

UiO : **Det juridiske fakultet**

"Reelt etablert" og "reell økonomisk aktivitet" – realitetsvilkårets anvendelse i fritaksmetoden og NOKUS- reglene

Kandidatnummer: 545

Leveringsfrist: 25.04.2016

Antall ord: 17952



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Oppgavens aktualitet og formål	1
1.3	Oppgavens oppbygning og avgrensninger	2
1.4	Metode og rettskildebruk.....	2
2	REALITETSVILKÅRETS BETYDNING I NORSK RETT	4
2.1	Fritaksmetoden	4
2.2	NOKUS-reglene	6
2.3	Lavskattelend.....	7
2.4	Hjemmehørende-vurderingen.....	9
2.5	Bakgrunnen for at realitetsvilkåret innholdsmessig er det samme etter hhv. fritaksmetoden og NOKUS-reglene.....	11
3	NORGES FORPLIKTELSER ETTER EØS-AVTALEN	12
3.1	EØS-avtalens grunnlag.....	12
3.2	EU-domstolen og EFTA-domstolen.....	12
3.3	Etableringsretten.....	14
3.3.1	Restriksjoner på etableringsfriheten begrunnet i hensynet til å beskytte en medlemsstats skattefundament eller i hensynet til å avverge skatteflukt	17
4	REALITETSVILKÅRETS BAKGRUNN	18
4.1	Cadbury Schweppes (C-196/04)	18
4.2	Kunstige arrangement.....	21
4.3	Innføringen av realitetsvilkåret i norsk lovttekst.....	23
5	INNHALDET I REALITETSVILKÅRET	25
5.1	Innledning.....	25
5.2	Betydningen av om etableringen er skattemessig motivert.....	30
5.2.1	Bindende forhåndsuttalelser fra 2015 og 2016	34
5.2.2	Særlige selskapstyper, herunder aksjefond	38
5.2.3	Aberdeen-saken (C-303/07).....	40
5.2.4	Finansdepartementets uttalelse av 29. september 2009 – Utv. 2009 s 1280.....	41
5.2.5	Tidspunkt for vurdering av om et selskap oppfyller realitetsvilkåret	43
5.3	Omgåelsesrisikoen knyttet til at det skal legges vekt på synbare (objektive) karakteristika ved selskapets subjektive motiver for etableringen.....	45

5.4	Forholdet mellom realitetsvilkåret og skatteavtalenes krav til at mottaker av et utbytte er "beneficial owner"	45
6	BEPS-PROSJEKTET	49

1 INNLEDNING

1.1 Oppgavens tema

Temaet for denne avhandlingen er realitetsvilkåret i norsk rett. Realitetsvilkåret har sitt opphav fra EU-domstolens avgjørelse i den såkalte Cadbury Schweppes-saken.¹ Vilkåret fremgår i norsk skattelovgivning blant annet i reglene om fritaksmetoden og i NOKUS-reglene, jf. hhv. sktl.² § § 2-38 (3) og (5) og sktl. § 10-64, bokstav b. Det sentrale etter disse bestemmelsene og denne oppgavens formål er hva som innholdsmessig ligger i formuleringene "reelt etablert" og "reell økonomisk aktivitet". Disse to begrepene vil i denne avhandlingen bli omtalt som realitetsvilkåret og vurderingen som inngår i vilkåret vil bli omtalt som realitetsvurderingen.

Spørsmålet oppgaven søker å redegjøre for er hvilken substans som må foreligge for at en skal kunne konstatere at et selskap oppfyller realitetsvilkåret.

1.2 Oppgavens aktualitet og formål

For skatterettslige problemstillinger del har den stadig økende globaliseringen ført til at verdenssituasjonen i dag er preget av økt flyt av kapital over landegrensene. Investeringer foretas ikke lenger bare i kapitalplasserens hjemland, men i mange tilfeller i andre land som gjerne har et gunstigere beskatningsregime enn hva som er tilfellet i det landet hvor kapitalplasseren er bosatt.

På bakgrunn av at kapitalplasseringer i lavskattelend unntar beløp fra beskatning og således svekker andre lands skattefundament foreligger det i dag omfattende regelverk så vel nasjonalt som internasjonalt som tar sikte på å motvirke slike kapitalplasseringer. Således blir mulighetene for å benytte seg av gunstigere skatteregimer stadig vanskeligere. Det er imidlertid slik at kapitalplasseringer i dag gjerne er gjenstand for omfattende, internasjonal skatteplanlegging. I takt med at motvirkende regler blir utviklet, og at kapitalen som plasseres blir større, kan slik skatteplanlegging manifestere seg i komplekse selskapsstrukturer som skattemyndighetene har vanskeligheter med å undersøke.

Aftenposten har i skrivende stund igangsatt en større artikkelserie om temaet.³ Denne viser at det i dag brukes omfattende og kompliserte metoder for å kunne føre kapital inn under gunstigere beskatning.

¹ C-196/04 Cadbury Schweppes.

² Lov av 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

³ www.aftenposten.no/panamapapers

1.3 Oppgavens oppbygning og avgrensninger

Avhandlingen vil først redegjøre for realitetsvilkårets anvendelse i hhv. fritaksmetoden og i NOKUS-reglene. På bakgrunn av at realitetsvilkåret har oppstått som en følge av Norges forpliktelser til å overholde EØS-avtalen, vil retten til fri etablering og medlemsstatenes anledning til å legge restriksjoner på denne friheten bli presentert i oppgavens kapittel tre.

Opphavet til, og innholdet i, realitetsvilkåret vil bli presentert i oppgavens kapittel 4 og 5.

Temaet for oppgaven er komplekst og innbyr til en rekke skatterettslige drøftelser. Blant annet gjelder dette i forhold til andre vilkår for beskatning, som eksempelvis lavskatteland-, tilsvarende- og hjemmehørende-vurderinger. Disse temaene vil bli kort redegjort for der det anses påkrevet. Andre tilgrensende temaer vil bli berørt der det er behov for det i sammenheng med oppgavens tema.

Det er primært de norske reglene som vil bli behandlet i denne oppgaven. Videre synes ikke en uttømmende fremstilling av kompleksiteten av vurderingene omkring "beneficial owner"-vilkåret i skatteavtalene å være mulig innenfor rammene av denne oppgaven. Det er imidlertid relevant å stille spørsmål ved om det i enkelte tilfeller kan oppstå situasjoner hvor et selskap blir vurdert etter både realitetsvilkåret og regelsettet "beneficial owner". På bakgrunn av dette vil temaet bli belyst i kapittel 5.4. BEPS-prosjektet som foregår i regi av OECD vil bli kort behandlet i oppgavens kapittel 6.

Det vil ikke bli redegjort for regler omkring aksje- og allmennaksjeselskap eller tilsvarende selskaper hjemmehørende i utlandet, med unntak av for fond under realitetsvurderingen.

1.4 Metode og rettskildebruk

Det norske rettskildet bildet består av ulike kilder, men det er i hovedsak lovtekst, forarbeider og rettspraksis som tradisjonelt sett anses som de kildene med størst rettskildemessig vekt. Som følge av at skatt er et offentligrettslig fag gjør legalitetsprinsippet seg gjeldende. Dette medfører at formelle lover får en viktig plass i rettskildebruken, og for denne oppgavens tema er det særlig skatteloven som er sentral.

Lovforarbeider har etter norsk rett som nevnt tradisjonelt stor rettskildemessig vekt og vil tjene som en viktig kilde for å analysere og for å forstå innholdet i realitetsvilkåret. Bakgrunnen for dette er at den norske lovgivningsteknikken medfører at forarbeidene inneholder mer detaljerte fremstillinger enn lovteksten og at lovgivers vilje enklere kan utledes fra forarbeidene.

Rettspraksis må på skatterettens område, som ellers, tillegges betydelig rettskildemessig vekt. Avgjørelser fra Høyesterett har større betydning enn avgjørelser fra underinstansene, men som det vil fremgå i det følgende foreligger det lite rettspraksis i intern norsk rett. I de tilfeller hvor rettspraksis foreligger vil den bli redegjort for der kan tjene som støtte for fremstillingen.

For å få en helhetlig tilnærming til temaet er det avgjørende å analysere avgjørelser fra EU/EFTA-domstolen. Bakgrunnen for dette er at det norske realitetsvilkåret er en tolkning av EU-domstolens avgjørelse i en konkret sak. Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å gjennomføre ulike EU-prinsipper, hvor temaet for denne avhandlingen medfører at retten til fri (selskaps)etablering er særlig sentral. Følgelig er det relevant å redegjøre for EØS-avtalens betydning for realitetsvilkåret, som etter EØS-loven § 1 har trinnhøyde som norsk lov.⁴

Administrative uttalelser er av noe lavere rettskildemessig vekt, men uttalelsene vil kunne få sitt utslag i skattemyndighetenes praksis. På bakgrunn av at Skattedirektoratet i bindende forhåndsuttalelser har foretatt realitetsvurderinger av flere selskaper gjennom blant annet å anvende Finansdepartementets administrative uttalelser, vil denne praksisen bli fremstilt og analysert. Dette gjelder særlig uttalelser fra de seneste år.

⁴ Lov av 27. november 1992 nr. 109.

2 REALITETSVILKÅRETS BETYDNING I NORSK RETT

2.1 Fritaksmetoden

Realitetsvilkåret fremkommer flere steder i skatteloven, blant annet i regelsettet om fritaksmetoden i sktl. § 2-38, hvor det har betydning både på subjektsiden og objektsiden. Det legislative hensynet bak fritaksmetoden er å forebygge kjedebeskatning i selskapssektoren⁵, ved at samme inntekt ikke skal bli beskattet mer enn en gang. Regelsettet skal videre bidra til økt kapitalmobilitet og ivaretagelse av forpliktelser etter EØS-avtalen. Kort forklart innebærer fritaksmetoden at selskapsaksjonærer, under gitte forutsetninger, fritas for beskatning av gevinster og utbytte på aksjer. Fritaksmetoden er avgrenset mot utbytte på aksjer som eies av selskaper hjemmehørende utenfor EØS.⁶ For utenlandske selskapsaksjonærer er fritaksmetoden kun relevant for utbytte. Bakgrunnen for dette er at Norge ikke har internrettslig hjemmel for å skattlegge eventuelle aksjegevinster, jf. sktl. § 2-3 (1), bokstav c.

For de selskaper som er subjekt under fritaksmetoden medfører dette et skattefritak for blant annet aksjeutbytte og aksjegevinster. Det følger av sktl. § 2-38 (1) at de selskaper som kvalifiserer som subjekter under fritaksmetoden ikke har fradragrett for tap. Hvilke selskapstyper som er subjekter under fritaksmetoden følger av sktl. § 2-38 (1). Bestemmelsen angir i 1. ledd, bokstav a, at aksjeselskap og allmennaksjeselskap er omfattet, jf. sktl. § 2-2, 1. ledd, bokstav a. Etter sktl. § 2-38, 1. ledd, bokstav i, følger det at "selskap mv. hjemmehørende i utlandet som tilsvarende selskap mv. som omfattes av dette ledd" også er omfattet av fritaksmetoden. Det sentrale etter sktl. er altså om det aktuelle selskapet, hjemmehørende i utlandet, "tilsvarende" et av de opplistede norske selskapstypene.

Objektsiden, hvilke inntekter og tap som omfattes, fremkommer av sktl. § 2-38 (2). Den mest sentrale typen inntekt er lovlig utdelt utbytte fra aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, samt gevinst og tap ved salg av andel i denne typen selskaper, jf. bestemmelsens bokstav a.

Sktl. § 2-38 (3) begrenser fritaksmetodens anvendelsesområde. Hovedbegrunnelsen om forebygging av kjedebeskatning av inntekter blir med andre ord fraveket. Bakgrunnen for dette er at i de tilfeller hvor en inngående (utenlandsk) aksjeinntekt ikke er beskattet, eller beskattet svært lavt, slår ikke begrunnelsen for fritaksmetoden til.⁷ Dersom fritaksmetodens regler hadde blitt anvendt fullt ut på alle inngående aksjeinntekter ville dette gitt insentiver til

⁵ Ot. Prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.2.2.

⁶ Ot. Prp. nr. 1 (2004-2005) avsnitt 6.5.5.

⁷ Ot. Prp. nr. 1 2004 – 2005 pkt. 6.5.4.1, 1. avsnitt.

å flytte norsk virksomhet til selskaper i land med lav eller ingen skatt.⁸ Dette ville i så fall svekket det norske skattefundamentet.

Ved anvendelsen av realitetsvilkåret er det sentralt å foreta en vurdering av om det aktuelle selskapet er hjemmehørende i eller utenfor en medlemsstat i EØS-området. I de tilfeller hvor et selskap er hjemmehørende innenfor EØS-området er det sentralt å skille mellom om den aktuelle medlemsstaten er et lavskatteland eller et normalskatteland. For definisjonen av lavskatteland m.v. vises det til denne avhandlingens kapittel 2.3.

Det følger av fritaksmetodens begrensingsregel i sktl. § 2-38 (3) at inntekt eller tap på eierandel i et selskap som er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS ikke er omfattet av fritaksmetoden, jf. bestemmelsens bokstav a. Av samme bestemmelse fremgår det at fritaksmetoden heller ikke kommer til anvendelse for inntekter på eierandel i selskap som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, forutsatt at selskapet "*ikke* er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land" (realitetsvilkåret) (*min kursivering*). Motsetningsvis medfører dette at realitetsvilkåret må oppfylles for at en inntekt på eierandel i selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS skal være omfattet av fritaksmetoden. Av bestemmelsen følger det at det ikke gis fradrag for tap på aksjer i lavskatteland innenfor EØS, uavhengig av om selskapet oppfyller realitetsvilkåret. Selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS er ikke omfattet av fritaksmetoden og tap vil her være fradragsberettiget, jf. sktl. § 2-38 (3), bokstav a.

Frdrag for tap på aksjer i selskaper hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS er ikke en beskyttelsesverdig interesse under etableringsfriheten. Dette kunne i så fall gitt opphav til uønskede tilpasninger, eksempelvis ved at skattyter i en tapssituasjon ville kunne foreta endringer i selskapet for å ikke lenger oppfylle realitetsvilkåret, og dermed få fradrag for tapet.

Videre har realitetsvilkåret betydning for norske skattemyndigheters mulighet for å ilegge kildeskatt på utgående utbytte. Internrettslig hjemmel for illeggelse av kildeskatt følger av sktl. § 10-13. Skattesatsen fastsettes i Stortingets skattevedtak (ssv.) § 3-5 og er for tiden 25 %. Et utbytte som utdeles til aksjonær hjemmehørende i utlandet kan imidlertid være fritatt for kildeskatteplikten både etter anvendelig skatteavtale og under fritaksmetoden. For fritaksmetodens del gjelder dette "*bare dersom skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land*", jf. sktl. § 2-38 (5) Det er verdt å merke seg at det ved anvendelsen av sktl. § 2-38 (5) er uten betydning om det aktuelle EØS-landet er

⁸ Ot.prp. nr 1 2004 – 2005 pkt. 6.5.4.1, 2. avsnitt.

hjemmehørende i et *lavskatteland*. Et selskap som ikke oppfyller realitetsvilkåret skal derfor ilegges kildeskatt, uavhengig av om det er hjemmehørende i et lavskatteland eller ikke. Sammenholdt med sktl. § 2-38, 1. ledd er det dermed fire vilkår som må være oppfylt for at plikten til å svare kildeskatt skal falle bort. For det første må det mottakende selskapet være hjemmehørende i et annet EØS-land. For det andre må selskapet tilsvare et norsk selskap som subjekt under fritaksmetoden og for det tredje må det oppfylle realitetsvilkåret. Lignings-ABC oppstiller i tillegg et fjerde vilkår og konstaterer at det utenlandske selskapet må være den virkelige rettighetshaveren til utbyttet.⁹ Vilrårene er kumulative.

Vilkåret om virkelig rettighetshaver synes å være hentet fra skatteavtalenes regelsett om "beneficial owner"¹⁰. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det utenlandske selskapet dermed må oppfylle både realitetsvilkåret og skatteavtalenes krav til å være "beneficial owner". Av pkt. 2.3.4 i Lignings-ABC fremgår det at "alminnelige internrettslige prinsipper for tilordning legges til grunn" ved vurderingen. Etter norsk intern rett er det den som på innvinningstidspunktet er den reelle eier av aksjene som skal tilordnes et utbytte. Det kan anses som sikker rett at pro forma-oppførte aksjonærer ikke skal kunne tilordnes et utbytte, jf. Rt. 1937.443 (Panama). Det er naturlig å legge til grunn at vilkåret om at det mottakende selskapet må være den *virkelige rettighetshaveren* til utbyttet har kommet inn i Lignings-ABC ut fra et tilordningssynspunkt, og etter mitt skjønn er vilkåret et rent tilordningskriterium. Dette taler for at skatteavtalenes krav om "beneficial owner" ikke kommer til anvendelse ved denne vurderingen. Tilordningsspørsmål er ikke et tema for denne oppgaven og behandles ikke nærmere her. Spørsmålet om det er noen realitetsforskjell på realitetsvilkåret og vilkåret om "beneficial owner" behandles nedenfor i punkt 2.6.

2.2 NOKUS-reglene

NOKUS står for norsk kontrollert utenlandsk selskap og er et regelsett som etter nærmere vilkår løpende skattlegger norske aksjonærers eierskap i utenlandske selskaper. Hovedbegrunnelsen bak innføringen av NOKUS-reglene var å motvirke skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i lavskatteland¹¹. Rent praktisk tar NOKUS-reglene sikte på å motvirke at skattytere hjemmehørende i Norge benytter seg av selskaper i lavskatteland for å oppnå lav/ingen beskatning. Gjennom NOKUS-reglene blir det norske skattefundamentet forsøkt opprettholdt ved at den lave beskatningen som kommer selskapet til gode i et eventuelt lavskatteland blir forsøkt utlignet ved skattelegging av de norske eierne.

⁹ Lignings-ABC, kapittel 2.3, pkt. 2.3.1, 1. avsnitt.

¹⁰ Se nærmere om "beneficial owner" i kapittel 2.4.

¹¹ Ot.prp. nr. 16 (1991 – 1992), pkt. 6.7, 2. avsnitt.

Det redegjøres nærmere for grunnvilkåret om at selskapet må være hjemmehørende i et lavskatteland i denne oppgavens kapittel 2.4

Sktl. § 10-60 angir vilkårene for anvendelse av NOKUS-reglene. En konklusjon som går ut på at det foreligger grunnlag for NOKUS-beskatning medfører at morselskapet skattlegges løpende for selskapets inntekter, jf. sktl. § 10-61.

Etter sktl. § 10-60 må det aktuelle selskapet være "norsk-kontrollert". De tre alternative vilkårene for å avgjøre om et selskap er norsk kontrollert fremgår av sktl. § 10-62, (1) til (3) og er vilkår som knytter seg til eierandeler i selskapet. Bakgrunnen for at det eksisterer et krav til norsk kontroll er at dette medfører at beskatningen av de norske eierne kan foretas til tross for at et selskap velger å beholde overskuddet i selskapet.¹²

Det fremgår også av forarbeidene at dersom norske deltakere "gjennom aksjonæravtale eller på annen måte har avgjørende innflytelse over andeler som formelt eies av utlendinger, skal disse andelene anses som norsk-kontrollerte".¹³ Videre fremgår det av samme punkt at lovgiver anser at slik avgjørende innflytelse kan foreligge i de tilfeller hvor den norske deltakeren har rett til utbytte eller utøvelse av den stemmerett som tilligger andelen. Det kan ut i fra dette legges til grunn at et selskap skal anses for å være norsk-kontrollert dersom norsk(e) skattyter(e) de facto kontrollerer selskapet, til tross for at de ovennevnte eierandelskrav ikke er oppfylt fullt ut.

Til tross for at de øvrige vilkår for NOKUS-beskatning er oppfylt skal et selskap innenfor EØS likevel ikke NOKUS-beskattes i de tilfeller hvor selskapet dokumenterer at det er "reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der", jf. sktl. § 10-64, bokstav b.

2.3 Lavskatteland

Av sktl. § 10-60 fremgår det at realitetsvilkåret i NOKUS-reglene får betydning hvor et selskap er hjemmehørende i et "lavskatteland" innenfor EØS-området. Lavskattelandsvurderingen får også betydning for realitetsvilkårets anvendelse under fritaksmetoden. Bakgrunnen for dette er at fritaksmetoden bare kommer til anvendelse på inntekt på eierandel i selskap som er "hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS", jf. sktl. § 2-38 (3), under forutsetning av at selskapet er reelt etablert. Det er altså både i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene av betydning om det aktuelle selskapet er

¹² Brudvik (2014) side 700, pkt. 2.8.3.2.

¹³ Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.8.2, 6. avsnitt.

hjemmehørende i et lavskatteland for at realitetsvilkåret skal komme til anvendelse. Som nevnt ovenfor er det ved anvendelsen av realitetsvilkåret i sktl. § 2-38 (5) uten betydning om selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland.

Det er samme vurdering som skal legges til grunn ved vurderingen av hva som er et lavskatteland etter de to bestemmelsene. Sktl. § 10-63 definerer hva som regnes som et "lavskatteland". Av denne bestemmelsen følger det at;

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

Av forarbeidene til skatteloven fremkommer det at det ved avgjørelsen av om et land er et lavskatteland eller ikke må ses hen til de effektive inntektsskattesatser som ilegges selskapets overskudd.¹⁴ Dette følger også av Høyesteretts avgjørelse i Sinvest-dommen¹⁵. Av dommen kan det utledes at det ved lavskattelandsvurderingen skal foretas med henblikk på det effektive skattenivå for den aktuelle typen selskap. Rent praktisk medfører dette at det må ses hen til det aktuelle selskap og selskapets bransje, og dernest foretas en sammenlikning av hvilken effektive skattesats selskapet ville fått i de to landene som sammenlignes. De forhold som ikke er bransjetypiske og ellers av en konkret, individuell art, skal det som utgangspunkt ikke tas hensyn til.¹⁶ Det må imidlertid tas hensyn til om det er særregler som kommer til anvendelse i enten det potensielle lavskattelandet eller i Norge.¹⁷ Høyesterett konstaterer forøvrig i ovennevnte dom at eventuelle skatteavtaler ikke skal tas med i vurderingen.

For å bidra til at lavskattelandsvurderingen blir foretatt på en enhetlig og ressurseffektiv måte og for å øke forutberegneligheten for skattytere har Skattedirektoratet utarbeidet en bindende opplisting av land som uten nærmere vurdering skal anses for å være et lavskatteland¹⁸. Videre er det for samme formål utarbeidet en liste over hvilke land som anses for å være normalskatteland. Disse to listene blir gjerne omtalt som hhv. "svartelisten" og "hvitelisten".

¹⁴ Ot. prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9, avsnitt 7.

¹⁵ Rt. 2014 s. 196.

¹⁶ Rt. 2014 s. 196, premiss 45.

¹⁷ Zimmer og BA-HR (2014), kapittel 16, pkt. 16.5.2.

¹⁸ Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 § 10-63-2.

Begge disse listene blir revidert årlig. I relasjon til listene er det viktig å være klar over at "svartelisten" er bindende uten nærmere vurdering, jf. FSSD § 10-63-1, mens land på "hvitelisten" likevel kan bli ansett for å være lavskatteland, jf. FSSD § 10-63-3 (2).

2.4 Hjemmehørende-vurderingen

For at realitetsvilkåret skal komme til anvendelse er det en forutsetning at det er konkludert med hvor det aktuelle selskapet er hjemmehørende i EØS. Sktl. § 2-2, 1. ledd, bokstav a til h lister opp de selskapstyper som har skatteplikt til Norge. For at de opplistede selskapstypene skal ha skatteplikt til Norge er det et vilkår om at de er "hjemmehørende" i Norge, jf. sktl. § 2-2 (1). Det samme følger av sktl. § 2-38, 1. ledd, bokstav a, som konstaterer at tilsvarende selskaper stiftet i utlandet, men som er hjemmehørende i Norge, kan være omfattet av fritaksmetoden.

Vurderingen av hvor et selskap er skattemessig hjemmehørende vil, i relasjon til denne oppgaven, kunne ha betydning for om et selskap er omfattet som subjekt eller objekt under fritaksmetoden, og om selskapet kan NOKUS-beskattes. En konklusjon som går ut på at et selskap er hjemmehørende i Norge medfører at NOKUS-reglene ikke kommer til anvendelse. Bakgrunnen for dette er at realitetsvilkåret i NOKUS-reglene bare kommer til anvendelse overfor selskaper som anses hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS, jf. sktl. § 10-64, bokstav b. Videre vil en konklusjon som går ut på at selskapet er hjemmehørende i Norge medføre at selskapet uten videre er omfattet som subjekt og objekt under fritaksmetoden, og at realitetsvilkåret som fremgår av sktl. § 2-38 (3), bokstav a og sktl. § 2-38 (5) ikke kommer til anvendelse.

I norsk intern rett er selskapets registreringsland ikke avgjørende for hvor et selskap skal anses skattemessig hjemmehørende.¹⁹ Ved avgjørelsen av om et selskap er hjemmehørende i Norge har Høyesterett gitt sin tilslutning til at det avgjørende er om "(...) selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge."²⁰ Denne uttalelsen gir ikke direkte tilslutning til at det er selskapets ledelse på styrenivå Høyesterett sikter til, men det fremgår av dommens sammenheng at det er ledelsen på styrenivå Høyesterett legger til at grunn utøver den reelle ledelsen av selskapet.

¹⁹ Ot. prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.2, 3. avsnitt.

²⁰ Rt. 2002.1144.

For denne oppgavens del er det imidlertid mest relevant å se på når et selskap anses hjemmehørende i utlandet, herunder om selskapet er hjemmehørende i et annet EØS-land eller alternativt utenfor EØS.

Et selskap kan bli ansett for å være hjemmehørende i mer enn ett land. Dette fordi det enkelte lands interne rett avgjør hvilke kriterier som skal legges til grunn. Enkelte land legger gjennom sin interne rett avgjørende vekt på formelle kriterier som registreringsland etc., mens andre land legger vekt på eksempelvis hvor den reelle ledelsen finner sted. Dette kan medføre at flere land konkluderer med at et konkret selskap er hjemmehørende i de respektive landene.

I de tilfeller hvor det foreligger en skatteavtale mellom de landene hvor selskapet anses hjemmehørende vil denne kunne avgjøre spørsmålet. Dersom det ikke skulle foreligge noen skatteavtale vil dobbeltbeskatning kunne forekomme med mindre landene har kreditregler for skatt ilagt i utlandet.

En konklusjon som går på at et selskap etter internretten er skattemessig hjemmehørende i eksempelvis både Luxembourg og i USA, vil medføre at selskapet i utgangspunktet anses skattemessig hjemmehørende i begge land. Siden kun ett av landene er en EØS-stat, vil realitetsvilkåret bare få betydning hvor skatteavtalen avgjør at selskapet er hjemmehørende i Luxembourg. I de tilfeller hvor selskapet som en følge av skatteavtalen blir hjemmehørende innenfor EØS, får altså skatteavtalen virkning for norsk intern rett ved at selskapet kan bli omfattet av fritaksmetoden.²¹

Det kan stilles spørsmål ved om selskapet som realitetsvurderes må være både skattemessig hjemmehørende i den EØS-staten hvor det er etablert og oppfylle realitetsvilkåret der. Lovteksten i sktl. § 2-38, 5. ledd synes imidlertid ikke å oppstille noe vilkår om at selskapet må være skattemessig hjemmehørende og oppfylle realitetsvilkåret i ett og samme land. En konklusjon basert på dette medfører at fritaksmetoden kommer til anvendelse på selskaper innenfor EØS, uavhengig av om selskapet som realitetsvurderes er hjemmehørende i den stat hvor det er etablert eller i en annen EØS-stat.²²

For den videre fremstillingen i denne oppgaven vil det ligge som en forutsetning at et selskap anses for å være skattemessig hjemmehørende i utlandet. Bakgrunnen for dette er at realitetsvilkåret bare kommer til anvendelse overfor selskaper som anses hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS. For sktl. § 2-38 (5) er dette imidlertid ikke tilfellet.

²¹ Naas o.fl. (2011) s. 550-551.

²² Naas o.fl. (2011) har stilt spørsmål ved det samme, se s. 548.

Realitetsvilkåret kommer til anvendelse i § 2-38 (5) uavhengig av om det aktuelle EØS-selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland eller "normalskatteland".

2.5 Bakgrunnen for at realitetsvilkåret innholdsmessig er det samme etter hhv. fritaksmetoden og NOKUS-reglene

Realitetsvilkåret fremkommer flere steder i skatteloven. I denne delen av oppgaven blir det redegjort kort for at realitetsvilkåret skal forstås på samme måte i de ulike bestemmelsene som oppstiller dette vilkåret. Vilkaåret fremgår blant annet av sktl. § 11-11 (7). Den nærmere betydningen for bestemmelsens betydning for fisjoner, fusjoner og aksjeutbytte behandles ikke nærmere i denne oppgaven. Det går heller ikke inn på realitetsvilkårets betydning i sktl. §§ 10-71 nr. 2 og nr.5 og sktl. § 14-48 nr. 4 og nr. 5. Det relevante er imidlertid, som jeg skal redegjøre for, at realitetsvilkåret skal vurderes på samme måte i alle de aktuelle bestemmelsene.

Etter sktl. § 10-64, bokstav b, foretas det ikke NOKUS-beskatning når "deltakeren dokumenterer at selskapet eller innretningen reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der".

Realitetsvilkåret er formulert på samme måte i regelsettet om fritaksmetoden, jf. sktl. §§ 2-38, 3. ledd, bokstav a og 2-38 (5). Etter disse bestemmelsene skal vurderingen av realitetsvilkåret gjennomføres på "tilsvarende vilkår" måte som fastsatt etter sktl. § 10-64, b.

Av forarbeidene til fritaksmetoden fremkommer det at "(...) formålet om å hindre tilpasninger og skatteomgåelse [tilsier] at det bør stilles samme krav til reell etablering/virksomhet i EØS-staten som i NOKUS-tilfellene."²³ Videre har Skattedirektoratet i BFU 30/09, etter henvisning til ovennevnte sitat fra forarbeidene, lagt til grunn at realitetsvilkåret "normalt" skal fortolkes på samme måte i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene.²⁴ Det faktum at sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a og § 2-38 (5) anvender ordlyden "på tilsvarende vilkår" underbygger dette. Det kan derfor legges til grunn at det ikke er noen realitetsforskjell i begrepene "reelt etablert" og "reell økonomisk aktivitet" i hhv. fritaksmetodens bestemmelser og i NOKUS-reglens bestemmelse. At begrepene innholdsmessig er de samme medfører at de momentene²⁵ som kan ha betydning for vurderingen etter sktl. § 10-64, bokstav b, også er relevante for vurderingen etter sktl. § 2-38, 3. ledd bokstav a og § 2-38 (5). Det samme må antas å gjelde også overfor de andre bestemmelsene i skatteloven hvor realitetsvilkåret er oppstilt.

²³ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2, 1. avsnitt.

²⁴ BFU 30/09, 16. siste avsnitt.

²⁵ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1, 7. avsnitt.

Opprinnelsen til, og innholdet i, realitetsvilkåret vil det redegjøres nærmere for senere i denne avhandlingen.

3 NORGES FORPLIKTELSER ETTER EØS-AVTALEN

3.1 EØS-avtalens grunnlag

EU har et indre marked som skal være felles for medlemslandene. Innenfor dette indre markedet skal varer, tjenester, kapital og personer kunne bevege seg fritt, ofte referert til som de fire friheter.

Norge har valgt å ikke være medlem i EU. Som et alternativ til å være medlem i EU er Norge medlem av EFTA. For å sikre de fire EFTA-landene tilgang til EU's indre marked er det inngått en avtale mellom EFTA og EU, kalt EØS-avtalen. EØS-avtalens formål er å opprette et felles økonomisk samarbeidsområde mellom landene i Europa.

EØS-loven § 1 konstaterer at hoveddelen i EØS-avtalen skal gjelde som norsk lov. Den norske skattepolitikken er i utgangspunktet ikke direkte regulert av EØS-avtalen²⁶, men de norske skattereglene er likevel indirekte påvirket av blant annet forbudene mot å etablere regler som medfører restriksjoner på de fire frihetene. Forøvrig ligger skatt også i utgangspunktet utenfor EU-samarbeidet.

Retten til fri etablering, herunder retten til å fritt kunne foreta selskapsetableringer i andre medlemsstater, er sentralt for opprinnelsen til realitetsvilkåret og vil bli nærmere behandlet under pkt. 3.3. De andre frihetene etter EØS-avtalen vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

3.2 EU-domstolen og EFTA-domstolen

EU-domstolen er den øverste dømmende myndigheten i EU og er et organ som skal sikre en enhetlig praktisering av de EU-rettslige traktatene. Ved tolkning i EØS-avtalen er det EU-domstolens praksis som er den sentrale rettskilden. Ved rettskildemessig anvendelse av denne praksisen er det viktig å forstå tolkningsmetoden domstolen bruker.

²⁶ St.prp. nr. 100 (1991-1992) pkt. 10.3.4

EU-domstolens tolkningsmetode og prejudikatslære vektlegger tidligere avgjørelser, og domstolen skiller ikke vesentlig mellom de premissutsagnene som er avgjørende for resultatet, og de premissutsagn som ikke er avgjørende for resultatet.²⁷

Arnesen og Stenvik (2009) gir følgende redegjørelse for hvordan en skal tolke en dom fra EU-domstolen:

"For å forstå hva som kan utledes av en konkret dom, må man være fortrolig med både hvordan EF-domstolen resonnerer og ordlegger seg, med EF-rettens "prejudikatslære", og med de utviklingstrekk som eventuelt kan spores på det aktuelle rettsområdet. Endelig er det viktig å ha klart for seg hva slags avgjørelser det er snakk om. Det er stor forskjell mellom EF-domstolens avgjørelser i direkte søksmål på den ene side, og prejudisielle tolkningsuttalelser på den annen. I den siste kategorien av saker avgjør ikke EF-domstolen tvisten, den uttaler bare hvordan fellesskapsregelen er å forstå. Dette medfører dels at dommen kan bli temmelig generell i formen, med tilsvarende behov for nyanseringer i fremtiden, og dels at resultatet i den saken som verserer for nasjonal domstol, ikke behøver å være avgjort med EF-domstolens uttalelse. Fellesskapsregelen er jo bare en del av det *rettskildebildet* som den nasjonale dommer må forholde seg til, og avsi dom på grunnlag av. Det er nok også slik at realitetene i den underliggende saken ikke alltid står like klart for EF-domstolen i foreleggssaker som i direkte søksmål, og at dette kan ha betydning for det resultat domstolen kommer til."²⁸

EFTA-domstolen har som oppgave å avgjøre EØS-rettslige spørsmål som oppstår i noen av EFTAs medlemsland. ESA, EFTAs overvåkningsorgan, kan forelegge spørsmål om traktatsbrudd for EFTA-domstolen for pådømmelse. Videre kan et av EFTAs medlemsland, herunder domstolene i de respektive landene, be EFTA-domstolen om å komme med rådgivende uttalelser av EØS-rettslige spørsmål dersom domstolen i det aktuelle medlemslandet har blitt forelagt et EØS-rettslig spørsmål. EFTA-domstolen har samme rolle overfor EFTAs medlemsland som EU-domstolen har overfor sine medlemsland. Det er imidlertid relevant å påpeke at EU-domstolens avgjørelser er retningsgivende også for EFTAs medlemsland og at EFTA-domstolen i stor grad vektlegger EU-domstolens rettspraksis. For denne oppgavens del vil derfor praksis fra begge domstolene ha stor vekt også for norsk etterlevelse av EØS-avtalen og EU-retten. At domstolenes avgjørelser er sentrale for norsk rett, kan utledes av norsk rettspraksis. I Rt. 2000 s. 1811 uttaler førstevorende at;

²⁷ Hovland (2012). Kapittel 2, 5. avsnitt.

²⁸ Arnesen/Stenvik (2009) side 35.

"Det er innlysende at EFTA-domstolens generelle forståelse av EØS-retten må ha stor gjennomslagskraft i norske domstoler. Det samme gjelder EFTA-domstolens konkrete rettsanvendelse i et traktatsbruddsøksmål."²⁹

En inngående redegjørelse for EU-domstolens metodebruk synes det ikke å være rom for innenfor oppgavens omfang. Det påpekes imidlertid kort at det ved rettskildemessig anvendelse av avgjørelser fra EU-domstolen må rettes oppmerksomhet mot at EU-rettens begrepsbruk er autonom, hvilket medfører at innholdet i begrepene ikke nødvendigvis er likt i de ulike medlemsstatene.³⁰

Det vil bli redegjort for Generaladvokatens rolle i EU-domstolen i kapittel 4.3, herunder særlig i forhold til domstolens avgjørelse i sak C-196/04 (Cadbury Schweppes).

3.3 Etableringsretten

Retten til fri etablering over landegrensene er lovfestet i EØS-avtalen og er særlig relevant i forhold til denne oppgaven. Formålet med etableringsretten er å gi selskaper og personer mulighet til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat på en stabil og vedvarende måte. Det følger av EØS-avtalen art. 31 at;

"I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller *datterselskaper* for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium." (*min kursivering*).

EØS-avtalen art. 34 konstaterer at etableringsretten etter art. 31 gjelder tilsvarende for selskaper. For at et selskap skal kunne utøve sin rett til fri etablering innen EØS-området må selskapet være opprettet i samsvar med lovgivningen i en av medlemsstatene. Videre må selskapet ha sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak i en medlemsstat.

Ut i fra EØS-avtalen art. 31, jf. art. 34 må tre vilkår være oppfylt for at retten til fri etablering skal kunne påberopes. Som nevnt ovenfor må det for det første være tale om et selskap

²⁹ Rt. 2000 s. 1811 Finanger I.

³⁰ Hovland (2012). Kapittel 2, 6. avsnitt.

omfattet av avtalen. Videre må det foreligge en eller annen form for etablering, og denne etableringen må være grenseoverskridende mellom to medlemsstater.

Ut i fra en naturlig fortolkning av ordlyden i art. 31 skal bestemmelsen sikre nasjonal behandling i den aktuelle medlemsstaten. Det er imidlertid klart at det etter bestemmelsen er oppstilt et forbud for et selskaps hjemstat å legge restriksjoner på selskapets etablering i en annen medlemsstat.³¹ Dette medfører eksempelvis at den medlemsstat hvor et selskap har sitt morselskap ikke kan legge restriksjoner på dette selskapets etablering av et datterselskap i en annen medlemsstat, hvilket ble slått fast av EU-domstolen allerede i 1988.³² Det samme følger også av nyere EU-praksis.³³

Dersom et selskap etablerer seg i en annen medlemsstat enn der det er opprettet, karakteriseres etableringen som enten en primær eller sekundær etablering.³⁴ En primæretablering betegner de etableringer hvor et selskap flytter sitt hovedkontor eller etablerer et nytt selskap i en annen medlemsstat i den hensikt å underlegge seg den andre medlemsstatens lovgivning.³⁵ Sekundæretableringer foreligger i de tilfeller hvor et selskap beholder sin primære etablering, men ønsker å utvide sin virksomhet til en eller flere medlemsstater og gjør dette ved å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper i andre medlemsstater.³⁶

Uavhengig av om et selskaps etablering kan betegnes som primær eller sekundær, foreligger det en rett til å fritt etablere seg innenfor medlemsstatene. Bestemmelsen i EØS-loven art. 31 kan imidlertid ikke bokstavgitt tolkes. Det følger av bestemmelsen at "(...) det ikke [skal] være noen restriksjoner på etableringsadgangen (...)." Etter EU- og EFTA-domstolens praksis kan det likevel tenkes restriksjoner rettfærdiggjort av tungtveiende allmenne hensyn.³⁷ Det kan også tenkes restriksjoner begrunnet i EØS-lovens art. 33, som konstaterer at særbehandling av fremmede borgere, herunder også selskaper, kan foretas når de er fastsatt ved lov eller forskrift, og at særbehandlingen er "begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen". På bakgrunn av at dette ikke uten videre synes å begrunne særregler på skatterettens område, og på bakgrunn av oppgavens begrensning, går det imidlertid ikke nærmere inn på rekkevidden av denne bestemmelsen her.

³¹ E-7/07 Seabrokers, premiss 28.

³² C-81/87 Daily Mail, premiss 16.

³³ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 49.

³⁴ Forslag til avgjørelse i C-299/02 fra generaladvokaten, premiss 9.

³⁵ Forslag til avgjørelse i C-299/02 fra generaladvokaten, premiss 10.

³⁶ Forslag til avgjørelse i C-299/02 fra generaladvokaten, premiss 11.

³⁷ Zimmer og BA-HR (2014) side 50, pkt. 2.2.2.

EØS-avtalen inneholder lovfestet restriksjonsadgang i eksempelvis artikkel 13. Etter ordlyden i bestemmelsen er det imidlertid klart at denne ikke kommer til anvendelse på eventuelle restriksjoner på etableringsfriheten. For at en restriksjon skal kunne rettfærdiggjøres på etableringsfrihetens område må den derfor kunne begrunnes ut fra læren om tungtveiende allmenne hensyn.

Hva som utgjør en restriksjon er ikke uten videre klart. Det er likevel på det rene at begrepet kan omfatte ulike typer økonomiske, regulatoriske m.v. ulemper, begrensninger, forbehold eller forskjellsbehandling et selskap kan oppleve ved etablering i en medlemsstat. Etter å ha konstatert om det foreligger en restriksjon, må det konkret vurderes om den aktuelle restriksjonen er ulovlig, eller om den kan rettfærdiggjøres på bakgrunn av et eller flere tungtveiende, allmenne hensyn. Realitetsvilkåret, som det vil bli redegjort for senere i denne oppgaven, er et eksempel på en restriksjon som må vurderes om er i tråd med læren om tungtveiende allmenne hensyn.

For at en medlemsstat skal kunne rettfærdiggjøre en restriksjon må den aktuelle restriksjonen oppfylle tre vilkår. Dette for å kunne konstatere at restriksjonen er rettfærdiggjort på grunnlag av tungtveiende allmenne hensyn.³⁸ For det første må restriksjonen være begrunnet i relevante hensyn. For det andre må den aktuelle restriksjonen være egnet til å ivareta formålet, og for det tredje kan ikke restriksjonen gå ut over det som er nødvendig for å ivareta formålet.³⁹ Det bemerkes kort at det av Manninen-avgjørelsen fremgår at eventuelle unntaksregler fra etableringsfriheten skal tolkes strengt.⁴⁰

Det relevante i det følgende er om ulike former for skattemessige restriksjoner kan anses å være en ulovlig restriksjon på etableringsfriheten, eller om restriksjonen kan rettfærdiggjøres på bakgrunn av læren om tungtveiende allmenne hensyn. For denne oppgavens formål er det restriksjoner på selskapsetableringer som er relevante, herunder om det selskapet som etableres som en sekundæretablering er beskyttet av etableringsfriheten ved at det oppfyller realitetsvilkåret.

³⁸ Sejersted m.fl. (2011) side 337, pkt. 17.3.5.3 og side 339, pkt. 17.3.5.4.

³⁹ C-19/92 Kraus, premiss 32.

⁴⁰ C-319/02 Manninen, premiss 28; "intepreted strictly"

3.3.1 Restriksjoner på etableringsfriheten begrunnet i hensynet til å beskytte en medlemsstats skattefundament eller i hensynet til å avverge skatteflukt

Skatteinntekter er en sentral del av den norske stats inntekter. I 2015 utgjorde skatteinntektene 259 milliarder kroner, hvilket tilsvarer omlag 20 prosent av statens totale inntekter.⁴¹ For staten er det derfor viktig å sikre det norske skattefundamentet slik at en ikke mister skatteinntekter.

På bakgrunn av dette taler gode, nasjonale grunner for å kunne beskytte en medlemsstats skattefundament ved å legge restriksjoner på et selskaps etableringsfrihet. Utgangspunktet er imidlertid at medlemsstatene ut fra skattemessige hensyn ikke kan oppstille vilkår i sin lovgivning som begrenser etableringsfriheten innenfor EØS-området.

Spørsmålet om et land på bakgrunn av dette kan legge restriksjoner på etableringsfriheten var oppe for EU-domstolen i ICI-saken.⁴² Storbritannia hadde et regelsett som utgjorde restriksjoner på etableringsretten og anførte overfor domstolen at regelsettet var etablert med bakgrunn i hensynet til å bevare nasjonalt skattefundament.⁴³ EU-domstolen uttalte som svar på dette at beskyttelse av det britiske skattefundamentet ikke kunne brukes som begrunnelse for å rettferdiggjøre forskjellsbehandling.⁴⁴

Ut i fra ovennevnte kan det utledes at det ikke kan etableres restriksjoner på etableringsretten med det formål å verne om det nasjonale skattefundamentet. Begrunnelsen for dette er at formålet med et felles økonomisk marked mellom medlemsstatene undergraves om en medlemsstat kan legge restriksjoner på en selskapsetablering for å ivareta sine egne inntektsmuligheter.⁴⁵

EU-domstolen har lagt til grunn at lovgivning som legger restriksjoner på etableringsfriheten kan være et relevant og egnet hensyn, men bare i de tilfeller hvor formålet er å bekjempe skatteomgåelse.⁴⁶ Skatteplanlegging innebærer at en skattyter eksempelvis foretar transaksjoner, etableringer eller tilpasninger med det formål å redusere skattebelastning. Det er alminnelig antatt at skatteplanlegging er lovlig, så vel nasjonalt som internasjonalt. En

⁴¹ Statsbudsjettet.no – Faktaark: Statens inntekter og utgifter.

⁴² C-264/96 Imperial Chemical Industries plc.

⁴³ C-264/96 Imperial Chemical Industries plc, premiss 25.

⁴⁴ C-264/96 Imperial Chemical Industries plc, premiss 28.

⁴⁵ Brænd (2012). Side 29.

⁴⁶ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 51.

skatteplanlegging kan imidlertid bli ansett for å være en omgåelse, og således vil det være tale om ulovlig skatteplanlegging, eller skatteomgåelse.

Realitetsvilkåret er et eksempel på en restriksjon på etableringsfriheten som er gitt for å bekjempe skatteomgåelse. Som det skal redegjøres for i kapittel 4 er det en forutsetning for NOKUS-beskatning at regelsettet anses for å være proporsjonalt. Med dette menes det at reglene ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet.

EU-domstolen har vurdert om britiske restriksjoner begrunnet i hensynet til å bekjempe skatteomgåelse var proporsjonale i den såkalte Cadbury Schweppes-avgjørelsen. Innholdet i dommen vil bli nærmere presentert i avhandlingens kapittel 4.

4 REALITETSVILKÅRETS BAKGRUNN

4.1 Cadbury Schweppes (C-196/04)

For å forstå opphavet til realitetsvilkåret er det avgjørende å se hen til EU-domstolens avgjørelse i den såkalte Cadbury Schweppes-saken.⁴⁷

Det britiske selskapet Cadbury Schweppes Overseas Ltd ("Cadbury Schweppes") var et morselskap som var etablert og skattemessig hjemmehørende i Storbritannia. Morselskapet eide fullt ut to datterselskaper i Irland. Formålet til de to selskapene i Irland var å skaffe finansielle midler og benytte disse for å finansiere Cadbury Schweppes ordinære forretningsvirksomhet. De to irske selskapene var etablert i IFSC⁴⁸ i Dublin.

Selskapene i Irland ble beskattet for sin ordinære selskapsinntekt etter de lave irske skattesatsene. Britiske myndigheter på sin side beskattet morselskapet for de to irske selskapenes løpende inntekter ved å anvende de britiske CFC-reglene.⁴⁹ Etter de britiske CFC-reglene kan et britisk morselskap bli løpende beskattet for sin andel av datterselskapenes overskudd, forutsatt at det britiske selskapet kontrollerer minst 25 % av et selskap i et lavskatteland.⁵⁰ Etter nærmere definerte vilkår skal imidlertid slik beskatning unnlates. De

⁴⁷ C-196/04 Cadbury Schweppes.

⁴⁸ International Financial Service Center. IFSC er et finansielt servicesenter i Dublin som er omfattet av særlig gunstige, irske, skatteregler.

⁴⁹ Controlled Foreign Corporation/Company.

⁵⁰ Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.3, 2. avsnitt.

britiske CFC-regler har visse likhetstrekk med de norske NOKUS-reglene og det kan legges til grunn at virkeområdet langt på vei er sammenfallende.⁵¹

Et av de første spørsmålene EU-domstolen adresserer i saken er spørsmålet om et morselskap som etablerer et datterselskap i en annen medlemsstat utelukkende av skattemessige årsaker misbruker retten til fri etablering innenfor det frie marked.⁵² Domstolen slår fast at det av EU-domstolens rettspraksis følger som sikker rett at en skattemessig motivert ikke i seg selv innebærer misbruk av retten til fri etablering.⁵³

Det neste og sentrale spørsmålet EU-domstolen måtte ta stilling til var om de britiske CFC-reglene utgjorde en hindring for Cadbury Schweppes' rett til å etablere seg i Irland i medhold av etableringsretten etter EU-traktatens artikkel 43, jf. EØS-avtalen art. 31. Satt på en annen måte måtte EU-domstolen vurdere om CFC-reglene var en (ulovlig) restriksjon på etableringsfriheten.

EU-domstolen uttaler at det å etablere et datterselskap i en annen medlemsstat ikke i seg selv gir grunnlag for å konstatere skatteunndragelse og at en nasjonal regel som begrenser mulighetene for slike etableringer derfor i utgangspunktet krenker den grunnleggende etableringsretten.⁵⁴ Det fremgår imidlertid av neste premiss i avgjørelsen at nasjonale regler som utgjør restriksjoner på etableringsretten likevel kan opprettholdes under en forutsetning av at de kan begrunnes ut fra tungtveiende allmenne hensyn og at reglene er ment å ramme "wholly artificial arrangements" som har til formål å omgå nasjonale regler.⁵⁵ I norsk rett er dette omtalt som "rent kunstige arrangementer".⁵⁶

Formålet med den aktuelle restriksjonen på etableringsfriheten er sentral. I relasjon til CFC-reglene fremgår det av premiss 55 i Cadbury Schweppes-avgjørelsen at;

"(...) the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory."⁵⁷

⁵¹ Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1.

⁵² Cadbury Schweppes, C-196/04 premiss 37.

⁵³ Cadbury Schweppes, C-196/04 premiss 37 og premiss 49.

⁵⁴ Cadbury Schweppes, C-196/04 premiss 50.

⁵⁵ Cadbury Schweppes, C-196/04 premiss 51.

⁵⁶ Se blant annet Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) avsnitt 14.3.

⁵⁷ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 55.

Av dette kan det utledes at formålet med restriksjonen må være å ramme de arrangementer hvor inntekter som tilordnes det utenlandske (datter)selskapet stammer fra aktiviteter som er utøvd i (mor)selskapets hjemland.

De britiske CFC-reglene var begrunnet i hensynet til å motvirke skatteomgåelser, hvilket i utgangspunktet er et relevant hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på etableringsfriheten. For å avgjøre dette må det vurderes om den aktuelle regelen er proporsjonal.

Hensynet bak de aktuelle reglene, i dette tilfellet en stats ønske om å beskytte sitt skattefundament og ramme omgåelse av nasjonale skatteregler gjennom misbruk av etableringsfriheten, må altså ikke gå lenger enn hva som er nødvendig. Dette var en viktig del av EU-domstolens vurdering.

EU-domstolen uttaler i relasjon til proporsjonalitetsvurderingen at CFC-reglene må inneholde unntak;

"In those circumstances, in order for the legislation on CFCs to comply with Community law, the taxation provided for by that legislation must be excluded where, despite the existence of tax motives, the incorporation of a CFC reflects economic reality."⁵⁸

Den generelle uttalelsen ovenfor er gitt på bakgrunn av at domstolen ikke tok stilling til om de britiske CFC-reglene var i strid med etableringsretten, men lot det være opp til britiske myndigheter å vurdere om de interne britiske CFC-reglene var i strid med etableringsretten i forhold til de rammene EU-domstolen oppstilte i saken. Ut fra det ovennevnte kan det derfor konstateres at en nasjonal restriksjonsregel ikke kan medføre at et utenlandsk selskap etablert i en annen EØS-stat blir beskattet dersom aktiviteten i selskapet er reell. Dette gjelder også i de tilfeller hvor det foreligger skattemessige motiver for selskapsetableringen.

På bakgrunn av at de britiske CFC-reglene også rammet de datterselskaper som faktisk var skattemessig hjemmehørende i et lavskatteland innenfor det felles europeisk-økonomiske samarbeidsområde, kom domstolen til at reglene ikke bestod proporsjonalitetsvurderingen. Reglene var dermed i strid med etableringsfriheten. Konkret medførte dette at reglene ikke berettiget CFC-beskatning av datterselskapene i Irland.

⁵⁸ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 65.

Etableringsrettens formål, det å gi en statsborger i en EU-stat anledning til å delta i en annen medlemsstats økonomiske liv på en stabil og vedvarende måte, er særlig relevant i denne vurderingen. EU-domstolen kom som nevnt over til at reglene måtte inneholde unntak. I relasjon til dette ble det påpekt at et vilkår for at en etablering skal være beskyttet av retten til fri etablering er at datterselskapet er reelt etablert i den aktuelle medlemsstaten. Ut fra dette utledet EU-domstolen et syn som oversatt til norsk kan konstateres til å være et krav om at et (datter)selskap må være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet i den andre medlemsstaten for at selskapet skal ha rett til å utøve sin rett til fri etablering.⁵⁹ Vurderingen skal baseres på objektive omstendigheter synbare for tredjeparter.⁶⁰ Det aktuelle selskapet må gis anledning til å fremskaffe bevis på at etableringen er reell og at det drives reell økonomisk aktivitet i EØS-landet.⁶¹ Nasjonale myndigheter har, som også EU-domstolen påpeker, anledning til å innhente informasjon i selskapet i medhold av EUs direktiv om gjensidig bistand.⁶²

En kan på bakgrunn av det ovennevnte konkludere med at EU-retten har gitt sin tilslutning til at det i tråd med retten til fri etablering innenfor det indre markedet er tillatt å etablere seg der en selv mener lovgivningen passer sin virksomhet best. Dette er det klare utgangspunkt og er også gjeldende for etableringer som foretas i medlemsstater som har gunstigere beskatningsregler enn andre medlemsstater. En forutsetning for at en slik etablering skal kunne anses for å være innenfor etableringsretten er imidlertid at det ikke er tale om "wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally payable".⁶³

4.2 Kunstige arrangement

EU-domstolen uttaler i Cadbury Schweppes-avgjørelsen at en nasjonal restriksjonsregel på etableringsfriheten kan være rettfærdiggjort der den "specifically relates to wholly artificial arrangements".⁶⁴ I tråd med domstolens avgjørelse må restriksjonen som nevnt være begrunnet ut i fra tungtveiende allmenne hensyn. Som redegjort for i kapittel 3 er det ved denne vurderingen sentralt om regelen består proporsjonalitetsvurderingen. I premiss 55 i dommen konkluderer domstolen med at en selskapsrettslig etablering i utgangspunktet er beskyttet av etableringsretten. Dette gjelder imidlertid ikke for selskapsetableringer som kan

⁵⁹ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75.

⁶⁰ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 67.

⁶¹ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 70.

⁶² C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 71.

⁶³ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75.

⁶⁴ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 51.

konstateres til å være skattemessig motiverte, kunstige, etableringer uten økonomisk realitet.⁶⁵ På bakgrunn av dette er spørsmålet som må besvares hva EU-domstolen legger i uttrykket "wholly artificial".

For at det skal foreligge en beskyttelsesverdig etableringsrett konstaterer domstolen at det må foreligge "an actual establishment". Videre må formålet med denne selskapsetablering være å "carry on genuine economic activities".⁶⁶ Dersom selskapsetableringen ikke oppfyller dette konkluderer EU-domstolen med at det foreligger "a wholly artificial arrangement";

"If checking those factors leads to the finding that the CFC is a *fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity* in the territory of the host Member State, the creation of that CFC must be regarded as having the characteristics of a wholly artificial arrangement".⁶⁷ (*Min utheving*).

Hva som er et rent kunstige arrangement lar seg ikke avgjøre uten videre. Det er imidlertid på det rene at det inneholder både et subjektivt og et objektivt krav. Det subjektive kravet relaterer seg til at en må påvise at det subjektive formålet med etableringen var å spare skatt. Denne vurderingen skal foretas ut i fra objektive omstendigheter, synbare for tredjemann.⁶⁸ Sagt på en annen måte må det, for å konkludere at det foreligger et rent kunstig arrangement, fremgå av objektive omstendigheter at skattyters subjektive motiv var å spare skatt.

Domstolen uttaler videre at man må konkludere med at et selskap er et rent kunstig arrangement dersom man etter en vurdering basert på objektive karakteristika kommer til at det ikke utøves noen økonomisk virksomhet og at selskapet dermed er en fiktiv etablering.⁶⁹ Det kan i denne vurderingen legges særlig vekt på om selskapet har lokaler, ansatte og utstyr i etableringsstaten.⁷⁰

Ved å sammenholde det ovennevnte med at domstolen uttaler at CFC-reglene kommer til anvendelse dersom opprettelsen av et CFC-selskap ikke reflekterer en økonomisk realitet⁷¹, kan det legges til grunn at domstolen oppstiller vilkår for vurderingen av det aktuelle selskapet.

⁶⁵ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 55.

⁶⁶ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 66.

⁶⁷ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 68.

⁶⁸ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 67.

⁶⁹ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 68.

⁷⁰ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 67.

⁷¹ C-196/04, Cadbury Schweppes, premiss 65.

Vilkårene EU-domstolen oppstiller er kort oppsummert knyttet til selskapets tilstedeværelse og den økonomiske aktiviteten selskapet foretar i egenskap av denne tilstedeværelsen.

4.3 Innføringen av realitetsvilkåret i norsk lovtekst

Forut for innføringen av realitetsvilkåret oppstod det tilpasninger med sikte på å føre inntekter fra lavskatteland utenfor EØS inn under gunstigere beskatningsregler. Inntekter fra et selskap i et lavskatteland utenfor EØS kunne eksempelvis deles ut som utbytte til et selskap hjemmehørende i et land innenfor EØS under beskyttelse av skatteavtale mellom lavskattelandet og den aktuelle EØS-staten. Uten realitetsvilkåret kunne dette utbyttet igjen deles ut og videreføres til et morselskap i Norge skattefritt. Det oppstod også lignende tilpasninger motsatt vei for å bringe et utbytte fra et norsk selskap videre til utenlandske aksjonærer uten at dette utbyttet ble ilagt kildeskatt.

Norske myndigheter måtte i etterkant av Cadbury Schweppes-avgjørelsen foreta endringer i de daværende NOKUS-reglene for å sikre at disse var i overensstemmelse med EØS-retten. Bakgrunnen for dette er at departementet anså de britiske CFC-reglene som sammenfallende med NOKUS-reglene, men at NOKUS-reglene ikke ville bestå proporsjonalitetsvurderingen som EU-domstolen omtaler i Cadbury Schweppes-saken, jf. ovenfor. En kan se på Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) som Finansdepartementets tolkning av Cadbury Schweppes-avgjørelsen, hvor departementet i forhold til CFC-reglene uttaler følgende;

”Selv om de norske NOKUS-reglene ikke er identiske med de britiske CFC-reglene, er virkeområdet langt på vei sammenfallende. Dommen [Cadbury Schweppes-avgjørelsen] må derfor anses å være retningsgivende ved avgjørelsen av om NOKUS-reglene er forenlige med EØS-avtalen. På samme måte som de britiske CFC-reglene innebærer NOKUS-reglene at eiere av selskaper som omfattes av reglene behandles mindre gunstig enn norske skattytere som etablerer selskaper i Norge eller i andre skattejurisdiksjoner hvor disse reglene ikke kommer til anvendelse.”⁷²

Det kan stilles spørsmål ved om lovgiver i etterkant av Cadbury Schweppes-avgjørelsen burde foretatt en fullstendig vurdering av om NOKUS-reglene i seg selv er i tråd med EU-retten, herunder om EU-domstolens krav til reelt etablert nødvendiggjorde en vurdering av om de legislative hensynene bak NOKUS-reglene fortsatt kunne tjene som begrunnelse. Lovgiver

⁷² Ot. Prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.1.2., 2. avsnitt.

foretok imidlertid ikke noen slik vurdering i forarbeidene⁷³, og det går på bakgrunn av denne oppgavens begrensning ikke nærmere inn på dette her.

Det legislative hensynet bak å innføre et vilkår om at selskapet må være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet var altså å sikre at de norske NOKUS-reglene var i overensstemmelse med EU-retten, herunder å sikre at reglene var proporsjonale. Dette var ikke tilfellet for innføringen i fritaksmetoden. For fritaksmetodens del ga Cadbury Schweppes-avgjørelsen lovgiver en anledning til å stramme inn på skattefritaket som ble skattytere til del gjennom fritaksmetoden. Hensikten med regelendringen for fritaksmetodens del fremkommer også av forarbeidene. Lovgiver uttaler at formålet om å hindre skatteomgåelse og tilpasninger tilsier at det bør oppstilles et realitetsvilkår også i fritaksmetoden for de tilfeller hvor anvendelsen av fritaksmetodens regler avhenger av om selskapet er hjemmehørende i eller utenfor en EØS-stat.⁷⁴ Samme sted fremgår det videre at;

"Med et slikt krav vil man for eksempel motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten. En slik gjennomstrømning med skattefrihet som virkning ville være i strid med formålet bak fritaksmetoden om å unngå kjedebeskatning og ville også kunne medføre utilsiktet tap av skattegrunnlag til utlandet. Både hensynet til å hindre skatteunngåelse og hensynet til en balansert allokering av beskatningskompetansen tilsier følgelig at fritaksmetodens anvendelsesområde strammes inn i den grad en slik innstramning ikke er i konflikt med EØS-avtalens krav."

Ut fra det ovennevnte kan det utledes at hensikten bak å innføre realitetsvilkåret også for fritaksmetodens del var å hindre skatteunngåelse og besørge en balansert allokering av beskatningskompetansen. Innføringen av realitetsvilkåret bidrar til dette, men det bør også nevnes at regelendringen medførte en økning i det norske skattegrunnlaget og det er nærliggende å anta at dette også var et av hovedhensynene bak innføringen av realitetsvilkåret i fritaksmetoden.

⁷³ Hovland (2012). Se Hovlands note nr. 69.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 1 (2007-2008), pkt. 14.4.2

5 INNHOLDET I REALITETSVILKÅRET

5.1 Innledning

Hovedformålet med dette kapitlet er å se på hva som innholdsmessig ligger i realitetsvilkåret, med særlig vekt på den norske tolkningen. Det norske rettskildebildet består i all hovedsak av, i tillegg til lovtekst, uttalelser fra blant annet Finansdepartementet, bindende forhåndsuttalelser (BFU) fra Skattedirektoratet og lovforarbeider. EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken vil for alle tilfeller være retningsgivende for om den norske forståelsen og anvendelsen av realitetsvilkåret er riktig og i tråd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Den videre fremstillingen behandler realitetsvilkåret både for fritaksmetodens del og for NOKUS-tilfelles del samlet.

Realitetsvilkåret kom inn i NOKUS- og fritaksmetodens regelsett med virkning for hhv. inntektsåret 2007 og 2008. I forarbeidene utdypet Finansdepartementet, som nevnt i kapittel 4, hvordan realitetsvilkåret skulle forstås. Finansdepartementet har siden innføringen av realitetsvilkåret kommet med flere uttalelser som sammen med Skattedirektoratets uttalelser i blant annet en rekke BFU'er har nyansert innholdet i realitetsvurderingen.

Som redegjort for ovenfor skal kravet til reell etablering og reell økonomisk virksomhet forstås på samme måte både i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene. Kjernen er at skattlegging etter de aktuelle bestemmelse ikke skal foretas når *selskapet eller innretningen er reelt etablert i en EØS stat og driver reell økonomisk aktivitet i den aktuelle EØS-staten*.

Til tross for at det ut i fra ordlyden kan argumenteres for at "reelt etablert" og "reell økonomisk aktivitet" er to vilkår, vil det sjelden forekomme at de to vilkårene blir vurdert isolert. En konklusjon som går ut på at et selskap driver reell økonomisk aktivitet vil som regel også implisitt omfatte en konklusjon som går ut på at selskapet er reelt etablert. Motsatt er det vanskelig å tenke seg at et selskap er reelt etablert, men ikke driver reell økonomisk aktivitet. For alle tilfeller foretar lovgiver en gjennomgående felles redegjørelse i forarbeidene. Det kan derfor legges til grunn at det er tale om ett vilkår.

At det i henhold til norsk lovtekst må foreligge en reell etablering og reell økonomisk aktivitet for oppfyllelse av realitetsvilkåret kan utledes av EU-domstolens premiss nr. 75 i avgjørelsen. Av premisset fremgår det at selskapet må være "actually established" i medlemslandet og at en forutsetning for oppfyllelse av vilkåret er at selskapet "carries on genuine economic activities there".⁷⁵

⁷⁵ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75.

Etter EU-domstolens premiss 75 nevnt over må altså selskapet drive "genuine economic activities there" (*min kursivering*). Det kan stilles spørsmål ved om dette innebærer at selskapet må drive all sin økonomiske aktivitet i etableringslandet. EU-domstolens avgjørelse i VT4-saken gir imidlertid anvisning for hvordan dette skal forstås i relasjon til retten til fri etablering. Det fremgår i premiss 22 at;

"The Treaty does not prohibit an undertaking from exercising the freedom to provide services if it does not offer services in the Member State in which it is established."⁷⁶

Den ovennevnte uttalelse kan tas til inntekt for at ikke all økonomisk aktivitet som det aktuelle selskapet utøver må være rettet mot innenlandske tjenestemottakere, hvilket heller ikke synes å være tvilsomt. Denne forståelsen synes også å være i tråd med stadig sterkere globalisering, herunder handel og tjenesteyting over landegrensene.

Ved innføringen av realitetsvilkåret fremgår det av forarbeidene at lovgiver anser at følgende momenter må inngå i vurderingen av om et selskap kan konstateres å være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet;

"For at etableringen og virksomheten skal anses reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet."⁷⁷

Av forarbeidene fremgår det at det må foretas en "konkret vurdering". Det kan ut i fra dette legges til grunn at det skal foretas en helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Forøvrig må de ovennevnte momenter nyanseres i relasjon til hvilken selskapstype det er tale om, og om de relevante momentene som anvendes er i tråd med EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes.

⁷⁶ C-56/96 VT4, premiss 22.

⁷⁷ Ot. prp. nr. 1 (2007-2008), pkt. 14.4.1, avsnitt 7.

Formålet med vurderingen av om selskapet oppfyller realitetsvilkåret er å komme frem til en konklusjon som går ut på at selskapet gjennom sin virksomhet deltar, eller ikke deltar, i etableringsstatens næringsliv.

I forbindelse med lovendringen ble det uttalt en rekke retningslinjer. Lovgiver uttaler om disse retningslinjene at:

"Dommen [Cadbury Schweppes-avgjørelsen] lest i sammenheng med generaladvokatens innstilling av 2. mai 2006 gir likevel klare retningslinjer. Ved at NOKUS-reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene."⁷⁸

Som det fremgår av det ovennevnte sitat har lovgiver hentet relevante momenter fra både Generaladvokatens uttalelse⁷⁹ og fra EU-domstolens avgjørelse. Det er imidlertid viktig å være klar over at Generaladvokatens uttalelser omkring den fysiske tilstedeværelsen som kan kreves av selskapet i etableringslandet ikke er fulgt opp i sin helhet i den endelige avgjørelsen fra EU-domstolen.

For ordens skyld bemerkes at det av Cadbury Schweppes-avgjørelsen fremgår at overordnede momenter som lokaler, ansatte og utstyr er relevante for vurderingen.⁸⁰ Generaladvokaten, og derunder altså lovgiver i Norge, legger en mer inngående vurdering til grunn.

Generaladvokaten konstaterer i sitt forslag til avgjørelse at det må foretas en vurdering av om sekundæretableringen har økonomisk verdi for primæretableringen (premiss 111) og om det har lokaler, ansatte og utstyr (premiss 112). Videre må det vurderes hva de ansatte gjør og om de har kompetanse til det arbeidet de utfører, og hva slags avgjørelser de ansatte kan ta (premiss 113).⁸¹ Isolert sett fremstår dette som relevante momenter. Spørsmålet er imidlertid om de er en del av EU-domstolens avgjørelse. Av Generaladvokatens forslag taler EU-domstolen bare om "(...) premises, staff and equipment".⁸² Domstolen foretar heller ingen vurdering av hvorvidt en må gå inn på hva slags kompetanse de ansatte har, derunder heller ikke om de har myndighet til å ta avgjørelser.

⁷⁸ Ot. prp. nr. 1 (2007-2008), pkt. 14.4.1, avsnitt 5.

⁷⁹ Forslag til avgjørelse i C-196/04 fra generaladvokaten, se premiss 110 – 114.

⁸⁰ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 67.

⁸¹ Forslag til avgjørelse i C-196/04 fra generaladvokaten.

⁸² C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 67.

Spørsmålet som kan stilles er hvilken betydning det har for norsk lovgivers bruk av de momenter i Generaladvokatens uttalelse som EU-domstolen ikke positivt har gitt sin tilslutning til.

Av Lisboa-traktaten art. 252⁸³ følger det at Generaladvokaten overfor EU-domstolen skal avgi fullt ut upartiske og uavhengig begrunnede innstillinger. Det er imidlertid sikker rett at EU-domstolen ikke er bundet av Generaladvokatens uttalelser. Det er på bakgrunn av dette relevant å se på momentene i Generaladvokatens innstilling og hva slags overføringsverdi disse har i forhold til de norske lovforarbeidene. Enkelte har argumentert for at Generaladvokatens innstilling er sammenlignbar med forarbeidene til norske lover.⁸⁴ Jeg er ikke enig i dette. Det faktum at domstolen ikke er bundet av Generaladvokatens uttalelser medfører at det kan forekomme motstrid, herunder også motstridende resultat. Domstolen kan også dømme på alternative grunnlag. Dette underbygger en påstand om at en ikke uten videre kan legge Generaladvokatens innstilling til grunn med trinnhøyde sammenlignbart med norske lovforarbeider.

I forbindelse med at det ble stilt spørsmål ved den norske lovfestingen av realitetsvilkåret uttalte Finansdepartementet, etter å ha gjennomgått blant annet hvilke vurderingsmomenter som skal inngå i drøftelsen av om et selskap oppfyller vilkåret, følgende i et brev til EFTA;

"The requirements above are in line with the requirements established in *Cadbury Schweppes*, cf. para. 64-75 of the judgement of the Court and para. 111-118 of the opinion of Advocate General Lèger."⁸⁵

Finansdepartementet har i et senere brev til EFTA uttalt at realitetsvilkåret er ment å komme til anvendelse på "fictitious arrangements"⁸⁶, mens dette ikke kan utledes fra hverken forarbeidene eller av EU-avgjørelsen.

Dette underbygger et syn om at lovgiver har anvendt et bredere spekter av kilder enn EU-domstolens avgjørelse for å komme frem til innholdet i det norske realitetsvilkåret.

Utgangspunktet i norsk rett er at forarbeider er en sentral rettskilde og således er de momentene som fremkommer der av forholdsvis stor rettskildemessig vekt, uavhengig av om de er hentet fra den ene eller den andre kilden. I dette tilfellet er det imidlertid et lovforarbeid

⁸³ Traktaten om Den europeiske union og Den europeiske unions virkemåte.

⁸⁴ Solberg (2014), pkt. 1.3.2.

⁸⁵ FINs brev av 26.02.2008, side 2, 4. avsnitt, 1. setning.

⁸⁶ FINs brev av 06.11.2009, 3 avsnitt.

som er direkte foranlediget av Cadbury Schweppes-avgjørelsen. Det forelå på tidspunktet for utarbeidelsen av det norske regelsettet en situasjon hvor lovgiver anså at denne avgjørelsen hadde medført at NOKUS-reglene måtte bringes i samsvar med EU-retten, og det kan på bakgrunn av dette argumenteres for at lovgiver må utvise særlig aktsomhet i sine formuleringer for å sikre overensstemmelse.

At EU-domstolen i sin avgjørelse er mindre detaljert en Generaladvokatens innstilling kan ha sin bakgrunn i at EU-domstolen er satt med dommere fra en rekke ulike land. I Cadbury Schweppes-avgjørelsen var domstolen i tillegg satt med Grand Chamber. EU-domstolens avgjørelser skal være fellesprodukter som skal være rettsskapende og stå for den generelle rettsutviklingen i EU, men det faktum at dissenser og forhandlinger ikke blir publisert medfører at avgjørelsene innholdsmessig kan bære preg av kompromisser og vage formuleringer for å få det nødvendige flertall for å kunne avsi dom.⁸⁷

Det faktum at det utvalget av retningslinjer EU-domstolen omtaler også fremkommer av Generaladvokatens uttalelse taler for at domstolen har sett hen til uttalelsen og at domstolen har tiltrådt de av Generaladvokatens retningslinjer som domstolen er enig i at skal inngå i vurderingen. Motsetningsvis kan det derfor argumenteres for at EU-domstolen har vurdert Generaladvokatens uttalelse og positivt angitt hvilke av momenter som skal inngå i realitetsvurderingen.

At domstolen ikke aktivt gir sin tilslutning til Generaladvokatens uttalelse, men har gitt sin tilslutning til et fåtall av retningslinjene i den, tilsier at Generaladvokatens retningslinjer som helhet må antas å ha forholdsvis begrenset vekt.⁸⁸ Det faktum at uttalelsene til Generaladvokaten ikke fullt ut vil kunne anvendes for alle virksomhetstyper, eksempelvis overfor aksjefond, underbygger denne påstanden.

At uttalelsene ikke er anvendelige for alle virksomhetstyper er uomtvistet.⁸⁹ Det er i denne sammenheng viktig å være klar over at EU-domstolens uttalelse omkring relevansen av om selskapet hadde lokaler, ansatte og utstyr er gitt i en konkret sak og overfor en konkret virksomhet. Cadbury Schweppes-avgjørelsen var videre en prejudisiell avgjørelse, og uttalelsene fremkom under proporsjonalitetsvurderingen som EU-domstolen foretok.⁹⁰

⁸⁷ Hovland (2012). Kapittel 2, avsnitt 7 og 8.

⁸⁸ Brænd (2012). side 36.

⁸⁹ Se nærmere om aksjefond og andre selskaper senere i denne avhandlingen.

⁹⁰ Hovland (2012). Kapittel 3.6.6., avsnitt 3, særlig note 40.

Etter mitt skjønn kan det ut fra det ovennevnte konkluderes med at Generaladvokatens uttalelse skiller seg fra EU-domstolens avgjørelse og at Generaladvokaten foreslår mer inngående vurderinger omkring selskapets ansatte og deres kvalifikasjoner og fullmakter enn hva EU-domstolen har gitt sin tilslutning til. Dette svekker igjen den rettskildemessige betydningen av de norske lovforarbeidene, da disse som nevnt anvender Generaladvokatens vurderingsmomenter i større grad enn EU-domstolen.

På bakgrunn av dette er det etter mitt syn ikke riktig at realitetsvilkåret vil være i tråd med de norske EØS-forpliktelsene dersom Generaladvokatens retningslinjer blir anvendt fullt ut.^{91 92} Det er imidlertid slik at det ikke er tvilsomt at det er EU-domstolens praksis som skal legges til grunn dersom det er motstrid mellom norsk intern rett og EU-domstolens avgjørelser. Uavhengig av dette er det ikke heldig at det norske rettskildebildet skiller seg fra hva som kan utledes som gjeldende EU-rett. Den rettsanvender som benytter seg av forarbeidene som momentliste for å undersøke om en selskapsetablering oppfyller realitetsvilkåret vil kunne få inntrykk av at det er flere vilkår enn det EU-domstolen har oppstilt som må oppfylles for at selskapsetableringen skal kvalifisere til oppfyllelse av realitetsvilkåret.

5.2 Betydningen av om etableringen er skattemessig motivert

Det er sentralt ved vurderingen av om et selskap er omfattet av substanskravet om etableringen av selskapet er skattemessig motivert eller forretningsmessig motivert. Dette er en del av skattyters subjektive motiver for etableringen. Det fremgår av Cadbury Schweppes-avgjørelsen at hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer består av et objektivt og et subjektivt krav, som av EU-domstolen defineres slik;

"In order to find that there is such an arrangement there must be, in addition to a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage, objective circumstances showing that, despite formal observance of the conditions laid down by Community law, the objective pursued by freedom of establishment, as set out in paragraphs 54 and 55 of this judgement, has not been achieved (...)." ⁹³

Dette må forstås dit hen at det for å konstatere at en selskapsetablering er et rent kunstig arrangement for det første må foreligge et skattemotiv. For det andre må det, forutsatt at det foreligger objektive karakteristika, konstateres at disse er konstruert for at selskapet fremstår som reelt.

⁹¹ Ot. Prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1, avsnitt 5.

⁹² Brænd (2012). Side 37.

⁹³ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 64.

Dersom et selskap anses for å være etablert i et lavskatteland innenfor EØS på bakgrunn av forretningsmessige motiver, vil det ikke være påkrevet med en vurdering av om selskapet har substans i form av deltakelse på en vedvarende måte i etableringsstatens næringsliv, om selskapet har lokaler, ansatte etc. Motsetningsvis medfører dette at skattemyndighetene må konkludere med at en selskapsetablering er skattemessig motivert for å kunne konstatere at realitetsvilkåret ikke er oppfylt.⁹⁴

Skatteloven oppstiller intet krav om at det må foreligge et skatteomgåelsesmotiv for at skattemyndighetene skal kunne ilegge selskapet skatt. Dette ligger tilsynelatende under vurderingen av om et selskapet kan anses for å være "reelt". EU-domstolen uttalte i Emsland-Starke-avgjørelsen at kravet inneholder et subjektivt element, hvor skattyter med hensikt må ha etablert kunstige arrangementer for å oppnå fellesskapsregler.⁹⁵

I Halifax-avgjørelsen fremgår det samme. I Premiss 75 konstaterer EU-domstolen at det må fremgå av flere objektive omstendigheter at det primære formålet bak de foretatte handlinger er å oppnå skattefordeler.⁹⁶

Det kan ut fra de ovennevnte uttalelser legges til grunn at det må foreligge et skatteomgåelsesmotiv. I relasjon til dette uttaler Finansdepartementet i sin uttalelse av 29. september 2009 at;

"Formålet med å avgrense anvendelsesområde til reelt etablerte selskaper/reell økonomisk aktivitet, er å utelukke tilfeller hvor det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye. Det må således foretas en vurdering av de subjektive motiver for arrangementet. For å påvise de subjektive motiver, må det imidlertid ses hen til de objektive karakteristika. Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelig objektive omstendigheter (synbare for tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten. Det er i forarbeidene angitt flere momenter som er relevante i denne sammenheng. Etter departementets syn vil disse momentenes relevans og vekt variere ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes."

⁹⁴ Utv. 2010 s. 1240, pkt. 4.

⁹⁵ C-110/99 Emsland-Starke, premiss 53.

⁹⁶ C-255/02 Halifax, premiss 75.

Ut fra dette kan det utledes at en skattemessig motivert etablering likevel kan oppfylle realitetsvilkåret, forutsatt at objektive omstendigheter støtter at selskapet hadde forretningsmessige grunner for etableringen i lavskattelandet. Dette er det gode grunner for. Dersom en ikke kan påvise noen objektive omstendigheter til støtte for at etableringen er reell, vil det mest naturlige være å falle tilbake på en konklusjon som går ut på at selskapet er etablert med det formål å spare skatt. Det er imidlertid anerkjent og i tråd med etableringsretten at skattemotiv ikke utelukker at et selskap kan påberope seg retten til fri etablering. Spørsmålet blir satt på spissen når en skal trekke grensen i forhold til skattemotiv som anerkjent etableringsmotiv på den ene siden og hensikten om å forhindre kunstige arrangementer på den andre siden.

I evalueringen av skattereformen fra 2006 uttaler Finansdepartementet at de anser at det subjektive motivet bak etableringen må tre sterkere frem i de tilfeller hvor det er mangel på objektive fakta.⁹⁷ Videre konkluderer departementet med at der hvor en ikke kan påvise objektive omstendigheter til støtte for en forretningsmessig motivert selskapsetablering, vil det måtte ses hen til det subjektive motivet for etableringen av det aktuelle selskapet. Dersom det ut fra det subjektive momentet "klart" kan legges til grunn at det er skatteomgåelse som var motivet, er departementet av den oppfatning av at dette stenger for et selskaps mulighet til å bli ansett for etablert av forretningsmessige grunner, uavhengig av om selskapet i utgangspunktet er organisert på tilsvarende måte som norske (holding)selskaper.

I denne sammenheng kan det stilles spørsmål ved om det i forhold til realitetsvilkåret stilles strengere krav til substansen i eksempelvis et utenlandsk holdingselskap enn hva som stilles av krav til substans i et norsk holdingselskap.

Holdingselskaper, i Norge og i utlandet, driftes på ulike måter og har ulik aktivitet. Det er imidlertid neppe for dristig å anta at en stor del av norske holdingselskaper er etablert ene og alene med det formål å eie aksjer i et underliggende selskap, og at disse i det store og det hele har begrenset aktivitet ut over å eie aksjer og foreta beslutninger og utføre handlinger knyttet til utdelt utbytte fra underliggend(e) selskap(er). Således foreligger det sjelden substans i form av lokaler, ansatte m.v.

I Norge ble det etter skattereformen i 2006 innført skatt på utbytte, samtidig som fritaksmetoden ble innført slik at aksjeselskaper m.v. ikke lenger betaler skatt på aksjeutbytter og aksjegevinster. Dette medførte at det ble mer attraktivt å opprette holdingselskap og eie det underliggende selskapet gjennom holdingselskapet i steden for at den personlige aksjonæren

⁹⁷ Meld. St. 11 (2010-2011) Punkt 9.8.2, avsnitt 17.

eide selskapet direkte. Bakgrunnen for dette er at skattyter gjennom holdingselskapet utsetter beskatningen på sin egen hånd, og således kan beholde verdiene i holdingselskapet og dermed reinvestere utbytte og gevinster før beskatning skjer.

Det ovennevnte må kunne karakteriseres som en skattemessig motivert etablering av et holdingselskap.

Norske holdingselskap i en norsk holdingstruktur vil alltid være omfattet av fritaksmetoden, uavhengig av hvor lite substans som eksisterer i det overliggende holdingselskapet. Ved vurderingen av om et utenlandsk holdingselskap oppfyller realitetsvilkåret ser det imidlertid ut til at terskelen er høyere. Som det fremgår av Aberdeen-avgjørelsen, som det skal redegjøres nærmere for senere, er det i strid med etableringsretten å ikke gi det utenlandske selskapet det samme skattefritaket som et hjemmehørende selskap blir til dels, forutsatt at selskapene er "in a comparable situation".⁹⁸

Etter mitt syn er det interessant at et utenlandsk selskap (aksjefond) i tråd med Finansdepartementets uttalelse inntatt i Utv. 2009 s. 1280 skal vurderes etter hvordan den aktuelle selskapstypen driftes i den aktuelle medlemsstaten, og dernest vurderes om dette er i tråd med hvordan selskapstypen blir driftet i Norge. Det må kunne legges til grunn at den aktuelle selskapstypen, i dette tilfellet holdingselskaper, driftes med tildels fraværende substans i Norge. At det ut i fra skattemyndighetenes praksis ser ut til at substansen må komme sterkere frem i utenlandske holdingselskaper enn i norske, er imidlertid problematisk.⁹⁹

I samme uttalelse som nevnt over fremgår det også at Finansdepartementet innfortolker at det i kravet til reelt etablert ikke kan foreligge et skattemotiv for etableringen. Departementet uttaler under pkt. 3 at;

"Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten."¹⁰⁰

Sagt på en annen måte konkluderer Finansdepartementet med at dersom det ikke lykkes i å påvise at det er forretningsmessige grunner for etableringen, så er etableringen en

⁹⁸ C-303/07 Aberdeen, premiss 44.

⁹⁹ Se særlig i denne sammenheng BFU 2/14.

¹⁰⁰ Utv. 2009 s. 1280, pkt. 3, 2. avsnitt, siste punktum.

skattemessig motivert etablering. Det kan ut fra dette utledes at Finansdepartementet i slike tilfeller mener at det må det konkluderes med at det aktuelle selskapet ikke oppfyller realitetsvilkåret. Dette er etter mitt skjønn i strid med EU-domstolens praksis. Av Cadbury Schweppes-avgjørelsen fremgår det i premiss 50 at det er "settled case-law that any advantage resulting from the low taxation to which a subsidiary established in a Member State other than the one in which the parent company was incorporated is subject cannot by itself authorise that Member State to offset that advantage by less favourable tax treatment of the parent company". Det er altså ikke alene nok med et skattemotiv. Videre konkluderer EU-domstolen i premiss 49 med at det at et morselskap i en medlemsstat etablerer et datterselskap i en annen medlemsstat ikke medfører en generell antagelse om at etableringen er skattemessig, og således rettfærdiggjør tiltak som direkte er i strid med retten til fri etablering.

De to ovennevnte premiss i Cadbury Schweppes-avgjørelsen underbygger etter mitt skjønn en påstand om at en ikke uten videre kan konkludere med at en selskapsetablering er et rent kunstig arrangement dersom det ikke kan påvises forretningsmessige motiver for etableringen.

Spørsmålet blir da hva som kreves for å konstatere at det foreligger et skattemotiv eller at det foreligger et forretningsmessig motiv, hvilket ikke lar seg avgjøre uten videre. I norsk intern rett er rettskildebildet relativt tynt, men Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser av nyere dato kan tjene som eksempler på rettsanvendelsen.

5.2.1 Bindende forhåndsuttalelser fra 2015 og 2016

Et motiv som ofte blir påberopt av selskaper som søker å oppfylle realitetsvilkåret, er at jurisdiksjonen i det aktuelle etableringslandet er kjent for selskapets eiere, som i mange tilfeller kommer fra forskjellige land. Det samme motivet påberopes også som motiv for å kunne tiltrekke seg potensielle investorer. Når utenlandske eiere går sammen om en selskapsetablering vil det å etablere selskapet i et land hvor jurisdiksjonen er kjent for alle i utgangspunktet måtte kunne karakteriseres som et forretningsmessig motiv for den aktuelle selskapsetableringen. Som det fremkommer i Finansdepartementets uttalelse¹⁰¹ kan det tenkes at de skattemessige motivene overskygger de forretningsmessige motivene. De skattemessige motivene må "klart" overskygge de forretningsmessige motivene for at tilstrekkelig skattemotiv kan anses å foreligge.¹⁰²

¹⁰¹ Utv. 2009 s. 1280.

¹⁰² Meld. St. 11 (2010-2011) Punkt 9.8.2, avsnitt 17.

I BFU 4/15 ble et holdingselskap i Luxembourg av Skattedirektoratet ansett for å ikke oppfylle realitetsvilkåret. Selskapet var et joint venture-selskap og skulle kjøpe opp et underliggende norsk aksjeselskap. Forutsatt en konklusjon om at holdingselskapet i Luxembourg var reelt etablert, kunne det underliggende norske selskapet unnlåte å trekke kildeskatt ved utdelinger til holdingselskapet i Luxembourg, jf. sktl. § § 10-13, jf. § 2-38 (5). Skattedirektoratet gikk, etter å ha konkludert med at det forelå "et ikke ubetydelig skattemotiv" for selskapsetableringen, over til å vurdere om det kunne påvises forretningsmessige grunner for etableringen i Luxembourg.

Innsender argumenterte for at skattyters subjektive motiver bak selskapsetableringen var både kommersielle og forretningsmessige, og viste til blant annet et ønske om å kunne tilby kjent jurisdiksjon til alle eierne så vel som til potensielle utenlandske investorer. I relasjon til dette ble det påpekt at det for de utenlandske eierne ville kreve tid og ressurser å gjøre seg kjent med norsk rett og norske rammevilkår dersom de skulle investere direkte i det underliggende norske selskapet. Videre anfører innsender blant annet at det i Luxembourgs næringsliv er tilgang på relevant kompetanse og ressurser for asset management.

Skattedirektoratet adresserer innsenders anførsel om at det i Luxembourg er tilgang på relevant kompetanse og ressurser for asset management ved å vise til at et holdingselskap med stabil aksjepost trenger liten grad av administrasjon. Det blir imidlertid ikke foretatt noen vurdering av om beslutningen om å etablere holdingselskapet i en stat med kjent jurisdiksjon oppfyller kravet til forretningsmessig motiv for selskapsetableringen.

Det er neppe for dristig å anta at når utenlandske investorer går sammen om et oppkjøp, i utlandet eller i Norge, som i BFU 4/15, er det forretningsmessig naturlig at oppkjøpet blir gjort gjennom et utenlandsk holdingselskap. Dette til tross for at flere av aksjonærene er hjemmehørende i Norge. I den ovennevnte sak forholdt det seg også slik at selskapsetableringen ble gjort i Luxembourg for å kunne tiltrekke seg utenlandske investorer, hvilket for meg fremstår som å være et forretningsmessig motiv.

Ovennevnte BFU har vært kritisert.¹⁰³ Finn Backer-Grøndahl tolker Skattedirektoratets uttalelser dit hen at holdingselskapet burde ha blitt etablert i Norge. I relasjon til dette er det sentralt, mener Backer-Grøndahl, at det "(...) utenlandske holdingselskapet vil ha nøyaktig de samme aktivitetene (eller de samme manglende aktivitetene) som om det ble etablert i Norge, og det vil dermed være like lite substans i selskapet om det var hjemmehørende her."¹⁰⁴ Jeg er

¹⁰³ Finansavisen, 18. juli 2015 side 49.

¹⁰⁴ Finansavisen, 18. juli 2015 side 49, avsnitt 8.

enig med Backer-Grøndahl, men det er ved tolkningen av bindende forhåndsuttalelser viktig å være klar over at Skattedirektoratet ikke vurderer andre forhold enn de konkrete saksforhold, basert på innsenders fremstilling. Videre ville en konklusjon som går ut på at den aktiviteten i selskapets sekundæretableringsland like gjerne kunne blitt utført i primæretableringslandet vært i strid med EU-domstolens uttalelser under proporsjonalitetsvurderingen i Cadbury Schweppes-avgjørelsen.¹⁰⁵

Backer-Grøndahl påpeker også i sin artikkel at Norge er et ukjent sted for utenlandske investorer, og at det i tilfeller som i situasjonen med det Luxembourgiske holdingselskapet er nærliggende å etablere holdingselskapet i en av statene hvor investorene hører hjemme, eller i en nøytral stat. Dette kunne i det foreliggende tilfellet vært i Norge, hvor en del av eierne var hjemmehørende, i en av statene hvor en eller flere av investorene var hjemmehørende, eller i den nøytrale tredjestat hvor ingen av investorene var hjemmehørende. I de tilfeller hvor selskapet blir etablert på nøytral grunn er det nærliggende å anta at det vil være et ønske hos alle investorene at selskapet blir etablert i en stat hvor jurisdiksjonen er kjent. Dette synes å ha vært tilfelle i BFU 4/15.

I BFU 3/16 konkluderte Skattedirektoratet med at etableringen av et nederlandsk holdingselskap var forretningsmessig motivert. Det nederlandske selskapet var eid av et norsk selskap med omlag 43 %, mens de øvrige aksjepostene var eid av selskaper lokalisert i andre land. I tilslutning til sin konklusjon uttaler Skattedirektoratet følgende;

"Etableringen av Holding i Nederland med eiere lokalisert flere steder i og utenfor Europa for å gjennomføre oppkjøp synes, slik Skattedirektoratet vurderer foreliggende tilfelle, hovedsaklig begrunnet i andre hensyn enn rent skattemessige forhold. Det er kun den norske eieren, som ikke har kontrollerende innflytelse over lokaliseringen, som har en skattemessig fordel av etableringen i Nederland. For eieren lokalisert i Land 2 var det ved etableringen i 2006 en ulempe å investere via Holding i Nederland fordi utbytte derfra ble ilagt kildeskatt, mot ingen kildeskatt fra XX. Skattemessige forhold, herunder besparelser for Selskapet, fremstår derfor ikke, basert på det faktum som er presentert for Skattedirektoratet, som det hovedsaklige hensynet bak beslutningen om å etablere Holding i Nederland. At en slik etablering gir skattemessige fordeler for Selskapet er ikke tilstrekkelig til å begrense etableringsretten innenfor EØS området, og er ikke i seg selv nok til å påvise at etableringen var skattemessig motivert i denne konkrete saken".¹⁰⁶

¹⁰⁵ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 69.

¹⁰⁶ BFU 03/2016, 3. siste avsnitt.

Oppsummeringsvis legger Skattedirektoratet vekt på det faktum at den norske eieren ikke hadde kontrollerende innflytelse over hvor Holding ble etablert og at selskapsetableringen ikke innebar noen skattemessig fordel for samtlige av eierne. Videre fremgår det at hensikten bak selskapsetableringen i Nederland var å etablere et holdingselskap med det formål å eie et konsernselskap i et tredjeland. Skattedirektoratet gir uttrykk for at det i oppkjøpsprosesser er vanlig at det etableres et slik holdingselskap for å etablere et felles selskap som står som kjøper og låntaker. Direktoratet anser at det her, som i sammenlignbare situasjoner, er et poeng for eierne å sikre finansiering av driften og eie virksomheten gjennom et samlet eierskap. Som støtte for at etableringen var forretningsmessig motivert vektlegger Skattedirektoratet at det av selskapets aksjonærvtale fremgikk at det ikke skulle utbetales utbytte før all gjeld var nedbetalt.

Det kan stilles spørsmål ved om Skattedirektoratet gjennom BFU 03/16 viser en endret rettsoppfatning sett i forhold til BFU 04/15. Faktum i de to sakene skiller seg fra hverandre på flere punkter, men etter mitt skjønn er det også noen grunnleggende, avgjørende, likheter.

Det Luxembourgiske holdingselskapet i BFU 4/15 skulle opprettes med den hensikt å operere som forbindelse mellom det norske selskapet og tredjeparts investorer. Det aktuelle holdingselskapet i BFU 3/16 ble opprettet med samme formål, nemlig for å sikre felles eierskap overfor et underliggende konsernselskap. I begge de to sakene anførte skattyterne at selskapene var lokalisert for å sikre alle eiere tilgang til en, for dem, kjent jurisdiksjon. Det å etablere et joint venture-selskap, som i BFU 4/15, i en jurisdiksjon som er kjent for en størst mulig andel av de potensielle investorene fremstår i dagens stadig mer åpne verdensøkonomi som et klart forretningsmessig motiv.

Etter mitt skjønn er ikke Skattedirektoratets konklusjon i disse to bindende forhåndsuttalelsene sammenfallende. Som nevnt ble begge holdingselskapene opprettet for å tjene som eierskap overfor et underliggende selskap. Videre skulle begge holdingselskapene ha, eller hadde, eiere fra ulike land. Skattedirektoratets konklusjon i BFU 3/16 synes i større grad enn i BFU 4/15 å hensynta behovet for at eierne ønsket en nøytral stat, men med kjent jurisdiksjon, som hjemstat for holdingselskapet.

I BFU 4/15 er konklusjonen motsatt. Dette synes å være begrunnet i at selskapet er nyetablert og at selskapet ønsket å tiltrekke seg investorer ved å være etablert i en stat med et gunstig skatteregime. Det kan videre stilles spørsmål ved om årsaken til den ulike behandlingen i de to BFUene er at det i BFU 4/15 var tale om utbytte ut fra Norge, mens det i BFU 3/16 var tale om utbytte inn til Norge. Det er imidlertid ut i fra lovteksten klart at en slik forskjell ikke skal medføre ulik behandling. I tillegg kan det stilles spørsmål ved om konklusjonene ble ulike på

bakgrunn av at skattefordelen som ble aksjeeierne til del kun gjaldt noen av investorene i BFU 3/16, mens det i BFU 4/15 er nærliggende å anta at langt på vei de fleste ville fått en skattefordel.

Ut i fra dette kan det etter mitt skjønn utledes at Skattedirektoratet i BFU 3/16 går lenger i å anerkjenne forretningsmessig motiverte selskapsetableringer enn hva som har vært tilfelle tidligere, særlig sett opp i mot BFU 4/15.

5.2.2 Særlige selskapstyper, herunder aksjefond

De momentene som følger fra EU-domstolen og fra norsk lovgiverhold forøvrig kan vanskelig oppfylles av eksempelvis et aksjefond. Det følger imidlertid av norsk intern rett at aksjefond er omfattet av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38, 1. ledd, bokstav b, jf. § 2-38, 1. ledd, bokstav i.

Verdipapirfond er legaldefinert i verdipapirfondloven § 1-2 (1), 1. ledd. Uten å gå nærmere inn på dette her antas det at den norske definisjonen gjennomfører UCITS-direktivet.¹⁰⁷ Det følger av denne bestemmelsen at et verdipapirfond, eller et fond, er en;

"(...) selvstendig formuesmasse oppstått ved kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer mot utstedelse av andeler i fondet og som for det vesentlige består av finansielle instrumenter og/eller innskudd i kredittinstitusjon."¹⁰⁸

Det bemerkes for ordens skyld at et aksjefond tidligere var definert i sktl. § 10-1 (3) som et "verdipapirfond som eier en eller flere aksjer". Denne delen av bestemmelsen ble imidlertid opphevet med virkning for inntektsåret 2016. Det er derfor verdipapirfondlovens definisjon av fond som må legges til grunn.

Utenlandske aksjefond kan være omfattet av fritaksmetoden, men dette forutsetter at fire vilkår er oppfylt. De to første vilkårene, som det på bakgrunn av oppgavens tema ikke går nærmere inn på, er at aksjefondet må være hjemmehørende innenfor EØS-området og være reell eier av utbytte.

For denne oppgavens formål er det de to andre vilkårene som er relevante å redegjøre for. For det første følger det av sktl. § 2-38, 1. ledd, bokstav i at fritaksmetoden kommer til anvendelse

¹⁰⁷ UCITS-direktivet 2014/91/EU med senere endringer.

¹⁰⁸ Lov av 25. november 2011 nr. 44.

for "selskap m.v. hjemmehørende i utlandet som tilsvarende" et norsk selskap opplistet i samme bestemmelse 1. ledd, bokstav a til h. Det andre vilkåret er at det aktuelle aksjefondet oppfyller realitetsvilkåret. For aksjefondenes del vil dette være to vilkår som vil gå over i hverandre, hvilket vil fremgå av fremstillingen nedenfor.

Lovteksten gir ikke en nærmere anvisning på hvilke vurderingstema som skal inngå i tilsvarende-vurderingen. Finansdepartementet har imidlertid avgitt noen uttalelser om hvordan tilsvarende-vurderingen skal foretas. I en uttalelse fra 2010 har Finansdepartementet uttalt følgende angående tilsvarende-vurderingen for SICAV-strukturer og forholdet til fritaksmetoden;

"I konkrete tilfeller må det således vurderes hvorvidt en eierandel i en utenlandsk enhet er sammenlignbar med en kvalifiserende eierandel i norsk enhet og dermed berettiger til skattefritak"¹⁰⁹ (*Min understrekning- skrivefeil fra FIN*)

Det skal med andre ord vurderes konkret om den utenlandske enheten ville ha oppfylt vilkårene for å bli ansett for å være et eget skattesubjekt dersom selskapet hadde vært norsk.

For trusters vedkommende kan saksforholdet omkring Ptarmigan Trust tjene som støtte for fremstillingen. EFTA-domstolen avga i 2014 en rådgivende uttalelse omhandlende skattemessige forhold for Ptarmigan Trust, som var opprettet i Liechtenstein, men eid av en norsk familie.¹¹⁰ I norske kilder forøvrig er saken mest kjent som Fred Olsen-saken. EFTA-domstolen måtte i saken ta stilling til en rekke spørsmål, men det er særlig de to første spørsmålene i saken som har interesse for denne oppgavens del.

Det første spørsmålet domstolen måtte ta stilling til var om det særskilte etableringssubjektet trust er omfattet av retten til fri etablering som følger av EØS-avtalen. Forutsatt at dette ble svart bekreftende, var det andre spørsmålet EFTA-domstolen måtte ta stilling til om en trust kunne oppfylle realitetsvilkåret.

Til spørsmålet om truster kan konkluderes med å være et subjekt som kan påberope seg retten til fri etablering uttaler EFTA-domstolen følgende;

"The right of establishment, provided for in Articles 31 to 34 EEA, is granted both to natural persons who are nationals of an EEA State and to legal entities ("companies or

¹⁰⁹ Uty. 2010 s. 1348, avsnitt 7, 2. punktum.

¹¹⁰ Joined cases E-3/13 & E-20/13.

firms"), no matter whether they have legal personality or not, provided they have been formed in accordance with the law of an EU State or an EFTA State and have their registered office, central administration or principal place of business within the territory of the Contracting Parties."¹¹¹

EFTA-domstolen legger her en vid forståelse av etableringsretten til grunn. Det kan ut i fra det ovennevnte konstateres at en trust kan anses som subjekt etter etableringsretten dersom det er opprettet i henhold til lovgivningen i den stat hvor trusten er etablert.

Et aksjefond kjennetegnes gjerne ved at de ikke har egne ansatte, lokaler etc. Videre er det i stor grad forvaltningsselskaper som tar seg av aksjefondets forvaltning. Et relevant spørsmål er derfor hvordan disse selskapene skal vurderes i relasjon til realitetsvilkåret. Normalt vil ikke et aksjefond oppfylle disse momentene. Spørsmålet kom på spissen i den såkalte Aberdeen-saken, som er viktig for forståelsen av hvordan realitetsvurderingen skal foretas overfor eksempelvis aksjefond.

5.2.3 Aberdeen-saken (C-303/07)

Aberdeen-saken omhandlet utbyttebetalinger fra et finsk selskap til et luxembourgsk SICAV-fond, som var et aksjefond hjemmehørende i Luxembourg. Disse utbyttebetalingene ble av de finske skattemyndighetene ilagt kildeskatt. Tilsvarende utbyttebetalinger til selskaper hjemmehørende i Finland ble bare inntektsført med 25 prosent av utbetalingsbeløpet.

Da det luxembourgiske SICAV-fondet ikke var sammenlignbart med et finsk selskap anførte Finland at illeggelsen av kildeskatt ikke utgjorde en restriksjon. Bakgrunnen for denne anførselen var at SICAV'et hadde en ukjent selskapsform i finsk rett og videre at SICAV-fondet var fritatt for inntektsskatt i henhold til luxembourgsk skattelovgivning. Til dette kommenterer EU-domstolen at;

"In the first place, the circumstance that in Finnish law there is no type of company with a legal form identical to that of a SICAV governed by Luxembourg cannot in itself justify a difference in treatment, since, as the company law of the Member States has not been fully harmonised at Community level, that would deprive the freedom of establishment of all effectiveness".¹¹²

¹¹¹ Joined cases E-3/13 & E-20/13, premiss 93.

¹¹² C-303/07 Aberdeen, premiss 50.

Det er ut i fra dette klart at det er i strid med etableringsretten å begrense et skattefritak på bakgrunn av at det utenlandske selskapet har en selskapsform som er ukjent i hjemstatens (intern)rett. Videre kommer EU-domstolen i premiss 44 til at det skattefritaket som kommer finske hjemmehørende selskaper til del også må få anvendelse for "non-resident parent companies which are in a comparable situation" til del. Domstolen viser her til at en må vurdere om det er selskap i primærstaten som er i en sammenlignbar situasjon som selskapet i sekundærstaten.

Oppsummeringsvis innebærer EU-domstolens avgjørelse i Aberdeen-saken at det ved vurderingen av om et aksjefond m.v. er omfattet av fritaksmetoden må ses hen til det aktuelle utenlandske selskapet, og hvordan dette selskapet hadde blitt vurdert etter intern, norsk rett. Dersom selskapene er "in a comparable situation"¹¹³ er det i strid med etableringsretten å ikke gi det utenlandske selskapet det samme skattefritaket som et hjemmehørende selskap i den aktuelle medlemsstaten.

Videre følger det av dommen at en stat generelt ikke kan skattlegge et selskap med unnlatt skattlegging fra en annen stat som begrunnelse. Dette kan utledes av uttalelsen om at "(...) that state [Luxembourg] has chosen not to exercise its tax jurisdiction over such income."¹¹⁴ Sagt på en annen måte konkluderer EU-domstolen med at det er opp til hver enkelt stat å avgjøre om, og eventuelt hvordan, hjemmehørende skattesubjekter skal skattlegges.

5.2.4 Finansdepartementets uttalelse av 29. september 2009 – Utv. 2009 s 1280

I kjølevannet av Aberdeen-avgjørelsen kom Finansdepartementet med en uttalelse.¹¹⁵ Denne kan ses på som en modifisering hva gjelder deler av Finansdepartementets uttalelse i i Utv. 2007 s 1568. I 2007-uttalelsen angir departementet at det for anvendelsen av fritaksmetoden har betydning om det utenlandske selskapet er undergitt selskapsskatt i den aktuelle EØS-staten. EU-domstolen har slått fast at en slik oppfatning er i strid med etableringsretten, jf. redegjørelsen for Aberdeen-avgjørelsen ovenfor. 2009-uttalelsen fra Finansdepartementet omhandler problemstillinger omkring når et utenlandsk selskap hjemmehørende i EØS skal kvalifisere som subjekt og objekt under fritaksmetoden, men departementet omtaler også vilkåret om reel etablering og reell økonomisk aktivitet, herunder også for aksjefond.

¹¹³ C-303/07 Aberdeen, premiss 44.

¹¹⁴ C-303/07 Aberdeen, premiss 52, 2. punktum.

¹¹⁵ Utv. 2009 s 1280.

Det fremkommer i uttalelsen at departementet anser at momentene i forarbeidene vil variere i relevans og vekt ut i fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes opp i mot realitetsvilkåret. Finansdepartementet uttaler videre at;

"(...) Når det gjelder aksjefond, har det vært reist spørsmål om slike fond kan anses som reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet selv om de ikke har ansatte, egne lokaler mv. Det følger av verdipapirlovgivningen at norske aksjefond ikke kan ha ansatte, men at fondet skal ha et forvaltningsselskap som står for forvaltningen. Dette vil normalt også være tilfelle for utenlandske aksjefond som anses å tilsvare norske aksjefond. Aksjefond kjennetegnes således ofte ved at de ikke har egne ansatte, lokaler mv., og at det er egne selskaper som står for forvaltningen. *Etter departementets syn kan de nevnte momentene derfor ikke være avgjørende ved vurderingen av om et slikt fond er reelt etablert og driver reell aktivitet i et EØS-land. Et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge.*"¹¹⁶ (Min kursivering).

Det er relevant å merke seg at Finansdepartementet her mener at det er et sentralt moment "om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge."¹¹⁷ Dersom dette anvendes fullt ut vil det faktum at det i Norge ikke eksisterer et lignende selskap kunne medføre at realitetsvilkåret ikke oppfylles. Dette ville i så fall være i strid med EU-domstolens avgjørelse i den ovennevnte Aberdeen-saken. Domstolen konkluderer i premiss 50 eksplisitt med at en restriksjon begrunnet i at det ikke eksisterer et lignende selskap "(...) cannot in itself justify a difference in treatment".

Det fremstår som hensiktsmessig å positivt angi at aksjefond også kan oppfylle realitetsvilkåret, da aksjefond vil ha liten eller ingen mulighet til å oppfylle substanskravene som fremgår av lovgivers tidligere nevnte vurderingsmomenter. Det er imidlertid ikke uten videre uproblematisk at norske regler og praksis i Norge skal komme til anvendelse på om et selskap i utlandet er reelt etablert i det aktuelle landet. Finansdepartementets sentrale moment "om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge" kan etter mitt skjønn medføre strid med EU-domstolens avgjørelse i Aberdeen-saken. EU-domstolen kommer i premiss 50, som nevnt ovenfor, til at det faktum at det i finsk selskapsrett "is no type of company with a legal form identical to that of a SICAV governed by Luxembourg law cannot by itself justify a difference in treatment

¹¹⁶ Utv. 2009 s 1280 side 4.

¹¹⁷ Utv. 2009 s 1280 side 4.

(...)." ¹¹⁸ På bakgrunn av Aberdeen-avgjørelsen må det riktige derfor være at det ikke kreves at de to selskapene som vurderes er identiske eller at de drives ordinært, men at de er i en sammenlignbar situasjon. For fond vil dette ofte være tilfellet for de enhetene som omfattes av UCITS-direktivet. ¹¹⁹

Ut i fra dette synes det ikke å være riktig å vektlegge hva som etter intern norsk rett er vanlig. Det kan argumenteres for at det faktisk at det *finnes* en tilsvarende selskapstype vil kunne være et moment som trekker i retning av at selskapene skal beskattes likt, men det faktisk at det *ikke* eksisterer en lignende selskapstype kan i tråd med Aberdeen-avgjørelsen ikke i seg selv berettigede beskatning. Det må i så fall være flere forhold som trekker i retning av at selskapet ikke reelt etablert.

EU-domstolens avgjørelse i Gebhard-saken ¹²⁰ støtter det ovennevnte syn om at et fond, eller et selskap som sådan, ikke bare skal vurderes ut i fra om det er "driftet i samsvar med hva som anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge". I premiss 33 i Gebhard-avgjørelsen fremgår det at;

"(...) freedom of establishment is to be exercised under the conditions laid down for its own nationals by the law of the country where establishment is effected".

Saken gjaldt en person. Følgelig er ikke dommen nødvendigvis anvendbar også for selskaper. På bakgrunn av domstolens uttalelser i premiss 23, som også omhandler selskaper, anses dommen likevel illustrerende for etableringsretten som sådan.

Vurderingsmomentet om "comparable situation" som EU-domstolen angir i Aberdeen-saken, og som Finansdepartementet også trekker frem, er ikke korresponderende med vurderingen som legges til grunn for andre selskapstyper. Det vises i relasjon til dette til drøftelsen for holdingselskaper ovenfor.

5.2.5 Tidspunkt for vurdering av om et selskap oppfyller realitetsvilkåret

Det relevante tidspunktet for vurderingen av om et selskap oppfyller etableringsvilkåret er tidspunktet for utdeling eller tidspunktet for salg av aksjene. Dette følger av skattelovens oppbygning.

¹¹⁸ C-303/07 Aberdeen, premiss 50.

¹¹⁹ Folkvord (2010). Pkt. IV.

¹²⁰ C-55/94 Gebhard.

For en skattemessig motivert selskapsetablering, men hvor det konkluderes med at selskapet oppfyller realitetsvilkåret, må altså substansen i selskapet foreligge på tidspunktet for utdeling eller salg.

I denne sammenheng er det relevant å se hen til hvilke virkninger det har for selskapet at det konstateres med at selskapsetableringen består realitetsvurderingen utelukkende på bakgrunn av at selskapet har etablert seg i lavskattelandet av forretningsmessige grunner.

Utgangspunktet er altså at selskapet må oppfylle vilkårene i realitetsvurderingen på tidspunkt for utdeling eller salg av aksjene. Dersom det konkluderes i år 1 med at et selskap er etablert av forretningsmessige grunner taler imidlertid gode grunner for at selskapet også i år 2 og 10 konstateres til å være etablert av de samme grunner som i år 1. En forutsetning for dette er at selskapsstrukturen, herunder eierskap, er det noenlunde den samme også i år 2 og 10. Dette kan medføre at en forretningsmessig motivert selskapsetablering som oppfyller realitetsvilkåret vil kunne utnytte denne fordel og endre sin virksomhet med visshet om at selskapet stadig oppfyller realitetsvurderingen.

I de tilfeller hvor et selskap gjennom en BFU har fått konstatert at det oppfyller realitetsvilkåret fremgår det av forskrift om bindende forhåndsuttalelser § 13, 3. ledd, at uttalelsen er bindende for skattemyndighetene "(...) for disposisjoner som er besluttet og iverksatt innen tre år etter utgangen av det år forhåndsuttalelsen ble avgitt."¹²¹ Videre følger det av samme bestemmelse at den bindende virkningen opphører fem år etter utgangen av det året hvor uttalelsen ble gitt. Dersom skattyter skal påberope seg BFU i den perioden hvor skattemyndighetene er bundet av uttalelsen er det imidlertid viktig å være klar over at den disposisjonen som ønskes gjennomført senere må være "(...) identisk med den disposisjonen forhåndsuttalelsen gjelder."¹²²

Forutsigbarheten for selskapet tilsier at en konklusjon som går ut på at selskapet er etablert av forretningsmessige grunner må kunne forvente samme konklusjon også senere. Dette forutsatt at selskapet ikke har foretatt vesentlige strukturelle endringer eller at det ikke foregår rettsutvikling som medfører en skjerpelse av regelsettet. Det samme må gjelde dersom det i forbindelse med realitetsvurderingen konkluderes med at skattemessige motiv ikke var fremtredende på etableringstidspunktet. Etter mitt skjønn bør ikke de skattemessige motivene på etableringstidspunktet vurderes annerledes dersom selskapet realitetsvurderes på nytt også senere. I tilfeller hvor det forelå sterke skattemessige motiver for selskapsetableringen, men

¹²¹ Forskrift om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker av 14. juni 2005 nr. 550.

¹²² Forskrift om bindende forhåndsuttalelser § 13, 2. ledd.

hvor selskapet likevel oppfyller realitetsvilkåret, vil det trolig være en risiko for at endrede forhold på eiersiden kan medføre at selskapet ikke oppfyller realitetsvilkåret på et senere vurderingstidspunkt.

5.3 Omgåelsesrisikoen knyttet til at det skal legges vekt på synbare (objektive) karakteristika ved selskapets subjektive motiver for etableringen

EU-domstolen uttaler i Cadbury Schweppes-avgjørelsen at det skal legges vekt på objektive omstendigheter synbare for tredjepersoner ved vurderingen av om en selskapsetablering er kunstig eller ikke. Det følger av EU-domstolens avgjørelse at;

"As suggested by the United Kingdom Government and the Commission at the hearing, that finding must be based on *objective factors which are ascertainable by third parties* with regard, in particular, to the extent to which the CFC physically exists in terms of premises, staff and equipment."¹²³ (*min kursivering*).

På bakgrunn av det ovennevnte skal det altså, ved vurderingen av om selskapsetablering er et rent kunstig arrangement, legges vekt på synbare karakteristika.

Det kan stilles spørsmål ved om det faktisk at objektive kriterier skal legges til grunn utgjør en omgåelsesrisiko. En objektiv omstendighet kan eksempelvis være selskapslokaler, ansatte som mottar lønnsutbetalinger, besvarelse av forespørsler og innkjøp av tjenester til selskapet. Utad er dette objektive omstendigheter som tilsier at selskapsetableringen er reell, mens det subjektivt sett kan være klart fiktive foranstaltninger som selskapet har konstruert for å unngå kunstig arrangement doktrinen. De ovennevnte kriteriene må også kunne konstateres til å være forholdsvis enkle å konstruere.

5.4 Forholdet mellom realitetsvilkåret og skatteavtalenes krav til at mottaker av et utbytte er "beneficial owner"

Et selskap kan benytte seg av to alternative måter for å bli fritatt for kildeskatt. Gjennom fritaksmetodens regler i sktl. § 10-13, jf. § 2-38 (5) fritas selskapet helt for plikten til å svare kildeskatt. Et annet alternativt grunnlag er gjennom en anvendelig skatteavtale. Dersom vilkårene i den aktuelle skatteavtalen er oppfylt kan selskapet helt eller delvis bli fritatt for kildeskatteplikten.

¹²³ C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 67.

For at et selskap skal få nedsatt kildeskatt etter skatteavtale er det et sentralt vilkår at det selskapet som mottar utbyttet må være "beneficial owner of the dividends". Oversatt til norsk må selskapet være den virkelige rettighetshaveren av utbyttet. Dersom det mottakende selskapet blir ansett for å være "beneficial owner" kan dette medføre at norske skattemyndigheters rett til å trekke kildeskatt helt eller delvis faller bort. Dette kan ha særlig relevans i de tilfeller hvor skatteavtalen mellom Norge og skatteavtalelandet regulerer kildeskatten til lave satser eller helt ned til 0 %. Den nordiske skatteavtalen, mønsterskatteavtalen og skatteavtalen mellom Norge og Nederland er eksempler på skatteavtaler hvor kildeskattesatsen, på nærmere fastsatte vilkår, kan settes helt ned til null prosent.^{124 125 126}

Det legislative hensynet bak innføringen av "beneficial owner"-reglene i skatteavtalene var et ønske om å tydeliggjøre at en kildestat ikke uten videre er forpliktet til å gi avkall på sin beskatningsrett av utbytteinntekter til tross for at denne inntekten er mottatt av et selskap eller en person i en stat som kildestaten har skatteavtale med. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor den formelle mottakeren ikke er den virkelige mottakeren. Videre reflekterer innføringen av begrepet et ønske om å unngå de situasjoner hvor en skattyter bosatt i en tredjestat benytter mellomliggende selskaper som et gjennomstrømmingsselskap.¹²⁷ Dette kan eksempelvis være en situasjon hvor selskap A i Norge utdeler sitt utbytte til selskap B i Nederland. Dersom selskapet i Nederland umiddelbart utbetaler utbyttet videre til et selskap C på Cayman Islands, vil det trolig kunne konstateres at selskaps Bs eneste formål er å tjene som gjennomstrømmingsselskap for å oppnå skatteavtalens reduserte kildeskattesats.

I norsk intern rett benyttes ikke begrepet "beneficial owner" eller virkelig rettighetshaver. Motsatt benytter vi realitetsvilkåret i norsk intern rett, men realitetsvilkåret fremgår ikke av OECDs mønsteravtale. Dette medfører som tidligere nevnt at vilkårene kan komme til anvendelse på en og samme situasjon. "Beneficial owner" fremgår riktignok av Norges skatteavtaler av nyere dato. På bakgrunn av at skatteavtalene inngås med hjemmel i dobbeltbeskatningsavtaleloven¹²⁸ anses skatteavtalene likevel som en del av norsk intern rett og har trinnhøyde som norsk lov.

¹²⁴ Den nordiske skatteavtalen, art. 10 (3).

¹²⁵ Se blant annet OECDs mønsterskatteavtale art. 10 (2), art. 11 (2) mv. og Norges skatteavtale med Nederland, art. 10 (3).

¹²⁶ Den nederlandske skatteavtalen, art. 10 (3).

¹²⁷ Naas o.fl (2011) side 580, 1. avsnitt, med videre henvisninger til OECDs kommentarutgaver.

¹²⁸ Lov av 28. juli 1949 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v.

Norge har internrettslig hjemmel for ileggelse av 25 % kildeskatt, jf. sktl. § 10-13, jf. Stortingets skattevedtak § 3-5, 3. ledd. Dette medfører at det for et selskap vil kunne være av stor økonomisk betydning å bli underlagt en lavere kildeskatt enn det som følger av internretten. Dersom selskap A i Norge skal dele ut utbytte til morselskapet i Nederland, vil dette i utgangspunktet være et utbytte som blir ilagt 25 % kildeskatt. Dersom selskapet i Nederland oppfyller realitetsvilkåret i sktl. § 2-38 (5) vil det ikke bli ilagt kildeskatt på utbyttet. Forutsatt at selskapet ikke oppfyller realitetsvilkåret, blir spørsmålet om utbyttet likevel kan utbetales til selskapet i Nederland uten kildeskatt. Dette betinger at morselskapet anses for å være "the beneficial owner of the dividends"/virkelig rettighetshaver av utbyttet, og at eierandelskravet på 10 % i skatteavtalen er oppfylt.¹²⁹

At formålet med regelsettet om "beneficial owner" er å ramme de tilfeller hvor det mellomliggende selskapet er konstruert som et gjennomstrømmingsselskap kun for å få redusert kildeskatt, fremgår av Prèvost-dommen.¹³⁰

"The Commentary for Article 10(2) of the Model Convention explains that one should look behind "agents and nominees" to determine who is the beneficial owner. Also, a "conduit" company is not a beneficial owner. In these three examples, the person – the agent, nominee and conduit company – never has any attribute of ownership of the dividend. The "beneficial owner" is another person."

At regelsettet skal forhindre gjennomstrømmingsselskap uten virkelig råderett over utbyttet fremkommer også av OECDs kommentarer til mønterskatteavtalen;¹³¹

"(...) a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties."

Ut fra det ovennevnte kan det konstateres at et selskap ikke er "beneficial owner", til tross for at det formelt sett står som eier, dersom selskapet bare har en rent administrerende funksjon og liten eller ingen reell råderett over et utdelt utbytte. Det første synes å være sammenfallende med bakgrunnen for realitetsvilkåret. I de tilfeller hvor et selskap vurderes etter realitetsvilkåret er det også, som nevnt i kapittel 4.1 og 4.2, selskaper som ikke utøver

¹²⁹ Jf. art. 10 (3) i hhv. skatteavtalen mellom Norge og Nederland og den nordiske skatteavtalen.

¹³⁰ Prèvost (TCC), premiss 96.

¹³¹ OECD kommentarutgave, kommentarer til artikkel 11, punkt 10.

selskapsfunksjoner ut over rent administrerende aktiviteter knyttet til det aktuelle utbyttet og aktiviteter knyttet til regnskapsrapportering m.v. At selskapet må være "beneficial owner" av utbyttet kan ikke leses ut av realitetsvilkåret, men det foreligger som nevnt i kapittel 2.1 et vilkår om at selskapet som mottar utbyttet må kunne tilordnes dette.

For vurderingen av om et selskap er "beneficial owner" er det, på samme måte som for realitetsvilkåret, gjennomstrømmingsselskaper som volder problemer for skattemyndighetene. Et gjennomstrømmingsselskap vil imidlertid muligens lettere kunne oppfylle kravet til å være "beneficial owner" enn realitetsvilkåret. Bakgrunnen for dette er at realitetsvilkåret stiller som vilkår at selskapet har substans og at det, forenklet sagt, deltar i næringslivet. Dette er ikke tilfellet for vurderingen av om et selskap er "beneficial owner";

"Whether, for example, the recipient of the income carries on a commercial activity, is a stock listed company or simply a pure passive holding company, is of no importance. From this perspective, the beneficial owner requirements is conceptually different from an active trade or business or "stock exchange" test. These tests attempt to detect abuse of scrutinizing the connections with the residence state. Beneficial ownership, on the other hand, looks at the intensity of the ownership attributes by the recipient over the item of income. A definition of beneficial ownership that implies a substance requirement (personnel, offices, etc.) is, therefore, not compatible with the literal interpretation of this term."¹³² (Min kursivering).

Et selskap kan altså i utgangspunktet bli ansett for å være "beneficial owner" av et utbytte, til tross for at det ikke foreligger substans eller utøves andre former for aktivitet i selskapet, annet enn handlinger knyttet til disponering av et utbytte. Det stilles riktignok visse krav til hva slags handlinger det mottakende selskapet kan utføre for dette utbyttets del, jf. ovenfor.

Det faktum at det ved vurderingen av om et selskap er "beneficial owner" ikke skal legges vekt på hhv. substansen i selskapet eller på om selskapet oppnår skattefordeler ved etableringen, herunder skattyters subjektive momenter for etableringen, medfører at begrepet skiller seg fra realitetsvilkåret på vesentlige punkter. Skattyters subjektive momenter og substansen i det aktuelle selskapet er en del av essensen i realitetsvilkåret. Forenklet forklart kan "beneficial owner" karakteriseres som en tilordningsregel, men som etter en vurdering av om selskapet er et "conduit company" likevel kan medføre at selskapet ikke oppfyller vilkåret. Dette er imidlertid vurderinger av om hvorvidt det mottakende selskapet, blant annet, har råderett over utbyttet og om det kun forestår administrative funksjoner. Realitetsvilkåret

¹³² Danon (2011). Pkt. 3.2

fremstår i sterkere grad som et vilkår hvor skattemyndighetene etter en nærmere vurdering av både tilordning, substans, motiver m.v. kan konkludere med at selskapet ikke oppfyller vilkåret.

Etter mitt syn kan en ut i fra det ovennevnte legge til grunn at det synes å være noe enklere å oppfylle skatteavtalenes krav til "beneficial owner" enn norsk intern retts realitetsvilkår.

6 BEPS-PROSJEKTET

BEPS er et arbeid som er igangsatt av OECD. Norge er medlem av OECD og tar således del i prosjektet. Arbeidet er satt i stand for å sikre samarbeid og samordning i selskapers inntektsbeskatning på internasjonalt nivå og for å hindre uønsket skatteplanlegging som uthuler skattefundamentet gjennom flytting av overskudd. Internasjonalt er det et overordnet mål at den verdiskapningen som skjer i et selskap skal komme det landet hvor verdiskapningen skjer til del.

CFC-reglene er omhandlet i prosjektet. OECD publiserte den 5. oktober 2015 sin endelige rapport, kalt "Designing Effective Controlled Foreign Company Rules." Norge har gjennom NOKUS-reglene allerede CFC-regler. På bakgrunn av rapporten er det relevant å se på om det gjennom denne fremkommer tiltak som kan medføre endringer i CFC-reglene. Herunder altså om BEPS-arbeidet får innvirkning på realitetsvurderingen i norsk rett. Finansdepartementet har også stilt spørsmål ved om BEPS-prosjektet kan påvirke denne vurderingen.¹³³

I rapporten kommer OECD med anbefalinger til hvordan CFC-reglene kan utformes og harmoniseres med nasjonale regler. Det blir i rapporten blant annet foreslått eierandelskrav for at CFC-regler skal komme til anvendelse¹³⁴ og regler om allokering av CFC-inntekten¹³⁵, men det blir ikke foreslått regler som vil påvirke innholdet i realitetsvilkåret eller nye momenter som skal inngå i realitetsvurderingen.

BEPS 6, "Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances", omhandler kort forklart tiltak som skal motvirke misbruk av skatteavtaler. Av denne rapporten følger det at OECD vil innføre en LOB-klausul i modellavtalen. LOB står for "limitation of benefit" og prosessen med å få innført klausulen er foreløpig satt på vent.¹³⁶ Det fremgår imidlertid av rapporten at denne regelen skal adressere "(...) a large number of treaty shopping

¹³³ St. Meld. 4 (2015-2016) "Bedre skatt" side 99.

¹³⁴ OECD BEPS 3, kapittel 2.1

¹³⁵ OECD BEPS 3, kapittel 6.1

¹³⁶ OECD BEPS 6, kapittel 1, pkt. 25

situations based on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State".¹³⁷ OECD foreslår videre å innføre en generell omgåelsesregel kalt "Principal Purpose Test" (PPT).¹³⁸ Av rapporten fremgår det at;

"(...) the benefits of a tax treaty should not be available where one of the principal purposes of arrangements or transactions is to secure a benefit under a tax treaty and obtaining that benefit in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions of the tax treaty".¹³⁹

PPT-regelen skal altså sikre at de etableringer som primært gjennomføres for å få skatteavtalesbeskyttelse, ikke skal gis denne beskyttelsen med mindre skatteavtalebeskyttelsen kan gis i samsvar med formålet bak den aktuelle skatteavtalebestemmelsen.

Ovennevnte PPT og LOB-klausul vil være relevant for "beneficial-owner"-vurderingen, da dette er et skatteavtalebegrep. Hverken BEPS 3 eller BEPS 6 vil ha direkte innvirkning på realitetsvurderingen, men det at det foregår regelverksutvikling i OECD viser at selskapers realitet og substans er aktuelt tema både i Norge og internasjonalt.

¹³⁷ OECD BEPS 6, kapittel 1, pkt. 19, 2. delpunkt.

¹³⁸ OECD BEPS 6, kapittel 1, pkt. 19, 3. delpunkt.

¹³⁹ OECD BEPS 6, kapittel 1, pkt. 19, 3. delpunkt, siste punktum.

Litteraturliste

Litteratur:

- Zimmer og BA-HR (2014) Frederik Zimmer (red.) i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR DA. *Bedrift, selskap og skatt*. 6. utg. Oslo, 2014.
- Brudvik (2014) Arthur J. Brudvik. *Skatterett for næringsdrivende*. 37. utgave. Bergen, 2014.
- Sejersted m.fl. (2011) Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole Andreas Rognstad, Olav Kolstad. *EØS-rett*. 6. utg, Oslo, 2011.
- Naas o.fl. (2011) Henning Naas, Christian Bruusgaard, Kristine Ilstad og Christian Svensen (Advokatfirmaet Thommessen AS). *Norsk internasjonal skatterett*. Oslo, 2011
- Arnesen og Stenvik (2009) Finn Arnesen og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode*. Oslo, 2009.
- Artikler:**
- Farstad (2010) Snorre Farstad. *Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? – Forholdet mellom EF-domstolens avgjørelser i Aberdeen og Cadbury Schweppes*. Skatterett 2010 nr. 2.
- Hovland (2012) Øyvind Hovland. *NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til "reelt etablert" og forholdet til EØS-avtalen*. Skatterett 2012 nr. 4 (Sitert fra Lovdata).
- Brænd (2012) Solfrid Brænd. *Reelle selskapsetableringer – avgrensningen av NOKUS-reglenes*

anvendelsesområde og forholdet til EØS-avtalen.
Skatterett 2012 nr. 1.

- Danon (2011) Robert Danon. *Clarification of the Meaning of "Beneficial Owner" in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft.* Bulletin for International Taxation, Volume 65, 2011.
- Folkvord (2010) Benn Folkvord. *Hvilke aksjefond innen EØS omfattes av fritaksmetoden?* Skatterett 2010 nr. 2. (Sitert fra Lovdata).

Lover:

- 2011 Lov om verdipapirfond (verdipapirfondloven) av 25. november 2011 nr. 44.
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
- 1949 Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebygging av dobbeltbeskatning m.v. (dobbeltbeskatningsloven) av 28. juli 1949 nr. 15.

Forskrifter:

- 2015 Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2016 (Stortingets skattevedtak). Kunngjort 17.12.2015, ikraftredelse for hele inntektsåret 2016.
- 2005 Forskrift om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker av 14. juni 2005 nr. 550.
- 1999 Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven (FSSD) av 26. mars 1999 nr. 14.

Lovforarbeider:

Ot. prp. nr. 1 (2007 - 2008) – Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.

Ot. prp. nr. 1 (2004 – 2005) – Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.

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

Stortingsmeldinger:

Meld. St. 4 (2015-2016) Bedre skatt

Meld. St. 11 (2010-2011) Evaluering av skattereformen 2006.

Uttalelser m.v. fra Finansdepartementet:

Utv. 2010 s 1348

Investeringer i SICAV-strukturer og forholdet til fritaksmetoden

Utv. 2009 s 1280

Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden

FINs brev av 06.11.2009

Complaint against Norway regarding the genuine establishment and real economic activity requirements. Brev fra FIN til EFTAs overvåkningsorgan. (Sitert fra www.regjeringen.no)

FINs brev av 26.02.2008

Complaint against Norway concerning the exemption method in section 2-38 of the Norwegian Tax Act. Brev fra FIN til EFTAs overvåkningsorgan

Utv. 2007 s 1568

Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden

EU-domstolens avgjørelser:

C-303/07 "Aberdeen"

Aberdeen Property Fininvest Alpa Oy v Uudenmaan verovirasto and Helsingin kaupunki

C-196/04 "Cadbury Schweppes"	<i>Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue</i>
C-319/02 "Manninen"	<i>Petri Manninen</i>
C-255/02 "Halifax"	<i>Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise</i>
C-110/99 "Emsland-Starke"	<i>Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas</i>
C-56/96 "VT4"	<i>VT4 Ltd v Vlaamse Gemeenschap</i>
C-264/96 "Imperial Chemical Industries plc"	<i>Imperial Chemical Industries plc v Colmer</i>
C-55/94 "Gebhard"	<i>Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori de Milano</i>
C-19/92 "Kraus"	<i>Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg</i>
C-81/87 "Daily Mail"	<i>The Queen v Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC</i>
<u>EFTA-domstolens avgjørelser:</u>	
Joined cases E-3/13 and E-20/13	<i>Fred. Olsen and Others v The Norwegian State</i>
E-7/07 "Seabrokers"	<i>Seabrokers v Staten v/Skattedirektoratet</i>
<u>Norsk rettspraksis:</u>	
Rt. 2014 s. 196 - "Sinvest-dommen"	<i>Aban International Norway AS mot Staten v/Skatt sør</i>

Rt. 2012 s. 1380 – "Statoil Holding"	<i>Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter v Statoil Holding AS</i>
Rt. 2000 s. 1811 - "Finanger I"	<i>Storebrand Skadeforsikring AS v A (hjelpetinterveniens: Landforeningen for Trafikkskadde)</i>
LB-1999-285	<i>(Straffesak) Den offentlige påtalemyndighet mot A</i>
Rt. 1937 s. 443 – "Panama"	<i>Oslo kommune v Den norske Afrika- og Australielinje A/S</i>

Untenlandsk rettspraksis:

Prèvost (TCC)	<i>Prevost Car Inc v. The Queen</i> (Avsagt 22.04.2008 i canadisk skatterettsdomstol. Dommen er tilgjengelig på: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/taxation/vienna12-3-0308165848-001.pdf)
---------------	--

Internasjonale kilder:

OECD BEPS 3	<i>Designing Effective Controlled Foreign Company Rules. Action 3: 2015 Final Report</i>
OECD BEPS 6	<i>Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances</i>

Opinion of advocate general Lèger, deliverd on 2 may 2006 (generaladvokatens uttalelse i forkant av EU-domstolens sak C-194/04)

Opinion of advocate general Lèger, deliverd on 27 may 2004 (generaladvokatens uttalelse i forkant av EU-domstolens sak C-299/02)

Skatteavtaler:

Den nordiske skattavtalen

Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue

Den nederlandske skattavtalen

Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Kongeriket Nederland til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebygging av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue

OECDs mønsterskattavtale

Model convention with respect to taxes on income and on capital

OECD kommentarutgave

Commentaries on the articles of the model tax convention

Bindende forhåndsuttalelser:

BFU 3/16, avgitt 03.03.2016

Spørsmål om et holdingselskap anses for å være reelt etablert i Nederland

BFU 4/15, avgitt 16.04.2015

Spørsmål om et holdingselskap anses for å være reelt etablert i Luxembourg

BFU 2/14, avgitt 29.01.2014

Er Holding Ltd "reelt etablert" (hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS)

BFU 30/09, avgitt 19.11.2009

Om et investeringsselskap i et EØS-land kan anses som reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet der

Avisartikler:

Finansavisen, 18. juli 2015 side 49

"Holdingselskap til besvær" – Finn Backer Grøndahl

Annet:

Lignings-ABC, publisert 15.02.2016

Internett:

www.aftenposten.no/panamapapers

Artikkelserien omhandler 11,5 millioner dokumenter lekket fra advokatfirmaet Mossack Fonseca i Panama.

<http://www.statsbudsjettet.no/Statsbudsjettet-2015/Satsinger/?pid=65154>

Faktaark om statens inntekter og utgifter

Direktiver:

2014 2014/91/EU om regulering av verdipapirfond (UCITS-direktivet) med senere endringer.

Traktater:

2009 Traktaten om Den europeiske union og traktaten om Den europeiske unions virkemåte (Lisboa-traktaten).

Masteroppgave:

Solberg (2014)

Solberg, Hans Kristian. *"En komparativ analyse av etableringsvilkåret i Cadbury Schweppes-dommen"*. Masteroppgave ved UiO, det juridiske fakultet. (hentet fra www.duo.uio.no 12.04.2016).