

UiO • **Det juridiske fakultet**

Utviklingsland som lavskattland

NOKUS-reglernes anvendelse på utviklingsland som tilbyr skatteinsentiv til norske investorer

Kandidatnummer: 642

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 192



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Presentasjon av problemstillingen	1
1.2	Problemstillingens aktualitet.....	2
1.3	Presisering av problemstillingen.....	3
1.3.1	Utviklingsland	3
1.3.2	Andre avgrensninger.....	4
1.4	En oversikt over oppgavens videre innhold og struktur	4
2	NOKUS-REGLENE	6
2.1	Et overblikk.....	6
2.2	Introduksjon til lavskattlandkriteriet.....	7
2.3	Skatteinsentiv i utviklingsland: Noen utgangspunkter	9
2.4	Skattlegging etter NOKUS-reglene	10
2.4.1	Generelt	10
2.4.2	Den løpende skattlegging	11
2.4.3	Skattlegging av senere utdelt utbytte og gevinst	13
2.5	Nærmere om vilkår for NOKUS	13
2.5.1	Generelt	13
2.5.2	Avgrensning til land Norge ikke har skatteavtale med.....	14
2.5.3	Kontrollvilkåret	15
2.5.4	Hjemmehørende i lavskattland	16
2.5.5	Kategorisering i forskrift	16
3	NÆRMERE OM LAVSKATTLANDKRITERIET.....	18
3.1	Generelt.....	18
3.2	Sammenligningsgrunnlaget: Noen utgangspunkter	18
3.3	Beregning av effektivt skattenivå	20
3.4	Skatteinsentivers betydning for det effektive skattenivå	25
3.4.1	Generelt om skatteinsentiv i beregningen av effektive skattesatser.....	25
3.4.2	Generelt om tidsperiode for beregning av effektivt skattenivå	26

3.4.3	Oversikt over den videre fremstillingen	29
3.5	Ulike kategorier skatteinsentiv	30
3.5.1	Ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv	30
3.5.2	Skatteferie	30
3.5.3	Særlig gunstige avskrivninger	31
3.6	Tildeling av skatteinsentiv: Forvaltningsmessige forhold	32
3.6.1	Automatiske skatteinsentiv	33
3.6.2	Skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag	34
3.6.3	Vid skjønnsmargin ved tildeling av skatteinsentiv	35
3.6.4	Formålsbetraktninger	38
3.7	NOKUS-reglens anvendelse på investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland: Noen konklusjoner	40
4	BØR NOKUS-REGLENE ANVENDES PÅ INVESTERINGER I UTVIKLINGSLAND SOM TILBYR SKATTEINSENTIV?	41
4.1	Oversikt over de videre vurderinger	41
4.2	Utligningseffektens preventive effekt på investeringer	41
4.3	Provenymessig effekt	42
4.4	Utligningseffekten som dis-insentiv til å tilby skattelettelse	43
4.5	Reversering av andre suverene staters skattebeslutninger	46
4.6	Samlet vurdering av om NOKUS-reglene bør anvendes på investeringer i utviklingsland som tilbyr skatteinsentiv	48
4.7	Alternative regelutforminger	49
5	BØR ENKELTE SKATTEINSENTIV UNNTAS FRA BEREGNINGEN AV EFFEKTIVT SKATTENIVÅ?	51
5.1	Innledning	51
5.2	Unntaksregel for skatteinsentiv av individuell art	51
5.3	Unntaksregelen for ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv	53
6	LITTERATURLISTE	55
6.1	Bøker og fagartikler	55
6.2	Lover, forskrifter og forarbeider	57
6.2.1	Norsk lovgivning	57

6.2.2	Utenlandsk lovgivning.....	57
6.2.3	Norske forskrifter	57
6.2.4	Forarbeider.....	57
6.3	Rettspraksis	58
6.4	Forvaltningspraksis	58
6.5	Andre kilder	58

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Temaet for denne oppgaven er NOKUS-reglernes anvendelse på norske investeringer i utviklingsland i tilfeller hvor slike land tilbyr skatteinsentiv for investeringer. NOKUS-reglementet etablerer skatteplikt for norske eiere av utenlandske selskap hjemmehørende i gunstige skatteregimer, og er lovfestet i skatteloven §§10-60 til 10-68.¹ Formålet er å hindre skattemotivert kapitalflukt, og NOKUS-regelverket omtales gjerne som et preventivt tiltak mot skatteparadis.² I praksis innebærer NOKUS-beskatning en oppjustering av skattenivået tilsvarende om selskapet hadde vært hjemmehørende i Norge, slik at investeringer i Norge og lavskattland likebehandles. Slik skal reglene etter sitt formål fjerne skattemessige insentiv for å flytte kapital til lavskattland, og motvirke at norske skattefundamenter uthules.³

NOKUS-reglene anvendes imidlertid ikke bare på kapitalplasseringer på sydhavsøyer med høye temperaturer og lave skattesatser, slik den typiske forestillingen om skatteparadis gjerne innebærer. En rekke land tilbyr skatteinsentiver for å tiltrekke seg utenlandske investeringer med formål om å øke landets økonomiske utvikling, herunder utviklingsland.⁴ Oppgavens problemstilling oppstår idet utviklingslandenes skatteinsentiver overfor norske investorer kan tenkes å gi en så gunstig skattebelastning at landet kan regnes som et «lavskattland» etter skatteloven §§ 10-63 jf 10-60. I så fall blir de norske investorene underlagt NOKUS-beskatning.

Oppgaven tar sikte på å kartlegge NOKUS-reglernes rekkevidde overfor investeringer i utviklingsland tildelt skatteinsentiv. Oppgavens hovedproblemstilling er altså i hvilke tilfeller skatteinsentiv kan lede til NOKUS-beskatning av norske investeringer i utviklingsland.

Videre tar oppgaven sikte på å drøfte enkelte utslag av NOKUS-beskatning overfor norske investeringer i utviklingsland som nyter godt av skatteinsentiv. Mens skatteinsentiv reduserer

¹ Skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14, heretter enkelte ganger forkortet sktl.

² Zimmer, Fredrik (2009c).

³ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 89. En oversikt over NOKUS-reglene gis i punkt 2.1 nedenfor.

⁴ Begrepet «skatteinsentiv» vil forklares i punkt 2.3 nedenfor.

skattenivået, vil NOKUS-beskatning i neste omgang kunne heve skattenivået til et norsk nivå – en form for reversering eller utligning av skatteinsentivet. I den grad et utviklingslands skatteinsentiv utlignes av NOKUS-skattlegging i Norge, vil utviklingslandet enten kunne gå glipp av en norsk investering eller lide et unødig provenytnap. Problematikken med utligning av skatteinsentiv kommer på spissen for utviklingsland, som kan anses å ha et særlig stort behov for både skatteinntekter og økonomiske investeringer.⁵ På bakgrunn av dette vil oppgaven vurdere hvorvidt den gjeldende utformingen av NOKUS-reglene kan gi urimelige utslag.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Da det i 2012 ble klart at det norske selskapet Scancems investering i det vestafrikanske landet Togo ville omfattes av de norske NOKUS-reglene, flyttet selskapet deler av sin virksomhet utenlands.⁶ Under tittelen «Fra Norge til Sverige for å spare skatt» ble det forklart at Togos myndigheter hadde tilbudt Scancem ti års skatteferie, og selskapet hadde besluttet å investere rundt 1,5 milliarder kroner i en sementfabrikk i landet. Ifølge Scancems advokat brukte Togo skatteinsentiver i stor utstrekning for å tiltrekke seg utenlandske investorer.⁷ Togos investeringsgunstige skatteinsentiv førte imidlertid til at landet trolig ville bli ansett som et lavskattland etter NOKUS-reglementet, med beskatning tilsvarende om selskapet hadde gjennomført investeringen i Norge, på daværende tidspunkt 28 prosent. Selskapets advokat uttalte i en artikkel i Dagens Næringsliv 14.02.2012 at:

«Det vi stusser mest over, er ... at norske myndigheter holder fast ved en slik skatteregel når de samtidig signaliserer et ønske om at norsk næringsliv skal investere i business i utviklingsland».⁸

Uttalelsen illustrerer det paradoksale i at norske skatteregler påfører en vesentlig skattebelastning på norske investeringer i utviklingsland, samtidig som norsk næringsliv oppfordres til å

⁵ Avi-Yonah, Reuven (2000) s. 1640.

⁶ Haugnes (2012).

⁷ Dugstad (2012).

⁸ Dugstad (2012).

investere i utviklingsland,⁹ handel med utviklingsland stimuleres gjennom fjerning av tollbarrierer,¹⁰ og Norge gir vesentlige beløp i bistand til utviklingsland.¹¹

NOKUS-reglene ble innført ved skattereformen i 1992. I løpet av de drøye 20 årene som har gått siden reglene begynte å virke, har reglens virkning overfor investeringer i utviklingsland neppe blitt mindre aktuell, og flere forhold taler for at vi vil se et økende antall norske investeringer i utviklingsland i årene som kommer – investeringer som kan bli omfattet av NOKUS-reglene. Kapital og næringsliv har blitt mer mobilt, og etableringer i andre land enklere. I tillegg har en rekke utviklingsland opplevd betydelig økonomisk vekst. Av de 12 landene som er anslått å få størst økonomisk vekst i 2014, står 6 på FNs liste over de minst utviklede landene i verden.¹² Veksten bidrar til å gjøre disse landene mer interessante for utenlandske investorer. Ifølge Utenriksdepartementet har norske investorers interesse for å utforske markeder og etablere bedrifter utenfor vestlige industriland økt vesentlig de siste årene.¹³

1.3 Presisering av problemstillingen

1.3.1 Utviklingsland

Som nevnt tar denne oppgaven sikte på investeringer i *utviklingsland* som tilbyr skatteincentiv. Det vil ikke dermed si at de spørsmål som reises eller hensyn som omtales her, ikke kan være relevant for investeringer i andre land enn utviklingsland. Begrensningen er foretatt fordi NOKUS-beskatning av investeringer i utviklingsland reiser til dels andre problemstillinger enn investeringer i industrialiserte land. I *Store norske leksikon* er begrepet utviklingsland definert som land som har «svak og ofte ensidig utviklet økonomi, og som har oppnådd en lavere grad av sosial og økonomisk utvikling enn industriland». ¹⁴ En nærmere definisjon av begrepet anses ikke nødvendig for analysene som foretas i denne oppgaven. ¹⁵

⁹ Utenriksdepartementet (2012) s. 4.

¹⁰ Tolloven § 8-3.

¹¹ Se for eksempel Prop.1 S (2013-2014) s. 38.

¹² The Economist (2013), egen opptelling basert på FN (2012) s. 138.

¹³ Utenriksdepartementet (2012) s. 7.

¹⁴ Store norske leksikon (2011).

¹⁵ Der det vil være hensiktsmessig å konkretisere eller eksemplifisere utviklingsland, vil det tas utgangspunkt i FNs liste over *Least Developed Countries* i FN (2012) s. 138.

1.3.2 Andre avgrensninger

NOKUS-reglene innebærer skattlegging overfor både personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer. Ettersom selskapsaksjonærer er det mest praktiske tilfellet for eierskap til NOKUS, vil jeg i denne framstillingen ta utgangspunkt i selskapsaksjonærer som skattesubjekt. Spørsmål tilknyttet eventuelle avvik i reglene for personlige aksjonærer vil ikke bli behandlet.

Videre gjelder NOKUS-reglene en rekke ulike selskapsformer og innretninger, jf sktl §§ 2-2, 10-1 jf 10-60. Ettersom aksjeselskap er den mest praktiske selskapsformen, vil jeg i denne avhandlingen ta utgangspunkt i aksjeselskap og tilsvarende selskap med begrenset ansvar som NOKUS-selskap, og derved ikke dekke avvikende forhold for andre innretninger.¹⁶

For investeringer i EØS-land gjelder særskilte krav til etablering og aktivitet for å unngå NOKUS-beskatning, jf § 10-64 b. Disse reglene vil ikke behandles. EØS-land vil normalt ikke anses som utviklingsland.

1.4 En oversikt over oppgavens videre innhold og struktur

Oppgaven inneholder både en fremstilling *de lege lata* og en vurdering *de lege ferenda* av NOKUS-reglenes anvendelse. I kapittel 2 redegjøres det for NOKUS-beskatningens reverserende effekt overfor skatteinsentiv. Den etterfølgende redegjørelse av gjeldende rett viser i hvilke tilfeller denne reverseringseffekten kan inntre overfor norske investeringer tildelt skatteinsentiv. Mens kapittel 2 inneholder en gjennomgang av de generelle vilkår for NOKUS-beskatning, foretas det i kapittel 3 en mer inngående vurdering av hvilke typetilfeller skatteinsentiv som kan påvirke hvorvidt lavskattlandkriteriet i skatteloven § 10-63 er oppfylt.

Her vises det for det første at rettskildene gir grunnlag for å anta at skatteinsentiv tildelt norske investorer som hovedregel skal tas i betraktning etter lavskattlandkriteriet, og at skatteinsentiv dermed kan avgjøre hvorvidt et land er å anse for et lavskattland etter § 10-63. For det andre vises det at rettskildene etter mitt syn kan gi grunnlag for å oppstille en unntaksregel for visse former for skatteinsentiv, slik at visse typer insentiv ikke inngår i lavskattlandvurde-

¹⁶ Se eksempelvis sktl. § 10-60 andre setning.

ringen og derfor ikke kan medføre at selskapet anses hjemmehørende i et lavskattland. Fra punkt 3.5 vil jeg drøfte hvor denne skillelinjen eventuelt går med utgangspunkt i ulike typetilfeller skatteinsentiv.

Etter å ha drøftet i hvilke tilfeller utligningseffekten kan inntre, vurderes enkelte prinsipielle aspekter ved rettsregelen og reverseringseffekten de lege ferenda. Dels er det et spørsmål om hvorvidt NOKUS-reglene overhodet bør anvendes på investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland, på grunn av de utslag beskatningen kan gi. Herunder vil det skisseres enkelte alternative utforminger av reglene som ville skånet utviklingsland for eventuelle uheldige utslag som følge av NOKUS-beskatning. Dels er det et spørsmål om reglenes nærmere utforming, og hvorvidt enkelte typer skatteinsentiv bør være avskåret fra lavskattlandvurderingen etter unntaksregelen som det redegjøres for i kapittel 3. Disse spørsmålene vil behandles i henholdsvis kapittel 4 og 5.

2 NOKUS-reglene

2.1 Et overblikk

NOKUS-regelverket inneholder særregler om inntektsbeskatning av norske investeringer og kapitalplasseringer i utlandet, nærmere bestemt i lavskattland.¹⁷ Regelverk som skattlegger egne innbyggere for deres kapital plassert i land med lav skatt finnes i en rekke land, og betegnes internasjonalt som *Controlled Foreign Company* (CFC)-lovgivning.¹⁸ NOKUS-regelverket er den norske varianten av denne typen lovgivning, som delvis bygger på og delvis skiller seg fra CFC-regelverk i andre land.

Kort forklart innebærer NOKUS-reglene at norske selskapsdeltakere som kontrollerer selskap i lavskattland, beskattes fortløpende for sin andel av selskapets overskudd, uavhengig av om inntektene er utdelt eller beholdt i selskapet.¹⁹ Regelverket er antatt å primært virke *forebyggende* mot investeringer i lavskattland, ved å vri investeringsbeslutninger mot land som ikke er lavskattland.²⁰ Med andre ord er den antatt fremste provenymessige effekten av reglene ikke inntektene som følger av NOKUS-skattlegging, men fraværet av inntektstap som følge av at investeringer legges til lavskattland.²¹

Forutsetningen for denne preventive effekten er NOKUS-beskatningens nøytraliserende eller utlignende effekt. Effekten består i at skattenivået løftes fra et relativt sett lavt skattenivå, til et norsk skattenivå, nærmere bestemt selskapsskattesatsen på 27 prosent.²² For å illustrere: Et NOKUS med et årlig overskudd på 1 million kroner, vil i et vertsland med for eksempel to prosent beskatning betale de to prosentene til vertslandet.²³ De norske eierne vil imidlertid

¹⁷ NOKUS er en forkortelse for NORsk-Kontrollert Utenlandsk Selskap.

¹⁸ Regelverket kan også omtales som *Subpart F*-lovgivning, som følge av det første regelverket av denne typen ble lovfestet i Subpart F-delen av USAs Internal Revenue Code - nærmere bestemt i Internal Revenue Code, Title 26, Subtitle A, Chapter 1, Subchapter N, Part III, Subpart F §§ 951-965.

¹⁹ Utenlandske selskap eid eller kontrollert av norske selskapsdeltakere i tråd med sktl. § 10-62 vil i denne oppgaven betegnes som norske investeringer.

²⁰ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 89.

²¹ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 89.

²² Finansdepartementet (2014a).

²³ Begrepet vertsland vil i oppgaven benyttes som det aktuelle utland hvor selskapet er hjemmehørende.

måtte betale de resterende 25 prosent i beskatning til Norge. Den totale skattebelastningen ender dermed på et norsk skattenivå - verken mer eller mindre.²⁴ Uten NOKUS-beskatning ville selskapet kunne bygge opp kapital i et lavskattland helt uten fortløpende beskatning. Sammenlignet med et norsk skattenivå ville selskapet i et land uten selskapsbeskatning kunne spart 27 prosent i årlig beskatning, forutsatt at inntektene ikke ble hentet hjem til Norge. NOKUS-regimet gjør med andre ord at det ikke «hjelper» å ha opprettet et utenlandsk selskap for å spare skatt.²⁵

2.2 Introduksjon til lavskattlandkriteriet

Lavskattlandkriteriet er et nøkkelkriterium både i NOKUS-reglementet generelt, og for denne avhandlingen spesielt. Det er dette kriteriet som skiller mellom investeringer i lavskattland og andre land, et skille som er ansett så grunnleggende at lavskattlandsinvesteringene er gitt egne særregler i form av NOKUS-reglementet.²⁶ I denne avhandlingen står lavskattlandkriteriet sentralt fordi det er innholdet i dette kriteriet som er bestemmende for hvilke skatteincentiv som kan medføre at NOKUS-beskatning inntreffer. Denne problemstillingen vil behandles nærmere i kapittel 3. I det følgende vil det gis en introduksjon til vurderingstemaene under lavskattlandkriteriet.

Hovedbegrunnelsen bak innføringen av NOKUS-regimet var som nevnt å hindre skattemotivert kapitalflukt.²⁷ Først og fremst ble det siktet til selskaper etablert i «skatteparadiser» utelukkende eller hovedsakelig for å unngå norsk beskatning.²⁸ Det ble imidlertid presisert at verken begrepet skatteparadis eller lavskattland hadde noen generelt beskrivende definisjon.²⁹

²⁴ Se nærmere om kredittreglene i punkt 2.4.2.3.

²⁵ Zimmer (2009c).

²⁶ Lavskattlandkriteriet i § 10-63 er også et avgjørende vilkår for om fritaksmetoden etter sktl. § 2-38 kommer til anvendelse. Dersom §10-63 ikke er oppfylt, vil aksjeinntekter mellom selskapsaksjonærer skatlegges etter denne særregelen, jf §2-38 (3) bokstav a. En nærmere behandling av fritaksmetoden synes ikke hensiktsmessig av hensyn til oppgavens omfang.

²⁷ Ot.prp. nr 16 (1991-1992) s. 68.

²⁸ Ot.prp. nr 16 (1991-1992) s. 67.

²⁹ Ot.prp. nr 16 (1991-1992) s. 67.

En treffsikker regulering av formålet om å hindre skattemotivert kapitalflukt måtte derfor være egnet til å identifisere hvilke investeringer som er skattemotiverte, og hvilke som ikke er det. En forutsetning for skattemotiverte investeringer er at skattenivået er vesentlig lavere enn i Norge. Dersom forskjellen i skatteutgifter er uvesentlig, vil ikke investeringene være skattemotiverte. Hvordan NOKUS-reglene identifiserer hvilke land som har tilstrekkelig lavt skattenivå til at investeringer der kan anses skattemotiverte, utgjør derfor en essensiell del av regelverket. Selve den subjektive motivasjonen for investeringen – i hvilken grad investeringen rent faktisk er skattemotivert eller ikke – er imidlertid ikke gjort til et kriterium under NOKUS-reglene. Kriteriet som skulle identifisere skattemotiverte investeringer ble utformet som et krav om en *kvalifisert forskjell* mellom skattenivået i Norge og vertslandet hvor investeringen foretas. Mer presist må det norsk-kontrollerte selskapet etter sktl § 10-63 være hjemmehørende i et 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».

Innslagspunktet for lavskattlandskriteriet er altså en matematisk eksakt grense, som det sjelden vil være vanskelig å regne ut når skattenivået først er kartlagt. Det mest sentrale vurderingstemaet befinner seg altså på stadiet *før* sammenligningen foretas: Hvordan skal skattenivået fastlegges? Som det skal vises i denne fremstillingen, gir NOKUS-reglementet anvisning på nokså spesialiserte beregninger av skattenivået, hvor det ikke er tilstrekkelig å gå ut fra et lands skattenivå generelt sett. Skattenivået er således ikke en konstant enhet for alle investeringer i ett og samme land, slik at hvert land har ett skattenivå i relasjon til NOKUS-reglene.³⁰ Tvert i mot vil ett og samme land kunne være et lavskattland i relasjon til én investering, og et normalskatteland i relasjon til en annen investering. Dermed treffer ikke lavskattland-kriteriet kun land som har et ikke-eksisterende eller generelt lavt skattenivå, slik enkelte såkalte skatteparadis har. Dette reiser interessante spørsmål med hensyn til skatteinsentiv. Fremgangsmåten for fastleggingen av et lands skattenivå gir rom for – i visse tilfeller – å la skatteinsentiv avgjøre om et land anses som normalskattland eller lavskattland. Et land som normalt vil være normalskatteland, vil dermed kunne defineres som lavskattland som følge av skatteinsentivers

³⁰ *Bedrift, selskap og skatt* s. 409.

betydning for fastleggingen av skattenivået. Hvilke skatteinsentiv som skal tas i betraktning og ikke i fastleggingen av skattenivå etter § 10-63, vil gjennomgå nærmere i kapittel 3.

Det kan være verdt å påpeke at utviklingsland kan utgjøre lavskattland etter sktl. § 10-63 også uten å tilby skatteinsentiv, dersom det ordinære skattenivået er tilstrekkelig lavt. Dette reiser generelt ikke vanskelige tolknings spørsmål under lavskattlandkriteriet. For analysene i fortsettelsen legges det derfor til grunn at det dreier seg om utviklingsland som har et relativt sett normalt skattenivå etter de ordinære skattereglene, men som tilbyr skatteinsentiv i en slik størrelsesorden at skatteinsentivet i seg selv kvalifiserer landet som lavskattland. Deler av fremstillingen vil kunne være relevant også for andre land enn utviklingsland som tilbyr skatteinsentiv, og det kan være verdt å påpeke at også Norge anvender en rekke former for skatteinsentiv. NOKUS-beskatning av nettopp utviklingslands skatteinsentiv reiser imidlertid egne spørsmål som i særlig grad vil behandles i denne fremstillingen.

2.3 Skatteinsentiv i utviklingsland: Noen utgangspunkter

I det følgende vil det gis et overblikk over bruken av skatteinsentiv generelt og i utviklingsland spesielt. Det er verdt å påpeke at disse utgangspunktene er generaliseringer basert på juridisk og økonomisk litteratur om tematikken, og at virkeligheten som alltid er mer mangefasettert.

Skatteinsentiv benyttes som hovedregel som et middel for å oppnå økonomisk utvikling, ofte via aktive utenlandske investeringer, internasjonalt betegnet Foreign Direct Investments (FDI).³¹ FDI er anerkjent som en sentral faktor for økonomisk utvikling som bidrar med blant annet økt sysselsetting og overføring av kunnskap og teknologi.³² Sammenlignet med industrialiserte land tilbyr utviklingsland i større grad skatteinsentiv framfor andre økonomiske insentiv, som direkte subsidier og lån til næringsvirksomhet.³³ Dette skyldes blant annet at ut-

³¹ Skillet mellom aktive og passive investeringer vil behandles nærmere i punkt 2.5.2. For en nærmere definisjon av FDI, se Easson og Zolt (2003) s. 7.

³² FN (2003) s. 9.

³³ Subsidier som ikke går gjennom skatte- og avgiftssystemet er ikke tema for denne oppgaven. Det kan likevel være verdt å påpeke at dersom utviklingsland i anvendte direkte subsidier i stedet for skatteinsentiv, ville

viklingsland foretrekker å gi støtte i etterkant av investeringer framfor forskuddsstøtte, typisk fordi budsjettene ikke gir rom for forhåndsstøtte.³⁴ Skatteinsentiv kan anses å utgjøre et fleksibelt næringspolitisk virkemiddel i land hvis skatte- og forvaltningssystem gir vid skjønnsmargin for politikere og byråkrater – et typisk trekk ved utviklingsland.³⁵ Kostnadene ved skatteinsentiv har imidlertid vist seg vanskelige å beregne. Det er antatt at skatteinsentiv i tillegg til provenytnap gir økte kostnader til administrasjon og oppfølging, økt risiko for skatteomgåelse og sårbarhet for myndighetsmisbruk.³⁶

Variasjoner mellom skatteinsentiv er store, og noen allmenn juridisk definisjon på skatteinsentiv finnes ikke. Helt grunnleggende kan det antas at skatteinsentiv i praksis er *skattelettelser*, som gis i form av unntak fra det generelle skattesystemet.³⁷ FNs konferanse for handel og utvikling (UNCTAD) har i rapporten «Tax Incentives and Foreign Direct Investment: A Global Survey» definert skatteinsentiv som insentiver som reduserer selskapers skattebyrde for at selskapene skal investere i utvalgte prosjekter eller sektorer.³⁸ Det nominelle skattenivået vil altså ikke endres ved bruk av skatteinsentiv – ofte opprettholder utviklingsland et relativt høyt skattenivå, og tilbyr skatteinsentiv parallelt. Dermed vil det reelle skattenivået for en bedrift som mottar skatteinsentiv senkes. Hvor mye lavere det reelle skattenivået blir, avhenger av skatteinsentivets art og omfang.

2.4 Skattlegging etter NOKUS-reglene

2.4.1 Generelt

I dette punktet vil det gis en oversikt over følgene av at NOKUS-vilkårene er oppfylt, jf sktl. §§ 10-60 til 10-64. Innledningsvis er det allerede nevnt at NOKUS-skattlegging gir en samlet skattebelastning på nivå med norsk skattenivå. For investeringer i vertsland med et ordinært

noe av samme investeringsinsentiv kunne oppnås overfor norske investorer, uten risiko for NOKUS-beskatning.

³⁴ UNCTAD (2000) s. 11-12.

³⁵ Viherkettä (1991) s. 20.

³⁶ Disse aspektene vil omtales nærmere i punkt 4.4.

³⁷ UNCTAD (2000) s. 12, Hellerstein og Coenen (1994) s. 793 (fotnote 17).

³⁸ UNCTAD (2000). s. 12.

lavt skattenivå, innebærer dette som nevnt en nøytraliserings-effekt, ved at skattenivået for investorene justeres opp til det norske skattenivået. For vertsland hvor det ordinære skattenivået er relativt høyt, men hvor det reelle skattenivået er redusert som følge av skatteinsentiv, innebærer NOKUS-beskatning mer spesifikt en *reversering* eller *utligning* av skatteinsentivet. Den stimulerende effekten skatteinsentivet er ment å ha på investeringen, blir altså fjernet gjennom NOKUS-beskatning. I hvilken grad skatteinsentivet rent faktisk utlignes, eller om NOKUS-beskatningen innebærer at skattenivået heves enda høyere enn det ordinære skattenivået i vertslandet, avhenger nødvendigvis av vertslandets ordinære skattenivå. For enkelhets skyld vil den effekten at skatteinsentivet fratras sin virkning ved at NOKUS-beskatning inntre, i det følgende betegnes som utligningseffekten.³⁹

Enkelte mer prinsipielle aspekter ved denne utligningseffekten vil redegjøres for i kapittel 4. I punkt 2.5 og kapittel 3 gjennomgås vilkårene for at utligningseffekten inntre overfor investeringer som nyter godt av skatteinsentiv. Før dette er det imidlertid grunn til å se noe nærmere på hvordan NOKUS-beskatning gjennomføres i praksis for å oppnå utligningseffekten, herunder når skattleggingen skjer, hvem som skattlegges og hvordan reglene sikrer at skattleggingen ligger på et norsk skattenivå.

2.4.2 Den løpende skattlegging

2.4.2.1 Tidspunkt for skattlegging

Sammenlignet med de alminnelige reglene for skattlegging ved utbytte eller salg av aksjer eller eierandeler, innebærer NOKUS-reglene en fremskynding av skattlegging.⁴⁰ Dette fordi deltakere i NOKUS-selskaper skal skattlegges løpende, det vil si ved den årlige ligningen, i motsetning til å skattes i året for utbytte eller realisasjon, jf sktl. §§ 10-65 jf. 10-61.

³⁹ Denne utligningseffekten inntre ikke dersom det aktuelle NOKUS ikke har et overskudd å skatte av. Etter som denne oppgaven konsentrerer seg om denne utligningseffekten overfor skatteinsentiv, er det skattlegging av overskudd hos NOKUS som står sentralt her. På dette grunnlag synes det hensiktsmessig å ikke behandle NOKUS-regelverkets fradragregler i denne oppgaven.

⁴⁰ *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 392.

Det kan imidlertid påpekes at dersom investorer ikke har planer om å hente hjem inntektene til Norge overhodet, vil NOKUS-skattlegging ikke bare innebære en fremskynding – da vil NOKUS-reglene være det eneste regelverket som sikrer at overskuddet blir skattlagt i Norge.

2.4.2.2 Subjekt for skattlegging

Subjektet som skattlegges for selskapets overskudd (eller underskudd) er ikke selskapet selv, men den norske eieren personlig. Dette er et utslag av grunnleggende internasjonale prinsipper som innebærer at en stat ikke kan skattlegge et utenlandsk selskap for inntekter opptjent i utlandet. Derfor foretas en identifikasjon mellom selskapet og dets norske eiere - det er kun norske eiere som kan være skattesubjekt etter NOKUS-reglene. Det er vedkommendes andel av overskuddet som utgjør grunnlaget for skattleggingen, jf § 10-65 (1). Ettersom skattleggingen skjer årlig, må skattyteren ha tilstrekkelig likviditet til å tåle skattlegging for selskapskapital som ikke nødvendigvis er hentet ut. Dette kan utgjøre en vesentlig byrde for investorer. Skattleggingen må imidlertid sees i lys av kravet til ”kontroll” over selskapet, som blant annet er ment å sikre investorene kontroll over selskapets utbyttepolitikk. Investorenes skatteplikt foreligger uavhengig av om NOKUS-selskapet eies gjennom ett eller flere selskap.

2.4.2.3 Kreditt for NOKUS-selskapets betalte skatt i lavskattlandet

I den grad et NOKUS har betalt skatt i utlandet, kan norsk skattyter kreve fradrag i norsk skatt, jf § 16-20 (2). Skattene som blir ilagt må være sammenlignbare og gjelde inntekt fra samme tidsrom.⁴¹ Regelen er et utslag av ønsket om å unngå internasjonal økonomisk dobbeltbeskatning, det vil si at samme inntekt blir beskattet hos to skattytere som har nær forbindelse. Slik dobbeltbeskatning anses å være lite kapitaleksportnøytralt; fordi skattebelastningen da vil variere etter hvorvidt den er opptjent utenlands eller innenlands.⁴²

Fradraget skal beregnes etter skattyterens forholdsmessige eierandel i selskapet. Dette sikrer at fradraget tilsvarer den forholdsmessige del av skatten selskapet har betalt til utlandet.

⁴¹ Zimmer (2009a) s. 30.

⁴² Zimmer (2009a) s. 285.

2.4.2.4 Nærmere om ligningen i praksis

Inntekten skal fastsettes ”som om selskapet eller innretningen var skattyter”, jf § 10-65 (1). Bestemmelsen gir anvisning på en nettoutregning hos selskapet, slik at skatten først fastsettes som om selskapet var skattyter, for deretter å bli fordelt etter eierandel på eierne. En slik nettometode anvendes også ved skattlegging av norske ansvarlige selskaper.

2.4.2.5 Videre utdeling av overskuddet

Det er som nevnt i punkt 1.3.2 i denne oppgaven tatt utgangspunkt i at NOKUS-deltakerne er selskapsaksjonærer. Den videre utdeling fra disse selskapsaksjonærene til deres eiere foretas etter de alminnelige skatteregler. For eiere som i dette leddet er personlige aksjonærer, vil de alminnelige regler for aksjeinntekter gjelde.⁴³ Dersom eierne i dette leddet derimot er selskapsaksjonærer, vil fritaksmetoden komme til anvendelse, jf sktl. § 2-38.

2.4.3 Skattlegging av senere utdelt utbytte og gevinst

Når skattyter allerede er løpende skattlagt for sin andel av NOKUS-ets overskudd, blir skattyter helt eller delvis fritatt for beskatning av senere gevinst eller utdelt utbytte. Slik justering til fordel for skattyter gjør at dobbeltbeskatning unngås. Hensikten med justeringene er at aksjonærer i NOKUS-selskaper skal stilles likt med aksjonærer i norske selskaper. Når det gjelder utbytte, kompenseres skattyter ved at utbyttet er fritatt for beskatning i den grad samlet utbytte ligger innenfor den inntekt som allerede er skattlagt, jf § 10-67 (1). For gevinst som følge av realisasjon av aksje kompenseres skattyter gjennom regulering av inngangsverdien i tråd med den mengden skatt som er betalt av selskapet i deltakerens eiertid, jf § 10-68 (1).

2.5 Nærmere om vilkår for NOKUS

2.5.1 Generelt

Hittil har jeg utdypet grunnlaget for oppgavens problemstilling og beskrevet skattleggingen som foretas for selskap som oppfyller vilkårene for NOKUS-beskatning. Disse vilkårene vil gjennomgås i det følgende. Jeg tar sikte på å besvare oppgavens hovedproblemstilling – i

⁴³ Jf. sktl. kap. 5.

hvilke tilfeller skatteinsentiv kan lede til NOKUS-beskatning av norske investeringer i utviklingsland – gjennom redegjørelsen som følger i dette og neste kapittel.

Lavskattlandkriteriet vil behandles inngående i kapittel 3, herunder særlig hvordan det effektive skattenivået skal fastlegges, da det er dette vurderingstemaet som i stor grad definerer når utviklingsland er å anse som lavskattland eller ikke. Før dette spørsmålet kan besvares, vil det gis en kort fremstilling av hva et NOKUS er, og hvilke øvrige krav som stilles i NOKUS-reglementet. Dette bidrar til å klarlegge hva slags investeringer NOKUS-reglene kan ramme, dersom også lavskattlandvilkåret er innfridd.

Gjennomgangen i fortsettelsen vil konsentrere seg om de vilkår som er aktuelle for problemtillingen om norske investeringer i utviklingsland som tilbys skatteinsentiv. Dette er vilkåret om at de norske eierne må ha kontroll over selskapet, og at selskapet må være hjemmehørende i lavskattland. For aktive investeringer stilles det også krav om at det aktuelle landet ikke må ha skatteavtale med Norge. Dette vil utdypes innledningsvis.

2.5.2 Avgrensning til land Norge ikke har skatteavtale med

NOKUS-reglene stiller etter sktl. § 10-64 vilkår om at selskap hjemmehørende i land Norge har skatteavtale til unngåelse av dobbelbeskatning med, må ha inntekter av «hovedsakelig passiv karakter» for å bli underlagt NOKUS-beskatning. Motsetningsvis vil selskap hvis inntekter er av aktiv, og ikke hovedsakelig passiv karakter, kun bli NOKUS-beskattet dersom de er hjemmehørende i land Norge ikke har skatteavtale med.

Oppgaven gjelder NOKUS-reglenes anvendelse på investeringer i utviklingsland som nyter godt av skatteinsentiv. Gunstige skatteinsentiv gis i utviklingsland hovedsakelig til *aktive* investeringer, som nevnt i punkt 2.3. Inntekter av aktiv karakter vil stamme fra investeringer med et visst aktivitetsnivå, herunder vil produksjons- og industrivirksomhet være et typisk eksempel. Å regne som passive inntekter er typisk finansinntekter som skriver seg fra kapitalforvaltning.⁴⁴ Det er med andre ord aktive investeringer som i klart størst grad medfører selssetting og overføring av teknologi og kunnskap. Derfor er det som nevnt aktive investeringer som tilbys skatteinsentiv i størst grad.

⁴⁴ Zimmer (2009a) s. 335.

I lys av dette er problemstillingen om NOKUS-beskatning av norske skatteinsentiv som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland i stor grad avgrenset til *aktive* investeringer og dermed til land Norge ikke har dobbelbeskatningsavtale med, jf § 10-64. Denne begrensningen betyr imidlertid ikke at problemstillingen ikke kan oppstå i praksis: Per i dag har Norge kun dobbelbeskatningsavtale med 10 av 47 stater på FNs liste over minst utviklede land i verden.⁴⁵

2.5.3 Kontrollvilkåret

Et NOKUS må være under ”[n]orsk kontroll”, jf skatteloven §§ 10-62 første ledd jf 10-60. I dette ligger både et krav om å ha selskapet under kontroll, og at de som har selskapet under kontroll er norske skattytere. Sistnevnte kriterium vil klart være oppfylt for skattytere som er bosatt eller hjemmehørende i Norge etter sktl §§ 2-1 og 2-2. I forarbeidene uttaler Departementet at for å unngå omgåelser vil også skattytere som er bosatt eller hjemmehørende i utlandet under visse omstendigheter oppfylle kravet.⁴⁶

Etter § 10-62 (1) skal kontrollkriteriet kunne oppfylles både gjennom *eie* av andeler eller kapital, og gjennom *kontroll* av andeler eller kapital på annet vis enn ved eierskap. Bakgrunnen for kontrollkravet er at deltakere uten kontroll ikke kan bestemme når utbytte skal utdeles.⁴⁷ Kontroll over selskapets utbyttepolitikk vil kunne være en forutsetning for at deltakeren kan stille med den likviditet som er nødvendig for å betale løpende beskatning, jf punkt 2.4.2.1 over. På denne bakgrunn er det graden av innflytelse over selskapet som er essensielt, ikke hva som er grunnlaget for innflytelsen. Stemmerett eller aksjonæravtale som gir avgjørende innflytelse over et selskaps kapitalforvaltning, er derfor likestilt med eierskap som gir tilsvarende innflytelse. Det avgjørende er således ikke hvorvidt norske skattytere har 50 prosent av stemmene i et selskap, men at de samlet sett kontrollerer 50 prosent eller mer av stemmene, eventuelt via avtaler med andre aksjonærer.

⁴⁵ Egen opptelling basert på FNs liste over minst utviklede land, FN (2012) s. 138 og Finansdepartementets oversikt over skatteavtaler mellom Norge og andre stater, Finansdepartementet (2014b).

⁴⁶ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 76.

⁴⁷ Ot. prp. nr. 16 (1991-1992) s. 76.

Det er uten betydning hvorvidt eierskapet er direkte eller indirekte gjennom flere selskap. Hvorvidt eierskapet eller kontrollen tilhører én norsk skattyter alene eller en gruppe norske skattytere, er også likegyldig.

2.5.4 Hjemmehørende i lavskattland

Et NOKUS må være «hjemmehørende i lavskattland», jf §§ 10-63 jf § 10-60. Kriteriet reiser to problemstillinger: Hva det vil si å være «hjemmehørende», samt hva som er et «lavskattland». Det siste spørsmålet vil behandles i kapittel 3.

Spørsmålet om hvorvidt et selskap er «hjemmehørende» i et lavskattland eller ikke, vil ofte bero på hvorvidt selskapet kan anses å være hjemmehørende i Norge etter sktl. §2-2. Hvis svaret på dette spørsmålet er ja, er NOKUS-beskatning naturlig nok utelukket. Det kan også oppstå spørsmål om hvorvidt et selskap er hjemmehørende i et lavskattland eller et tredje land. Denne problemstillingen ble vurdert i en uttalelse fra Finansdepartementet gjengitt i Utv. 1996 s. 1159b. Basert på denne uttalelsen synes spørsmålet i stor grad å bero på de aktuelle lands interne rett om hva som skal anses tilstrekkelig «hjemmehørende» for at skatteplikt ilegges. Hvis selskapet er etablert med ulike funksjoner i to land, blir det avgjørende hvilket av landene som eventuelt skattlegger selskapet høyere enn to tredjedelsgrensen – hvis ett av landene gjør dette, er selskapet ikke «hjemmehørende» i lavskattland jf. § 10-63.

2.5.5 Kategorisering i forskrift

Før lavskattlandvilkåret skal behandles nærmere i kapittel 3, vil jeg kort ta for meg en kategori land som er unntatt fra den nærmere vurderingen etter § 10-63. Skattedirektoratet har i forskrift⁴⁸ oppstilt lister over land som uten nærmere vurdering skal anses å være lavskattland, og land som presumeres å ikke være lavskattland. Listene, som blir omtalt som henholdsvis den «svarte» og «hvite» listen er ikke uttømmende – de fleste land står ikke oppført på noen av listene. For disse landene må det foretas en selvstendig vurdering av lavskattland-vilkåret slik lovtekst og øvrige rettskilder gir anvisning på.

⁴⁸ Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr 14.

Den såkalte «svarte» listen med lavskattland i skatteforskriften § 10-63-2 er bindende, og inneholder blant andre Bahamas og Caymanøyene. For landene som er oppført på denne listen, vil en selvstendig vurdering etter § 10-63 være irrelevant.

Den «hvite» listen med land som presumeres å være normalskatteland i § 10-63-3 er derimot ikke bindende. Blant landene inkludert i denne listen er USA og India. Landene på den «hvite» listen presumeres å ikke være lavskattland, med noen forbehold. Det vil si at man ikke kan legge til grunn at landene er normalskatteland uten å vurdere to inngangsvilkår: For det første gjelder ikke listen hvis selskapet nyter godt av skatteinsentiver eller reduserte skattesatser, jf §10-63-2 (1). For det andre gjelder ikke listen for selskaper hvis utenlandske inntekt hovedsakelig er skattefri etter en fritaksmetode, og inntektene kommer fra lavskattland jf bestemmelsens andre ledd, jf sktl § 2-38. Formålet er å unngå skattetilpasninger i form av mellomstående selskap i et land på listen.⁴⁹

Dersom ingen av disse to vilkårene er oppfylt, er selskapet å anse som normalskatteland i kraft av å stå på den «hvite» listen, jf § 10-63-3. Dersom ett eller begge vilkår er innfridd, faller man tilbake på hovedregelen etter § 10-63, og selskapets investering må vurderes uavhengig av sin plassering på den «hvite» listen.

⁴⁹ Zimmer (2009a) s. 338.

3 Nærmere om lavskattlandkriteriet

3.1 Generelt

Lavskattlandkriteriet i § 10-36 oppstiller som nevnt et krav om kvalifisert forskjell mellom skattenivået i Norge og det aktuelle vertsland. Kravet innebærer at et vertsland er å anse som et lavskattland dersom skattenivået utgjør under to tredjedeler av norsk skattenivå. Fra punkt 3.2 vil jeg se nærmere på hvordan man skal komme fram til tallene som skal sammenlignes etter to tredjedels-terskelen i § 10-63, altså fastleggingen av det effektive skattenivå. Fra punkt 3.4 vil jeg se mer spesifikt på skatteincentivers betydning for fastleggingen av det effektive skattenivå.

3.2 Sammenligningsgrunnlaget: Noen utgangspunkter

Helt grunnleggende kan det konstateres at skattenivået for ett og samme selskap videre må vurderes i to omganger: Først må skattenivået for det aktuelle land fastlegges. Deretter må det foretas en hypotetisk vurdering med den forutsetningen at selskapet var hjemmehørende i Norge.⁵⁰ Lovtekstens utgangspunkt for vurderingen er at «den alminnelige inntektsskatt» i det aktuelle utlandet skal sammenlignes opp mot hva selskapet «ville blitt ilignet» i Norge. Første spørsmål er hva som kan utledes av disse begrepene av betydning for sammenligningsgrunnlaget.

For det første presiserer lovteksten at sammenligningen står mellom alminnelig inntektsskatt i det aktuelle utland, og hva som «ville blitt ilignet» i Norge. De ulike formuleringene kan gi inntrykk av at vurderingstemaet ikke er det samme for henholdsvis Norge og det aktuelle utland. Sett i lys av bestemmelsens funksjon i å kartlegge hvorvidt den relative forskjellen mellom to lands skattenivå, framstår det mest hensiktsmessig å legge det samme vurderingstemaet til grunn. En annen løsning ville i mindre grad speilet den relative forskjellen mellom skattenivået i Norge og det aktuelle landet. Etter dette må det legges til grunn at det er det samme vurderingstemaet som skal legges til grunn for begge lands skattenivå.

⁵⁰ Hovland (2006) s. 122.

For det andre kan presiseringen av at vurderingstemaet er «den alminnelige inntektsskatt», jf § 10-63 forstås som en henvisning til hvilke typer skatter som skal medregnes i sammenligningsgrunnlaget. Dette kan tilsi at skatter og avgifter som ikke skattlegges på selskapets *inntekter*, ikke skal inkluderes i beregningen. For eksempel vil dette gjelde merverdiavgift, formueskatt og eiendomsskatt.⁵¹ Andre lavkostnadsfaktorer, som eksempelvis lavt lønnsnivå i det aktuelle landet, vil naturligvis heller ikke inngå i «inntektsskatt». Etter dette må det kunne konkluderes med at andre skatter enn inntektsskatt, slik som formueskatt og eiendomsskatt, ikke skal inkluderes i verken Norge eller det aktuelle landet.

For det tredje kan en naturlig språklig forståelse av uttrykket «ville blitt ilignet» tilsi at vurderingstemaet for sammenligningsgrunnlaget er hva selskapet konkret ville blitt ilignet gjennom en fullstendig utregning av alle skatter og fradrag. Finansdepartementet klargjør imidlertid i bestemmelsens forarbeider at dette ikke kan tas på ordet.⁵² Departementet vurderte tre alternative fremgangsmåter med ulik presisjonsgrad:

«En løsning er å foreta en sammenligning på grunnlag av de formelle skattesatsene. Denne løsningen vil imidlertid kunne gjøre reglene lite effektive. Mange land har ofte høye nominelle skattesatser uten at de reflekterer det reelle skattenivået i landet. Det er ikke uvanlig at en stat har høye skattesatser samtidig som flere typer inntekter er undergitt lav beskatning eller at bare en viss andel av slike inntekter er skattepliktige etter de høye skattesatsene. Det kan for eksempel forekomme at visse investeringer fra utlendinger beskattes gunstigere enn det som gjelder for innlendinger.

...

En annen løsning er å foreta en sammenligning av hva det enkelte kontrollerte selskap hadde måttet betale i skatt i det enkelte inntektsår dersom det hadde vært hjemmehørende i Norge. Ut fra et teoretisk synspunkt kan dette synes å være den riktigste løsningen fordi en ser forskjellen i beskatning for det enkelte selskap.

...

En tredje løsning er å basere sammenligningen av skattenivået på forskjellen mellom de effektive skattesatsene. På den måten vil en få frem den reelle forskjellen i skattenivået.

⁵¹ Gjems-Onstad (2012) s. 1010, Almvik og Kristiansen (2006) s. 371, Lang et al (2004) s. 496.

⁵² Ot.prp nr. 16 (1991-1992) s. 79.

Deltakerne slipper hvert år å foreta en konkret beregning av den skatt selskapet ville blitt ilignet dersom det hadde vært hjemmehørende i Norge.»⁵³

Departementets vurderinger kan illustreres ved en skala som viser ulike konkretiseringsnivå. I den ene enden av skalaen ligger de nominelle skattesatsene, som ville innebære at ingen mer konkrete forhold ved bransjen eller det konkrete selskap tas hensyn til. I den andre enden av skalaen ligger en «skyggeligning», en fullstendig utregning tilsvarende en direkte ligning av det enkelte selskap i det enkelte år.⁵⁴ Sistnevnte alternativ ble ansett for ressurskrevende, mens førstnevnte alternativ ble ansett for unøyaktig. Departementet besluttet en løsning beliggende mellom de to ytterpunktene på skalaen, nemlig de effektive skattenivåene.

3.3 Beregning av effektivt skattenivå

Begrepet effektivt skattenivå blir ikke nærmere definert i proposisjonen, og det angis ingen generell økonomisk formel for fastlegging av effektivt skattenivå som kan anvendes på alle former for investeringer. Departementet mener det effektive skattenivået vil vise «den reelle forskjellen i skattenivået»,⁵⁵ men innrømmer i proposisjonen at:

«... det kan være noe vanskelig å beregne det effektive skattenivået i et land. Det må tas stilling til hvilke skatter i det andre landet det skal tas hensyn til.»⁵⁶

Departementets løsning innebærer trolig i praksis et regnestykke med utgangspunkt i den formelle skattesatsen for inntektsskatt, hvor deretter eventuelle fradrag og tillegg trekkes fra eller legges til for å nå den effektive skattesatsen.⁵⁷ Med utgangspunkt i den nåværende skattesatsen for selskapsinntekter på 27 prosent, vil to tredjedels-terskelen etter de rent formelle skattesatsene gå ved 18 prosent.⁵⁸ Her er det imidlertid det effektive, ikke det formelle skattenivået som skal legges til grunn. For å kartlegge hvilke skatter og fradrag som skal inkluderes

⁵³ Ot.prp nr. 16 (1991-1992) s. 79.

⁵⁴ Uttrykket «skyggeligning» er hentet fra LB-2005-76733 (Cermaq-dommen).

⁵⁵ Ot.prp nr. 16 (1991-1992) s. 79.

⁵⁶ Ot.prp nr. 16 (1991-1992) s. 79.

⁵⁷ *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 599.

⁵⁸ Se tilsvarende beregning i *Bedrift, selskap og skatt* (2010) s. 409.

i vurderingen, må ytterligere tolkning av de foreliggende rettskildene til. Proposisjonen gir følgende, nokså generelle, anvisninger på hvordan beregningen av det effektive skattenivået skal foretas:

«(Det er) ikke den konkrete forskjell for et selskap i det enkelte inntektsår som er avgjørende. Det må i stedet foretas en mer generell sammenligning av forskjellen i nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og i den annen stat for denne typen selskaper. 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. Det vil tilsvarende ikke utelukke at den annen stat skal anses som lavskatteland om selskapet et enkeltstående år beskattes høyre enn denne grensen. I en del land er det gitt særregler for bestemte typer selskaper, virksomheter eller inntekter. Da må det foretas en sammenligning med de inntektsskatter som gjelder for disse typer innretninger eller inntekter i Norge.»⁵⁹

Det er naturlig å forstå presiseringen om *typer* selskaper som en henvisning til konkretiseringsnivå for hvilke inntekter som skal omfattes i regnestykket. Uttalelsen innebærer da at vurderingen skal konkretiseres ned til *typenivå* for hvert NOKUS. *Typenivå* synes også å utgjøre en slags nedre grense for konkretiseringsnivået. En slik rettsregel synes å stemme overens med anvisningen i samme utdrag om at årlige variasjoner hos det enkelte selskap ikke skal tas i betraktning i beregningen av effektivt skattenivå. Et konkret selskap vil naturlig prestere noe ulikt fra år til år, og skattebelastningen vil gjerne variere deretter. Når vurderingen skal foretas på *typenivå*, skal det sees bort fra så konkrete faktorer. Proposisjonen synes altså å forutsette en mer grovmasket vurdering. En naturlig forståelse av utdraget fra proposisjonen kan være at spesielle forhold hos det enkelte selskap som ikke kan relateres til typen selskap, virksomhet, inntekt eller lignende, ikke skal tas i betraktning.

Denne forståelsen har støtte i lagmannsrettsdommen gjengitt i Utv. 2006 s. 1151 (Cermaq).⁶⁰ Saken gjaldt selskaper innen fiskefôr og fiskeoppdrett hjemmehørende i Chile. Et av spørsmålene som skulle vurderes var hvorvidt avskrivningsregler for goodwill skulle tas i betraktning,

⁵⁹ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 79.

⁶⁰ LB-2005-76733.

ettersom den aktuelle typen selskap generelt sett opptjener goodwill, mens det aktuelle selskapet rent faktisk ikke hadde opptjent goodwill på daværende tidspunkt. For å vurdere hvorvidt goodwill-reglene skulle inkluderes i effektive skattesatser tross de konkrete forhold, tok lagmannsretten utgangspunkt i proposisjonens presisering av to tredjedelskravet, og oppsummerte med følgende tolkning:

«... vurderingen må tilpasses den aktuelle type selskap eller bransje. I dette tilfelle vil det si at sammenligningen skal skje ut fra det som må antas å være en normal situasjon for selskaper i fiskefôr-/fiskeoppdrettbransjen. Forhold som kan være av betydning for vurderingen av den effektive skattesats, men som må tilskrives individuelle, ikke bransjetilknyttede forhold, skal det i utgangspunktet ikke legges vekt på.

...

Hvorvidt Ewos rent faktisk hadde ervervet goodwill som kunne vært avskrevet i Norge, har lagmannsretten ikke holdepunkter for å vurdere, men det er uansett uten betydning fordi det (...) skal foretas en mer generell sammenligning av de berørte regimer, med begrenset vekt på individuelle forhold.»

Lagmannsretten så altså uttrykkelig bort fra konkrete, faktiske konkrete forhold ved det konkrete selskapet. I stedet tok retten utgangspunkt i en normalsituasjon for den aktuelle typen selskap, basert på økonomiske formler fra en studie gjengitt i NOU:2003:9.⁶¹ Formlene utgjør grunnlaget for en hypotetisk beregning av skattenivået i hvert land, basert på en rekke forutsetninger om et selskaps verdier, finansieringsstruktur og avkastning. Lagmannsrettens bruk av studien underbygger en slutning om at spesielle forhold av individuell karakter ved det enkelte selskap ikke skal medregnes i fastleggningen av effektivt skattenivå. Uttalelsen om at forhold som må tilskrives «individuelle, ikke bransjetilknyttede forhold» i utgangspunktet ikke skal inkluderes i beregningen, kan anses som en ytterligere presisering av hvor generell vurderingen skal foretas.

⁶¹ NOU 2003:9 s. 96 flg.

Denne presiseringen ble videre lagt til grunn av førstvoterende i den nylig avsagte Rt. 2014 s. 196 (Aban). Saken gjaldt hvorvidt Singapore var å anse som et lavskattland for et norsk-kontrollert holdingselskap, eller om aksjeinntekter fra selskapet var omfattet av fritaksmetoden jf sktl § 2-38 (3) bokstav a.⁶² En underproblemstilling gjaldt hvilke skattesatser som skulle inkluderes i fastleggingen av det effektive skattenivået som lå til grunn for sammenligningen etter to tredjedels-terskelen. Skattyter anførte at skattesatser for utbytte måtte tas i betraktning ved beregningen. På ligningstidspunktet hadde det konkrete holdingselskapet ennå ikke tatt ut noe utbytte fra datterselskapene, som ennå ikke hadde begynt å inntjene virksomhetsinntekter. At holdingselskapet rent faktisk ikke hadde hatt inntekter fra aksjeutbytte, så imidlertid Høyesterett bort fra. Førstvoterende oppsummerte forarbeidene og ligningspraksis dithen at «det skal foretas en viss tilpasning av inntektsgrunnlaget til det som er typisk for den bransje selskapet operer innenfor».⁶³ Videre sluttet førstvoterende seg til en presisering fra lagmannsrettens dom om samme saksforhold, om at «[f]orhold som er av mer konkret, individuell art og ikke er bransjetypiske, skal det i utgangspunktet ikke tas hensyn til».⁶⁴ Dommen var enstemmig.

Den konkrete *typen* selskap og bransje i Aban-dommen – holdingselskap i offshorebransjen som forvaltet underliggende riggselskaper – tilsa at selskapet hovedsakelig ville ha inntekter i form av utbytte. Førstvoterende antok at inntekter ved realisasjon av aksjer ville fremstå som en mindre typisk inntekt for denne typen selskap. Skattesatser for utbytte ble dermed lagt til grunn i beregningen av det effektive skattenivå, selv om det konkrete selskapet ikke hadde hatt denne type inntekt.

For å oppsummere kan det nevnes at både Cermaq-dommen og Aban-dommen så bort fra spesielle forhold ved det konkrete selskapet, og la til grunn en mer generell norm. Det kan nok likevel påpekes at i *uttalelsene* om hvorvidt konkrete hensyn skal varetas, er begge dommene noe forbeholdne. Det uttales at det skal legges «begrenset vekt på individuelle forhold» i Cermaq-dommen og i Aban-dommen at det «i utgangspunktet ikke» skal tas hensyn til forhold av mer konkret art. Dette kan tilsi at typenormen ikke er uten unntak. Rent *metodisk* kan

⁶² Se note 26.

⁶³ Rt. 2014 s. 196, avsnitt 51.

⁶⁴ Rt. 2014 s. 196, avsnitt 44.

det likevel se ut til at både lagmannsretten og Høyesterett gikk fram ved å først ta for seg det konkrete selskapet, og analysere hva slags type selskap dette er, innenfor hva slags bransje. Deretter konstruerte begge dommene en normalvariant, en norm, ut ifra typen selskap. Det effektive skattenivået ble så beregnet basert på denne normen, ut i fra en vurdering av hvilke inntekter og tilhørende inntektsskatteregler som ville gjelde denne normen. Fremgangsmåten begge tok i bruk, underbygger en hovedregel om at konkrete forhold ved det enkelte selskap ikke skal tas i betraktning.

En innvending mot en slik fremgangsmåte er at små forskjeller i hvordan typenormen utformes, kan gi vesentlige utslag i hvilket effektivt skattenivå en kommer fram til. Som påpekt i NOU 2003:9: «De effektive skattesatsene kan påvirkes til dels betydelig dersom forutsetningene endres.»⁶⁵ Eksempelvis vil effekten på det reelle skattenivået av gunstige avskrivningsregler variere ut i fra selskapets fortjeneste.⁶⁶ Dette er i Cermaq-dommen løst ved at en har foretatt ikke én, men flere beregninger ut fra ulike forutsetninger, og legger til grunn en sikkerhetsmargin ved vurderingen om to tredjedels-terskelen etter § 10-63 er innfridd. Dersom det ikke med «noen rimelig grad av sikkerhet»⁶⁷ kan fastslås at terskelen er innfridd, skal lavskattlandkriteriet ikke anses innfridd. Denne sikkerhetsmarginen både underbygger fremgangsmåten med å beregne effektivt skattenivå på grunnlag av en generell typenorm, og illustrerer en av utfordringene ved samme fremgangsmåte.

Basert på forarbeider og rettspraksis må det legges til grunn at vurderingen av det effektive skattenivå som utgangspunkt er relativt grovmasket. Det følger av Aban-dommen at det i utgangspunktet sees bort fra forhold som er av «mer konkret, individuell art og ikke er bransjetypiske».

Den beregningen av det effektive skattenivået som departementet foreskriver, og som er fulgt opp i rettspraksis, medfører at det effektive skattenivået ikke er en konstant enhet for alle investeringer i ett og samme land. For to selskap som er av samme type og som har virksomhet i samme type bransje, vil vurderingen kunne være lik. I praksis vil imidlertid ett og samme

⁶⁵ NOU 2003:9 s. 97.

⁶⁶ Se nærmere om dette i punkt 3.5.3.

⁶⁷ LB-2005-76733.

land kunne være lavskattland for én type selskap, og normalskattland for en annen type selskap.

Dette innebærer at et land som i liten grad har særskilte skatteregler utover de formelle skattesatsene for alminnelig inntektsskatt, vil ha et nokså konstant effektivt skattenivå, uavhengig av hva slags investering som foretas. Land som har et fast, lavt skattenivå, vil anses som lavskattland uansett investering. Motsatt vil land som har et fast, nokså høyt skattenivå, og i liten grad særregler som gir et lavere reelt skattenivå, vil tilsvarende anses som «normalskattland» uansett investering.

Mellom disse ytterpunktene finnes en rekke varianter. Det kan være land med lavt formelt skattenivå med særregler som kan føre til et høyere reelt skattenivå. Mest vanlig er nok et relativt høyt formelt skattenivå med ulike former for skatteinsentiver som kan føre til et lavere reelt skattenivå.

3.4 Skatteinsentivers betydning for det effektive skattenivå

3.4.1 Generelt om skatteinsentiv i beregningen av effektive skattesatser

Et sentralt spørsmål når det gjelder investeringer i utviklingsland, er i hvilken utstrekning skatteinsentiv trekkes inn i fastleggingen av det effektive skattenivå. Det første spørsmålet som vil behandles er hvorvidt skatteinsentiver *overhodet* kan trekkes inn i fastleggingen av effektivt skattenivå.

Begrepet skatteinsentiv er ikke nevnt verken i lovtekst eller i forarbeidene til NOKUS-reglene. Det kommer imidlertid nokså klart fram i NOKUS-reglens forarbeider at departementet har ment at skatteinsentiv skal inkluderes i regnestykket som utgjør grunnlag for sammenligningen av skattenivå etter § 10-63 når departementet som gjengitt i punkt 3.3 uttaler at:

«I en del land er det gitt særregler for bestemte typer selskaper, virksomheter eller inntekter. Da må det foretas en sammenligning med de inntektsskatter som gjelder for disse typer innretninger eller inntekter i Norge»(min understreking).⁶⁸

En naturlig språklig forståelse av begrepet «særregler» er regler som utgjør unntak fra det alminnelige skattesystemet for øvrig. Hva som utgjør en del av det alminnelige skattesystemet og hva som utgjør unntak fra det, er imidlertid lite klart. Grensen mellom «særregler» og alminnelige regler kan være nokså flytende. Det er naturlig å forstå uttalelsen som at den omfatter det som normalt karakteriserer skatteinsentiv, selv om dette begrepet ikke er benyttet.

At skatteinsentiv i form av fradrag i inntektsskatten skal inkluderes i fastleggingen av det effektive skattenivået, bekreftes for øvrig i rettspraksis, forvaltningspraksis⁶⁹ og i senere lovforarbeider. I Prop.1 LS (2011-2012) begrunnes NOKUS-reglens avgrensning mot Svalbard blant annet med at NOKUS-beskatning for investeringer på Svalbard ville «bidra til å nøytralisere tilsiktede skattemessige insitamenter på Svalbard». ⁷⁰ I Cermaq-dommen blir en norsk særregel som gir gunstige avskrivninger for fiskeoppdrettssektoren, jf sktl § 8-1, inkludert i utregningen av det norske hypotetiske skattenivået for et fiskeoppdrettsselskap i Chile. Ettersom vurderingstemaet er det samme for vertslandet, jf punkt 3.2, skal skatteinsentiv trekkes inn i fastleggingen også av vertslandets skattenivå.

Etter dette er det klart at skatteinsentiv kan trekkes inn i beregningen av det effektive skattenivå etter § 10-63.

3.4.2 Generelt om tidsperiode for beregning av effektivt skattenivå

Mange skatteinsentiv er utformet slik at de gjelder i en begrenset tidsperiode for hver bedrift. Etter at den fastsatte tiden for insentivet er utløpt, blir selskapet igjen beskattet etter de alminnelige skattereglene. Typisk vil skatteinsentiv være rettet mot oppstarts- eller vekstperioden av en investering, når investeringskostnadene som regel er høyest. Slik reduseres den totale

⁶⁸ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 79.

⁶⁹ Se OLN-2004-015 OLN gjengitt i Utv. 2008 s. 331 og OLN-2004-25 gjengitt i Utv. 2008 s. 359.

⁷⁰ Prop.1 LS (2011-2012) s. 179.

økonomiske belastningen for investor i oppstartsfasen. Lengden på skatteinsentiver varierer betydelig. Hvilken tidsperiode som skal legges til grunn for beregningen av det effektive skattenivå har derfor betydning for i hvilken grad skatteinsentiv i praksis vil påvirke det effektive skattenivå.

Som påpekt gir § 10-63 liten veiledning til beregningen av effektivt skattenivå. Heller ikke hvor lang tidsperiode som bør legges til grunn for vurderingen er omtalt i lovteksten.

I Ot.prp.nr.16 (1991-1992) heter det som tidligere sitert at:

«Ved avgjørelsen av om dette kravet [to tredjedels-terskelen] er oppfylt, er det ikke den konkrete forskjell for et selskap i det enkelte inntektsår som er avgjørende. Det må i stedet foretas en mer generell sammenligning av forskjellen i nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og i den annen stat for denne typen selskap.»

Det er naturlig å forstå presiseringen «det enkelte inntektsår» som en begrensning i konkretiseringsnivået for faktorer som går på *tid*, og at skattenivået for ett år er et for smalt vurderingsgrunnlag etter § 10-63. I praksis vil dette innebære at man må beregne det effektive skattenivået ut fra flere års skattenivå – men hvor mange år som bør legges til grunn for utregningen gir forarbeidene ingen nærmere anvisning på. Spørsmålet fremstår nokså åpent ut fra forarbeidene, utover at ett enkelt år synes å ikke være tilstrekkelig. Dersom man legger til grunn at «en mer generell sammenligning» i det siterte utdraget henviser til tidsfaktoren, kan det tolkes som at det bør legges til grunn et antall år som er tilstrekkelig til å fastslå, så langt det går, et generelt skattenivå. I forlengelsen av denne tolkningen kunne man for eksempel lagt til grunn tre til fem års skattenivå for å finne det effektive skattenivået som skal avgjøre om et land er et lavskattland. Forarbeidene gir imidlertid så mager dekning for noen tidsmessig regel at det kan synes som spørsmålet er overlatt til retts- og forvaltningspraksis.

Spørsmålet er ikke berørt i rettspraksis. I en avgjørelse fra Overligningsnemnda fra 2004 (2004-015OLN), fastslår nemnda at Kina er å anse som et lavskattland for den aktuelle bedrift på grunnlag av en regional skatteferie som kun gjaldt for to år. Det siteres fra avgjørelsen:

«Nemnda finner at det avgjørende i forhold til bestemmelsen om lavskatteland, er om inntekten det aktuelle inntektsåret vil bli beskattet med mindre enn to tredjedeler av det norske skattenivået. Om senere års inntekt vil bli beskattet med en annen sats, er det relevant ved bedømmelsen av hver av disse fremtidige inntektsår, og da hvert år med sitt reelle skattenivå for seg».

Det siterte resonnementet synes i praksis å innebære at det enkelte inntektsår *skal* være avgjørende for sammenligningsgrunnlaget etter § 10-63. Det kan synes som nemnda mener at selv ett-årige skatteinsentiv bør inkluderes i beregningen, dersom man skal ta uttalelsen på ordet. Dette er ikke uten videre enkelt å forene med presiseringen i forarbeidene gjengitt over.

I forvaltningspraksis for øvrig er det lagt til grunn at to til tre år er tilstrekkelig vurderingsgrunnlag for å finne effektivt skattenivå: En uttalelse fra Skattekontoret for storbedrifter gjengitt i fra 2000 gjaldt et selskap som planla etablering i Monaco, hvor nyetablerte selskap ble tildelt gradvis avtagende skattelettelse – fra 0 de to første årene til fullt skattenivå år seks. Først i år fem ville selskapet skattlegges mer enn to tredjedelskravet. Her uttalte skattekontoret at to til tre år var tilstrekkelig vurderingsgrunnlag, slik at Monaco ble et lavskattland i det tilfellet.⁷¹ To til tre år er også ansett som tilstrekkelig vurderingsgrunnlag etter Lignings-ABC 2013/2014.⁷²

Det kan være grunn til å sette spørsmålstegn ved hvorvidt både ett og to år er tilstrekkelig vurderingsgrunnlag, i og med at det kan synes som lovgiver i forarbeidene forutsatte en mer generell vurdering. Den nevnte forvaltningsavgjørelsen om et NOKUS i Kina og uttalelsen om etablering av NOKUS i Monaco taler begge for at en tidsperiode på to år er tilstrekkelig for å beregne det effektive skattenivå, og dermed at skatteinsentiv med varighet på to år skal inkluderes i denne beregningen. Det kan synes som skatteinsentiv med kortere varighet enn to år ikke skal trekkes inn i fastleggingen av effektivt skattenivå, men rettskildene gir etter mitt syn ikke grunnlag for å trekke noen entydig konklusjon her.

⁷¹ Se SFS-2000-622 i Utv. 2001 s. 263.

⁷² Lignings-ABC 2013/2014, kapittelet ”Utland – bosatt/hjemmehørende i Norge” punkt 8.2.1.

Tidsbegrensningen i skatteinsentiver kan for øvrig reise flere problemstillinger enn det som er omtalt hittil. I de tilfeller lavskattlandet går over til å være et normalskattland idet tidsavgrensede skatteinsentiv utgår, oppstår en rekke ulike problemstillinger med hensyn til beskatning av inntekter selskapet har innvunnet i løpet av lavskattland-perioden og som tas ut i form av utbytte eller realisasjonsgevinst når lavskattland-perioden er over, eksempelvis hvordan utbytte skal beskattes når det er tatt ut etter at lavskattland-perioden er over, mens inntektene ble inntjent i lavskattland-perioden. Dette ikke helt upraktiske problemstillinger, men denne oppgavens begrensede omfang gjør det naturlig å avgrense mot drøftelser av de ulike typetilfellene som kan oppstå tilknyttet overgangen mellom lavskattland til normalskattland og omvendt.⁷³

3.4.3 Oversikt over den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen av spørsmålet om skatteinsentivers betydning for det effektive skattenivå vil jeg gå nokså konkret til verks. For det første vil jeg ta for meg ulike *kategorier* av skatteinsentiv, og drøfte hver enkelt kategori skatteinsentiv sin betydning i fastleggingen av det effektive skattenivå. Det bør påpekes at kategoriene er bærer preg av å være typetilfeller, og at variasjonene innenfor hver enkelt kategori nærmest er uendelig.

For det andre vil jeg se nærmere på noen utfordringer knyttet til at utviklingsland ofte vil ha lite etablert skatteadministrasjon og forvaltning av skatteinsentiv. Dette er strukturelle utfordringer som kan gi utslag i form av skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag, eller skatteinsentiv tildelt på individuell basis som følge av vid skjønnsmyndighet. Hva forhold ved *tildelingen* av skatteinsentiv kan ha å si for skatteinsentivets betydning for det effektive skattenivået, vil utforskes nærmere i punkt 3.6.

⁷³ Problemstillinger tilknyttet denne overgangen er for øvrig behandlet i Hovland (2006) s.131-137 og *Norsk internasjonal skatterett* (2011) s. 651-653.

3.5 Ulike kategorier skatteinsentiv

3.5.1 Ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv

Skatteinsentiv som ikke baseres på inntekt, vil typisk være fritak for tollavgift eller merverdiavgift.⁷⁴ Dette vil for eksempel kunne gjelde varer som investorene har behov for i sin produksjon.

Spørsmålet er om denne typen ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv skal påvirke det effektive skattenivået. Som påpekt under punkt 3.2 avgrenser ordlyden i «alminnelig inntektsskatt» i § 10-63 mot skatteregler som ikke gjelder inntekter. Ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv vil derfor ikke påvirke fastleggingen av det effektive skattenivå.

3.5.2 Skatteferie

Tax holiday, her benevnt skatteferie, er en velkjent type skatteinsentiv, som i stor grad anvendes av utviklingsland.⁷⁵ Skatteferie gir kvalifiserte – som regel nye – prosjekter skattefritak for selskapets inntekter inntjent i en viss tidsperiode etter et visst startpunkt. Skatteferien kan gjelde alle selskapets inntekter, eller visse inntektstyper. Det er vanlig at tidsperioden strekker seg rundt fem til ti år, men både kortere og lengre varianter finnes.⁷⁶ På den skatteadministrative siden er skatteferie ansett som et insentiv som krever relativt få ressurser. Derfor er denne typen skatteinsentiv ansett attraktiv for eksempel av land som er i oppstartsfasen av etableringen av selskapsskattesystem.⁷⁷ Skatteferie tilgodeser i størst grad bedrifter som har høye inntekter fra oppstart av virksomheten.

Spørsmålet er så hvordan skatteferier påvirker det effektive skattenivået.

Skatteferier som gir totalt skattefritak vil senke det effektive skattenivået til 0 for de årene skattefritaket gjelder. Dersom et norsk selskap kvalifiserer til en skatteferie med komplett skattefritak for selskapsskattesatsen, slik saksforholdet var i en avgjørelse om Nepal fra Over-

⁷⁴ OECD (1995) s. 37, Tanzi og Zee (2001).

⁷⁵ UNCTAD (2000) s. 19.

⁷⁶ Viherkenttä (1991) s. 26.

⁷⁷ UNCTAD (2000) s. 20, OECD (1995) s. 33.

ligningsnemnda fra 2004,⁷⁸ vil landet typisk kvalifisere til lavskattland for det aktuelle selskapet. Der var skattesatsen opprinnelig 25 prosent, men ble senket til 0 prosent som følge av skatteinsentivet.

Forutsatt at de aller fleste skattefritak innebærer helt eller vesentlig skattefritak, kan det konkluderes med at skatteferier generelt sett kan ha stor betydning for det effektive skattenivået som ligger til grunn for forskjellskravet etter § 10-63.

3.5.3 Særlig gunstige avskrivninger

Avskrivning av selskapseiendeler innebærer å kostnadsføre eiendelene over tid, for å gi et regnskaps- og skattemessig mer korrekt resultat enn hvis eiendelen hadde blitt kostnadsført i sin helhet i innkjøpsåret. For et selskap vil det være gunstig å avskrive så mye som mulig på eiendeler så tidlig som mulig, av hensyn blant annet til inflasjon, som gjør at utsatte skatteutgifter i realiteten blir reduserte skatteutgifter. Dette gjør seg særlig gjeldende i utviklingsland, som kan ha høy inflasjon. En avskrivningsordning kan fungere som skatteinsentiv i den grad den er særlig gunstig, for eksempel ved å tillate avskrivninger for større verdi enn eiendelen har. Et annet og mye brukt skatteinsentiv er akselererte avskrivninger, det vil si raskere avskrivninger enn eiendelens levetid skulle tilsi, og dermed høyere årlige avskrivninger enn det som ville vært regnskapsmessig korrekt.⁷⁹ Akselererte avskrivninger er spesielt gunstig for bransjer som må gjøre store investeringer, og for øvrig for alle selskap som investerer i land med høy inflasjon.

Spørsmålet er så i hvilken grad særlig gunstige avskrivninger skal påvirke det effektive skattenivået.

Helt grunnleggende sett er det liten tvil om at særlig gunstige avskrivninger reduserer det reelle skattenivået. I hvilken grad det enkelte selskaps skattenivå blir redusert, avhenger imidlertid av selskapets overskudd. Jo større overskudd selskapet har, desto mindre påvirker avskrivningene det reelle skattenivået. Det reelle skattenivået øker etter hvert som lønnsomheten i selskapet stiger. Som gjort rede for i punkt 3.2 må det antas at det konkrete selskaps over-

⁷⁸ OLN-2004-25 i Utv. 2008 s. 359.

⁷⁹ Easson og Zolt (2003) s. 21, UNCTAD (2000) s. 20-21.

skudd i det enkelte år ikke skal påvirke det effektive skattenivå. Når det effektive skattenivå skal beregnes, må det derfor oppstilles en typenorm med en viss andel fortjenestemargin. Fordelen av særlig gunstige avskrivninger må således beregnes på et generelt nivå, for eksempel ut fra 10 og 20 prosent fortjenestemargin.

Dette ble utført i lagmannsrettsdommen LB-2005-76733 (Cermaq), hvor det aktuelle selskapet nøt godt av akselererte avskrivninger i form av tre års avskrivning på varer med forventet levetid over fem år. Effekten av avskrivningene var på forespørsel blitt beregnet av Finansdepartementet, som hadde lagt til grunn to ulike alternativer med henholdsvis 10 og 20 prosent fortjenestemargin. Effekten av avskrivningene isolert sett fremgikk ikke av dommen, men man kan se for seg at akselererte avskrivningsregler kan gi 1 prosent reduksjon i skattesatsen forutsatt 10 prosent fortjenestemargin, og 0,5 prosent reduksjon i skattesatsen forutsatt 20 prosent fortjenestemargin.

Dersom resultatet av beregningene viser seg å ligge nær opp til to tredjedels-tersekelen, bør det som nevnt tas hensyn til de usikkerhetsfaktorene som følger av å oppstille en slik generell norm. Som lagt til grunn i Cermaq-dommen, er det naturlig å stille krav om en viss grad av sikkerhet for å konstatere at lavskattlandkriteriet er oppfylt. I hvilken grad formålsbetraktninger kan vektlegges i denne vurderingen, vil drøftes nedenfor i punkt 3.6.4.

3.6 Tildeling av skatteinsentiv: Forvaltningsmessige forhold

Som påpekt er det i utgangspunktet skattenivået for en viss *type* selskap som skal legges til grunn for det effektive skattenivået. I det videre vil jeg utforske i hvilken utstrekning også andre egenskaper ved skatteinsentiv enn kategorier som vist over, kan avgjøre hvilken rolle skatteinsentiv har i beregningen av skattenivået for en type selskap. I teorien har det liten betydning for en investor hvorvidt skatteinsentivet de har mottatt, er tildelt investoren alene eller om investoren er en av mange som har fått insentivet, så lenge reduksjonen i skatteutgifter er den samme. Ofte vil heller ikke skillet mellom de to kategoriene være skarpt. For et norsk-kontrollert selskap vil imidlertid skillet mellom en individuell eller generell skattelettelse kunne ha betydning for om det norsk-kontrollerte selskapet blir omfattet av NOKUS-reglene eller ikke, fordi fastleggningen av effektivt skattenivå som nevnt skjer på et mer generelt *type- og bransjenivå*, ikke på individuelt nivå. I den forbindelse vil jeg gi forsøke å gi et innblikk i ulike former for *tildeling* av skatteinsentiv som typisk kan inntre ved svak skatteadministra-

sjon og uklar rollefordeling i statsapparatet. Det understrekes at typetilfellene som skisseres og anvendes her, representerer en grov forenkling av et nokså uoversiktlig terreng av administrative og forvaltningsmessige forhold ved tildeling av skatteinsentiv i utviklingsland.

Skatteinsentiv kan tildeles på ulike måter. I en del land kreves kvalifisering etter uttømmende lovbestemte vilkår, mens spørsmålet i andre land er underlagt større grad av skjønn. Skillet mellom kvalifisering og tildeling etter skjønn er heller ikke nødvendigvis klart. Svært forenklet kan man tenke seg en skala, hvor skatteinsentiv i den ene enden av skalaen gjelder automatisk for skattytere som oppfyller lovens vilkår. I motsatt ende av skalaen kan man se for seg tilfeller av skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag overhodet. Mellom disse ytterpunktene finnes en rekke varianter av tildelinger, hvorav enkelte typetilfeller vil skisseres og drøftes i det følgende. Forvaltningens grad av skjønnsmyndighet for tildeling av skatteinsentiv vil kunne være en faktor som påvirker plasseringen på den illustrerende skalaen.

3.6.1 Automatiske skatteinsentiv

Et eksempel som ligger nær den ene enden av skalaen, der skatteinsentivet automatisk gjør seg gjeldende for skattytere eller inntekter som er kvalifisert etter lovens vilkår, kan gis fra norsk skattelovgivning: Skattelovens § 8-1 (1) bokstav c og d unntar visse inntekter relatert til landbruk fra innteksdefinisjonen som følger av de alminnelige skattereglene i skatteloven kapittel 5.

Denne typen skatteinsentiv ligger trolig i kjernen av hva departementet har siktet til når det i proposisjonen angis at «særregler for bestemte typer selskaper, virksomheter eller inntekter» skal inkluderes i sammenligningen,⁸⁰ fordi typen selskap, virksomhet eller inntekter i praksis vil være avgjørende. Unntaksregler for visse typer landbruksinntekter som fremgår i lovtekst, faller ganske klart innenfor hva som må betegnes som særlige regler for en type virksomhet – landbruk. Skatteinsentiv hjemlet i lovregler som oppstiller uttømmende vilkår for skatteinsentivet, er således en type skatteinsentiv som kan inkluderes i beregningen av det effektive skattenivå.

⁸⁰ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 79.

3.6.2 Skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag

I den andre enden av skalaen ligger rent diskresjonære skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag. Et eksempel kan være tildeling som følge av forhandlinger der investorene selv tok kontakt med myndighetene angående investeringsplaner, på betingelse av visse skattelettelser.

Slike tilfeller vil typisk, i motsetning til typetilfellet nevnt i punkt 3.6.1 over, innebære at to selskap innen samme bransje, med samme type inntekter, kan beskattes vidt forskjellig.

Spørsmålet er her om skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag kan trekkes inn i fastleggingen av effektivt skattenivå, og dermed inngå i sammenligningsgrunnlaget etter to tredjedelskravet i § 10-63. Skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag er ikke uttrykkelig berørt i verken lovtekst, forarbeider eller rettspraksis. Heller ikke synes det å ha blitt problematisert i offentlig tilgjengelig forvaltningspraksis.

I NOKUS-reglens forarbeider er det forutsatt at det skal tas hensyn til «særregler». Begrepet kan tilsi at det stilles krav om at skatteinsentivet må ha rettslig grunnlag. I samme retning kan ordvalget i lovteksten synes å peke. Lovteksten forutsetter som nevnt at det er «alminnelig inntektsskatt» som skal vurderes. Det kan igjen være naturlig å forstå dette som at det er skatter og fradrag innenfor det alminnelige skattesystemet som skal omfattes. Overført til spørsmålet om skatteinsentiv som er tildelt uten rettslig grunnlag, kan det nok argumenteres for at slike skatteinsentiv ikke utgjør en del av alminnelig inntektsskatt.

Samtidig vil skatteinsentivene *ha virkning* innenfor det alminnelige skattesystemet, idet insentivet rent faktisk vil redusere skattebelastningen til et selskap. Dette kan tilsi at skatteinsentiv uten rettslig grunnlag skal trekkes inn i fastleggingen av effektivt skattenivå. I samme retning kan det argumenteres for en vid fortolkning av begrepet «særregler», tatt i betraktning at NOKUS-reglene er tiltenkt anvendt på et vidt spekter av skattesystemer. Slik sett bør det effektive skattenivå ta høyde for at skatteregler ikke nødvendigvis har rettslig grunnlag.

Samlet sett synes rettskildene ikke å oppstille noe entydig krav om at skatteinsentiv må ha rettslig grunnlag for å kunne trekkes inn i fastleggingen av effektivt skattenivå etter § 10-63.

Imidlertid vil det være et typisk trekk ved skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag, at de er tildelt på individuell basis – det vil si ikke ut i fra et kriterium som bransje, inntektstype eller lignende. Spørsmålet om et konkret skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag skal påvirke det effektive skattenivå vil derfor trolig helst komme på spissen i egenskap av å være av individuell art. Denne problemstillingen vil drøftes i neste punkt.

Et annet aspekt ved skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag, er at det kan være vanskelig for norske skattemyndigheter å få kunnskap om tildelingen. Som tidligere forutsatt vil denne problemstillingen ikke behandles i denne fremstillingen.

3.6.3 Vid skjønnsmargin ved tildeling av skatteinsentiv

Spørsmålet er her hva skatteinsentiv tildelt med vid skjønnsmargin kan bety for fastleggelsen av effektivt skattenivå. For mellom de to ytterpunktene for tildeling; uttømmende vilkår i lovgivningen som automatisk gir skatteinsentiv, og skatteinsentiv tildelt uten rettslig grunnlag, finnes et bredt spekter av varianter for tildeling, med større eller mindre grad av skjønn. I det følgende vil jeg skissere enkelte trekk ved tildelinger som gjøres etter skjønn, før jeg problematiserer hvorvidt disse bør påvirke det alminnelige skattenivået. Det er all grunn til å ta forbehold for at virkeligheten er mer variert enn det som vil beskrives i det følgende. Det er imidlertid en generell tendens til at utviklingsland i større grad enn andre land gir stort rom for skjønn til den beslutningstakende myndighet for skatteinsentiv.⁸¹ Dette gjør problemstillingen med vid forvaltningsmessig skjønnsmyndighet spesielt aktuell for vår problemstilling om utviklingslands skatteinsentiv.

Utgangspunktet er at selv der skatteinsentivet er hjemlet i lov, kan det gi vid skjønnsmargin til det aktuelle forvaltningsorgan, fordi en lovhjemmel kan gi større eller mindre rom for skjønn. Skjønnsmyndigheten kan ligge i selve rettsanvendelsesprosessen, altså innenfor tolkningsrommet til ett eller flere lovbestemte kriterier. Men like ofte ligger skjønnsmyndigheten i graden av fleksibilitet i de administrative prosedyrene for tildeling.⁸² For eksempel kan et organ være tildelt grader av skjønnsmyndighet for utdeling av skatteinsentiv, både når det gjelder hvor store skattelettelser som kan gis, og når det gjelder hvem som kan tildeles insentivet.

⁸¹ Viherkettä (1991) s. 20.

⁸² Lent (1967) s. 282.

Et eksempel på tildeling som anses relativt vanlig, er at vertslandets myndigheter går i direkte forhandlinger med utenlandske investorer, og at skatteinsentiv inngår som en del av en større investeringsavtale.⁸³ Slik skreddersøm av skatteinsentiv gjennom forhandlinger med investorer forutsetter at beslutningstakere har et visst skjønnsmessig spillerom. Gruvedrift er en type virksomhet hvis investorer har blitt tildelt skatteinsentiv på denne måten.⁸⁴

Et konkret eksempel på en nokså vid skjønnsmargin for tildeling av skatteinsentiv finner vi for eksempel i Singapores lovgivning om pionér-industri. Systemet går ut på at man må søke om å få status som pionér-virksomhet. En innvilget søknad innebærer skatteferie på inntil 15 år.⁸⁵ Kriteriene går ut på at næringsministeren kan innvilge status som pionér hvis det er i det allmennhetens interesse, hvis den aktuelle virksomheten ikke allerede finner sted i tilstrekkelig skala i Singapore, og hvis ministeren mener virksomheten har lyse utsikter.⁸⁶ Alle vilkår gir nokså vid skjønnsmargin, og spenner på tvers av bransjer.

Spørsmålet er så hvorvidt den vide skjønnsmarginen kan tenkes å ha betydning for hvorvidt skatteinsentivet påvirker det effektive skattenivået.

Utgangspunktet for drøftelsen er rettsregelen utledet av forarbeider og rettspraksis som fremstilt i punkt 3.3. Rettsregelen gir anvisning på en nokså grovkornet vurdering, hvor forhold som er av «mer konkret, individuell art og ikke er bransjetypiske, ... i utgangspunktet ikke [skal] tas hensyn til».⁸⁷ Overført til spørsmålet om vid skjønnsmargin, kan det spørres om skatteinsentiv tildelt med vid skjønnsmargin er bransjetypiske, eller om de er av mer individuell art. Svaret er nok at de kan være begge deler. Det ligger nettopp i begrepet skjønnsmargin at de kan tildeles mer eller mindre diskresjonært: Til alle, noen eller én i en bransje, eller til alle i en bransje, men med ulik størrelse på skattelettelsene. Noe generelt svar på hvorvidt tildeling med vid skjønnsmargin kan påvirke det effektive skattenivå, synes det derfor ikke

⁸³ Lang et al (2004) s. 229.

⁸⁴ Lang et al (2004) s. 229.

⁸⁵ Economic Expansion Incentives (Relief from Income Tax) Act, kapittel 86 § 6.

⁸⁶ Economic Expansion Incentives (Relief from Income Tax) Act, kapittel 86 § 4.

⁸⁷ Rt. 2014 s. 196, avsnitt 44.

fornuftig å gi. Det kan likevel skisseres noen utgangspunkter for den konkrete vurderingen som må foretas i hvert tilfelle.

I den grad det er typisk innen en bransje å oppnå skatteinsentiver gjennom slike forhandlinger, kan det argumenteres for at skatteinsentivene bør påvirke det effektive skattenivået. Som nevnt er det ansett typisk innen for eksempel gruvedriftsvirksomhet å inngå avtaler om skatteinsentiv i separate avtaler med myndighetene. En kompliserende faktor vil være at det er vanskelig å beregne hva et typisk gruveselskap vil ha som effektiv skattesats når hver enkelt gruvedrift har fastsatt sine skattelettelser i separate avtaler. Dersom bransjetypiske skatteinsentiv tildelt gjennom individuelle forhandlinger skal inkluderes i det effektive skattenivå, kan også en annen problemstilling oppstå: Hvis det konkrete selskap *ikke* har klart å framforhandle slike skatteinsentiv, i motsetning til resten av bransjen, skal da det bransjetypiske skatteinsentivet påvirke skattenivået til ugunst for skattyter? En konsekvent praktisering av bransjenormen anvendt i Aban-dommen og Cermaq-dommen kan tilsi det.

Der et selskap klassifiseres innen en bred kategori som innebærer skattelettelse, slik som eksempelet med pionér-virksomhet fra Singapore, er det kanskje mest nærliggende å anse skattelettelsen som en egenskap ved *typen* selskap. Riktignok har kategorien pionér-virksomhet et ganske uklart omriss, og det må foretas en konkret vurdering av hvert enkelt selskap som søker. Trolig kan selskap fra vidt forskjellige sektorer være kvalifiserte. Men en skattelettelse etter denne ordningen innebærer ikke bare et individuelt forhold ved et konkret selskap, men et forhold som angår en nokså omfangsrik kategori av virksomheter, innenfor næringer i en slags oppstartsfase. Betegnelsen «konkret, individuell art» synes dermed å treffe mindre godt i dette tilfellet. Derfor *kan* det argumenteres for at denne typen skattelettelse bør påvirke det effektive skattenivået. Her synes imidlertid løsningen å være ganske åpen.

I den grad skatteinsentiv er av «mer konkret, individuell art», slik Aban-dommen gir anvisning på, vil det kanskje være mer naturlig å se bort fra insentivet ved fastleggingen av effektivt skattenivå. For å eksemplifisere kan en se for seg at det eneste kriteriet for å tildele skatteinsentiv for eksempel var at virksomheten var «i allmennhetens interesse». Da fremstår vurderingen bak tildelingen høyst konkret og vanskeligere å knytte opp mot generelle trekk ved en virksomhet. Kanskje kan det argumenteres med at jo videre skjønnsmarginen er, desto mindre fremstår skatteinsentivet som et utslag av en regel for «bestemte typer selskap, virksomhet og

inntekter», slik proposisjonen omtaler skatteinsentiv.⁸⁸ Vid skjønnsmargin kan i seg selv tilsi at skatteinsentivet ikke er ment for «bestemte typer» virksomhet. I praksis vil vid skjønnsmargin kanskje medføre at skatteinsentiv nettopp ikke tildeles konsekvent til en viss type virksomhet eller inntekt, men kan variere etter andre typer egenskaper ved virksomheten. En kan se for seg at det ville bli tillagt vekt at investeringen bidro på en særlig måte til lokalsamfunnet, gjennom for eksempel å tilby særlige velferdsgoder for sine ansattes familier. Et slikt eksempel på tildeling av skatteinsentiv gir inntrykk av at skatteinsentivet ikke er ment for bestemte typer selskap, virksomhet eller inntekter. Et skatteinsentiv som er tildelt helt uten noen forbindelse til typen selskap, bransje eller inntekt, kan vanskelig hensyntas i den typenormen som skal oppstilles. Som påpekt i punkt 20 tar uttalelsene i både Aban-dommen og Cermaq-dommen et lite forbehold. Forhold av mer individuell art skal «i utgangspunktet» ikke inkluderes, jf Aban-dommen.⁸⁹ Hva som kan tilsi at individuelle forhold slik unntaksvis kan ilegges vekt, presiseres imidlertid ikke. En hovedregel om at individuelle forhold ikke skal trekkes inn i fastleggingen av det effektive skattenivå, synes likevel å kunne oppstilles.

I tilfeller hvor det er tvil om et skatteinsentiv skal inkluderes eller ikke i fastleggingen av det effektive skattenivå, kan det reises spørsmål om formålsbetraktninger kan vektlegges. I den nevnte Cermaq-dommen uttales det at det aktuelle NOKUSets investering ligger «i periferien av NOKUS-reglens egentlige formål, noe som bør få betydning for det skjønn som utøves ved vurderingen av om de skal anvendes». Dette taler for at formålsbetraktninger bør kunne tillegges vekt i tvilstilfeller. Spørsmålet er i så fall i hvilken retning formålsbetraktninger kan tale med hensyn til om skatteinsentivet skal tas i betraktning i fastleggingen av effektivt skattenivå eller ikke.

3.6.4 Formålsbetraktninger

Hovedformålet bak NOKUS-reglene er som nevnt å unngå eller motvirke «skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer» i lavskattland.⁹⁰ Spørsmålet er hva som kan utledes av dette formålet av betydning for hvorvidt utviklingslands skatteinsentiv bør tas i betraktning i lavskattlandvurderingen. Begrepet «skattemotivert» gir liten veiledning til hvor stor grad av

⁸⁸ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 79.

⁸⁹ Rt. 2014 s. 196, avsnitt 44.

⁹⁰ Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 75.

skattemotivasjon som må ligge bak investeringen – om dette formålet er grunnlaget for at investeringen foretas overhodet, eller om det holder for eksempel at skattemotivasjon var avgjørende for valget mellom to potensielle vertsland. Det er likevel naturlig å anta at NOKUS-reglens kjerneområde etter sitt formål omfatter de investeringene som er motivert utelukkende av å kunne oppnå en lavere skattebelastning. I forlengelsen av dette synspunktet kan det anføres at formålet om å unngå skattemotiverte disposisjoner tilsier at investeringer som ikke bare er skattemessig motivert, ligger utenfor kjerneområdet av tilfeller NOKUS-reglene er ment å treffe.

Spørsmålet er så hvilke investeringer som vil ligge utenfor kjernen av NOKUS-reglens formål, slik at formålsbetraktninger kan tilsi at skatteinsentiver tildelt disse investeringene ikke bør tas i betraktning i fastleggningen av effektivt skattenivå. Trolig vil dette være investeringer hvor også andre spørsmål enn skattemessige spørsmål har betydning, typisk investeringer som avhenger av naturressurser, infrastruktur, kompetent arbeidskraft eller lignende. Dette kjenner tegner aktive investeringer, typisk av industriell karakter. Selskapet i Cermaq-dommen som ble antatt å ligge i periferien av NOKUS-reglens egentlige formål, ble antatt å være «motivert ut fra de naturgitte driftsforutsetninger».⁹¹ Den sikkerhetsmarginen⁹² som Cermaq-dommen oppstiller for anvendelsen av NOKUS-reglene «må særlig gjelde når reglene vurderes anvendt i forhold til norske selskapers industrielle, konkurranseutsatte, satsning i utlandet»⁹³.

Cermaq-dommen underbygger således en antakelse om at aktive investeringer ligger i periferien av NOKUS-reglens formål, og at dette må tillegges noe vekt ved vurderingen av om NOKUS-beskatning skal inntre. Aktive investeringer er nettopp den type investeringer som tilbys skatteinsentiver i størst grad. Dermed synes det nokså klart at formålsbetraktninger vil kunne tillegges vekt i vurderingen av hvorvidt skatteinsentiv skal tas i betraktning ved fastleggningen av det effektive skattenivået. Videre er det naturlig å anta at formålsbetraktningene som hovedregel vil tale i retning av at skatteinsentiv tildelt i tilknytning til aktive investeringer ikke skal tas i betraktning ved fastleggelsen av effektivt skattenivå.

⁹¹ LB-2005-76733.

⁹² Se punkt 3.3.

⁹³ LB-2005-76733.

3.7 NOKUS-reglernes anvendelse på investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland: Noen konklusjoner

I dette kapittelet har jeg tatt sikte på å kartlegge rekkevidden av NOKUS-reglene overfor norske investeringer tildelt skatteinsentiv i utviklingsland. Mer presist har jeg sett på i hvilken grad skatteinsentiver skal inkluderes i fastleggingen av det effektive skattenivå, som utgjør grunnlaget for to tredjedels-terskelen i lavskattland-kriteriet. I det følgende vil jeg forsøke å oppsummere hvilke konklusjoner rettskildene presentert over gir grunnlag for.

Enkelte konklusjoner kan fastslås nokså klart: I vurderingen av hvorvidt et land er et lavskattland eller ikke, skal nok skatteinsentiv som hovedregel tas i betraktning. Avhengig av skatteinsentivets art og omfang, kan skatteinsentiv ha avgjørende effekt for hvorvidt et land er å anse som et lavskattland eller ikke. Det er også et faktum at NOKUS-reglene ikke gir grunnlag for å unnta skatteinsentiv fra denne vurderingen i egenskap av å gjelde investeringer i utviklingsland, i motsetning til industrialiserte land.

De fleste kategorier skatteinsentiv kan påvirke det effektive skattenivået. Et unntak er at skatteinsentiv som ikke er inntektsbaserte, slik som fritak for merverdiavgift, vil kunne ha vesentlig innvirkning på det reelle skattenivået – men altså ikke på det effektive skattenivået slik det skal fastlegges etter § 10-63.

Andre spørsmål synes mer åpne etter gjeldende rett: Lovtekst, forarbeider og retts- og forvaltningspraksis synes å gi begrenset veiledning til vurderingen av hvorvidt skatteinsentiv tildelt enkeltvis og/eller uten rettslig grunnlag skal påvirke beregningen av effektivt skattenivå som ligger til grunn for lavskattlandkriteriet. Skatteinsentiv som ikke ser ut til å ha noen tilknytning til inntektstypen, bransjen eller virksomheten som sådan, og slik er av individuell art, kan se ut til å være unntatt fra beregningen av det effektive skattenivå, og slik gå «under radaren» for lavskattlandkriteriet etter § 10-63. Fremgangsmåten som er anvendt i både Høyesterett og lagmannsretten kan forstås som at forhold av individuell art er unntatt fra fastleggingen av effektivt skattenivå. At en slik unntaksregel likevel ikke nødvendigvis vil gjelde i alle tilfeller, synes å være forutsatt i uttalelsen fra Høyesterett i Aban-dommen sitert over i punkt 3.6.4.

4 Bør NOKUS-reglene anvendes på investeringer i utviklingsland som tilbyr skatteinsentiv?

4.1 Oversikt over de videre vurderinger

Hittil i fremstillingen har jeg søkt å klarlegge rettstilstanden når det gjelder anvendelsen av NOKUS-reglene på norske investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland. I den videre fremstillingen vil jeg se nærmere på enkelte mer prinsipielle argumenter knyttet til hvorvidt investeringer i utviklingsland bør gi grunnlag for NOKUS-beskatning, og i så fall på hvilke betingelser. Vurderingene i dette og neste kapittel drøfter altså i et de lege ferenda-perspektiv, mens fremstillingen i kapittel 2 og 3 søkte å kartlegge rettstilstanden de lege lata i den grad rettskildene ga grunnlag for entydige konklusjoner.

I dette kapittelet tar jeg sikte på å vurdere hvorvidt utligningseffekten overfor skatteinsentiv i utviklingsland prinsipielt sett gir rimelige utslag. NOKUS-reglene har både skatte- og næringsmessige virkninger. Derfor vil drøftelsen ikke begrense seg til proveny hensyn, men utforske enkelte andre interesser som berøres av NOKUS-beskatning av norske investeringer i utviklingsland.

I kapittel 5 vil jeg vurdere hvorvidt insentiv av individuell art og ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv prinsipielt sett bør kunne avgrenses fra fastleggingen av det effektive skattenivået etter § 10-63. Disse vurderingene tar utgangspunkt i fremstillingen i punkt 3.5 og 3.6 av gjeldende rett.

Formålet med vurderingene som følger er ikke nødvendigvis å konkludere, men å belyse enkelte litt mer overordnede sider ved spørsmålet om norsk utligning av skatteinsentiver i utviklingsland enn det kan være rom for i en drøftelse de lege lata.

4.2 Utligningseffektens preventive effekt på investeringer

NOKUS-reglenes utligningseffekt gjør gjerne investeringer i lavskattland vesentlig dyrere enn de ville vært uten NOKUS-beskatning. Kostnadsøkningen som følger av NOKUS-beskatning kan føre til at en investering som ellers ville blitt foretatt, skrinlegges eller flyttes til et land med et skattenivå som er høyt nok til å unngå lavskattland-kategorien etter § 10-63. Denne

preventive effekten av NOKUS-beskatning ble som nevnt i punkt 2.1 ansett å være den i praksis viktigste effekten av NOKUS-reglene i forarbeidene.⁹⁴ Det ble antatt at norsk skatteproveny først og fremst ville påvirkes ved at investeringer likevel ikke ville foretas i lavskattland og norsk skatteproveny dermed ikke ville uthules, og at man i mindre grad ville se at investeringer faktisk ble gjennomført i lavskattland. Den preventive effekten er altså antatt å gi utslag i færre investeringer enn hva som ellers ville blitt foretatt. Spørsmålet er her om en slik antatt reduksjon i antall investeringer i utviklingsland er et ønskelig resultat av NOKUS-reglenes utligningseffekt når det gjelder investeringer i utviklingsland.

Å fremme utenlandske investeringer i utviklingsland er generelt ansett som et gode. I *Monterrey-konsensusen om finansiering av utvikling* stilte FNs medlemsland seg bak en uttalelse om at FDI bidrar til langsiktig og bærekraftig økonomisk utvikling, og er sentralt for økt sysselsetting, overføring av kunnskap og teknologi, øke produktiviteten og for å utrydde fattigdom. Derfor er det viktig å fasilitere investeringer som bidrar til nasjonal utvikling i utviklingsland, ble det uttalt.⁹⁵

Gitt at det kan antas å være bred oppslutning om målsetningen om å fremme utenlandske investeringer i utviklingsland, er det naturlig å konkludere med at en reduksjon i antall investeringer i utviklingsland som følge av NOKUS-reglenes utligningseffekt isolert sett er en uheldig side av anvendelsen av disse reglene.

4.3 Provenymessig effekt

For å vurdere hvorvidt NOKUS-reglenes utligningseffekt synes å gi urimelige utslag, er det også naturlig å ta for seg de ulike utslagene NOKUS-beskatningen har med hensyn til henholdsvis det norske og det aktuelle vertslands skatteproveny.

Som nevnt er den provenymessige effekten av NOKUS-reglene for Norges del først og fremst antatt å være preventiv, i form av at investeringer som ellers ville uthullet norsk skatteproveny, ikke gjennomføres. Fraværet av lavskattlandsinvesteringers negative effekt gir dermed en positiv effekt for det norske skatteprovenyet. I den grad investeringer likevel gjennomføres,

⁹⁴ Ot.prp.nr.16(1991-1992) s. 89.

⁹⁵ FN (2003) s. 9.

vil effekten også være positiv for norsk skatteproveny, som da vil kunne innkassere «mellomlegget» mellom norsk skattenivå og skatten betalt i lavskattlandet, jf reglene om skattekreditt.⁹⁶

For det aktuelle *utviklingslandet* vil den provenymessige effekten av NOKUS-beskatning kunne være negativ både dersom investeringen gjennomføres og dersom den skrinlegges. En investering som ikke gjennomføres på grunn av NOKUS-beskatning, vil kunne innebære provenymessig tap for utviklingslandet i den grad NOKUS-et ikke er fullstendig fritatt for all beskatning. Dersom utviklingslandets skatteinsentiv er tidsbegrenset, vil utviklingslandet kunne gå glipp av framtidig skatteinntekter som følge av NOKUS-beskatning. Dersom investeringen gjennomføres tross NOKUS-beskatning, kan det argumenteres med at skatteinntekter «overføres» fra utviklingslandet til Norge. En slik betraktning bygger riktignok på en hypotese om at skatteinsentivet ikke var blitt tildelt i utgangspunktet.

Oppsummeringsvis kan altså den provenymessige effekten av NOKUS-reglens anvendelse på investeringer tildelt skatteinsentiv i utviklingsland antas å være positiv for norsk skatteproveny, og negativ for skatteprovenyet i det aktuelle utviklingsland.

4.4 Utligningseffekten som dis-insentiv til å tilby skattelettelser

Spørsmålet er her om det at NOKUS-beskatning reduserer utviklingslands motivasjon for å tilby skatteinsentiv for å tiltrekke seg norske investorer, gir rimelige utslag. I den grad NOKUS-reglene har noen faktisk påvirkning på utviklingslands økonomiske politikk, vil effekten av NOKUS-reglene gå i retning av at utviklingsland deler ut færre skatteinsentiv. Hvorvidt det er positivt at utviklingsland deler ut færre skatteinsentiv, beror på om skatteinsentiv som næringspolitisk virkemiddel gir større positive enn negative effekter for utviklingslandet. Dette er ikke bare et rent økonomisk spørsmål, men også et spørsmål om hvilke effekter skatteinsentiv har i utviklingsland med svak skatteadministrasjon og overfor andre utviklingsland. Disse er sentrale spørsmål innen økonomisk og juridisk faglitteratur som behafter seg med utviklingsland og skatteinsentiv. Spørsmålet er sammensatt, og det er vanskelig å trekke sikre

⁹⁶ Se punkt 2.4.2.3.

konklusjoner. En inngående gjengivelse av debatten ligger på siden av denne oppgavens tema, men enkelte utgangspunkt og synspunkt i debatten gjengis.

For investorer vil det sjelden bare være én faktor som avgjør hvor investeringen plasseres. Et utgangspunkt det tradisjonelt har vært nokså stor enighet om, er at skatteinsentiv som regel er underordnet andre, mer grunnleggende faktorer som tilgang til et tilstrekkelig stort marked, til råvarer og til kompetent arbeidskraft.⁹⁷ Hvilke faktorer som er mer grunnleggende enn skatte-regningen, vil variere ut i fra investeringens karakter. UNCTAD beskriver beslutningsprosessen som en to-leddet prosess, hvor mer grunnleggende faktorer vurderes i første omgang, og bare landene som har disse kvalifikasjonene vil vurderes i neste omgang, hvor skatteinsentiv kan ha betydning.⁹⁸ Flere studier viser at et lands investeringsklima for øvrig – altså summen av faktorer for øvrig – påvirker hvor avgjørende skatteinsentiv er. Forskere har også konkludert med at investorer responderer i større grad på skatteinsentiv i industrialiserte land enn i utviklingsland.

Easson og Zolt (2002) mener imidlertid at skatteinsentiv kan ha fått større betydning de siste årene, blant annet grunnet reduksjon av handelsbarrierer, mer mobil kapital og et mer internasjonalt næringsliv.⁹⁹ De mener også å oppfatte en holdningsendring blant rådgivere i internasjonale skattepolitiske aktører som IMF og Verdensbanken, fra å fraråde skatteinsentiv til å forsøke å bidra til bedre utforming og bruk av skatteinsentiv.¹⁰⁰ At OECD i 2013 publiserte et policy-dokument med ti *draft principles* for mer åpenhet og bedre styring og forvaltning av skatteinsentiv for investeringer i utviklingsland, kan tolkes i lys av denne observasjonen.¹⁰¹

Den sikreste konklusjonen ut fra spørsmålet om hvorvidt skatteinsentiv gir større tap enn gevinst for utviklingsland, ser ut fra økonomisk teori ut til å være at det ikke kan *utelukkes* at skatteinsentiv gir større inntekter enn kostnader. I den grad to land oppfyller en investors kvalifikasjoner i like stor grad, vil skatteinsentiv kunne avgjøre hvilket land som blir valgt. Dette er en av faktorene bak skattekonkurranse mellom land. Som fenomen innebærer skattekonkur-

⁹⁷ UNCTAD (2000) s. 11, OECD (1995) s. 21.

⁹⁸ UNCTAD (2000) s. 11.

⁹⁹ Easson og Zolt (2002) s. 3-4.

¹⁰⁰ Easson og Zolt (2002) s. 7.

¹⁰¹ OECD (2013).

ranse at land underbyr hverandre med gunstige skatteinsentiv i forsøk på å tiltrekke seg utenlandske investorer.¹⁰² Dette kan være negativt i den grad landene går lengre i å tilby skattelettelser enn hva som kan anses nødvendig for investorenes motivasjon for å investere.

Norske myndigheter har nylig gitt uttrykk for at det er positivt at NOKUS-beskatning gir et dis-insentiv til å tilby skatteinsentiv. Stortingsrepresentant Christian Tybring-Gjedde stilte i 2012 et spørsmål til daværende finansminister Sigbjørn Johnsen, på bakgrunn av situasjonen for det norske selskapet Scancems investering i en sementfabrikk i Togo, som nevnt i punkt 1.2. Spørsmålet lød:

«NOKUS-reglene er til hinder for at norske bedrifter investerer i utviklingsland. Vil finansministeren ta sikte på å endre regelverket slik at ikke norske skatteregler hindrer vekst og velstand i slike land?»

I sitt svar argumenterte Johnsen for at NOKUS-regelverket bør beholdes i sin nåværende form, fordi utviklingslandenes skatteinsentiv gjør at landene mister deler av egne skattefundament. Finansministeren svarte:

«Vi bør ikke medvirke til at landene blir utsatt for et press fra investorer i industriland til å lage skatteincentiv-ordninger, hvoretter de bakenforliggende investorene sikrer seg retten til hele overskuddet gjennom fritak for beskatning i utviklingslandet. Denne form for skattekonkurranses er i seg selv svært betenkelig, men har også flere problematiske sider innen øvrige deler av skattesystemene. Blant annet vanskeliggjøres skattekontrollen, og det legges til rette for unndragelse av skatt av inntekt som ikke omfattes av 'tax holidays'.»¹⁰³

Finansministeren gir her uttrykk for flere faktorer som kan tale for at norske investorer ikke bør kunne nyte godt av skatteinsentiv tildelt i utviklingsland. Utover rent økonomiske faktorer som hvor mye en investering kan innebære av goder for vertslandet, gir skatteinsentiv også opphav til mer strukturelle problemstillinger, som omgåelse av betingelsene for skatteinsen-

¹⁰² Brauner (2013) s. 46.

¹⁰³ Finansdepartementet (2012).

tiv¹⁰⁴ og større skatteadministrative utfordringer som følge av de mange unntak skatteincentivene innebærer fra de alminnelige skattereglene.¹⁰⁵ I tillegg er bruk av skatteincentiv sårbart for korrupsjon og annet myndighetsmisbruk.¹⁰⁶

Selv om økonomisk teori ikke nødvendigvis peker i retning av at skatteincentiv direkte gir større tap enn gevinst for det enkelte utviklingsland, er det således andre og mer strukturelle faktorer som kan tilsi at et dis-incentiv for utviklingsland til å tilby skatteincentiv er et godt resultat av NOKUS-reglene. Prinsipielt sett kan det helt klart problematiseres at utenlandske investorer skal nyte godt av næringspolitiske tiltak som medfører en strukturell belastning på utviklingslands skatteadministrasjon. En innvending mot dette er at det kan stilles spørsmål ved hvorvidt dis-incentivet som følger av de norske NOKUS-reglene *reelt sett* fører til at utviklingsland deler ut færre skatteincentiv. En reell effekt forutsetter at norske investorer har en posisjon som er så vesentlig at de kunne fått utbytte av denne i en forhandlingssituasjon. En nærmere vurdering av i hvilken grad norske investorer kunne hatt slik påvirkning, ligger utenfor oppgavens tema.

4.5 Reversering av andre suverene staters skattebeslutninger

De analysene som er foretatt hittil gjør det naturlig å konkludere med at NOKUS-reglenes reverserende effekt på andre lands skattepolitiske virkemidler har enkelte aspekter som reiser prinsipielle problemstillinger og kan oppfattes som problematiske.

I den følgende drøftelsen er spørsmålet hvorvidt utligningen av utviklingslands skatteincentiv som følger av § 10-63 gir et prinsipielt sett rimelig resultat, tatt i betraktning at NOKUS-beskatning reverserer effekten av andre lands innenrikspolitiske tiltak.

Utgangspunktet er at skattepolitikk og retten til å ilegge skatt er en av de mest sentrale statsrettslige virkemidlene en nasjonalstat kan utøve overfor sin befolkning.¹⁰⁷ Det er et grunnleggende skatterettslig prinsipp at en stat kan skatlegge inntekter innvunnet av egen befolkning

¹⁰⁴ For en gjennomgang av ulike former for omgåelse av skatteincentiver, se Easson og Zolt (2003) s. 31-34

¹⁰⁵ Easson og Zolt (2003) s. 12.

¹⁰⁶ Brauner (2013) s. 28, Easson og Zolt (2003) s. 34, Hearson (2014) s. 28.

¹⁰⁷ Walby (2004) s. 179.

både på eget territorium og i utlandet. Dette betegnes gjerne som globalskatteprinsippet. Prinsippet rekkevidde er imidlertid begrenset til egne borgere, og gir ikke grunnlag for beskatning av utenlandsk inntekt opptjent av utenlandske skattytere. NOKUS-beskatning kan neppe sies å bryte direkte med dette prinsippet, idet det er de norske eierne og ikke det utenlandske selskapet som er skattesubjekt etter NOKUS-reglene. Prinsippet illustrerer likevel at det kan være grunn til å utvise forsiktighet med beskatning av norske skattytere som direkte påvirker utenlandske skattytere i utlandet.

For svært mange utviklingsland er skatteinsentiv for utenlandske investorer en helt sentral del av den økonomiske politikken.¹⁰⁸ I den grad man anser det som en del av suverene staters rett å føre en egen økonomisk politikk innenfor sitt territorium, kan det argumenteres for at en utligning eller reversering av utviklingslands skatteinsentiv er i strid med en sentral del av denne rettigheten tilhørende hvert utviklingsland.¹⁰⁹ Sett fra en annen synsvinkel kan det å *unngå* å utligne skatteinsentiv som norske investorer nyter godt av gjennom sine investeringer i andre land, sees som et uttrykk for respekt for vertslandets territorielle suverenitet.¹¹⁰

Graden av inngripen i andre lands skatteinsentiv avhenger som nevnt i punkt 2.5.2 av om det aktuelle vertsland har inngått dobbelbeskatningsavtale med Norge. Der NOKUS-reglenes inngripen går lengst er overfor land Norge ikke har skatteavtale med, som følge av at inntekter av både passiv og aktiv karakter kan gi NOKUS-beskatning i disse landene. NOKUS-beskatning «rammer hardere» de land Norge ikke har skatteavtale med. Slik sett kunne det argumenteres med at utviklingsland som ønsker å tilby skatteinsentiv til norske aktive investeringer, kan unngå reversering av skatteinsentivene ved å inngå skatteavtale med Norge. I den grad manglende skatteavtale med Norge er et uttrykk for manglende samarbeidsvilje, kan det anføres at det aktuelle land i større grad frivillig har «akseptert» NOKUS-beskatningens utligningseffekt. Det samme er ikke nødvendigvis tilfelle for land som kan sies å ha manglende samarbeidsevne som følge av ressursmangel i myndighetsapparatet. I og med at kun 10 av verdens 47 minst utviklede land har inngått dobbelbeskatningsavtale med Norge,¹¹¹ er det

¹⁰⁸ Viherkettä (1991) s. 43.

¹⁰⁹ Viherkettä (1991) s. 43.

¹¹⁰ Se beslektet synspunkt i Schoueri (2013) s. 123-124.

¹¹¹ Se fotnote 45.

grunn til å tro at det kan finnes eksempler på den siste sorten blant de resterende 36 landene. I forlengelsen av dette resonnementet kan det synes noe umusikalsk at NOKUS-reglene kan reversere effekten av sentrale næringspolitiske tiltak i land som har så stor ressursmangel at de har et svakt skatteavtale-nettverk med andre land, mens man lar NOKUS-reglene ha langt mindre inngripende effekt i ressurssterke land Norge har skatteavtale med. Satt i sammenheng med suverenitetsbetraktningene som skissert ovenfor, kan det problematiseres hvorvidt NOKUS-reglene i større grad enn overfor ressurssterke land krenker utviklingslandenes rett til å praktisere egen økonomisk politikk innenfor eget territorium.

4.6 Samlet vurdering av om NOKUS-reglene bør anvendes på investeringer i utviklingsland som tilbyr skatteinsentiv

I det ovenstående har jeg analysert og vurdert enkelte utslag tilknyttet NOKUS-reglenes utligningseffekten. Etter mitt syn er det vektige argumenter både i favør av at NOKUS-reglene bør anvendes overfor investeringer i utviklingsland og det motsatte.

Utligningseffekten synes klart uheldig i lys av utviklingslands proveny og suverenitetsbetraktninger. Den forebyggende – eller hemmende – effekten overfor norske investeringer i utviklingsland harmonerer også dårlig med den konsensus Norge er del av, om at utenlandske aktive investeringer utgjør et gode for utviklingsland.

På den annen side er det som nevnt mange uheldige aspekter ved tildeling og administrering av skatteinsentiv. Dette kan tale i retning av at norske investorer ikke bør kunne utnytte utviklingslands skatteinsentiv.

Det kan imidlertid problematiseres hvorvidt skatteregler som kun gjelder for norske investorer er et hensiktsmessig middel for å påvirke utviklingslands praksis for tildeling og administrering av skatteinsentiv. For det første er det ikke sikkert at NOKUS-reglene, som rammer et nokså lite antall investorer på verdensbasis, vil ha så stor effekt på investeringene i et utviklingsland at det påkaller oppmerksomheten til landets forvaltning for skatteinsentiv. For det andre kan det tenkes at andre virkemidler, som rådgivning av utviklingslands skatteadministrasjon, kan ha god, eller kanskje bedre, virkning på de uheldige aspektene ved dagens ordninger. I lys av dette kan det være grunn til å vurdere enkelte alternative utforminger av regle-

ne som hindrer anvendelse av NOKUS-reglene på investeringer tilbudt skatteinsentiv i utviklingsland.

4.7 Alternative regelutforminger

I dette kapitlet har jeg foretatt enkelte analyser og vurderinger av NOKUS-reglenes utligningseffekt overfor skatteinsentiv i utviklingsland.

I det følgende vil jeg forsøke å skissere enkelte alternative utforminger av NOKUS-reglene, som på hvert sitt vis kan hindre at NOKUS-reglene anvendes på investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland, og dermed skåne utviklingsland for utligningseffekten. Målet for denne vurderingen er ikke en endelig konklusjon på hvordan reglene bør utformes, men å belyse det finnes andre løsninger dersom en ønsker å unngå eventuelle uheldige utslag overfor utviklingsland som kan inntreffe etter dagens NOKUS-regler.

Et første alternativ kunne være å skille mellom aktive og passive inntekter, slik at kun passive inntekter gir grunnlag for NOKUS-beskatning. En variant av denne løsningen ville være å utvide skatteavtaleunntaket i § 10-64 til å gjelde generelt, slik at kun selskap hvis inntekter var av «hovedsakelig ... passiv karakter». Et skille mellom aktive og passive inntekter er vanlig i mange andre land med CFC-regelverk.¹¹² Et slikt skille ville avskåret fra NOKUS-beskatning den kategorien investeringer som utviklingsland i størst grad trakter etter, nemlig aktive investeringer som gir opphav til arbeidsplasser og andre goder for utviklingslandet. Hovedinnvendingen mot et slikt skille er at det er vanskelig å praktisere, og kan invitere til omgåelser i form av selskapsstrukturer som gis et skall av aktiv virksomhet.

Et annet alternativ kunne vært å avgrense fastleggingen av effektivt skattenivå mot skatteinsentiv med formål om økonomisk utvikling. En slik avgrensning ville antakelig avskåret langt de fleste av utviklingslands skatteinsentiv fra å ha noen innvirkning på lavskattlandkriteriet. En slik regel ville nær utelukket NOKUS-beskatning overfor investeringer i utviklingsland som følge av skatteinsentiv. En vesentlig innvending mot en slik regel er at svært mange skatteinsentiv har økonomisk utvikling som formål. Et formål om å tiltrekke investeringer er

¹¹² OECD (1996) s. 69, Ot.prp.nr.16 (1991-1992) s. 68. For en oppdatert oversikt over innholdet i CFC-regelverk i de ulike land, se *Guide to Controlled Foreign Company Regimes* (2014).

et iboende trekk ved skatteinsentiv – for Svalbard¹¹³ som for Singapore¹¹⁴. En slik regel ville dermed, dersom den ikke ble innsnevret med andre vilkår, være lite treffsikker ut i fra et formål om å tilgodese utviklingsland.

Et tredje alternativ kunne være å unnta utviklingsland eksplisitt fra NOKUS-beskatning gjennom en tilsvarende liste som den «hvite» listen i skattelovens forskrift.¹¹⁵ Dette alternativet kan sammenlignes med utformingen av det opprinnelige CFC-regelverket vedtatt i USA i 1962.¹¹⁶ Det amerikanske CFC-regelverket inneholdt fram til 1975 en unntaksregel for investeringer foretatt i «less developed countries», som på visse vilkår unntok investeringer i disse landene fra CFC-beskatning.¹¹⁷

For NOKUS-reglene ville trolig en slik «hvit» liste med utviklingsland truffet bedre på formålet om å tilgodese utviklingsland enn de ovenfor skisserte alternativene. En innvending mot en slik opplisting er at grensegangen mellom hvilke land som plasseres henholdsvis innenfor og utenfor listen kan oppfattes som noe vilkårlig. Som nevnt innledningsvis i punkt 1.2 unntas utviklingsland allerede fra visse tollsatser. OECDs liste over minst utviklede land (MUL) avgjør hvilke land som faller innenfor den gunstige tollpreferanseordningen for import av varer fra utviklingsland.¹¹⁸ Regelverket anvendes således i henhold til jevnlig oppdaterte lister fra OECD, som gjør at avgrensningen kan fremstå mindre vilkårlig. En slik form for grensedragning synes å være en hensiktsmessig løsning for å avgrense anvendelsesområdet til utviklingsland. At grensedragningen kan framstå lite rimelig overfor enkelte land som faller utenfor listen kan neppe tillegges avgjørende vekt i og med at nær sagt enhver grensedragning vil reise slike spørsmål. Blant de skisserte alternativene er det trolig en slik liste som mest treffsikkert vil tilgodese de land som har størst behov for utenlandske aktive investeringer, og som det dermed kunne være hensiktsmessig å unnta fra NOKUS-reglenes anvendelsesområde.

¹¹³ Se om skatteregler for Svalbard for eksempel Ot.prp.nr.32 (1995-1996) s. 25.

¹¹⁴ Se punkt 3.6.3.

¹¹⁵ Se punkt 2.5.5.

¹¹⁶ Se note 18.

¹¹⁷ Kauder, Louis M (1969) s. 263-264.

¹¹⁸ Se tolloven § 8-3.

5 Bør enkelte skatteinsentiv unntas fra beregningen av effektivt skattenivå?

5.1 Innledning

I kapittel 4 pekte jeg på innvendinger mot å overhodet la NOKUS-reglene anvendes på investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland. I dette avsluttende kapitlet vil jeg vende blikket mot mulige konsekvenser av *utformingen* av de gjeldende reglene. Gitt at reglene kommer til anvendelse på investeringer som nyter godt av skatteinsentiv i utviklingsland, er det grunn til å vurdere hvorvidt reglenes avgrensninger når det gjelder ulike typer skatteinsentiv kan ha uheldige utslag med hensyn til investeringer i utviklingsland. Som det fremgår av punkt 3.7 kan det trolig oppstilles en hovedregel om at skatteinsentiv skal inkluderes i fastleggelsen av effektivt skattenivå. Enkelte unntak fra dette utgangspunktet fremgår av punkt 3.5 og 3.6, som innebærer at enkelte former for skatteinsentiv likevel ikke skal trekkes inn i fastleggingen av effektivt skattenivå etter § 10-63.

I punkt 5.2 vil jeg drøfte hvorvidt en unntaksregel om skatteinsentiv av individuell art, slik det åpnes for i punkt 3.6.3, kan ha uheldige utslag med hensyn til investeringer i utviklingsland. Til sist vil jeg i punkt 5.3 vil jeg drøfte en unntaksregel for ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv som merverdiavgift og tollavgift.

5.2 Unntaksregel for skatteinsentiv av individuell art

Som følge av at fastleggingen av det effektive skattenivå som hovedregel skal foretas på et generelt *type-* og *bransjenivå*, jf punkt 3.3, kan det åpnes for et unntak for skatteinsentiv av mer individuell art, jf 3.6.3. Spørsmålet er her om et slikt unntak, som vil innebære at skatteinsentiv av individuell art ikke skal inkluderes i fastleggingen av det effektive skattenivået, kan få uheldige utslag.

Enkelte av innvendingene mot utviklingslands bruk av skatteinsentiv gjengitt i kapittel 4, vil trolig gjøre seg gjeldende med desto større tyngde her. Der skatteinsentiv generelt sett kan gi utfordringer med skattekontroll, er det naturlig å anta at skatteinsentiv som er tildelt individuelt, for eksempel gjennom direkte forhandlinger mellom investor og myndigheter, kan være desto mer ressurskrevende å følge opp fra skattemyndighetene. Mens tildeling av skatteinsen-

tiv generelt sett kan være sårbart for korrupsjon og annen myndighetsmisbruk, gjelder dette trolig i desto større grad for skatteinsentiv som er tildelt på individuell basis – i hvert fall kan det argumenteres slik i tilfeller hvor tildelingen av skattelettelsen er foretatt på diskresjonært grunnlag eller uten rettslig grunnlag overhodet.

Forutsatt en regel om at skatteinsentiv av individuell art ikke påvirker fastleggingen av det effektive skattenivået, kan det reises spørsmål om norske investorer på grunnlag av denne regelen motiveres til å søke å oppnå skatteinsentiv av individuell art, framfor at investorene forholder seg til ordinære skatteinsentiv-ordninger. Slik vil investorer kunne sikre seg et skattenivå som reelt sett ligger under to tredjedeler av norsk skattenivå, men som ikke fanges opp av lavskattlandkriteriet. I den grad NOKUS-reglene gir norske investorer motivasjon til å inngå individuelle forhandlinger med utviklingslands myndigheter, kan NOKUS-reglene anses å oppmuntre til at tildeling av skatteinsentiv skjer etter en praksis som kjennetegnes av å være mindre transparent og mer utsatt for korrupsjon og myndighetsmisbruk.¹¹⁹ Hvor stor risikoen for slik skatteplanlegging reelt sett er, kan imidlertid synes usikkert. I og med at reglenes rekkevidde framstår nokså utydelig, er rettstilstanden kan hende for uavklart til å utgjøre grunnlag og motivasjon for skatteplanlegging, tatt i betraktning at det å jobbe for å oppnå skatteinsentiv i seg selv kan være ressurskrevende for investorer.¹²⁰

Selv om den faktiske effekten av regelen ikke bør overdrives, kan det påpekes at skillet mellom skatteinsentiv av individuell og mer generell art framstår nokså lite naturlig. Prinsipielt er det lite som tilsier at skatteinsentiv av individuell art bør behandles annerledes enn skatteinsentiv av mer generell art, og slik gi fordel i form av potensiell unngåelse av NOKUS-beskatning. Formålet om å unngå skattemotiverte investeringer kan tilsi at alle faktorer som senker det reelle skattenivået, bør tas i betraktning i vurderingen av om lavskattlandkriteriet er innfridd, herunder skatteinsentiv av individuell karakter. Skillelinjen synes dermed heller ikke å være begrunnet i NOKUS-reglenes formål om å unngå skattemotiverte investeringer.

Begrunnelsen for unntaket for skatteinsentiv av individuell art kan synes å ligge i hensynet til en praktikabel regel, som ser ut til å ha vært grunnlaget for beslutningen om at sammenlig-

¹¹⁹ Brauner (2013) s. 28, Easson og Zolt (2003) s. 34, Hearson (2014) s. 28.

¹²⁰ James (2009) s. 20.

ningen av skattenivå skulle foretas på grunnlag av en generell beregning av effektivt skattenivå, og ikke ut fra den konkrete ligningen i vertslandet sammenlignet med en konkret «skyggeligning»¹²¹ av det enkelte selskap med en hypotetisk forutsetning om at selskapet er hjemmehørende i Norge. Hvorvidt regelen i praksis ble mindre ressurskrevende av å ta utgangspunkt i en generell type- og bransjenorm framfor en konkret ligning, har jeg ikke grunnlag for å konkludere om. Det er likevel kanskje verdt å merke seg at den generelle normen for beregning av effektivt skattenivå i rettspraksis har blitt omtalt som «meget vanskelig»¹²² å anvende, og at «svært mange faktorer av utpreget skjønnsmessig art spiller inn».

Oppsummeringsvis kan det ikke utelukkes at skillelinjen mellom skatteinsentiv av generell og mer individuell art regelteknisk sett er en relativt god løsning sammenlignet med andre alternativer. I den grad skillelinjen kan motivere norske investorer til å forsøke å oppnå skatteinsentiv av individuell karakter, kan imidlertid regelen ha uheldige effekter overfor utviklingslands ordninger for forvaltning av skatteinsentiv.

5.3 Unntaksregelen for ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv

Som nevnt i punkt 3.5.1 er det nokså klart at ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv faller utenfor vurderingsgrunnlaget for effektivt skattenivå. Etter mitt syn er dette en logisk avgrensning, samtidig som den trolig vil kunne gi enkelte uheldige utslag i praksis. Dette vil utdypes i det følgende.

Utgangspunktet er at fritak for eksempelvis merverdiavgift og tollavgift kan gi vesentlig lavere reelt samlet skatte- og avgiftsnivå enn de ordinære reglene for merverdi- og tollavgift.¹²³ En slik reduksjon i samlet skatte- og avgiftsnivå kan i utgangspunktet tiltrekke investeringer som ellers ville blitt gjennomført et annet sted.

Formålet om å unngå skattemotiverte investeringer kan i utgangspunktet tilsi at alle faktorer som senker det totale skatte- og avgiftsnivået bør tas i betraktning i vurderingen av om lavskattlandkriteriet er innfridd, herunder avgiftsfritak.

¹²¹ Se note 54.

¹²² TOSLO-2004-42666.

¹²³ Easson og Zolt (2003) s. 24.

Som påpekt i punkt 3.6.4 ligger imidlertid aktive investeringer utenfor kjerneområdet for anvendelsen av NOKUS-reglene. Merverdi- og tollavgifter er utgifter som typisk er aktuelle for aktive investeringer, herunder industriell virksomhet, som krever investeringer i utstyr og varer. Til sammenligning vil passive investeringer gjerne kreve selskapsstrukturer og formaliteter som lokal adresse i det aktuelle vertslandet, men for denne type investeringer er det mindre aktuelt med vareinnkjøp som kan innebære merverdi- og tollavgift.

Det faktum at ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv hovedsakelig er aktuelt for aktive investeringer, kan tilsi at det ligger utenfor NOKUS-reglenes formål å ilegge NOKUS-beskatning som følge av denne typen skatteinsentiv. Slik sett kan det argumenteres for at det er rimelig at ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv ikke skal tas i betraktning ved fastlegging av effektivt skattenivå.

På den annen side kan en avgrensning mot ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv, i likhet med unntaksregelen i foregående drøftelse, i seg selv gi norske investorer insentiv til å søke å oppnå denne typen skatteinsentiv, for å kunne oppnå et reelt sett lavt samlet skatte- og avgiftsnivå. I så fall kan en se for seg en vridning i skatteinsentivtildeling, slik at investorer sikrer seg et skattenivå som reelt sett er under to tredjedelsgrensen i § 10-63, men som etter beregningen av effektivt skattenivå er over den samme grensen. Det kan være uheldig dersom flere norske investorer søker å oppnå slike insentiv, idet det er antatt at fritak for toll- og merverdiavgift er en form for skatteinsentiv som er sårbar for myndighetsmisbruk i forbindelse med klarering hos toll- og avgiftsmyndigheter.¹²⁴

Oppsummeringsvis har unntaksregelen for ikke-inntektsbaserte skatteinsentiv både en fornuftig begrunnelse i det at slike insentiv som hovedregel gjelder investeringer som i hovedsak ikke er skattemotiverte, og et uheldig aspekt som følge av at regelen utgjør et avvik fra hovedregelen, som kan lede til skatteplanlegging i form av å være et insentiv investorer søker å oppnå.

¹²⁴ Tanzi og Zee (2001).

6 Litteraturliste

6.1 Bøker og fagartikler

Almvik, Fred-Ove og Vegard Kristiansen. *Bedriftsbeskatning i praksis*. 3. Utg. Oslo, 2006.

Avi-Yonah, Reuven: *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State*. I: Harvard Law Review. Årg. 113. Utg. 7 (2000) s. 1573-1676.

Bedrift, selskap og skatt. Redigert av Fredrik Zimmer, i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. 5. utg. Oslo, 2010.

Brauner, Yariv. *The future of tax incentives for developing countries*. I: Tax, Law and Development. Cheltenham/Northampton, 2013, s. 25-56.

CFC Legislation. Michael Lang ...[et al.]. Wien, 2004.

Easson, Alex og Eric M. Zolt. *Tax Incentives*. Utgitt av Verdensbanken i tilknytning til seminar om skattepolitikk i utviklingsland, (2003).

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

Hellerstein, Walter og Dan T. Coenen. *Commerce Clause Restraints on State Business Development Incentives*. I: Cornell Law Review. Årg. 81, Utg. 4 (1996) s. 789-878

http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1271&context=fac_artchop

[Sisert: 2. April 2014]

Hovland, Øyvind: *Fritaksmetoden og koblingen til definisjonen av lavskatteland i NOKUS-reglene*. I: Skatterett. Årg. 25. Utg. 2 (2006) s. 116-142.

James, Sebastian: *Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*.(2009)

<https://www.wbginvestmentclimate.org/uploads/IncentivesandInvestments.pdf>

[Sisert 27. mars 2014]

Kauder, Louis M. *Taxation of Domestically Controlled Foreign Corporations: A Comparative Study of Subpart F and Section 482*. I: Villanova Law Review. Årg. 14. Utg. 2 (1969) s. 260-278.

Lent, George E. *Tax Incentives for Investment in Developing Countries*. I: Staff Papers - International Monetary Fund. Årg. 14. Utg. 2 (1967) s. 249-323 (Sitert fra Jstor)

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

Sandler, Daniel. *Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation*. 2. utg. Haag/London/Boston, 1998.

Schoueri, Luís Eduardo. *Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration*. I: Tax, Law and Development. Cheltenham/Northampton, 2013, s. 106-124.

Tanzi, Vito og Howell Zee. *Tax Policy for Developing Countries*. I: International Monetary Fund: Economic Issues. Utg. 27, 2001.

<http://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues27/> [Sitert: 14. April 2014]

Viherkettä, Timo. *Tax Incentives in Developing Countries and International Taxation*. Deventer, 1991.

Walby, Lars Hallvard. *Grenseoverskridende beskatning – i hvilken utstrekning kan CFC-regimer anvendes i skatteavtaletilfeller?* I: Skatterett. Årg. 23. Utg. 2 (2004) s.176-194.

Wenehed, Lars-Erik. *CFC-Lagstiftning*. Lund, 2000.

Zimmer, Fredrik (2009a). *Internasjonal inntektsskatterett*. 4. utg. Oslo, 2009.

Zimmer, Fredrik (2009b). *Lærebok i skatterett*. 6.utg. Oslo, 2009.

6.2 Lover, forskrifter og forarbeider

6.2.1 Norsk lovgivning

1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.

1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24.

2007 Lov om toll og vareførsel (tolloven) av 21. desember 2007 nr 119.

6.2.2 Utenlandsk lovgivning

Lovgivning USA: Internal Revenue Code, Title 26, Subtitle A, Chapter 1, Subchapter N, Part III, Subpart F §§ 951-965

<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/955> [Sisert: 28. mars 2014]

Lovgivning Singapore: Economic Expansion Incentives (Relief from Income Tax) Act

<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3A%226c03fa66-53d1-4679-89bc-d90bc8c64043%22%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0>

[Sisert: 19. april 2014]

6.2.3 Norske forskrifter

1999 Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr 14, av 22. november 1999 nr. 1160

6.2.4 Forarbeider

NOU 2003:9 *Skatteutvalget. Forslag til endringer i skattesystemet.*

Ot.prp.nr.16 (1991-1992) *Oppfølging av skattereformen 1992*

Ot.prp.nr.32 (1995-1996) *Lov om skatt til Svalbard og lov om skattlegging av personer på Jan Mayen*

Prop 1. S (2013-2014) *Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak). For budsjettåret 2014. Utgiftskapitler: 100–172. Inntektskapittel: 3100.*

Prop.1 LS (2011-2012) *Skatter, avgifter og toll 2012*

6.3 Rettspraksis

Rt. 2014 s. 196 (Aban)

LB-2005-76733 (Cermaq), publisert i Utv. 2006 s. 1151

TOSLO-2004-42666

6.4 Forvaltningspraksis

OLN-2004-015 i Utv. 2008 s. 331

OLN-2004-25 i Utv. 2008 s. 359.

SFS-2000-622 i Utv. 2001 s. 263.

6.5 Andre kilder

Dugstad, Line. *Fratas skattefordel – truer med å flagge ut*. I: Dagens Næringsliv. 14. februar 2012.

The Economist. *The world in figures: Countries. Top Growers*. Dokumentdato: 18. november 2013.

<http://www.economist.com/node/21589184> [Sitert: 24. april 2014]

Finansdepartementet (2014b). *Skatteavtaler mellom Norge og andre stater*. Dokumentdato: 6. januar 2014.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat.html?id=417330 [Sitert: 9. april 2014]

Finansdepartementet (2014a). *Skattesatser 2014*. Dokumentdato: 13. februar 2014.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skattesatser-2014.html?id=748052 [Sitert: 24. april 2014]

Finansdepartementet. *Spørsmål til skriftlig besvarelse nr. 832 fra stortingsrepresentant Christian Tybring-Gjedde*. Dokumentdato: 23. februar 2012.

<http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/stoltenberg-ii/fin/svar-til-stortinget/brev-til-stortinget/2012/svar-pa-spm-832-fra-stortingsrepresentan.html?id=673251> [Sitert: 2. april 2014]

FN. *List of least developed countries* (as of November 2011). I: World Economic Prospects 2012.

http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2012country_class.pdf [Sitert: 9. april 2014]

FN. *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development*. 2003. <http://www.un.org/esa/ffd/monterrey/MonterreyConsensus.pdf> [Sitert: 9. April 2014]

Guide to Controlled Foreign Company Regimes (2014). Av: Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

<http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf> [Sitert: 12. mars 2014]

Haugnes, Gunhild M.. *Fra Norge til Sverige for å spare skatt*. I: Aftenposten. 12. juni 2012.

OECD. *Controlled Foreign Company Legislation*. Paris, 1996.

OECD. *OECD Draft principles to enhance the transparency and governance of tax incentives for investment in developing countries*. (2013)

<http://www.oecd.org/ctp/tax-global/transparency-and-governance-principles.pdf> [Sitert: 18. april 2014]

OECD. *Taxation and Foreign Direct Investment: The Experience of the Economies in Transition*. Paris, 1995.

Skattedirektoratet: Lignings-ABC 2013-2014 (sitert fra Lovdata)

Store Norske Leksikon. *Utviklingsland*. Dokumentdato: 30. november 2011.
<http://snl.no/utviklingsland> [Sitert: 9. april 2014]

UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: A Global Survey*. (2000)
http://unctad.org/en/Docs/iteipcmisc3_en.pdf [Sitert: 27. mars 2014]

Utenriksdepartementet. *Næringsliv skaper utvikling. Hva norske myndigheter gjør for å fremme private investeringer i utviklingsland*. Dokumentdato: Februar 2012.
http://www.regjeringen.no/upload/UD/Vedlegg/Utvikling/naringsliv_utvikling.pdf
[Sitert: 11. april 2014]

Zimmer, Fredrik (2009c). *NOU 2009:19 - høringsuttalelse fra Fredrik Zimmer, Institutt for offentlig rett*. Dokumentdato: 9. november 2009.
http://www.regjeringen.no/en/dep/ud/dok/horinger/hoeringsdok/2009/nou200919_innspill/horingsuttalelser/m_merknad/nou-200919---horingsuttalelse-fra-fredri.html?id=584955
[Sitert: 14. april 2014]