Norge for utbytte og gevinster. Et neste spørsmål er da i hvilken utstrekning subjekter hjemmehørende i utlandet kvalifiserer som subjekt. Selskap hjemmehørende i utlandet kvalifiserer i utgangspunktet som subjekt etter bokstav i dersom de tilsvarer et norsk subjekt etter første ledd.

Sktl. § 2-38 5. ledd begrenser imidlertid subjektsiden for selskaper hjemmehørende i utlandet. Det er et vilkår at skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land for å få fritak for kildeskatt etter sktl. § 10-13. Det er altså bare selskaper hjemmehørende

¹³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (iii)

¹⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (i)

innenfor EØS som oppfyller kravet til realitet som får fritak for kildeskatt til Norge. Selskap hjemmehørende utenfor EØS får etter bestemmelsen ikke fritak for kildeskatt til Norge selv om kravet er oppfylt. Realitetskravet gjelder ikke der det er begrenset skatteplikt ved filial. Da er både utbytte og gevinst/tap fra kvalifiserende objekter omfattet av fritaksmetoden på samme måte som for norske skattesubjekter. Også realitetskravet behandles senere.

3.4.2 Objektsiden

Hvilke inntekter og tap som omfattes av fritaksmetoden fremgår av sktl. § 2-38 andre og tredje ledd, jf. fjerde ledd. Dette er fritaksmetodens objektside. Fritaksmetodens anvendelse overfor investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet er oppgavens hoveddel og vil bli behandlet senere.

Spørsmålet er her hvilke eierandeler i selskaper hjemmehørende i Norge som kvalifiserer som investeringsobjekt. Hovedreglene er skissert i andre ledd. Inntekter og tap ved realisasjon, uttak og lovlig utdelt utbytte fra selskapene nevnt i første ledd bokstav a til c omfattes, jf. andre ledd bokstav a. De aktuelle selskapene er etter opplistingen (allmenn)aksjeselskap, sparebank, selveiende finansieringsforetak, gjensidig forsikringsselskap, samvirkeforetak, aksjefond og interkommunalt selskap. Skattemessig likebehandling uavhengig av organisasjonsform var her, som for subjektsiden, et viktig hensyn.¹⁵ En strengere beskatning av avkastning på visse eierandeler kan føre til dårligere tilgang på egenkapital for disse selskapene. Siden utgangspunktet for de kvalifiserende objekter er at det er avkastning på investeringer i kvalifiserende selskaper på subjektsiden er også kjennetegnene for enhetene de samme.

Enkelte selskaper som hører under fritaksmetodens subjektside er ikke omfattet av henvisningen i andre ledd bokstav a. Fra foreninger og stiftelser er gevinst ikke aktuelt siden de er selveiende formuesmasser. Bakgrunnen for at konkursbo ikke er nevnt er at dekning av kreditorenes krav ikke har bakgrunn i eierinteresser, mens avkastning på eierandel i selskap som er heleid av staten allerede er skattefritt etter sktl. § 2-30 første ledd bokstav b.¹⁶

¹⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (ii)

¹⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (iii)

Fritaksmetodens objektside omfatter som hovedregel gevinst og tap på eierandel i deltakerlig-nede selskaper og gevinst og tap på finansielle instrumenter med kvalifiserende eierandel etter bokstav a som underliggende objekt, jf. andre ledd bokstav b og c. Visse unntak følger av tredje ledd. Dette vil ikke bli behandlet nærmere siden det faller utenfor oppgavens tema.

3.5 Kort om treprosentregelen

Inntekter som omfattes av fritaksmetoden er ikke skattepliktige. Etter hovedregelen om fradrag i sktl. § 6-1 gis det da ikke fradrag for utgifter knyttet til inntektene. For å unngå den kompliserte grensedragningen mellom fradragsberettigede kostnader og utgifter som ikke skal gi fradrag, ble særregelen i sktl. § 6-24 innført.¹⁷ Treprosentregelen er en sjablongmessig reversering av fradragsførte kostnader etter sktl. § 6-24 som det prinsipielt ikke skal gis fradrag for.¹⁸ Regelen ble vedtatt ved lov nr. 99/2008 og har senere gjennomgått store endringer.

Treprosentregelen i sktl. § 2-38 sjette ledd medfører et unntak fra skattefritaket etter fritaksmetoden. Tre prosent av enkelte inntekter skal likevel anses som skattepliktig inntekt som skal skattlegges med 27 prosent. Dette gir en skattebelastning på 0,81 prosent ($0,03 \times 0,27 \times 100$).

Etter bokstav a er det kvalifiserende subjekter hjemmehørende i Norge som må inntektsføre tre prosent, jf. henvisningen til første ledd bokstav a-h og ikke bokstav i. Skattytere som er hjemmehørende i utlandet og som har begrenset skatteplikt etter filialregelen er likevel omfattet av treprosentregelen gjennom bokstav b, jf. a. Bakgrunnen er at filialen kan ha skattefrie inntekter etter fritaksmetoden samtidig som det gis fradrag for utgiftene tilknyttet de fritatte inntektene på samme måte som selskaper hjemmehørende i Norge.¹⁹ Selskaper som er fritatt for kildeskatt på utbytte har normalt ikke fradragsrett i Norge for kostnader knyttet til inntekten, og reverseringshensynet gjør seg ikke gjeldende. Disse selskapene er derfor ikke omfattet av bokstav b.

¹⁷ Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) pkt. 15.3

¹⁸ Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) pkt. 6.3

¹⁹ Prop. 1 LS (2011-2012) pkt. 14.3.3

Etter bokstav a omfattes ”utbytte nevnt i annet ledd bokstav a som er fritatt for skatt etter de foregående ledd” av unntaket. Ordlyden omfatter utbytte både fra selskaper hjemmehørende i Norge og fra selskaper hjemmehørende i utlandet. Etter ordlyden nevnes bare utbytte, ikke gevinster. Av forarbeidene fremgår det at en slik avgrensningen ble gjort av administrative hensyn.²⁰ Gevinster som er omfattet av fritaksmetoden er dermed fullstendig fritatt for beskatning. Der fritaksmetoden kommer til anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet medfører altså treprosentregelen at *utbytte* fra disse selskapene likevel skattlegges med en effektiv skattesats på 0,81 prosent.

Utdelinger fra deltakerlignede selskaper skal også skattlegges etter treprosentregelen, jf. bokstav a. Videre fritas selskaper som tilhører samme konsern fra regelen på visse vilkår, jf. bokstav c. Disse reglene vil ikke bli gjennomgått her.

3.6 Forholdet til NOKUS-reglene

For å få et bedre overblikk over fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet er det nødvendig å se på samspillet med NOKUS-reglene. I de tilfellene NOKUS-reglene regulerer beskatningen av deltakere i selskaper og innretninger hjemmehørende i utlandet kommer fritaksmetoden ikke til anvendelse. Reglene representerer således en begrensning i fritaksmetodens virkeområde. NOKUS-reglene er videre av betydning ved tolkningen av enkelte vilkår under fritaksmetoden. For anvendelse av lavskattelandbegrepet etter fritaksmetoden henvises det til definisjonen av lavskatteland etter NOKUS-reglene, og der realitetskravet kommer til anvendelse er det henvist til det tilsvarende kravet etter NOKUS-reglene. Siden NOKUS-reglene på denne måten har flere berøringsflater til oppgavens problemstilling er det naturlig med en kort gjennomgang av NOKUS-reglene.

3.6.1 NOKUS-reglene

NOKUS står for norsk-kontrollert utenlandsk selskap, og NOKUS-reglene er nedfelt i sktl. §§ 10-60 til 10-68. Reglene ble innført i 1992 og er senere endret flere ganger. Internasjonalt omtales slike regler som CFC-regler (controlled foreign corporation).²¹

²⁰ Prop. 1 LS (2011-2012) pkt. 14.3.1

²¹ Gjems-Onstad (2012) s. 1004

Hovedformålet med NOKUS-reglene er å hindre skattemotivert kapitalflukt ved at norske skattytere investerer og samler opp overskudd i selskaper hjemmehørende i lavskatteland for å unngå løpende norsk beskatning.²² Kort fortalt innebærer reglene at norske eiere i utenlandske selskaper/innretninger hjemmehørende i lavskatteland beskattes løpende for sin forholdsmessige andel av selskapets/innretningens overskudd, uavhengig av om det faktisk utbetales utbytte. Reglene representerer således en fremskyndet beskatning sammenlignet med de alminnelige regler for beskatning av deltakere i selskapslignede selskaper.

Reglenes anvendelsesområde fremgår av sktl. § 10-60. Subjekter for NOKUS-beskatning er for det første *”deltakere i norsk-kontrollert aksjeselskap og likestilte selskap eller sammenslutning, jf. § 10-1, som er hjemmehørende i lavskattland”*. Selskapet må etter bestemmelsen være norsk-kontrollert og hjemmehørende i lavskatteland. Av henvisningen til sktl. § 10-1 fremgår at selskap hvor eierne har begrenset ansvar for selskapets gjeld, jf. sktl. § 10-1 første ledd jf. § 2-2 første ledd, anses som aksjeselskap og likestilt selskap eller sammenslutning. Videre gjelder reglene for skattytere i *”annen selvstendig innretning eller formuesmasse”* hjemmehørende i lavskatteland, som skattyter alene eller sammen med andre direkte eller indirekte kontrollerer (norsk kontrollert) og som skattyteren direkte eller indirekte har fordeler av. Ordlyden er vidtrekkende og omfatter enhver innretning eller formuesmasse som er opprettet som en egen juridisk enhet, for eksempel stiftelser og truster.²³ Deltakere i deltakerlignede selskaper, der en eller flere deltakere har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, skal ikke skattlegges etter NOKUS-reglene. Norske deltakere i deltakerlignede selskaper blir løpende inntektsbeskattet etter reglene for deltakerligning og det er ikke behov for å anvende NOKUS-reglene.

For at NOKUS-reglene skal komme til anvendelse må det utenlandske selskapet være norsk-kontrollert, jf. § 10-60 jf. § 10-62. Videre må selskapet være hjemmehørende i lavskatteland, jf. § 10-60 jf. § 10-63. Som en følge av Norges internasjonale forpliktelser er det oppstilt begrensninger i beskatningen etter NOKUS-reglene for selskaper hjemmehørende i skatteavtalland og i EØS, jf. § 10-64. Omfattes selskapet av skatteavtale Norge har med det land hvor

²² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.2

²³ Zimmer (red) (2010) s. 396

selskapet er hjemmehørende, kan skattlegging etter NOKUS-reglene bare foretas når selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter, jf. bokstav a. Er selskapet hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS, er utgangspunktet at NOKUS-beskatning ikke skal foretas dersom deltakeren dokumenterer at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i en EØS-stat, jf. bokstav b. Innholdet i de enkelte kriteriene vil ikke bli gjennomgått her, men flere av kriteriene er gjennomgått senere i oppgaven.

Er vilkårene for NOKUS-beskatning oppfylt beskattes norske deltakere løpende for sin forholdsmessige andel av selskapets overskudd, uavhengig av om det faktisk utbetales utbytte, jf. § 10-61. Reglene representerer således en form for deltakerligning. Det fremgår av § 10-65 at deltakernes inntekt skal fastsettes etter norsk skattelovgivning som om selskapet var skattyter. Inntekter og tap som omfattes av fritaksmetoden inngår i utgangspunktet ikke ved fastsettingen av deltakernes inntekt, jf. § 10-65 andre ledd.

Utdeling av utbytte til selskapsdeltakere utløser ikke beskatning i den grad det ligger innenfor den samlede inntekten som er skattlagt etter § 10-65 eller er unntatt fra den løpende beskatningen på grunn av fritaksmetoden, jf. § 10-67 første ledd. Ved realisasjon beregnes gevinst og tap etter § 10-68. For selskapsdeltakere skal inngangsverdien opp- eller nedreguleres med endringer i selskapets beskattede inntekt gjennom deltakerens eiertid, og inngangsverdien skal også oppreguleres med inntekt som er unntatt beskatning på grunn av fritaksmetoden.

4 Hjemmehørende-kriteriet

4.1 Innledning

Som oppgavens tema antyder er det ved anvendelse av fritaksmetoden nødvendig å ta stilling til i hvilket land et selskap er hjemmehørende. Hjemmehørende-kriteriet omhandler hvor et selskap skattemessig anses å høre hjemme og kriteriet går igjen flere steder i sktl. § 2-38 og i skatteloven ellers. Det går et grunnleggende skille mellom de tilfeller hvor et selskap etter kriteriet skal være hjemmehørende i Norge og de tilfellene hvor selskapet skal være hjemmehørende i utlandet.

Denne oppgaven omhandler fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskap hjemmehørende i utlandet. Det er hensiktsmessig først å gjennomgå vilkåret om at et selskap skal være hjemmehørende i Norge fordi dette er et naturlig utgangspunkt for vilkåret om at et selskap skal være hjemmehørende i utlandet.

4.2 Hjemmehørende i Norge

Selskaper som oppfyller vilkåret om å høre hjemme i Norge har alminnelig skatteplikt hit, jf. sktl. § 2-2 første ledd. Under fritaksmetodens subjektside gjelder det samme vilkåret for at selskap stiftet i utlandet skal være omfattet av fritaksmetoden som subjekt etter første ledd bokstav a. Spørsmålet er her hvilke selskap som er hjemmehørende i Norge.

Uttrykket *”hjemmehørende”* er vagt og ordlyden gir derfor ikke mye veiledning. Det gir en anvisning på at visse forhold medfører at et selskap har en så sterk tilknytning til Norge at det skattemessig skal anses å høre hjemme her. Kriteriet kan tenkes å referere til formelle forhold som hvor selskapet er registrert eller stiftet, en annen mulighet er at det henviser til materielle forhold som hvor selskapet ledes fra. Videre kan det også tenkes at en helhetsvurdering av flere tilknytningsforhold, herunder formelle og materielle, skal være avgjørende. Det må foretas en presiserende tolkning av ordlyden.

Etter sktl. § 2-38 første ledd bokstav a er selskap *”stiftet i utlandet som er hjemmehørende i Norge”* omfattet som subjekt på visse vilkår. Her har lovgiver gitt en klar indikasjon på at hvor selskapet er stiftet ikke skal være avgjørende for hvor selskapet er skattemessig hjemmehørende.

Høyesterett måtte i Rt. 2002 s. 1144 prejudisielt ta stilling til om selskaper stiftet på Kypros og i Panama var hjemmehørende i Norge i en sak om straffansvar for tiltalte ved manglende innlevert selvangivelse. Førstvoterendes uttalelse var at selskapet er hjemmehørende i Norge hvis *”selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge”*. Til støtte for synet sitt viste førstvoterende til forarbeidene og juridisk litteratur. Av uttalelsen er det ikke klart hva som menes med at selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge. Ved den etterfølgende vurderingen av spørsmålet om plikt til å levere selvangivelse som følge av skatteplikten uttaler førstvoterende at *”plikten også omfatter den gruppe personer som reelt utfører styrefunksjoner og denne gruppes ledende person. En slik forståelse støttes av at skatteplikten til Norge er etablert på grunnlag av at de samme personers aktivitet i Norge i realiteten er styrefunksjoner i selskapet.”* (min understreking). Uttalelsene sett i sammenheng viser at det er ledelse på styrenivå Høyesterett sikter til for at et selskap reelt sett må anses ledet fra Norge. Etter dette trekker dommen i retning av at en vurderingen av om selskapets ledelse på styrenivå finner sted i Norge er avgjørende for om selskapet skal anses hjemmehørende i Norge.

Med støtte i Høyesteretts avgjørelse synes det å være bred enighet i teorien om at det avgjørende er hvor selskapets reelle styreledelse finner sted, mens formelle kriterier faller utenfor.²⁴

Konklusjonen er at et selskap skal anses hjemmehørende i Norge dersom selskapets ledelse på styrenivå finner sted i her.

4.3 Hjemmehørende i utlandet

Fritaksmetodens anvendelsesområde er ved flere anledninger knyttet opp til om et selskap er hjemmehørende i utlandet. I enkelte tilfelle er det tilstrekkelig at selskapet er hjemmehørende i utlandet, mens i andre må selskapet være hjemmehørende i bestemte land, for eksempel i et EØS-land. Spørsmålet er her når et selskap etter norsk intern rett skal anses hjemmehørende i utlandet.

²⁴ Bl.a. Zimmer (red) (2010) s. 394-395

Uttrykket *"hjemmehørende i utlandet"* åpner for flere tolkningsalternativer. Et første alternativ kan være å anvende samme tilknytningskriterier som ved vurderingen av om et selskap er hjemmehørende i Norge, slik at når et selskaps ledelse på styrenivå finner sted i et land anses selskapet for norske reglers formål som hjemmehørende der. Et annet alternativ er at avgjørelsen tar utgangspunkt i det aktuelle utlands interne rett. Det er imidlertid ikke sikkert at landets interne rett opererer med et hjemmehørendebegrep tilsvarende det norske. Et naturlig utgangspunkt kan da være å se på den sentrale skattemessige konsekvensen av at et selskap anses hjemmehørende i Norge, nemlig at selskapet har alminnelig skatteplikt hit, jf. sktl. § 2-2. Etter en slik modell vil da selskapet etter norsk rett anses som hjemmehørende i det land selskapet har alminnelig skatteplikt etter dette landets interne rett.

For fritaksmetodens vedkommende er avgjørelsen av hvilket utland et selskap skal anses hjemmehørende i sentralt for om fritaksmetoden kommer til anvendelse, jf. særlig unntakene i § 2-38 tredje ledd. Skillet baserer seg i stor grad på skattingen i de ulike landene. Det norske skattesystemet bygger på en forutsetning om at overskuddet i selskaper som kan deles ut til deltakerne er skattlagt én gang på selskapets hånd. Med skattefritak etter fritaksmetoden søkes det å unngå kjedebeskatning i selskapskjeder ved at selskapsdeltakere er fritatt for beskatning ved utbytte og gevinster, siden det forutsettes at overskuddet allerede er skattlagt på det opptjenende selskapets hånd. Samtidig er det gjort unntak fra fritaksmetoden der det antas at selskapet inntektene stammer fra ikke er skattlagt for overskuddet, siden selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland. For at disse forutsetningene skal slå til må selskapet anses hjemmehørende i det land selskapet har alminnelig skatteplikt etter intern rett i dette landet, ikke etter hvor selskapet ville hatt alminnelig skatteplikt dersom de norske reglene hadde fått anvendelse.

Etter disse synspunktene er det den reelle skatteplikten selskapet har til det aktuelle landet som bør være avgjørende. Dersom selskapet har alminnelig skatteplikt også til et annet land, kan det være at selskapet ikke er underlagt alminnelig beskatning i det ene landet som følge av skatteavtale. Selskapet bør da anses hjemmehørende i det land selskapet etter landets interne rett og skatteavtaler har alminnelig skatteplikt.

En slik løsningene er også lagt til grunn i myndighetenes praksis.²⁵

Om et selskap etter norsk rett skal anses hjemmehørende i et aktuelt utland skal etter dette avgjøres på bakgrunn av om selskapet har alminnelig skatteplikt dit i henhold til landets interne rett og avtaleforpliktelser. Transparente selskaper, der deltakerne skattlegges for selskapsinntektene, er ikke selvstendige skattesubjekter og de kan således ikke ha alminnelig skatteplikt. Det er dermed bare selskaper som er selvstendige skattesubjekter etter sitt hjemlands rett som kan anses hjemmehørende der.

4.4 Hybridselskaper

Tilsvarende-vilkåret innebærer at det utenlandske selskapet etter norsk rett må anses som et selvstendig skattesubjekt for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse, se nedenfor. På samme måte må selskapet etter hjemmehørende-kriteriet anses som et selvstendig skattesubjekt etter sitt hjemlands rett. For at et utenlandsk selskap skal omfattes av fritaksmetoden må det dermed anses som et selvstendig skattesubjekt etter både norsk og utenlandsk rett. I de tilfeller der selskapet anses som en transparent enhet etter sitt hjemlands rett og som et eget skattesubjekt etter norsk rett, her kalt hybridselskaper, vil da fritaksmetoden ikke komme til anvendelse selv om inntekter fra selskaper som regnes som egne skattesubjekter i landet er omfattet av fritaksmetoden. Spørsmålet er da om hjemmehørende-vilkåret kan tolkes innskrenkende i disse hybridtilfellene.

Formålet bak unntakene fra fritaksmetodens objektside i tredje ledd er at inntekter fra lavskattelands utenfor EØS og fra porteføljeinvesteringer i de resterende landene utenfor EØS skal holdes utenfor fritaksmetoden. Der inntektene til hybridselskapet ikke er slike inntekter tilsier formålsbetraktninger at inntektene skal omfattes av fritaksmetoden. Hensynet til å unngå kje-
debeskatning trekker i samme retning.

Men hybridselskapene kan også ha inntekter som ville falt utenfor fritaksmetoden etter unntakene i tredje ledd. Disse inntektene er det dermed ikke ønskelig at skal fritas som ledd i at hybridselskapet omfattes av fritaksmetoden. Selskapet ville da kunne være et mellomledd for

²⁵ Utv. 2006 s. 485, Utv. 2011 s. 1494, Utv. 2013 s. 1741

å konvertere inntekter som ikke omfattes av fritaksmetoden til inntekter som omfattes, for eksempel ved at selskapet mottar inntekter fra lavskatteland utenfor EØS. Formålsbetraktninger tilsier dermed at slike inntekter skal holdes utenfor.

En innskrenkende fortolkning av hjemmehørende-vilkåret ble skissert i Utv. 2011 s. 1494. Etter Finansdepartementets mening skal hjemmehørende-vilkåret tolkes som at det er tilstrekkelig at hybridselskapet er selskapsrettslig etablert i et EØS-land eller i et normalskatteland utenfor EØS. Det uttales at *”Hybridselskapet vil i disse tilfellene avlede en skatterettslig hjemmehørende-status fra den stat hvor det selskapsrettslig er etablert”*. Men for å unngå at inntekter som etter fritaksmetoden skal være skattepliktige blir gjort skattefrie, ble det innført ytterligere vilkår. For det første ble det oppstilt som vilkår at selskapet ikke har inntekter fra lavskatteland utenfor EØS. Videre ble det oppstilt som et tilleggsvilkår at dersom selskapet er etablert i et normalskatteland utenfor EØS, må det norske selskapet som mottar gevinsten eller utdelingen ha en eier-/stemmeandel på ti prosent eller mer i det utenlandske selskapet, jf. § 2-38 tredje ledd bokstavene b-d. Dette er fordi porteføljeinvesteringer i normalskatteland utenfor EØS er unntatt etter disse bestemmelsene.

Finansdepartementets tolkning medfører at ingen av inntektene til selskapet kan være fra lavskatteland utenfor EØS. Dersom noen av inntektene ikke oppfyller kravet blir ingen av hybridselskapets inntekter omfattet av fritaksmetoden. Alternativet ville vært å vurdere selskapets inntekter separat og gitt fritak for de inntektene som oppfyller kravene. Dette ville imidlertid vært krevende i praksis, og administrative hensyn taler imot en slik løsning.

På bakgrunn av Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2011 s.1494 og at formålsbetraktninger trekker i samme retning må hjemmehørende-vilkåret tolkes innskrenkende for hybridtilfellene. Inntekter fra selskapene vil da være omfattet av fritaksmetoden på de ovenfor nevnte vilkår.

Drøftelsen gjelder fritaksmetodens objektside, men de samme synspunktene gjør seg gjeldende for subjektsiden, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav i, der eierne av hybridselskapet kvalifiserer under fritaksmetoden. Vilkårene må da baseres på hvilke krav som stilles for at subjekter skal kvalifisere under fritaksmetodens subjektside. Da dette ligger utenfor oppgavens tema går jeg ikke videre inn på dette her.

5 Investeringer i "tilsvarende" utenlandske selskap

5.1 Introduksjon

Eierandeler som kvalifiserer for skattefritak etter sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a er etter ordlyden *"eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd a til c eller tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet"*. Etter bestemmelsen er det to grupper av eierandeler som i utgangspunktet kvalifiserer som investeringsobjekt – eierandeler i selskaper hjemmehørende i Norge som nevnt i første ledd bokstav a til c, og eierandeler i *"tilsvarende"* selskaper hjemmehørende i utlandet. Skattytere som omfattes av fritaksmetodens subjektside får som utgangspunkt skattefritak på gevinster og utbytteutdelinger fra disse eierandelene, samtidig som tap ikke er fradragsberettiget.

De kvalifiserende eierandelene i selskaper hjemmehørende i Norge er gjennomgått ovenfor. For at eierandeler i selskaper hjemmehørende i utlandet skal kvalifisere etter bestemmelsen må selskapet anses som *"tilsvarende"* et av de norske selskapene der eierandelene kvalifiserer. Kriteriet gir anvisning på en sammenligning av det utenlandske selskapet med de norske selskapene der eierandelene kvalifiserer som investeringsobjekt.

5.2 Utgangspunkter for sammenligningen

For det første må det finnes frem til et sammenligningsgrunnlag, hvilke kjennetegn ved selskapene som skal sammenlignes. Den tidligere gjennomgangen av de norske selskapstypene som omfattes viste at det var enkelte fellestrekk ved disse. Ved sammenligningen av de utenlandske selskapene med de norske vil det være naturlig å ta utgangspunkt i de karakteristiske trekkene ved de norske selskapene.

Sammenligningen med norske selskaper kan tenkes foretatt enten etter skatterettslige eller selskapsrettslige kjennetegn ved selskapene, eventuelt kan en kombinasjon av disse anvendes. Det synes naturlig å ta utgangspunkt i skatterettslige kjennetegn siden sammenligningen skal foretas for skattemessige formål. Et sentralt skatterettslig kjennetegn ved de kvalifiserende norske eierandelene er at selskapet er et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett. Det kan da

være aktuelt å la det være avgjørende om også det utenlandske selskapet er et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett eller etter intern rett i selskapets hjemland.

I og med at tilsvarende-kriteriet gir anvisning på en sammenligning av selskapstyper kan det være relevant å vurdere selskapsrettslige karakteristika. Et trekk ved de norske selskapene som omfattes er at deltakerne har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Dette er i utgangspunktet et selskapsrettslig kjennetegn, men samtidig er det heftelsesformen som etter norsk rett i utgangspunktet er avgjørende for om et selskap skal anses som et selvstendig skattesubjekt, jf. sktl. § 2-2 første ledd sml. andre ledd. Ansvar for selskapets forpliktelser og om selskapet er et selvstendig skattesubjekt er dermed langt på vei to sider av samme sak.

Det kan imidlertid være aktuelt å vurdere også andre selskapsrettslige kjennetegn. For eksempel kan styrings- og organisasjonsstrukturen være relevant å sammenligne. De selskapsrettslige kjennetegnene varierer imidlertid for de ulike norske selskapstypene, det er et vidt spekter av norske selskaper som omfattes. Et utgangspunkt kan være å vurdere de sentrale selskapsrettslige trekkene ved de ulike selskapstypene det sammenlignes med. Ved en vurderingen av selskapsrettslige kjennetegn kommer ytterligere aspekter inn. Lovreguleringen for det utenlandske selskapet kan åpne for at selskapet selv kan bestemme ulike forhold. Et spørsmål er da om man skal se hen til valgene som er gjort i det enkelte selskap, eller vurdere selskapstypen som sådan slik det reguleres i lovgivningen.

Videre må det tas stilling til hvor stor grad av likhet det må være mellom selskapene for at det utenlandske selskapet skal være *"tilsvarende"*. Enkelte faktorer kan være avgjørende ved at det oppstilles minstekrav, eller man kan foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av flere forskjellige faktorer.

5.3 Tilsvarende-kriteriets innhold

5.3.1 Ordlyden

Etter ordlyden er eierandeler i *"tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet"* kvalifiserende investeringsobjekter. Det gir anvisning på en vurdering av om det utenlandske selskapet er tilstrekkelig likt et av de norske selskapene som er omfattet. Begrepet *"tilsvarende"* er imidlertid upresist og åpner for flere tolkningsalternativer. Hvilke momenter som er relevante

og hva som eventuelt skal anses avgjørende fremgår ikke. Ordlyden gir således liten veiledning for innholdet av tilsvarende-kriteriet.

5.3.2 Forarbeider

I forarbeidene er det gitt noen retningslinjer for vurderingen.²⁶ Finansdepartementet uttaler at det skal foretas en *”konkret”* vurdering av hvorvidt den utenlandske enheten skal anses å være tilsvarende, sett hen til lovreguleringen selskapet er underlagt og hvordan enheten rent faktisk opererer og er organisert. Det skal altså foretas en konkret vurdering av hvordan den aktuelle utenlandske enheten fremstår. At det også skal tas i betraktning hvordan enheten *”rent faktisk opererer og er organisert”* tyder på at det i forarbeidene her siktes til den selskapsrettslige lovreguleringen og at det er av betydning hvordan eierne har innordnet seg under rammene lovgivningen åpner for.

Det uttales videre at lovgivningen ikke på *”sentrale punkter gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for den norske selskapsformen som det sammenlignes med”*. Formuleringen tyder på at vurderingen skal foretas på bakgrunn av hvordan det utenlandske selskap ville blitt behandlet etter norsk rett sammenlignet med hvordan det blir behandlet etter lovgivningen i hjemstaten. At lovgivningen ikke på *”sentrale punkter”* gir anvisning på andre løsninger, gir ikke mye veiledning utover at man kan se bort fra mindre sentrale forskjeller. Selskapene trenger ikke å være identiske.

Finansdepartementet fastslår at dersom den utenlandske enheten ville blitt deltakerlignet etter norske regler må det legges til grunn at selskapet ikke skal anses som et eget skattesubjekt også i forhold til fritaksmetoden. Det gis her en anvisning på at den utenlandske enheten som et minstekrav må anses som et eget skattesubjekt i forhold til norske skatteregler. Dette fremgår av at det henvises til forarbeidenes pkt. 6.5.9 der det legges til grunn at fritaksmetoden kun vil gjelde for selskaper som er egne skattesubjekter.

²⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (iv)

5.3.3 EØS-avtalen

5.3.3.1 EØS-retten og EU-domstolens relevans

EØS-loven § 1 gir EØS-avtalens hoveddel virkning som norsk lov. EØS-avtalen oppstiller visse rammer som lovgivningen må holde seg innenfor for at Norges forpliktelser skal overholdes. Sentralt står de fire friheter som medfører et generelt forbud mot forskjellsbehandling av grenseoverskridende transaksjoner innenfor EØS sammenlignet med rent interne transaksjoner.

EFTA-domstolen har ikke behandlet mange saker om inntektsskatt.²⁷ EU-domstolens rettspraksis er imidlertid sentral ved tolkning av EØS-avtalen. Dette følger blant annet av homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalens art. 1. EFTA-domstolen legger også en slik oppfatning til grunn.²⁸ Det skal her ikke gås nærmere inn på domstolenes metode, annet enn å nevne at den er rettsutviklende, formålsorientert og at tidligere avgjørelser har stor vekt.²⁹

Fritaksmetoden medfører skattefritak ved enkelte investeringer internt i Norge og forbudet mot forskjellsbehandling innebærer da at det må gis skattefritak i like stor grad ved grenseoverskridende investeringer innenfor EØS. For at forbudet mot forskjellsbehandling skal gjøre seg gjeldende er det gjennom langvarig praksis i EU-domstolen oppstilt et vilkår om at situasjonene må være sammenlignbare. Fritaksmetoden må således gjelde i like stor grad for investeringer i selskaper innenfor EØS som for investeringer i norske selskaper når EØS-selskapet og det norske selskapet er i sammenlignbare situasjoner. Dette får betydning for tilsvarende-kriteriet fordi kriteriet kvalifiserer eierandeler i utenlandske selskaper som investeringsobjekt. Er et selskap innenfor EØS i en sammenlignbar situasjon som et norsk selskap som omfattes, må det anses som tilsvarende etter fritaksmetoden for at Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal overholdes. EØS-avtalen setter således skranker for hvordan sammenligningen etter tilsvarende-kriteriet kan foretas.

²⁷ Zimmer (2009) s. 93

²⁸ E-1/04 (Fokus Bank) avsnitt 22

²⁹ Zimmer (2009) s. 95

5.3.3.2 Aberdeen-saken

Hva som ligger i at situasjonene skal være sammenlignbare ble vurdert av EU-domstolen i Aberdeen-saken, sak C-303/07. Spørsmålet i saken var om finske skattemyndigheter kunne ilegge kildeskatt på utdeling av utbytte fra et finsk aksjeselskap til et SICAV-fond (aksjefond) hjemmehørende i Luxembourg, eller om dette innebar en forskjellsbehandling i strid med etableringsfriheten. Et tilsvarende utbytte ville vært skattefritt dersom mottakeren var et finsk aksjeselskap eller aksjefond, og det måtte tas stilling til om SICAV-fondet var i en sammenlignbar situasjon som et finsk aksjeselskap. EU-domstolen kom til at SICAV-fondet var i en sammenlignbar situasjon, og at forskjellsbehandlingen var i strid med EF-traktaten.

Det går frem av EU-domstolens uttalelser at selskapsformene ikke behøver å være identiske for at de skal være i en sammenlignbar situasjon. Siden medlemsstatenes selskapsrett ikke er harmonisert, ville et slikt krav frata etableringsfriheten dens effektive virkning (50).

Det ble anført av de finske skattemyndigheter at siden SICAV-fondet ikke ble inntektsbeskattet kunne det ikke sies å være i en sammenlignbar situasjon (46). Dette ble avvist av EU-domstolen. Den manglende beskatning av SICAVet i Luxembourg kunne ikke begrunne den finske utbyttebeskatningen når utbytte utbetalt mellom selskaper internt i Finland ikke ble beskattet (52). Skattebehandlingen av andre typer inntekter var ikke relevant for en sammenligning av selskapsformene i relasjon til kildeskatt på utbytte (53).

5.3.3.3 Betydning for tilsvarende-kriteriet

Som tidligere nevnt må tilsvarende-kriteriet tolkes i samsvar med hva som anses som sammenlignbare situasjoner for at Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal overholdes.

Aberdeen-saken viser for det første at selskapene ikke trenger å være identiske for at de skal være i en sammenlignbar situasjon. Domstolens uttalelser viser imidlertid ikke hvor den nærmere grensen skal gå. Avgjørelsen gir dermed lite veiledning utover at det ved tilsvarende-vurderingen ikke kan kreves at selskapene er identiske.

Av større betydning er uttalelsene om at beskatningen av andre typer inntekter ikke er relevant ved sammenligningen av selskapene. Det kan således heller ikke ved tilsvarende-vurderingen vektlegges hvordan det utenlandske selskapet skattlegges i sitt hjemland. Skattlegging av inntektene fra EØS-selskapet vil med en slik begrunnelse medføre en restriksjon i strid med etableringsretten. Når fritaksmetoden innebærer et skattefritak ved investeringer i norske selskaper, kan det videre ikke være av betydning at det er et tilsvarende skattefritak i den utenlandske staten.

Disse begrensningene gjelder imidlertid bare der det utenlandske selskapet hører hjemme i et land innenfor EØS. Det er således et åpent spørsmål hvorvidt manglende beskatning av et selskap hjemmehørende i land utenfor EØS er relevant ved tilsvarende-vurderingen.

5.3.4 Finansdepartementets uttalelser

Her skal det vurderes hvordan tilsvarende-kriteriet har blitt vurdert av Finansdepartementet. Uttalelsene fra Finansdepartementet har i stor grad vært retningsgivende for myndighetenes praktisering av tilsvarende-kriteriet. Det er særlig betydningen av skattesubjektivitet og skatteplikt til hjemstaten som har vært belyst i uttalelsene og som skal gjennomgås i det følgende.

5.3.4.1 Selvstendig skattesubjekt

Det har tradisjonelt vært oppstilt et skille etter hvorvidt det utenlandske selskap utgjør et selvstendig skattesubjekt eller en transparent enhet, og det avgjørende har da vært hvordan den utenlandske enheten skal klassifiseres etter norsk rett.³⁰ Etter norsk rett skal selskaper med ubegrenset ansvar deltakerlignes, mens selskaper med begrenset ansvar skal anses som selvstendige skattesubjekter, jf. sktl. § 2-2. Dersom det utenlandske selskapet etter interne selskapsrettslige regler i hjemlandet har begrenset ansvar skal selskapet dermed etter norsk rett anses som et selvstendig skattesubjekt, uavhengig av klassifiseringen i selskapets hjemland.

I Utv. 2011 s. 1494 pkt. 4, under omtale av hjemmehørende-kriteriet og tilsvarende-kriteriet, uttales at *"Samlet sett innebærer de to kriteriene at et utenlandsk selskap i utgangspunktet må ha status som selvstendig skattesubjekt både etter norsk og utenlandsk rett for at det skal an-*

³⁰ Utv. 2007 s. 1568 , Utv. 2011 s. 1494

ses omfattet av fritaksmetoden.” Uttalelsen legger til grunn at tilsvarende-kriteriet inneholder et minstekrav om at selskapet etter norsk rett anses som et selvstendig skattesubjekt.

5.3.4.2 Skatteplikt til hjemstaten

I en uttalelse fra 2007 la Finansdepartementet til grunn at det var et krav om at skattesubjektene hjemmehørende i utlandet måtte ha alminnelig inntektsskatteplikt til hjemstaten for at de skulle omfattes av fritaksmetoden.³¹ Det ble etter uttalelsen ikke ansett som nødvendig at selskapet rent faktisk er undergitt beskatning, siden også selskaper hjemmehørende i Norge i realiteten kan betale lite eller ingen skatt selv om de er underlagt alminnelig skatteplikt.

I Utv. 2011. s. 1494 ble det på bakgrunn av Aberdeen-saken³² gått tilbake på dette standpunktet for selskaper i andre EØS-land, mens det for selskaper utenfor EØS ble uttalt at det kan *”være relevant å legge vekt på hvorvidt selskapet er fritatt for inntektsskatt i sin hjemstat”*. Betydningen av alminnelig skatteplikt til hjemstaten ble altså betydelig tonet ned også for selskaper utenfor EØS, men uttalelsen tyder på at det fortsatt skal være et moment i helhetsvurderingen.

5.3.5 Statoil Holding-dommen

5.3.5.1 Innledning

I Rt. 2012 s. 1380 vurderer Høyesterett tilsvarende-kriteriet. Saken gjaldt spørsmål om tapsfradrag etter investering i et tysk kommandittselskap. Det springende punkt var om det tyske selskapet tilsvarte et norsk aksjeselskap. Høyesterett kom enstemmig til at tapet ikke var fradragberettiget. Selskapet var å anse som tilsvarende et norsk aksjeselskap og dermed kom fritaksmetoden til anvendelse.

Norsk Hydro Deutschland GmbH & Co (NHD) var organisert som et kommandittselskap med Norsk Hydro Holding AS (NHH) som kommandittist og Norsk Hydro Deutschland Verwaltung GmbH (HAH) som komplementar. NHH overdro NHD ved en konsernintern transaksjon og realiserte med det et tap på 1,65 milliarder kroner.

³¹ Utv. 2007 s. 1568

³² C-303/07 (Aberdeen)

Komplementaren, HAH, hadde ingen andel i overskudd eller underskudd i NHD som var hel-eid av NHH. HAH skulle videre få dekket faktiske utlegg pådratt i kommandittselskapets interesse og det skulle få en årlig godtgjørelse på 5 % av sin innbetalte kapital i selskapet. HAH representerte NHD, stod for den daglige ledelse og tok hånd om styrefunksjonene.

5.3.5.2 Generelt om tilsvarende-vurderingen

Førstvoterende slår med henvisning til forarbeidene fast at ved tilsvarende-vurderingen skal klassifiseringen av det utenlandske selskapet baseres på norsk rett (48). Klassifiseringen etter norsk rett *”må bygges på de ulike involverte parter deltakelse i ledelsen av selskapet, ansvaret for selskapets forpliktelser og deltakelse i overskudd og underskudd, og denne avklaringen av partenes posisjoner skjer med bakgrunn i tysk rett”* (48).

Uttalelsene viser at det utenlandske selskapet ved tilsvarende-vurderingen skal klassifiseres med bakgrunn i norsk rett, men at det må ses hen til selskapets hjemlands rett for å finne det faktiske grunnlaget for klassifiseringen. Samtidig er det uten betydning hvordan selskapet klassifiseres i sitt hjemland (50).

Førstvoterende gir videre sin tilslutning til Finansdepartementets uttalelser med bakgrunn i Aberdeen-saken (52). Etter uttalelsene utelukkes ikke et selskap i en EØS-stat fra å anses som tilsvarende fordi det har alminnelig skattefritak i sitt hjemland, og det er ikke et krav at det utenlandske selskap blir ansett som et selvstendig skattesubjekt i sitt hjemland. Uttalelsene, med Høyesteretts tilslutning, viser at det for selskaper hjemmehørende i en EØS-stat ikke skal oppstilles krav om at selskapet har alminnelig skatteplikt til sitt hjemland ved tilsvarende-vurderingen. At det ikke er et krav at det utenlandske selskap blir ansett som et selvstendig skattesubjekt i sitt hjemland, følger allerede av at det er uten betydning hvordan selskapet klassifiseres i sitt hjemland (50).

Den nærmere vurderingen skal være *”konkret”*, og det er da ikke nok å se på den generelle lovreguleringen: *”Det må også ses hen til de valg eierne har gjort innenfor de tillatte rammer, og det må tas hensyn til forholdet mellom de ulike involverte parter, slik dette er etablert ved selskapsavtalen”* (53). Det fremgår ikke hvilke konkrete forhold det her siktes til, men forhold som kan tenkes å være av betydning er for eksempel ansvarsfordelingen, fordelingen

av eierandeler og hvilke styringsfunksjoner partene har. Likevel skal det ikke foretas ”en nærmere vurdering av de økonomiske og styringsmessige realiteter i det utenlandske selskap” (53). Uttalelsene sett i sammenheng kan tyde på at de valg som er foretatt og som fremkommer av selskapsavtalen skal være avgjørende uavhengig av de reelle økonomiske og styringsmessige forhold. For eksempel kan ansvarsfordelingen etter selskapsavtalen da tenkes å være avgjørende uten at man vurderer om denne etter omstendighetene er en økonomisk realitet.

5.3.5.3 Den konkrete tilsvarende-vurdering

Ved den konkrete vurderingen av om det tyske kommandittselskapet (NHD) tilsvarte et norsk aksjeselskap var det for Høyesterett avgjørende om NHD var omfattet av definisjonen av aksjeselskap i asl. § 1-1 andre ledd (66). Etter denne definisjonen er det avgjørende at ingen av deltakerne har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. NHH hadde begrenset ansvar, og spørsmålet var da om komplementaren, HAH, kunne anses å være deltaker i NHD (66).

5.3.5.3.1 Ansvarsbegrensning

At HAH hadde ubegrenset ansvar for forpliktelsene til NHD kunne ”ikke sies å være et utslag av en deltakerinteresse” (67). HAH hadde verken eierandel, andel i overskudd eller underskudd, andel i noen likvidasjonsverdi eller noen annen økonomisk interesse i NHDs virksomhet annet enn en fast avkastning på 5 % av sin egen innbetalte aksjekapital som var uavhengig av resultatet i selskapet (66). Den manglende realiteten i ansvarsforpliktelsen, med bakgrunn i at egenkapitalen til HAH var forsvinnende liten sammenlignet med kommandittselskapets egenkapital, var ”ikke avgjørende for resultatet” (67). Dette tyder på at selv om ansvaret for selskapets forpliktelser hadde vært reellt, ville ikke ansvarsforpliktelsen vært avgjørende for å kunne konstatere en deltakerinteresse. Denne må da bero på andre forhold som eierandel og andel i overskudd eller underskudd.

Høyesteretts konklusjon var at HAH ikke var deltaker i NHD (68). Dermed var NHD omfattet av definisjonen av aksjeselskap. I denne konkrete saken var altså ansvarsforpliktelsen ikke avgjørende for å kunne fastlegge en *deltakerinteresse*. Men dersom deltakerinteresse hadde foreligget på bakgrunn av de andre elementene, ville det nettopp vært ansvarsforpliktelsen til HAH som hadde vært avgjørende for at NHD ikke kunne anses å tilsvare et aksjeselskap. Drøftelsen ovenfor kan tyde på at dette gjelder selv om ansvarsforpliktelsen ikke er en ”øko-

nomisk realitet". Ansvarsbegrensningen var således et nødvendig vilkår for at NHD skulle anses som tilsvarende.

5.3.5.3.2 Styring og kontroll

Førstvoterende presiserer at det ved tilsvarende-vurderingen etter omstendighetene kan være riktig å legge vekt på selskapets organisering og ledelse, men er ikke enig med Lagmannsretten i at ulikheten i styringsstrukturene i NHD og et norsk aksjeselskap er så grunnleggende at NHD ikke kan sies å være et tilsvarende selskap (68, 69).

Høyesterett trekker frem at det ikke er noe ved fritaksregelens avgrensning som tilsier at styring og kontroll skal tillegges betydelig vekt ved tilsvarende-vurderingen (69). Det uttales at skattefritaket *"gjelder fullt ut for de minste aksjeposter, og det er ikke gjort noe unntak for stemmerettsløse aksjer"* (69). Skattefritaket etter hovedregelen i sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a gjelder, som Høyesterett fremhever, *uavhengig* av styring og kontroll i selskapet. Når slike forhold ikke er avgjørende for at skattefritaket skal komme til anvendelse vil det heller ikke være naturlig å legge *"betydelig vekt"* på det ved vurderingen av om utenlandske selskaper skal anses som tilsvarende. Skattefritaket for investeringer i utenlandske selskaper ville jo da nettopp vært *avhengig* av styring og kontroll i selskapet gjennom tilsvarende-kriteriet. En annen sak er at slike forhold er av betydning for om unntakene i § 2-38 tredje ledd kommer til anvendelse.

Generelt kan man utlede av dette at man ved tilsvarende-vurderingen ikke skal legge stor vekt på ulikheter med mindre ulikhetene er av betydning i forhold til den aktuelle regel. Man må altså se på den aktuelle rettsregel tilsvarende-kriteriet er en del av for å finne frem til hvilke ulikheter som skal vektlegges. Høyesteretts uttalelse om at Aberdeen-saken *"trekker også i retning av"* å ikke tillegge ulikheter vekt med mindre ulikhetene har relevans i forhold til den aktuelle rettsregel (70), tyder på at en slik forståelse skal legges til grunn.

Det påpekes videre at det også er *"betydelige ulikheter i styringsstrukturen for norske og tyske aksjeselskaper"* (71). Uttalelsen må forstås i kontekst av at det refereres til den ankende parts anførsel om at ulikheter i styring og ledelse er uten betydning ved vurderingen av om et tysk AG eller GmbH tilsvarer et norsk aksjeselskap (27). Forutsetningen er altså at disse aksjeselskapsformene anses å tilsvare norske aksjeselskaper. Sett i lys av dette tyder uttalelsen

på at ulikheter i styringsstrukturen heller ikke skal være avgjørende for om NHD kan anses tilsvarende.

Deretter går førstvoterende over til å vurdere ulikhetene i styringsstrukturen mellom NHD og et norsk aksjeselskap. Den videre drøftelsen synes ikke å være avgjørende for resultatet. Uttrykk som *"bidrar dessuten til å"* (72) og *"Jeg tilføyer for fullstendighetens skyld"* (73), tyder på at det var tilstrekkelig å ta utgangspunkt i at styring og kontroll ikke skulle tillegges betydelig vekt ved tilsvarende-vurderingen.

Uttalelsene videre er noe uklare. Ved vurderingen av hvilken vekt strukturelle ulikheter kan tillegges ved *"tilsvarende-vurderingen"* må det ses hen til de *"bakenforliggende realiteter"* (73), som i dette tilfellet var at Hydrokonsernet hadde full kontroll med sine investeringer gjennom å være eiere av kommandittisten og komplementaren og gjennom tilsynsrådet (73). Med dette som bakteppe uttalte førstvoterende: *"Denne faktiske kontroll er ikke et utslag av konkrete omstendigheter, men en strukturell forutsetning for denne eierformen"* (74). *"Når den reelle kontroll på tvers av de formelle strukturer er det ordinære, kan de formelle ulikheter i den formelle styringsstruktur etter mitt skjønn ikke tillegges stor vekt ved tilsvarende-vurderingen"* (75). Avslutningsvis konkluderer Høyesterett med at: *"Jeg er på denne bakgrunn kommet til at HAHs rolle i styringen av kommandittselskapet heller ikke kan føre til at selskapet kan anses som deltaker, og resultatet må bli det samme når styringsfunksjonen og det ubegrensede ansvar sees i sammenheng"* (76).

Drøftelsene dreide seg etter førstvoterendes formuleringer om hvilken vekt strukturelle ulikheter skal ha ved *tilsvarende-vurderingen*. Konklusjonen er da vanskelig å forene med drøftelsen. På bakgrunn av konklusjonen kan det synes som om drøftelsen var hvorvidt styring og kontroll kunne føre til at HAH skulle anses som deltaker med den konsekvens at NHD ikke var omfattet av definisjonen av aksjeselskap. En slik forståelse er også best i overensstemmelse med den tidligere uttalelsen om at det ved tilsvarende-vurderingen ikke skal foretas *"en nærmere vurdering av de økonomiske og styringsmessige realiteter i det utenlandske selskap"* (53). I uttalelsene er det nettopp de styringsmessige realiteter som vurderes nærmere.

Legges en slik forståelse til grunn var de bakenforliggende realiteter av betydning for at HAH ikke kunne anses som en deltaker. Når Hydrokonsernet hadde full kontroll med sine investe-

ringer som utslag av en strukturell forutsetning for eierformen kunne HAHs rolle i styringen av kommandittselskapet ikke føre til at selskapet kunne anses som deltaker. Motsetningsvis kan uttalelsene tyde på at HAHs rolle i styringen av kommandittselskapet kunne ført til at HAH skulle anses som deltaker dersom kontrollen til Hydrokonsernet var et utslag av konkrete omstendigheter og ikke en strukturell forutsetning for eierformen. Det synes imidlertid som at det er økonomiske interesser i form av eierandel og andel i overskudd og underskudd som er det sentrale for å avgjøre om det er en deltakerinteresse (66, 67).

Det er vanskelig å si noe sikkert om hva Høyesterett selv har lagt i uttalelsene. Vekten av uttalelsene reduseres også av at de som nevnt ikke var avgjørende for resultatet. Det sentrale er de generelle uttalelsene om at styring og kontroll ikke skal tillegges betydelig vekt ved tilsvarende vurderingen.

5.3.6 Konklusjon

Avgjørelsen i dommen gjaldt et selskap i en EØS-stat. EØS-avtalens bestemmelser begrenser tilsvarende-vurderingen som kan foretas overfor selskaper hjemmehørende i EØS. Det kan da reises spørsmål ved om de samme vurderingene skal gjelde også ved tilsvarende-vurderingen av selskaper hjemmehørende i stater utenfor EØS.

Ved den generelle drøftelsen av hva som skal anses som *"tilsvarende"* selskap drøftes de sentrale norske rettskildene, særlig forarbeidene blir viet stor oppmerksomhet. Dette fremstår som retningslinjer som har overføringsverdi også til vurderingen av selskaper hjemmehørende utenfor EØS. Vedrørende tilbakeholdenheten med å trekke inn økonomiske og styringsmessige realiteter uttales at dette *"må også sies å være best overensstemmende med"* EØS-retten (54), og ved drøftelsen av vektlegging av ulikheter uttales at EØS-retten *"trekker også i retning av"* at ulikheter ikke skal tillegges vekt dersom de ikke har relevans i forhold til den aktuelle regel (70). EØS-retten fremstår her bare som støtteargumenter for en fremgangsmåte som allerede følger av regelen. Selv om det er vanskelig å vurdere hvor avgjørende EØS-retten var for Høyesterett, taler dette for at synspunktene også skal være retningsgivende ved tilsvarende-vurderingen for selskaper hjemmehørende utenfor EØS.

Ved sammenligningen skal det utenlandske selskapet klassifiseres etter norsk rett, men det faktiske grunnlaget for klassifiseringen, for eksempel ansvaret for selskapets forpliktelser,

skal finnes ved å se på selskapets hjemlands rett. Hvordan selskapet klassifiseres i sitt hjemland er uten betydning, det er således ikke et krav at selskapet anses som et selvstendig skatteobjekt i sitt hjemland. At vurderingen skal være konkret betyr at det ikke er tilstrekkelig å se på den generelle lovregulering. Også selskapsavtalen skal iakttas med de valg som er gjort innenfor de tillatte rammer. Økonomiske og styringsmessige realiteter skal i all hovedsak holdes utenfor.

Høyesterett tok utgangspunkt i den selskapsrettslige definisjonen av aksjeselskap for vurderingen av om selskapet kunne anses som tilsvarende. Dette tyder på at det også i andre tilfeller skal tas utgangspunkt i den aktuelle selskapsrettslige definisjonen for å vurdere om selskapet skal anses som tilsvarende. Ansvarsformen er gjennomgående sentralt for klassifiseringen av selskaper etter norsk rett og vil i så måte være avgjørende. De norske selskapsformene det utenlandske selskapet skal sammenlignes med har alle begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, med unntak av interkommunale selskaper.

For Høyesterett var det ved vurderingen av om NHD tilsvarte et norsk aksjeselskap avgjørende at ingen av deltakerne i det utenlandske selskapet hadde ubegrenset ansvar. Høyesterett var imidlertid ikke enig med Lagmannsretten i at ulikhetene i styringsstrukturen i NHD var så grunnleggende at NHD ikke kunne sies å være tilsvarende (68). Selv om det utenlandske selskap har samme ansvarsform tyder uttalelsen på at andre ulikheter kan være så fremtredende at selskapet ikke kan anses som tilsvarende. Også her synes det som om det i første rekke er selskapsrettslige kjennetegn, for eksempel styringsstruktur, som er relevant. Det fremgår imidlertid av dommen at det ved den nærmere tilsvarende-vurderingen ikke skal legges stor vekt på ulikheter med mindre ulikhetene er av betydning i forhold til den aktuelle regel. Man må altså se på den aktuelle rettsregel tilsvarende-kriteriet er en del av for å finne frem til hvilke ulikheter som skal vektlegges. Hvilke nærmere ulikheter som kan være relevante er det ikke enkelt å gi en anvisning på. Det var for eksempel ikke noe ved regelens avgrensning som tilsa at styring og kontroll skulle tillegges betydelig vekt. Likevel kan det ikke utelukkes at ulikheter i styring og kontroll sammen med andre ulikheter kan føre til at et selskap ikke kan anses som tilsvarende, selv om ansvarsformen er den samme.

Som tidligere nevnt tyder uttalelsen i Utv. 2011. s. 1494 på at alminnelig skatteplikt til hjemstaten fortsatt er et relevant moment ved tilsvarende-vurderingen for selskaper hjemmehøren-

de utenfor EØS, selv om betydningen av momentet ble betydelig tonet ned også her. Det kan på dette punktet ikke utledes noe sikkert av Høyesteretts dom. For Høyesterett var det tilstrekkelig å slå fast at det for selskaper i EØS-land var gått tilbake på det tidligere oppstilte krav om at selskapet var undergitt beskatning i sitt hjemland. Hensynet til klar og ensartet praktisering av tilsvarende-kriteriet tilsier imidlertid at vurderingen skal være den samme for selskaper hjemmehørende i og utenfor EØS. Selv om kriteriet vil bli mer forutberegnelig hvis det anvendes på samme måte hver gang er konklusjonen på dette punkt usikker.

Når det gjelder de skatterettslige kjennetegn er det selskapets status som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett, et sentralt kjennetegn ved alle de norske selskapsformene det etter bestemmelsen skal sammenlignes med, som har vært trukket frem. For Høyesterett var dette ikke nevnt som en relevant faktor. Men siden selskapet for å omfattes av aksjeselskapsdefinisjonen måtte ha begrenset ansvar var det ikke forutsetninger for å ta stilling til om selskapet også var et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett. Det er bare selskaper med ubegrenset ansvar som ikke er egne skattesubjekter, jf sktl. § 2-2 jf. sel. § 1-1 første ledd. På samme måte er alle de andre norske selskapsformene etter bestemmelsen selvstendige skattesubjekter. Tas det utgangspunkt i den selskapsrettslige definisjonen av selskapsformene vil da statusen som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett få indirekte betydning.

Oppsummeringsvis synes det som at det sentrale er om det utenlandske selskapet omfattes av selskapsdefinisjonen for den aktuelle selskapsformen det sammenlignes med og at det da normalt er ansvarsbegrensningen som er avgjørende. Andre ulikheter kan føre til at selskapet likevel ikke skal anses som tilsvarende, men det er vanskelig å se hvilke selskapsrettslige ulikheter som i tilfelle skal vektlegges. Ulikheter i styringsstrukturen alene er ikke av stor betydning, men sammen med andre ulikheter kan det føre til at selskapet ikke kan anses som tilsvarende. Etter dette fremstår terskelen som lav for å anses som et tilsvarende selskap såfremt ansvarsbegrensningen er oppfylt.

6 Unntak: Lavskatteland

6.1 Innledning

Som hovedregel kommer fritaksmetoden til anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet dersom selskapet er tilsvarende et av de norske selskapene der eierandelene kvalifiserer. Sktl. § 2-38 tredje ledd inneholder unntak fra fritaksmetodens objektside. Fritaksmetoden innebærer selv et unntak fra hovedreglene om beskatning av inntekter. Kommer unntakene i tredje ledd til anvendelse er det disse hovedreglene som blir retningsgivende.

Etter bokstav a er det på visse vilkår gjort unntak for inntekter og tap på eierandel i selskap mv. hjemmehørende i lavskatteland.

6.2 Bakgrunn og begrunnelse

Et av hovedhensynene bak fritaksmetoden er å forebygge kjedebeskatning av selskapsinntekter. For inntekter fra selskaper hjemmehørende i lavskatteland gjør hensynet seg normalt ikke gjeldende. Fritaksmetoden bygger på den forutsetning at selskapsinntekter skal skattlegges én gang på selskapets hånd. Er selskapet hjemmehørende i et lavskatteland vil denne forutsetningen normalt ikke være oppfylt.

I forarbeidene påpekes at en generell anvendelse av fritaksmetoden på aksjeinntekter fra selskaper hjemmehørende i utlandet vil gi økte incentiver til å flytte virksomhet fra Norge til selskaper hjemmehørende i lavskatteland.³³ Inntektene ville da bare vært gjenstand for lav eller ingen beskatning ved opptjening, samtidig som en overføring av midlene til Norge ville vært skattefritt. Et tilsvarende overskudd opparbeidet i et selskap ved virksomhet i Norge vil være skattlagt som alminnelig inntekt med 27 % skatt.

Videre trekkes det i forarbeidene frem at et generelt fritak vil gi økte incentiver til å foreta arbitrasjeforretninger med selskaper hjemmehørende i lavskatteland.³⁴ Et selskap kunne for eksempel tatt opp lån til finansiering av egenkapitalinnskudd i et selskap i et lavskatteland.

³³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.1

³⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.1

Det utenlandske selskapet kunne da plassert kapitalen i rentebærende papirer hvor rentene ble overført skattefritt til selskapet i Norge, samtidig som det norske selskapet ville fått fradrag for de motsvarende renteutgiftene.³⁵ På denne måten ville selskapet fått redusert inntektsbeskatningen mens overskuddet ville vært uberørt.

På denne bakgrunn ble unntaket i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a innført. Bestemmelsen skiller mellom inntekter og tap fra selskap som er hjemmehørende i lavskatteland utenfor og innenfor EØS. Disse reglene vil bli gjennomgått senere. Først er det nødvendig med en avklaring av begrepet "lavskatteland".

6.3 Begrepet "lavskatteland"

6.3.1 Utgangspunkter

Etter bestemmelsen må selskapet være hjemmehørende i "lavskatteland" henholdsvis utenfor og innenfor EØS for å omfattes av unntaket. Hvor et selskap skal anses å være hjemmehørende er gjennomgått tidligere. Spørsmålet her er hvilke land som er "lavskatteland" i henhold til bestemmelsen.

Hvilke land som regnes som lavskatteland følger av henvisningen til § 10-63 definisjonen av lavskatteland etter NOKUS-reglene. Sktl. § 10-63 definerer lavskatteland på følgende måte:

"Som lavskattland regnes land hvor den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom det/den hadde vært hjemmehørende i Norge."

Bestemmelsen reiser flere spørsmål som skal drøftes i de følgende punkter.

6.3.2 Sammenligningsgrunnlaget

Ordlyden gir anvisning på en sammenligning av skattenivåene i landene. Spørsmålet er her hva som skal ligge til grunn for sammenligningen.

³⁵ St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.4.3.3

I forarbeidene gjennomgås tre ulike grunnlag for sammenligningen.³⁶ Et første alternativ er å foreta en sammenligning på grunnlag av de formelle skattesatsene. Videre kan sammenligningen baseres på en konkret sammenligning av hva selskapet har betalt i skatt og hva det ville ha måttet betale dersom det var hjemmehørende i Norge. Et siste alternativ er å sammenligne de effektive skattesatsene.

Etter bestemmelsens ordlyd er det hva den utenlandske skatten ”*utgjør*” og den skatten selskapet ”*ville ha blitt ilignet*” som skal sammenlignes. Ordlyden trekker da i retning av at det skal foretas en konkret vurdering av forskjellen i beskatning, slik som det andre alternativet fra forarbeidene legger opp til.

Lovgivers mening var imidlertid at det var de effektive inntektsskattesatsene som skulle sammenlignes.³⁷ Det uttales at: ”*Ut fra en samlet vurdering er departementet av den oppfatning at de effektive inntektsskattesatser på slike selskapers overskudd må legges til grunn for sammenligningen av skattenivået. Denne løsningen vil gi et godt uttrykk for den reelle forskjellen i skattenivået samtidig som den er forholdsvis enkel å praktisere*”. Uttalelsen er klar og må tillegges stor vekt.

I Høyesteretts dom av 6. mars 2014 (Sinvest-dommen), legges det også til grunn at det er de effektive skattesatsene som skal sammenlignes.³⁸ Konklusjonen er etter dette at det er de effektive inntektsskattesatsene som skal sammenlignes.

6.3.3 Den effektive skattesatsen

I dette avsnittet skal det vurderes hvordan de effektive skattesatsene skal beregnes.

I Sinvest-dommen³⁹ vurderes de effektive skattesatsene for holdingselskaper. Saken gjaldt skattlegging av et aksjeselskap, Sinvest (senere Aban International Norway AS), for gevinst ved salg av aksjer i et datterselskap (DDI) i Singapore. Spørsmålet var om Singapore skulle

³⁶ Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9

³⁷ Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9, Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.2

³⁸ Rt. 2014 s. 196 premiss 44, 45

³⁹ Rt. 2014 s. 196

anses som et lavskatteland, med den konsekvens at unntaket fra fritaksmetoden i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a kom til anvendelse. Høyesterett kom til at det effektive skattenivået i Singapore for beskatning av det konkrete holdingselskapet, klart var lavere enn to tredjedeler av det tilsvarende skattenivået i Norge. Fritaksmetoden kom dermed ikke til anvendelse og gevinsten skulle beskattes. Det skal her ikke gås inn på de mer spesielle forhold i saken som følge av at vurderingen var i relasjon til et holdingselskap.

Som nevnt følger det av dommen at det er de effektive skattesatsene som skal ligge til grunn for lavskattelandvurderingen. Høyesterett slutter seg til lagmannsrettens uttalelser om at det i vurderingen skal gjøres *”tilpasning til det aktuelle selskap og bransjen det opererer i. Det er dermed det effektive skattenivå for den type selskap man står overfor, som skal sammenlignes. Forhold som er av mer konkret, individuell art og ikke er bransjetypiske, skal det i utgangspunktet ikke tas hensyn til”* (44, 45).

Den effektive skattesatsen for selskapet skal altså vurderes konkret på bakgrunn av den type selskap man står overfor og bransjen det opererer i. Forhold som i utgangspunktet er av betydning for den effektive skattesatsen, men som skyldes individuelle, ikke bransjetilknyttede forhold, skal ikke vektlegges. Dette harmonerer med utgangspunktet fra forarbeidene om at det skal foretas *”en mer generell sammenligning av forskjellen i nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og i den annen stat for denne typen selskaper”*.⁴⁰ Ved beregningen av den effektive skattesatsen skal det da ses bort fra forhold som har sin bakgrunn i individuelle, ikke bransjetilknyttede forhold. Vurderingen skal være knyttet opp mot de ulike selskapstyper som sådan, for eksempel selskaper som driver med henholdsvis fiskefôrproduksjon og fiskeoppdrett, se nedenfor om Cermaq-dommen⁴¹. Det må etter dette anses som klart at vurderingen skal følge disse linjer.

Flere forhold kan være av betydning når en skal finne de effektive skattesatsene. I forarbeidene til fritaksmetoden er særregler for ulike typer selskaper, virksomheter og inntekter i utlandet og Norge trukket frem som forhold som kan påvirke den effektive skattesatsen i landene.⁴²

⁴⁰ Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9

⁴¹ Utv. 2006 s. 1151

⁴² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.2

Andre forhold som kan være av betydning er ulike skattefritaksregler, for eksempel kan det være særlige gunstige skatteregler for selskaper som er lokalisert i ulike geografiske områder.⁴³

Av interesse her er også lagmannsrettens dom i Utv. 2006 s. 1151 (Cermaq-dommen). Saksforholdet i dommen illustrerer på en god måte hvordan ulike særregler påvirker lavskattelandvurderingen. Det var her tale om et norsk konsern som hadde et datterselskap som drev med fiskefôrproduksjon og et annet som drev med fiskeoppdrett. Fordi fiskeoppdrettselskap var undergitt særlig gunstig skattlegging i Norge, som reduserte den effektive skattesatsen, var Chile ikke ansett som et lavskatteland i denne relasjon. Fiskeførselskapet, som dommen omhandlet, ble derimot ansett å være hjemmehørende i et lavskatteland. Et og samme land kan således bli ansett som lavskatteland og normalskatteland avhengig av i hvilken relasjon den effektive skattesatsen beregnes.

Den effektive beskatningen av et selskap kan variere fra år til år. I forarbeidene legges til grunn at det ikke er den konkrete forskjell for et selskap i det enkelte inntektsår som er avgjørende, men at det må foretas en mer generell sammenligning av forskjellene.⁴⁴ Vurderingsperiodens lengde fremgår ikke av forarbeidene, men det uttales at: *"Om selskapet i et enkelt år skulle komme til å betale en skatt som er mindre enn to tredjedeler av den skatt selskapet ville blitt ilignet i Norge, vil det ikke være avgjørende for om det er et lavskatteland."* Formålet med å vurdere den effektive skattesatsen over en lengre periode er således å unngå at enkeltstående år med en avvikende effektiv skattesats skal være avgjørende for lavskattelandvurderingen. I praksis har myndighetene lagt til grunn at vurderingsperiodens lengde skal være på to til tre år.⁴⁵ En vurdering som foretas over en periode på to til tre år må kunne sies å være en god pekepinn på den faktiske effektive skattesatsen, men vurderingsperiodens lengde er likevel noe usikker.

⁴³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.4

⁴⁴ Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9

⁴⁵ Utv. 2010 s. 1240 pkt. 3

6.3.4 Sammenligningen

Det skal altså foretas en sammenligning av forskjellen i effektiv beskatning i Norge og den annen stat for den type selskap vurderingen gjelder. Dersom den effektive skattesats i den annen stat er lavere enn to tredjedeler av den effektive skattesats som ville vært ilagt i Norge, vil den andre staten anses som et lavskatteland.

Det er en konkret matematisk grense på to tredjedeler som etter regelen skal være avgjørende. Men siden den effektive skattesatsen som skal ligge til grunn for sammenligningen beror på skjønsmessige kriterier, kan det tale for at det i grensetilfeller utvises forsiktighet med å slå fast at kravet ikke er oppfylt.

I Utv. 2006 s. 1151 legger lagmannsretten til grunn at: *”det må kreves relativ stor grad av sikkerhet for å konstatere at et land skal anses som et lavskatteland. Det må særlig gjelde når reglene vurderes anvendt i forhold til norske selskapers industrielle, konkurranseutsatte, satsning i utlandet, hvor investeringen - som i dette tilfellet - er motivert ut fra de naturgitte driftsforutsetninger, ikke av skattehensyn”*.

Uttalelsen tyder på at det i utgangspunktet skal kreves stor grad av sikkerhet for å konstatere at to tredjedelsgrensen ikke er oppfylt, men at graden av sikkerhet som kreves vil være avhengig av motivet bak investeringene. Er investeringen gjort med skattemessige hensyn for øye, tilsier omgåelsesbetraktninger at det ikke skal kreves like stor grad av sikkerhet.

6.3.5 Den hvite og den svarte liste

Ved innføring av fritaksmetoden og dens avgrensninger mot investeringer i lavskatteland ble det et økt behov for å ta stilling til hvilke land som var lavskatteland. Av hensyn til å redusere ressursbruken og å øke forutberegneligheten for skattyteren, ble det gitt en forskrift med to lister over hvilke land som skal regnes som lavskatteland og hvilke land som ikke skal regnes som lavskatteland.⁴⁶ Listene benevnes henholdsvis den svarte liste og den hvite liste.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.4

Listene er inntatt i Skattedirektoratets skatteforskrift (fssd) §§ 10-63-2 og 10-63-3. Det er ca. 40 land som er nevnt i de to listene, flesteparten på den svarte liste. Dersom et land ikke er nevnt må det foretas en vurdering av om landet oppfyller kriteriene i sktl. § 10-63.

Opplistingen er i utgangspunktet bindende uten en nærmere vurdering av kriteriene i § 10-63, jf. fssd § 10-63-1. For den hvite listen er det gjort en rekke unntak som fremgår av fssd § 10-63-3. Det må da foretas en vurdering etter sktl. § 10-63.

6.4 Nærmere om § 2-38 tredje ledd bokstav a

6.4.1 Lavskatteland utenfor EØS

Etter ordlyden i § 2-38 tredje ledd bokstav a er det gjort unntak for *”inntekt eller tap på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS”*.

Som det fremgår av bestemmelsen er både inntekter og tap unntatt. Hensynet til symmetri er da ivaretatt. Det er ikke oppstilt andre vilkår enn at selskapet er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS. Kommer unntaket til anvendelse vil inntekter på eierandeler være skattepliktige og tap fradragsberettiget etter de alminnelige hovedregler.

Etter dette kan det slås fast at fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS, selv om selskapet er et tilsvarende selskap etter hovedregelen i § 2-38 andre ledd bokstav a. Dersom selskapet er hjemmehørende i et normalskatteland utenfor EØS og oppfyller tilsvarende-kriteriet i andre ledd bokstav a, kommer fritaksmetoden i utgangspunktet til anvendelse ved investeringer i selskapet. § 2-38 tredje ledd bokstav b-d unntar likevel inntekter og tap fra eierandel i selskap mv. hjemmehørende i land utenfor EØS dersom investeringen er en porteføljeinvestering, se nedenfor om dette unntaket.

6.4.2 Lavskatteland innenfor EØS

§ 2-38 tredje ledd bokstav a gjør også unntak for *”inntekt på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, jf. § 10-63 og som på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land”*.

Bestemmelsen inneholder et negativt definert vilkår. Dersom selskapet *ikke* er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land kommer unntaket til anvendelse. Motsetningsvis gjelder fritaksmetodens hovedregel der selskapet *er* reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land. Ved investeringer i selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS er det med andre ord et vilkår for skattefritak at selskapet *er* reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet (heretter omtalt som realitetskravet). Det skal i det følgende tas utgangspunkt i den sist nevnte fremgangsmåten.

Tap er etter ordlyden ikke omfattet av unntaket. Der det for inntekter fra eierandeler i selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS er nødvendig at realitetskravet er oppfylt for at det skal gis skattefritak etter hovedregelen i andre ledd bokstav a, er tap på slike eierandeler omfattet av hovedregelen uavhengig av om realitetskravet er oppfylt. Det gis dermed ikke tapsfradrag ved investeringer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS når selskapet er et tilsvarende selskap etter hovedregelen i § 2-38 andre ledd bokstav a. Regelen innebærer et brudd på symmetriprinsippet. Av forarbeidene fremgår at dette var et bevisst valg fra lovgivers side, begrunnet i at fradrag for tap i disse tilfellene ville åpnet for tilpasninger.⁴⁷

6.5 Innholdet i realitetskravet

6.5.1 Innledning

Realitetskravet er altså avgjørende for at inntekter på eierandeler i selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS skal være skattefrie etter fritaksmetodens hovedregel. Det som skal vurderes her er det nærmere innholdet i realitetskravet.

Bestemmelsen henviser til det tilsvarende vilkåret i § 10-64 bokstav b. Realitetskravet er således det samme som etter NOKUS-reglene. Her kan også nevnes at realitetskravet er relevant for fritaksmetodens subjektside, jf. § 2-38 femte ledd.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

6.5.2 Bakgrunn

Opprinnelig gjaldt unntaket i § 2-38 tredje ledd bokstav a bare for selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS. Ved lov nr. 107/2007 ble unntaket utvidet til å omfatte inntekter på eierandeler i selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS som ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land.

Utvidelsen har sin bakgrunn i utviklingen innen EU og EØS med Cadbury Schweppes-dommen.⁴⁸ De britiske CFC-reglene ble der av EF-domstolen ansett som uforenlige med den frie etableringsretten. Av forarbeidene fremgår at heller ikke de tilsvarende norske NOKUS-reglene oppfylte kravene etter dommen.⁴⁹ Det ble derfor gjort unntak fra NOKUS-reglene for selskaper som er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i en EØS-stat, jf. sktl. § 10-64. De samme kravene ble gjort gjeldende for at fritaksmetodens regler skulle komme til anvendelse på inntekter fra selskaper i lavskatteland innenfor EØS. Formålet med innskrenkningen av fritaksmetoden var å hindre tilpasninger og skatteomgåelse.⁵⁰

6.5.3 Ordlyd

Uttrykksmåten ”*reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet*” gir isolert sett anvisning på to vilkår, reell etablering og reell økonomisk aktivitet. Det er imidlertid vanskelig å forestille seg at et selskap kan være ”*reelt etablert*”, men ikke drive ”*reell økonomisk aktivitet*”. Vilkårene er dermed overlappende, og det vil da være hensiktsmessig med en samlet vurdering av om realitetskravet er oppfylt.

Ordlyden gir ikke mye veiledning for innholdet i kriteriet. Ordet ”*reell*” antyder at et selskap må ha substans – at det stilles krav til det objektive innholdet i selskapet. Det kan ikke være rent fiktive etableringer. Hvordan den nærmere vurderingen skal foretas fremgår ikke av ordlyden.

⁴⁸ C-196/04 (Cadbury Schweppes)

⁴⁹ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1

⁵⁰ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

6.5.4 Forarbeider

Innholdet i realitetskravet er presisert i forarbeidene.⁵¹ Finansdepartementet tar utgangspunkt i et krav om at *”selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv”*. Uttrykksmåten er i overensstemmelse med kravene etter EØS-retten for at et selskap skal anses etablert i et EØS-land, som det skal komme tilbake til senere. Formuleringen kan da forstås som en henvisning til at realitetskravet skal være i samsvar med det EØS-rettslige kravet til etablering.

Det fremgår at det skal foretas en *”konkret vurdering”* der en rekke trekk ved selskapet er relevant å legge vekt på, herunder selskapets fysiske tilstedeværelse i etableringsstaten og om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver virksomheten der. Det fremgår imidlertid ikke hvilken vekt det skal legges på de ulike momentene. Siden det skal foretas en *”konkret vurdering”* av relevante momenter fremstår ingen av faktorene som nødvendige forutsetninger for at kriteriet skal anses oppfylt. Det er imidlertid naturlig at vekten av de ulike momentene avhenger av i hvilken grad selskapet oppfyller dem, og at mangel på oppfyllelse på noen punkter kan oppveies med overopplyllelse på andre.

Det uttales at det må vurderes om selskapets aktivitet har *”økonomisk substans”* blant annet ved *”påviselige inntekter fra egen virksomhet”*. Heller ikke her gir forarbeidene særlig mye veiledning, det sies ikke noe om hvilken grad av *”økonomisk substans”* som kreves, om det for eksempel er tilstrekkelig med en helt beskjedne økonomisk aktivitet. Formuleringen kan tyde på at det er et vilkår at selskapet må ha påviselige inntekter fra egen virksomhet. På den annen side kan påviselige inntekter fra egen virksomhet ses som et element i en vurdering av om selskapet har økonomisk substans.

Et særvilkår synes riktignok å være oppstilt dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, da det uttales at det i slike tilfeller må *”påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.”*

Etter dette er det relativt åpent hva som etter forarbeidene er innholdet i realitetskravet. Forarbeidene forutsatte imidlertid at det innførte kravet skulle være i overensstemmelse med EØS-

⁵¹ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

avtalen. Det uttales bl.a. at fritaksmetodens anvendelsesområde skulle strammes inn *”i den grad en slik innstramming ikke er i konflikt med EØS-avtalens krav”*⁵², og at det ved utformingen av NOKUS-reglene i tråd med retningslinjene fra Cadbury Schweppes-dommen kunne *”legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsen”*⁵³. Det er derfor av betydning å se hen til EØS-retten og Cadbury Schweppes-dommen for å vurdere hvilket innhold realitetskravet etter lovgivers mening skulle ha.

6.5.5 EØS-retten

6.5.5.1 EØS-retten og EU-domstolens relevans

EØS-retten er her av betydning på to måter. For det første er den av betydning for å belyse innholdet av realitetskravet etter forarbeidene, som nevnt ovenfor. For det andre vil EØS-retten komme inn ved tolkningen av innholdet i realitetskravet som en selvstendig rettskildfaktor. For den generelle betydningen av EØS-avtalen og EU-domstolens avgjørelser vises det til punkt 5.3.3.1.

EØS-avtalen oppstiller visse rammer som lovgivningen må holde seg innenfor. Sentralt står de fire friheter som medfører et generelt forbud mot forskjellsbehandling av grenseoverskridende transaksjoner innenfor EØS. I Cadbury Schweppes-saken oppstilles visse krav til etableringen av et selskap i utlandet for at skattyter skal ha krav på beskyttelse av de fire friheter. Det er disse kravene som er forsøkt inkorporert ved vilkåret om reell etablering og reell økonomisk aktivitet. Dersom realitetskravet etter norsk rett rammer etableringer som har krav på beskyttelse av de fire friheter etter EØS-retten, overholdes ikke Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

6.5.5.2 Cadbury Schweppes-saken

I Cadbury Schweppes-saken, C-196/04 (Cadbury Schweppes), hadde Cadbury Schweppes plc en kontrollerende eierandel i to datterselskaper i Irland hvor det var vesentlig lavere skattesatser enn i England. De britiske CFC-reglene medførte at morselskapet kunne skattlegges i

⁵² Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

⁵³ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1

Storbritannia for datterselskapenes inntekter. Spørsmålet for EF-domstolen var om de britiske CFC-reglene var forenlige med den frie etableringsretten.

Domstolen konkluderte med at opprettelsen av selskapet ikke kvalifiserte som misbruk av etableringsretten etter den såkalte misbrukslæren (38). Denne læren er utviklet av domstolen og er en del av EØS-avtalens hoveddel. Men CFC-reglene innebar en restriksjon som i utgangspunktet var i strid med den frie etableringsretten (46). Restriksjoner kan imidlertid rettferdiggjøres dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og restriksjonen er egnet og proporsjonal (47). Som tvingende allmenne hensyn var det hensynet til å forhindre *"wholly artificial arrangements"* (rent kunstige arrangementer) som var relevant.

Etter dette er det sentrale å avgjøre hva som ligger i uttrykket *"wholly artificial arrangements"*, siden det bare er restriksjoner med bakgrunn i hensynet til å forhindre disse som godtas.

6.5.5.3 "Wholly artificial arrangements" (rent kunstig arrangement)

Det fremgår at for å konstatere at det foreligger et rent kunstig arrangement må det være et subjektivt element, at hensikten er å oppnå en skattemessig fordel, og et objektivt element, at det fremgår av de objektive omstendigheter at formålet som forfølges med etableringsretten ikke er nådd (64). Formålet med etableringsretten fremgår av avsnittene 53 til 55 – at statsborgere i en medlemsstat skal kunne delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat og på denne måten oppnå fordeler. Det må da ses hen til etableringsretten, og hvilke etableringer som er beskyttet av denne, for den nærmere vurdering av den objektive delen.

Det objektive element er noe kronglete utformet, men avsnitt 65 klargjør vurderingstemaet. Domstolen uttaler at *"In those circumstances, in order for the legislation on CFCs to comply with Community law, the taxation provided for by that legislation must be excluded where, despite the existence of tax motives, the incorporation of a CFC reflects economic reality."*

Selv om det foreligger et skattemessig motiv bak etableringen er det nødvendig at opprettelsen av selskapet *ikke* reflekterer en økonomisk realitet for at et selskap skal anses som et rent kunstig arrangement. Dette kan leses motsetningsvis av at beskatning etter CFC-reglene skal være utelukket når opprettelsen av selskapet reflekterer en økonomisk realitet. Det kan synes

som at når selskapet reflekterer en økonomisk realitet er målet som forfølges med etableringsfriheten nådd.

Det presiseres videre at opprettelsen av selskapet skal korrespondere med en reell etablering som har til formål å utøve økonomisk virksomhet, for at den skal reflektere en økonomisk realitet (66). Uttalelsen kan tyde på at det stilles et strengt krav til den økonomiske virksomhet, siden det må være formålet med etableringen. Dette vil jeg komme tilbake til nedenfor.

Det nærmere innholdet i det objektive elementet av vurderingen fremkommer av dommens avsnitt 67 og 68, som lyder:

”... that finding must be based on objective factors which are ascertainable by third parties, with regard, in particular, to the extent to which the CFC physically exists in terms of premises, staff and equipment.” (67). “If checking those factors leads to the finding that the CFC is a fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity in the territory of the host Member State, the creation of that CFC must be regarded as having the characteristics of a wholly artificial arrangement. That could be so in particular in the case of a ‘letterbox’ or ‘front’ subsidiary” (68).

Domstolen uttaler at vurderingen må baseres på objektive faktorer som er konstaterbare for omverdenen. Selskapets fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og utstyr trekkes frem som en objektiv faktor det skal legges vekt på. Formuleringen i avsnitt 68 tyder på at det ikke er de enkelte objektive faktorene i seg selv som er avgjørende. Uttalelsen om at hvis undersøkelsen av de objektive faktorene *”leads to the finding”* at selskapet er en *”fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity in the territory of the host Member State”*, må opprettelsen ses som *”a wholly artificial arrangement”*, viser at det er vurderingen av om selskapet er en fiktiv etablering uten at det utøves noen økonomisk virksomhet på vertsmedlemsstatens område som er det sentrale. Dette taler for at de objektive faktorene som er relevante vil avhenge av selskapstypen som vurderes, og at de ulike relevante objektive faktorene da er avgjørende for om etableringen er reell. Fremhevelsen av den fysiske eksistensen til selskapet synes da å være en konsekvens av at det var relevant i denne saken.

Uttalelsen tyder videre på at det ikke kan stilles strenge krav til den økonomiske aktiviteten, jf. bruken av ordet *”any”*, for at selskapet skal anses å være reelt etablert. Også eksemplifise-

ringen av ”‘letterbox’ or ‘front’ subsidiary” (postkasseselskap og skjermeselskap) som selskaper som kan være rent kunstige arrangementer, taler for at dette kravet ikke er strengt.

Etter dette fremstår selve vurderingen av om etableringen er reell som avgjørende, basert på de objektive faktorene som er relevante ut fra selskapstypen. I disse tilfellene vil selskapet ikke kunne karakteriseres som et rent kunstig arrangement. Dette harmonerer med utgangspunktet for vurderingen som fremgår av avsnitt 64 i dommen. Som nevnt innledningsvis må det da ses hen til hvilke etableringer som er beskyttet av etableringsretten. For å beskyttes av etableringsretten må et selskap drive ervervsmessig virksomhet, jf. EØS-avtalen art 34 andre ledd jf. art. 31. Det fremgår imidlertid av EU-domstolens praksis at begrepet etablering skal tolkes vidt, og omfatter enhver form for økonomisk aktivitet.⁵⁴ Avgjørende er om selskapet utøver en stabil og vedvarende virksomhet gjennom et fast sted, jf. avsnitt 53 og 54 i Cadbury Schweppes.

Det subjektive elementet drøftes ikke nærmere av EU-domstolen. Som det kan leses av uttalelsen i avsnitt 65, se ovenfor, er skattemessig motiv uten betydning hvor selskapet reflekterer en økonomisk realitet. Det subjektive element kommer således i andre rekke og får betydning når den objektive delen av vurderingen viser at selskapet er et rent kunstig arrangement. På denne måten er det ikke noe til hinder for at opprettelsen av et selskap er skattemessig motivert, så lenge objektive faktorer viser at selskapet er en EØS-rettslig etablering.

På bakgrunn av Cadbury Schweppes-dommen fremstår dermed terskelen som høy for å anse et selskap som ”*a wholly artificial arrangement*”. Dersom et selskap utøver en økonomisk aktivitet som etter EØS-retten kvalifiserer som en etablering, kan det ikke anses som et rent kunstig arrangement selv om etableringen utelukkende er motivert ut fra gunstige skattebetingelser.

6.5.6 Etterfølgende uttalelser og myndighetenes praksis

Finansdepartementet har i Utv. 2009 s. 1280 uttalt seg om realitetsvilkåret i tilknytning til aksjefond. Det uttales at ”*det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det*

⁵⁴ For eksempel C-55/94 (Gebhard)

ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten". Formuleringen tyder på at et skattemotiv ikke kan være bakgrunnen for etableringen, men at det må være forretningsmessige årsaker til etableringen. Et slikt standpunkt har imidlertid ikke støtte i Cadbury Schweppes-dommen. Skattemessig motiv er uten betydning såfremt selskapet er etablert i samsvar med EØS-retten og dermed beskyttet av etableringsretten. Det er bare hensynet til å unngå rent kunstige arrangementer som kan begrunne restriksjoner i denne.

Uttalelsen i Utv. 2009 s. 1280 var foranlediget av at skattemyndighetene hadde lagt til grunn en streng fortolkning av realitetskravet der det ble lagt for stor vekt på de enkelte objektive momentene opplistet i forarbeidene. Finansdepartementet slår fast at *"disse momentenes relevans og vekt [vil] kunne variere ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes"*. En slik forståelse følger også av forarbeidene og Cadbury Schweppes-dommen.

For aksjefond spesielt, legges det imidlertid til grunn at *"Et sentralt moment vil ... være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge"*. Et slikt synspunkt er ikke i tråd med EØS-retten. For det første må det anses som klart at en sammenligning med hva som anses ordinært i Norge ikke kan være av betydning for om et selskap skal anses å være etablert i et annet land etter EØS-reglene. Videre kan det heller ikke være av betydning hva som anses som *"ordinært"* i vedkommende stat. Også uvanlige konstruksjoner er omfattet såfremt de tilfredsstillende EØS-rettslige kravene til etablering.

6.5.7 Juridisk litteratur

Gjems-Onstad uttaler at ordlyden i realitetskravet er i rimelig samsvar med Cadbury Schweppes-saken, men at Finansdepartementets nærmere utlegging *"kan være for streng"*⁵⁵ og at den *"synes ... mindre vellykket"*⁵⁶. Han legger til grunn at realitetskravet skal fortolkes i samsvar med EU-domstolens kriterier i Cadbury Schweppes-saken, og gjengir dommens avsnitt 65-68 uten å vurdere hvilke kriterier som fremgår av dommen⁵⁷.

⁵⁵ Gjems-Onstad (2012) s. 639

⁵⁶ Gjems-Onstad (2012) s. 1012

⁵⁷ Gjems-Onstad (2012) s. 1012-1013

Zimmer legger til grunn at beskrivelsen i forarbeidene er *”mer detaljert og synes samtidig mindre fleksibel”* enn i Cadbury Schweppes-saken.⁵⁸ Han uttaler videre at *”I den grad formuleringene i forarbeidene ikke kan harmoniseres med EØS-retten, er det klart at de må vike”*.

I en artikkel av Øyvind Hovland argumenterer han for at lovgiver og skattemyndighetene har misforstått Cadbury Schweppes-dommen og at realitetskravet etter NOKUS-reglene og fritaksmetoden er i strid med EØS-avtalen.⁵⁹ Han vektlegger særlig at det har formodningen for seg at den virkelige hensikten med NOKUS-reglene, herunder realitetskravet, har vært å beskytte det norske skattefundament. Dette baserer han på en tolkning av forarbeidene til fritaksmetoden og NOKUS-reglen lest i sammenheng med begrunnelsen for å innføre realitetskravet.⁶⁰ Han konkluderer da med at reglene således ikke oppfyller egnethetskravet. Videre mener han at myndighetene ikke tolker reelt etablert kravet i tråd med Cadbury Schweppes-dommen, det oppstilles i realiteten et vilkår om en høyere terskel til etablering enn det som følger av EØS-avtalen. Proporsjonalitets-vurderingen er dermed ikke i samsvar med Cadbury Schweppes-saken.⁶¹ Han mener imidlertid at realitetskravet må tolkes innskrenkende i samsvar med hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer slik det fremgår av Cadbury Schweppes-dommen.

Det synes altså å være en rådende oppfatning at forarbeidenes presiseringer av realitetskravet kan være problematisk i forhold til kriteriene som fremkommer av Cadbury Schweppes-saken, og at det kan synes som om myndighetenes praktisering av kravet har vært for streng. At skattemyndighetenes praktisering har vært for streng legges også til grunn i en artikkel av Aleksander Grydeland og Eyvind Sandvik.⁶² Likevel er det enighet om at realitetskravet skal tolkes i samsvar med EU-domstolens kriterier slik de er oppstilt i Cadbury Schweppes-saken.

⁵⁸ Zimmer (2009) s. 336-337

⁵⁹ Skatterett nr. 04 (2012) s. 273-326

⁶⁰ Skatterett nr. 04 (2012) s. 318-320 og s. 324

⁶¹ Skatterett nr. 04 (2012) s. 321-322 og s. 324

⁶² Revisjon og regnskap nr. 7 (2009) s. 54 – 57

6.5.8 Konklusjon

Det generelle innholdet av realitetskravet slik det fremgår av forarbeidene er såpass vagt utformet at det kan tolkes i samsvar med Cadbury Schweppes-dommens kriterier om et rent kunstig arrangement. Ordlyden i realitetskravet er generell og ikke til hinder for en slik forståelse. Det legges særlig vekt på forutsetningene i forarbeidene om at realitetskravet skal være i overensstemmelse med EØS-avtalens forpliktelser. Også presumsjonsprinsippet taler for at realitetskravet skal tolkes i samsvar med kravene etter EØS-retten. At skattemyndighetenes praktisering av kravet og etterfølgende uttalelser fra Finansdepartementet til dels trekker i retning av at realitetskravet etter norsk rett skal forstås på en annen måte, må det da legges mindre vekt på.

Dersom konklusjonen er at det etter de norske rettskildene gis anvisning på at realitetskravet ikke er i tråd med dommens kriterier, skal kravet likevel tolkes i samsvar med dommen. Etter presumsjonsprinsippet skal norsk rett tolkes i samsvar med våre internasjonale forpliktelser såfremt motstriden er ubevisst. På bakgrunn av lovgivers generelle ønske om at lovgivningen ikke skal være i konflikt med EØS-forpliktelsen og at det synes forutsatt i forarbeidene at realitetsvilkåret skal være i samsvar med den, må en eventuell motstrid anses som ubevisst. For at en konflikt med våre internasjonale forpliktelser skal være bevisst må det fremkomme på en tydelig måte. Realitetskravet må da tolkes i harmoni med EØS-retten.

Når det gjelder særvilkåret oppstilt i forarbeidene om at det må påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, er et slikt vilkår ikke forenlig med retningslinjene etter Cadbury Schweppes-dommen. I tråd med presumsjonsprinsippet kan et slikt særvilkår ikke gjøres gjeldende.

For ordens skyld kan det nevnes at EØS-loven gir EØS-avtalens regler forrang ved motstrid med nasjonale regler, jf. EØS-loven § 2 jf. § 1. Som vist ovenfor er det imidlertid tilstrekkelig med en harmoniserende tolkning.

Etter dette er konklusjonen at det bare er rent kunstige arrangementer i tråd med kravene fra Cadbury Schweppes-dommen som ikke oppfyller realitetskravet. Vurderingen må baseres på objektive faktorer og realitetskravet er oppfylt såfremt et selskap er etablert i tråd med de

EØS-rettslige kravene til etablering. Det er i denne sammenheng irrelevant om selskapet også har hatt skattemessige motiver bak etableringen.

6.6 Forholdet til NOKUS-reglene

NOKUS-reglene innebærer i enkelte tilfeller beskatning av selskapsdeltakere i selskaper hjemmehørende i lavskatteland, og fritaksmetoden kommer da ikke til anvendelse.⁶³ NOKUS-reglene har samme nedslagsfelt som unntaket fra fritaksmetoden i tredje ledd bokstav a. Begge rammer investeringer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland og det er gjort unntak for selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS dersom selskapet oppfyller realitetskravet. Forskjellen ligger i at selskapet må være norsk-kontrollert for at NOKUS-reglene skal komme til anvendelse. Kommer NOKUS-reglene eller unntaket etter § 2-38 tredje ledd bokstav a til anvendelse skal inntektene skattlegges.

Beskatningen som i tilfelle skal foretas er imidlertid forskjellig. Etter NOKUS-reglene skal deltakerne beskattes løpende for sin forholdsmessige andel av selskapets overskudd, uavhengig av om det faktisk utbetales utbytte eller om gevinst er innvunnet ved realisasjon. Kommer unntaket etter fritaksmetoden til anvendelse skal inntektene beskattes etter de alminnelige regler for gevinst- og utbyttebeskatning, det vil si at utbytte skattlegges ved utdeling og gevinst skattlegges ved realisasjon. NOKUS-beskatning innebærer således beskatning på et tidligere tidspunkt.

Skattlegging etter NOKUS-reglene kan imidlertid være det mest gunstige for skattyter fordi det der tas hensyn til inntekter som ville vært fritatt etter fritaksmetoden. Dette gjelder både ved den løpende inntektsfastsettelsen og ved skattlegging av deltakerne ved utbytteutdelinger og realisasjon, se pkt. 3.6 ovenfor. Dersom unntaket etter fritaksmetoden kommer til anvendelse tas det ikke på tilsvarende måte hensyn til at enkelte av selskapets inntekter isolert sett skulle vært fritatt for beskatning etter fritaksmetoden når selskapet har slike inntekter.

⁶³ Se pkt. 3.6

7 Unntak: Porteføljeinvesteringer utenfor EØS

7.1 Introduksjon

Porteføljeinvesteringer er investeringer der investoren ikke har til hensikt å utøve aktivt eierskap.⁶⁴ Sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b-d gjør unntak fra fritaksmetoden for utbytte, gevinst og tap fra eierandeler i selskaper hjemmehørende utenfor EØS når investeringen er en porteføljeinvestering. Hovedreglene om skatteplikt og fradragsrett kommer da til anvendelse. Bestemmelsene gjelder også for porteføljeinvesteringer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS. Slike inntekter er imidlertid også unntatt etter tredje ledd bokstav a, det er således to hjemler for å unnta slike investeringer fra fritaksmetodens hovedregel.

Hensynet til å unngå kjedebeskatning gjør seg gjeldende også ved porteføljeinvesteringer. Som hovedregel omfattes da også inntekter og tap på porteføljeinvesteringer av fritaksmetodens objektside dersom selskapet er et tilsvarende selskap, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a. Lovgiver fant det likevel nødvendig å avgrense fritaksmetodens anvendelse mot inntekter fra porteføljeinvesteringer utenfor EØS.

Begrunnelsen fremgår av forarbeidene.⁶⁵ Det fremheves at hensynet til å unngå kjedebeskatning gjør seg sterkest gjeldende ved direkteinvesteringer, selv om hensynet tilsier at også porteføljeinvesteringer skal omfattes. På grunn av avgrensningen av fritaksmetoden mot inntekt på investering i lavskatteland ville det uten en slik begrensning ofte blitt nødvendig å foreta en lavskattelandvurdering. Selskaper med porteføljeinvesteringer kan ha mindre mulighet til å dokumentere en slik sammenligning av skattenivå som er nødvendig etter lavskattelandvurderingen, samtidig som det for ligningsmyndighetene ville medføre betydelig merarbeid. En tilsvarende begrensning av fritaksmetoden ved porteføljeinvesteringer i andre EØS-land, samtidig som norske porteføljeinvesteringer er omfattet av fritaksmetoden, ville vært problematisk i forhold til EØS-avtalen. Derfor omfatter unntaket bare porteføljeinvesteringer i selskap hjemmehørende i land utenfor EØS.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.2

⁶⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5

Bestemmelsene vil i det følgende bli gjennomgått forholdsvis kortfattet siden ordlyden er ganske klar og rettsstilstanden ikke i særlig grad er omtvistet. Ordlyden beskriver hvordan situasjonen ikke skal være for at unntaket skal komme til anvendelse. Det er imidlertid hensiktsmessig å behandle innholdet i unntakene som vilkår for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse. En slik fremgangsmåte vil her bli lagt til grunn.

7.2 Nærmere om kravene

Unntakene i bokstav b-d har til felles at det opereres med et eierkrav og et stemmerettskrav på henholdsvis ti prosent av kapitalen og ti prosent av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen.

7.2.1 Utbytte

Unntaket for utbytte er regulert i bokstav d. Utbytte på de aktuelle eierandelene er etter bestemmelsen unntatt dersom *”skattyteren ikke sammenhengende i en periode på to år som omfatter innvinnings tidspunktet eier minst 10 prosent av kapitalen og har minst 10 prosent av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen i selskapet mv.”*

Etter ordlyden må skattyter oppfylle både eierkravet og stemmerettskravet for at unntaket ikke skal komme til anvendelse og utbyttet skal være skattefritt etter fritaksmetodens hovedregel. Skattyteren må sammenhengende i en periode på to år *”som omfatter innvinnings tidspunktet”* oppfylle kravene. Det er dermed ikke nødvendig at toårskravet er oppfylt før innvinnings tidspunktet, det er tilstrekkelig at kravene er oppfylt i en toårsperiode som omfatter tidspunktet. Eiertiden kravene skal være oppfylt må være sammenhengende, avbrudd medfører at beregningen av eiertiden starter på nytt. Begrepet *”innvinnings tidspunktet”* refererer til tidspunktet for det kompetente organs beslutning om å dele ut utbytte.⁶⁶

Det er *”skattyteren”* som må oppfylle kravene etter bestemmelsen. Det kan da spørres om også eventuelle eierandeler til skattyterens nærstående skal tas med i beregningen. Etter tredje ledd bokstav c fremgår det uttrykkelig at skattyteren og hans nærstående skal vurderes samlet i relasjon til skattyterens tap på eierandel. Av sammenhengen kan det da slutes at så ikke er

⁶⁶ Zimmer (red) (2010) s. 328

tilfelle for utbytte, skattyteren må selv oppfylle kravene. I juridisk teori er det likevel antatt at skattyteren kan påberope seg aksjer som eies av ektefellen, i tråd med alminnelige prinsipper om identifikasjon mellom ektefeller.⁶⁷

7.2.2 Gevinster

Gevinster er unntatt etter bokstav b dersom *”skattyteren ikke sammenhengende de to siste årene frem til innvinningstidspunktet har eid minst 10 prosent av kapitalen og hatt minst 10 prosent av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen i selskapet mv.”*

Bestemmelsen er utarbeidet på samme måte som for utbytte. Eierkravet og stemmekravet er det samme, men toårskravet er etter ordlyden annerledes. Formuleringen *”de to siste årene frem til innvinningstidspunktet”* medfører at toårskravet må være oppfylt før innvinningstidspunktet. *”Innvinningstidspunktet”* er her tidspunktet for realisasjon.⁶⁸

Dersom eier- og stemmerettskravet er oppfylt i samsvar med toårskravet må det tas stilling til om dette også gjelder for gevinster på eierandeler som ikke har vært eiet i hele toårsperioden. Etter ordlyden oppstilles det ikke noe skille mellom gevinster på ulike eierandeler såfremt kravene er oppfylt på innvinningstidspunktet. Videre er formålet bak unntaket at porteføljeinvesteringer ikke skal omfattes. Dersom vilkårene er oppfylt anses investeringene *ikke* som porteføljeinvesteringer, og formålsbetraktninger tilsier da at også gevinster på eierandeler som isolert sett ikke oppfyller toårskravet skal omfattes av fritaksmetoden. En slik løsning er også lagt til grunn av Finansdepartementet i Utv. 2007 s. 922. Konklusjonen blir etter dette at også gevinster på slike eierandeler er omfattet av fritaksmetoden.

7.2.3 Tap

Det følger av tredje ledd bokstav c at tap er unntatt dersom *”skattyteren og hans nærstående til sammen ikke på noe tidspunkt de to siste årene frem til oppførelsestidspunktet har eid 10 prosent eller mer av kapitalen eller hatt 10 prosent eller mer av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen i selskapet mv.”*

⁶⁷ Zimmer (red) (2010) s. 328

⁶⁸ Zimmer (red) (2010) s. 329

For tap er unntaket formulert speilvendt av unntaket for gevinster. Det henger sammen med at det for skattyter i en tapssituasjon er gunstig å omfattes av unntaket. Der fritaksmetodens hovedregel etter andre ledd medfører at tap ikke er fradragsberettiget, innebærer unntaket her at tapet blir fradragsberettiget etter de alminnelige hovedregler for skatteplikt og fradragsrett. For skattyteren er det da lønnsomt at investeringen anses som en porteføljeinvestering. Hvis unntaket var formulert på samme måte som for gevinster ville det være muligheter for tilpasninger ved å redusere eierinteressen til under ti prosent før tap oppofres.

Etter ordlyden er tap fradragsberettiget, unntaket kommer til anvendelse, dersom skattyteren ikke på noe tidspunkt i toårsperioden frem til oppofrelsestidspunktet har hatt ti prosent eller mer av kapitalen *eller* stemmene. At skattyteren på et tidligere tidspunkt har eid mer enn ti prosent av kapitalen eller stemmene er uten betydning såfremt han ikke har gjort det de to siste årene før oppofrelsen. Det kreves ikke etter bestemmelsen at skattyteren har eid eierandelen i minst to år når eierandelene selges, fradrag gis hvis vilkårene for unntaket er oppfylt i hele eierperioden. Med "*oppofrelsestidspunktet*" forstås her når aksjen anses realisert.

Ved vurderingen av om vilkårene for unntaket er oppfylt følger det av ordlyden at også eierandeler skattyterens "*nærstående*" eier skal regnes med. I denne relasjon skal skattyteren altså identifiseres med sine "*nærstående*". Uten en slik identifisering kan skattytere med et latent tap oppnå fradragsrett ved å overføre eierandeler til nærstående senest to år før oppofrelsen, slik at alle oppfyller krsavene til at investeringene anses som en porteføljeinvesteringer i relasjon til tap. Identifiseringen søker å unngå slike tilpasninger.⁶⁹ Sktl. § 2-38 fjerde ledd definerer begrepet "*nærstående*". Definisjonen er vidtgående og innviklet, men vil ikke bli gjennomgått her da det ligger på siden av oppgavens tema.

Unntaket medfører at tap på bare er fradragsberettiget dersom investeringen, etter de vilkår som er beskrevet her, anses som en porteføljeinvestering. For selskaper hjemmehørende i lavskattelandland utenfor EØS er tap imidlertid fradragsberettiget etter unntaket i tredje ledd bokstav a, se ovenfor. Det gis dermed fradrag for tap i større utstrekning for investeringer i

⁶⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5

selskap hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS enn for investeringer i selskap hjemmehørende i normalskatteland utenfor EØS.

8 Avslutning

Fritaksmetodens anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet er et praktisk viktig tema siden det regulerer beskatningen av store verdier som er investert i utlandet. Regelverket er forholdsvis innviklet, og som fremstillingen har vist er det mange ulike hensyn som er forsøkt ivaretatt gjennom regelverket. Det er imidlertid vanskelig å ivareta alle de ulike hensynene ved utformingen av reglene. For å ivareta et hensyn må det ofte gå på bekostning av andre hensyn.

Etter hovedregelen i sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a er investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet omfattet av fritaksmetoden såfremt selskapet anses som *”tilsvarende”* et av de norske selskapene der inntektene kvalifiserer. Det kan synes som terskelen for å anses som tilsvarende er forholdsvis lav, eierandeler i de fleste utenlandske selskaper kvalifiserer som investeringsobjekt såfremt selskapet omfattes av den selskapsrettslige definisjonen til selskapsformen det sammenlignes med. I denne sammenheng er det først og fremst ansvarsbegrensningen, herunder at selskapet anses som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett, som er avgjørende. De sentrale hensyn bak fritaksmetoden, hensynet til å unngå kjedebeskatning og overholdelse av våre forpliktelser etter EØS-avtalen, blir således godt ivaretatt gjennom hovedregelen.

Det er imidlertid også andre hensyn som gjør seg gjeldene og som begrunner unntakene i tredje ledd. For investeringer i selskaper i lavskatteland gjør hensynet til å unngå kjedebeskatning seg normalt ikke gjeldende. Det er et generelt mål etter skattesystemet vårt at overskuddet i selskapssektoren skal være skattlagt én gang på selskapsnivå. Dersom det ikke gjøres unntak i disse tilfellene vil overskuddet i selskapet kunne være ubeskattet på selskapsnivå. Samtidig medfører unntaket at hensynet til å unngå kjedebeskatning må vike i de tilfellene forutsetningene ikke slår til og inntektene som mottas fra selskapet allerede er skattlagt med satser tilnærmet de norske.

For selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS kommer imidlertid ikke unntaket til anvendelse på inntekter dersom selskapet oppfyller realitetskravet. Her er det Norges forpliktelser etter EØS-avtalen som setter begrensninger. Tap på investeringen er i slike tilfeller alltid omfattet av fritaksmetoden. Symmetrihensynet måtte vike for å unngå uønskede tilpasninger.

Bak unntaket for porteføljeinvesteringer er det igjen andre hensyn som gjør seg gjeldende. Unntaket rammer porteføljeinvesteringer i selskaper hjemmehørende i normalskatteland utenfor EØS, et tilsvarende unntak for investeringer i selskaper hjemmehørende innenfor EØS ville vært problematisk i forhold til EØS-forpliktelsene. Hensynet til å unngå kjedebeskatning gjør seg gjeldende også ved porteføljeinvesteringer, men av blant annet administrative hensyn ble unntaket innført.

Innholdet i tilsvarende-kriteriet og realitetskravet som har stått sentralt i denne oppgaven er omdiskutert og vanskelig tilgjengelig. Kriteriene skal anvendes på utenlandske selskaper og det kan da være problematisk å kartlegge de faktiske forhold. Samlet sett fremstår det som krevende å ta stilling til om fritaksmetodens kommer til anvendelse ved investeringer i selskaper hjemmehørende i utlandet i de enkelte tilfeller.

9 Litteraturliste

Litteratur

1. Internasjonal inntektsskatterett, 4. utg. Oslo, 2009 Frederik Zimmer
2. Bedrift, selskap og skatt 5. utg. Oslo, 2010 Frederik Zimmer (red.)
3. Norsk bedriftsskatterett 8. utg. Oslo, 2012 Ole Gjems-Onstad
4. Skatterett nr. 04 (2012) Øyvind Hovland
5. Revisjon og regnskap nr. 7 (2009) Aleksander Grydeland og Eyvind Sandvik

Lover

1. Lov om skatt av formue og inntekt L26.03.1999 nr. 14 Sktl.
2. Lov om aksjeselskaper L13.06.1997 nr. 44 Asl.
3. Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper L21.06.1985 nr. 83 Sel.
4. Lov om interkommunale selskaper L29.01.1999 nr. 6
5. Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde L27.11.1992 nr. 109 EØS-loven

Storingsvedtak

Storingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2014 (Stortingets skattevedtak), FOR-2013-12-05-1499

Forarbeider

- | | |
|--------------------------------|---|
| 1. Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) | Oppfølging av skattereformen 1992 |
| 2. St. Meld nr. 29 (2003-2004) | Om skattereform |
| 3. Ot.prp. nr 1 (2004-2005) | Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer |
| 4. Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) | Skatte- og avgiftsopplegget 2006 - lovendringer |
| 5. Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) | Skatte- og avgiftsopplegget 2008 - lovendringer |
| 6. Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) | Skatte- og avgiftsopplegget 2009 - lovendringer |
| 7. Prop. 1 LS (2011-2012) | Skatter, avgifter og toll 2012 |

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 2002 s. 1144

Rt. 2012 s. 1380

Rt. 2014 s. 196

Lagmannsrettene

Utv. 2006 s. 1151

LB-2005-76733

EU-domstolen

C-319/02	Manninen	sml. 2004 s. I-07477
C-303/07	Aberdeen	sml. 2009 s. 1-5145
C-196/04	Cadbury Schweppes	sml. 2006 s. 1-07995
C-55/94	Gebhard	sml. 1995 s. I-04165

EFTA-domstolen

E-1/04	Fokus bank mot Norge	REC 2004 s. 15
--------	----------------------	----------------

Administrative avgjørelser og uttalelser

Utv. 2006 s. 485	Begrepet ”hjemmehørende” i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d	Finansdepartementet Brev av 10.05.2005
Utv. 2007 s. 922	Skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav c	Finansdepartementet Brev av 10.04.2007
Utv. 2007 s. 1568	Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden	Finansdepartementet Brev av 25.09.2007
Utv. 2009 s. 1280	Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden	Finansdepartementet Brev av 29.09.2009
Utv. 2010 s. 1240	Spørsmål knyttet til fritaksmetoden og lavskattelandkriteriet	Finansdepartementet Brev av 05.07.2010
Utv. 2011 s. 1494	Fritaksmetoden og utenlandsk selskap – ulik klassifisering av selskapet etter norsk og utenlandsk rett	Finansdepartementet Brev av 03.11.2011

Utv. 2013 s. 1741 Investeringsfond og fritaksmetoden

Sentralskattkontoret
for utenlandssaker
Uttalelse av 21.10.2013