



BI Norwegian Business School - campus Oslo

# GRA 19204

Master Thesis in Accounting and Auditing

Thesis Master of Science

Hva er betydningen av lavskattelandvurderingen i skatteloven?

Navn: Anisa Batool Raza

Start: 01.01.2018 09.00

Finish: 03.09.2018 12.00

Thesis  
Master of Science

- Lavskattelandvurderingen -

Hva er betydningen av lavskattelandvurderingen i skatteloven?

Hand-in date:  
03.09.2018

Campus:  
BI Oslo

Examination code and name:  
**GRA 19204 Master Thesis in Accounting and Auditing**

Programme:  
Master in Accounting and Auditing

Supervisor:  
Eivind Furuseth

## Forord

Denne masteravhandlingen inngår som en avsluttende del av masterstudiet i regnskap og revisjon ved Handelshøyskolen BI Oslo, våren 2018.

Gjennom studieløpet mitt på BI har jeg fått en god innføring i skatterett og fått en enorm interesse for faget. Etter et omfattende fordypningskurs i skatterett med en veldig dyktig og engasjert foreleser, Eivind Furuseth, ble jeg sikker på at jeg ville skrive en masteroppgave innenfor dette fagfeltet. Bakgrunnen for valgt tema er en meget stor interesse for, og ikke minst et ønske om å lære mer om fritaksmetoden, NOKUS-reglene og vurderingen av lavskatteland.

Med innspill fra veileder, ble valg av tema for oppgaven lavskattelandvurderingen. Oppgavens tema er litt vanskelig og uavklart, men det har vært en veldig spennende og lærerik prosess. Jeg har blitt utfordret og føler at jeg har fått en dyp forståelse for valgt tema.

Jeg vil benytte anledningen til å takke min veileder Eivind Furuseth for all hjelp og innspill til oppgaven. Vi har hatt interessante diskusjoner gjennom hele prosessen og jeg har lært veldig mye fra han.

Sist men ikke minst, vil jeg rette en stor takk til min familie og mine nære venner som har støttet og oppmuntret meg gjennom alle årene på BI og underveis i arbeidet med masteroppgaven.

Oslo, 1.september 2018

Anisa Batool Raza

---

## Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>2</b>
<b>1. Innledning .....</b>	<b>4</b>
1.1 Problemstilling .....	4
1.2 Bakgrunn for problemstilling .....	4
1.3 Sammenheng mellom lavskatteland og realitetsvilkåret .....	7
1.4 Kort om NOKUS-reglene .....	8
1.4.1 Formål og bakgrunn .....	8
1.4.2 Anvendelsesområde .....	9
1.4.3 Lavskatteland under NOKUS-reglene .....	10
1.4.4 Begrensninger i NOKUS-reglenes anvendelsesområde .....	11
1.5 Kort om fritaksmetoden .....	12
1.5.1 Formål og bakgrunn .....	12
1.5.2 Anvendelsesområde .....	13
1.5.3 Lavskatteland under fritaksmetoden .....	14
<b>2. Lavskatteland .....</b>	<b>15</b>
2.1 Definisjon av lavskatteland .....	15
2.2 Hvordan skal man foreta sammenligningen etter sktl. §10-63? .....	15
2.3 Effektivt skattenivå .....	17
2.4 Sammenligning av det effektive skattesatsnivået .....	18
2.5 Hvor langt tidsperspektiv skal legges til grunn ved lavskattelandvurderingen? .....	24
2.5.1 Tax holiday .....	25
2.5.2 Fritaksmetoden og tax holiday .....	26
2.5.3 Skattemessige konsekvenser ved midlertidig status som lavskatteland .....	28
2.6 Et eksempel på usikkerheten rundt tidsperioden som legges til grunn ved lavskattelandvurderingen i fritaksmetoden .....	29
2.7 Svart og hvit liste .....	30
2.8 Egne vurderinger .....	31
2.8 Hvilken betydning har realitetsvilkåret for lavskatteland? .....	32

---

<b>3. Realitetsvilkåret.....</b>	<b>33</b>
3.1 Bakgrunn for realitetsvilkåret.....	33
3.2 Betydningen av EU-domstolens avgjørelse for NOKUS-reglene.....	35
3.3 Hva realitetsvilkåret innebærer .....	36
3.4 Wholly artificial arrangements.....	39
3.5 Er realitetsvilkåret innholdsmessig det samme under fritaksmetoden og NOKUS-reglene? .....	41
3.6 Skal det egentlig mye til for å oppfylle realitetsvilkåret? .....	44
3.7 Sammenheng mellom realitetsvilkåret og EØS-avtalen.....	45
<b>4. Betydning av EØS-avtalen.....</b>	<b>45</b>
4.1 Generelt om EØS-avtalen.....	45
4.2 Fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse .....	47
4.3 Restriksjoner på etableringsretten og kapitalbevegelse .....	49
4.6 Fokus Bank-saken .....	55
<b>Litteraturliste.....</b>	<b>58</b>

# 1. Innledning

## 1.1 Problemstilling

Problemstillingen i denne avhandlingen er:

*Hva er betydningen av lavskattelandvurderingen i skatteloven?*

Begrepet lavskatteland ble innført i norsk skatterett i forbindelse med beskatning av norsk kontrollert utenlandsk selskap (NOKUS) og er definert i Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26.mars 1999 (heretter sktl.) §10-63. Fra og med år 2004 ble også begrepet innført i fritaksmetoden i sktl. §2-38. Lovgiver ønsker å gi lavskattelandbegrepet en enhetlig definisjon.<sup>1</sup> Dermed får sktl. §10-63 også en anvendelse i relasjon til fritaksmetoden. Lavskatteland kommer også inn i sktl. §§16-20 følgende for anvendelse av kreditfradragreglene.<sup>2</sup>

Fritaksmetodens og NOKUS-reglernes anvendelse på utenlandske investeringer reiser en rekke interessante og uavklarte spørsmål når det utenlandske selskapet er hjemmehørende i lavskatteland. Vi skal derfor se nærmere på vurderingen av lavskatteland i norsk skattelovgivning i denne avhandlingen.

## 1.2 Bakgrunn for problemstilling

Utviklingen i verdensøkonomien og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen (herunder de fire friheter om personer, varer, tjenester og kapital) har ført til at problemstillinger knyttet til internasjonal dobbeltbeskatning er blitt aktuelle. Internasjonal dobbeltbeskatning oppstår når skattyter har skatteplikt på investeringer i kildestaten, samtidig som skattyter har skatteplikt på avkastning til hjemlandet.

---

<sup>1</sup> Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2

<sup>2</sup> For å få fradrag for skatt betalt i utlandet etter kreditmetoden, må man skille mellom inntekt opptjent i lavskatteland og høyskatteland. Betydningen av lavskatteland i disse reglene er at hvor inntekter har kilde fra, påvirker beregningen av maksimalt kreditfradrag. Jf. sktl. §16-21 første ledd bokstav a. Imidlertid er lavskatteland i relasjon til kreditfradragreglene utenfor oppgavens tema og drøftes dermed ikke i denne oppgaven.

---

Det må skilles mellom juridisk dobbeltbeskatning og økonomisk dobbeltbeskatning. Den førstnevnte oppstår når én og samme inntekt beskattes hos samme skattesubjekt og med likeartede skatter i mer enn én stat. Økonomisk dobbeltbeskatning inntreffer når samme inntekt beskattes hos forskjellige skattesubjekter under samme økonomisk enhet.<sup>3</sup> Et typisk eksempel på økonomisk dobbeltbeskatning er aksjeutbytte, som først beskattes som en del av selskapsoverskudd, og deretter på aksjonærenes hånd når de mottar utdelingen. Det er ikke samme inntekt juridisk fordi selskapsoverskudd anses som en annen inntekt enn aksjeutbytte til eier. Økonomisk dreier det seg imidlertid om samme inntekt.

Det er ikke noen tvil om at internasjonal dobbeltbeskatning er urimelig og strider mot rettferdighet og økonomisk effektivitet. Dobbeltbeskatning hindrer god kapitalallokering og svekker økonomisk effektivitet. Sktl. §16-20 skal hindre, eller i det minste redusere, juridisk dobbeltbeskatning.<sup>4</sup> Sktl. §§16-30 følgende skal hindre både juridisk og økonomisk dobbeltbeskatning. Fritaksmetoden i sktl. §2-38 skal også hindre økonomisk dobbeltbeskatning.

Fritaksmetoden gir imidlertid uheldige tilpasningsmuligheter ved grenseoverskridende aksjeinntekter. Forskjeller i bedriftsbeskatning mellom land bidrar til tilpasningsmuligheter. I mediene har vi lest om dokumentlekkasjen Panama Papers som avslører hvordan multinasjonale selskaper, statsledere, politikere og toppledere i næringsliv gjemmer penger i skatteparadis. Gunstige skatteregler i andre land gir selskaper incentiver til å etablere og drive næringsvirksomhet samt overføre kapital i disse landene for å redusere deres skattebelastning. Med bakgrunn i slik skatteplanlegging, er det derfor innført regler som gir begrensninger eller “straffer” skattyter som driver virksomhet i de land som er underlagt lav eller ingen beskatning (lavskatteland).

---

<sup>3</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s. 936

<sup>4</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s. 936

---

Multinasjonale selskaper i høyskatteland<sup>5</sup> vil ofte forsøke å redusere sin skattebelastning ved å bruke lavskatteland på mange måter i internasjonal skatteplanlegging. For eksempel kan disse selskapene flytte inntekt, funksjoner, eiendeler og risiko til lavskatteland. Det er heller ikke uvanlig at konserner plasserer selskaper som skal yte andre konsernselskaper tjenester i lavskatteland. Videre oppstår en meget aktuell problemstilling i de tilfeller det etableres selskaper i lavskatteland og bruk av såkalte basisselskaper.<sup>6</sup> Basisselskaper kan brukes til å samle opp inntekter fra internasjonal aktivitet. Da beskyttes denne inntekten for skattlegging i aksjonærens hjemstat, som typisk er et høyskatteland. Skatteplikt i aksjonærens hjemstat oppstår først når selskapet utdeler utbytte eller når aksjonæren oppnår gevinst ved salg av aksjer. Dette kan tenkes å skje først etter flere år, eller kanskje aldri. På den måten vil aksjonæren i høyskattelandet spare mye på skatt som han egentlig måtte ha betalt om etableringen skjedde i hjemstaten.

For å motvirke multinasjonale selskapers bruk av basisselskaper, er det mest brukte tiltaket såkalte CFC-regler (forkortelse for Controlled Foreign Companies). Disse reglene ble innført i USA allerede på 1960-tallet og er innført i en lang rekke land i de senere år. I Norge har vi tilsvarende regler, omtalt som NOKUS-reglene (norsk-kontrollert utenlandsk selskap) i sktl. §§10-60 til 10-68.

I utgangspunktet er aksjeutbytte og gevinster mellom selskap på tvers av landegrensene skattepliktig, jf. sktl. §2-2, 6.ledd - såkalt globalinntektsprinsippet og sktl. §10-11 og 10-44 som henholdsvis angir aksjeutbytte og gevinst ved realisasjon av aksje som skattepliktig inntekt. Fritaksmetoden i sktl. §2-38 sikrer imidlertid skattefritak på slike aksjeinntekter når skattyter er en selskapsaksjonær. En selskapsaksjonær er et selskap som er aksjonær i et annet selskap. Tilsvarende gis det ikke fradragsrett for tap (som egentlig ville vært en fradragsberettiget kostnad etter sktl. §6-24).

Som en konsekvens av EØS-avtalen og prinsippet om ikke-diskriminering, er selskap hjemmehørende i EØS likestilt med norske selskap hjemmehørende i

---

<sup>5</sup> Med «høyskatteland» menes det i denne avhandlingen et land som ikke anses som lavskatteland. Mange bruker begrepet «normalskatteland», men vi velger å bruke «høyskatteland» fordi etter vår mening gir høyskatteland en bedre definisjon av land som er det motsatte av lavskatteland.

<sup>6</sup> Zimmer (2009) s.41



---

Norge. Det betyr at fritaksmetoden gjelder fullt ut innenfor EØS, men det må skilles mellom hvorvidt selskapet i EØS er hjemmehørende i et lavskatteland eller et høyskatteland. Er selskapet hjemmehørende i lavskatteland, må realitetsvilkåret være oppfylt for at skattefritaket kan gjøres gjeldende. Investeringer i lavskatteland kan i tillegg fort bli gjenstand for NOKUS-beskatning etter sktl. §10-60 følgende, med mindre NOKUS reglene ikke er i strid med det som er avtalt gjennom skatteavtale eller EØS-rett.<sup>7</sup>

Det diskuteres aktivt hvordan lovgiver skal tilpasse nasjonale og internasjonale skatteregler for å beskytte selskapsskattegrunnlaget og hindre kanalisering av overskudd til lavskatteland, hovedsakelig ved å utnytte skattereglene på en lovlig måte.<sup>8</sup> Det er derfor veldig interessant å lære om hvordan man foretar en vurdering av lavskatteland, og hva som er betydningen av lavskattelandvurderingen i norsk skattelovgivning. En annen begrunnelse for valgt tema er å løfte blikket litt og vurdere om det er slik vi ønsker å ha skattereglene våre.

### **1.3 Sammenheng mellom lavskatteland og realitetsvilkåret**

Bakgrunnen for at realitetsvilkåret er et vesentlig tema i denne oppgaven er at dette vilkåret har betydning for lavskatteland og er dermed relevant for oppgavens problemstilling. Det må understrekes at realitetsvilkåret ikke har noen innflytelse på selve lavskatteland definisjonen, men kun betydning for anvendelse av fritaksmetoden og NOKUS-reglene for selskaper hjemmehørende i lavskatteland innen EØS. Realitetsvilkåret er en konsekvens av de forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen. Selv om et land anses som lavskatteland per definisjon, kan det oppstå tilfeller der rettsvirkning av lavskatteland ikke kommer til anvendelse fordi vi er innenfor EØS, med mindre etableringen i EØS ikke er et rent kunstig arrangement.

---

<sup>7</sup> Jf. Sktl. § 10-64

<sup>8</sup> NOU 2014:13 punkt 6.4

---

## 1.4 Kort om NOKUS-reglene

### 1.4.1 Formål og bakgrunn

Hovedbegrunnelsen for innføring av NOKUS-reglene er å hindre skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i lavskatteland.<sup>9</sup>

Globalinntektsprinsippet i sktl. §2-2 sjette ledd bestemmer at selskaper er pliktig til å svare skatt for all sin inntekt og formue, uavhengig av om denne inntekten/formuen er opptjent i Norge eller i utlandet. Etter den alminnelige regel i norsk skatterett regnes også et utenlandsk selskap med begrenset ansvar som et eget skattesubjekt. Det betyr at norske aksjonærer i disse utenlandske selskapene kan bare beskattes for utdelt utbytte og gevinst ved salg av aksjer i Norge, og ikke for den inntekten som opptjenes og beholdes i selskapet.<sup>10</sup> Denne regelen gir skattyter mulighet til å etablere selskaper i lavskatteland og flytte inntektene dit. NOKUS-reglene i sktl. §§10-60 følgende tar sikte på å motvirke slike skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer. Kombinasjon av lav skatt i kildestaten og muligheten til å omgå resident basert beskatning gir derfor grunn til å ha NOKUS-regler.<sup>11</sup>

NOKUS-reglene har som formål å bidra til et nøytralt skattesystem (kapitaleksportnøytralitet) gjennom at investeringer i lavskatteland beskattes på samme måte som investeringer i Norge. Gjennom kapitalnøytralitet skal norske skattytere som foretar investeringer i Norge likebehandles med norske skattytere som investerer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland.<sup>12</sup>

Et annet formål bak NOKUS-reglene er hensynet til det norske skattefundamentet. Hovedformålet med skattesystemet i Norge er å finansiere offentlig forbruk, investeringer og overføringer til privat sektor.<sup>13</sup> Når investeringer flyttes til

---

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.1

<sup>10</sup> Zimmer (2009) s.332

<sup>11</sup> NOU 2014:13 punkt 6.4

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.2.1

<sup>13</sup> Meld. St. 4 (2015-2016) punkt 1.1

---

utlandet, vil dette redusere det norske skattefundamentet. Etter departementets syn har imidlertid dette hensynet en preventiv effekt.<sup>14</sup>

NOKUS-reglene er altså unntak fra den alminnelige regelen om at skatteplikt kun oppstår når den norske eieren i det utenlandske selskapet mottar utbytte eller oppnår gevinst ved realisasjon av eierandel. NOKUS-reglene innebærer en løpende beskatning av norske aksjonærer sin forholdsmessige andel av inntekten som opptjenes i selskapet i lavskatteland.<sup>15</sup> Tilsvarende kan underskudd i selskapet fremføres til fradrag i senere års inntekt fra selskapet. Den norske eieren regnes dermed som skattesubjekt for inntekten opptjent i NOKUS-selskapet. Reglene har mange likhetstrekk med de internasjonale reglene omtalt som Controlled Foreign Company legislation (CFC-reglene).

#### **1.4.2 Anvendelsesområde**

For at NOKUS-reglene skal kunne anvendes, må tre vilkår være oppfylt. Først og fremst gjelder reglene for enkelte organisasjonsformer som aksjeselskaper og likestilte selskaper.<sup>16</sup> NOKUS-reglene får også anvendelse på selvstendige innretninger eller formuesmasser. Reglene gjelder ikke for selskaper som ikke regnes som egne skattesubjekter etter norsk rett, som typisk er ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.

For det annet må det utenlandske selskapet være “norsk-kontrollert”. Hva som menes med “norsk-kontrollert” fremgår av sktl. §10-62. Som hovedregel foreligger norsk kontroll når den norske skattyteren direkte eller indirekte eier minst halvparten av selskapets andeler eller kapital ved både inngangen og utgangen av inntektsåret.<sup>17</sup> Krav om et formelt eierskap eller bestemmende innflytelse er således ikke nødvendig, såfremt den norske skattyter har kontroll over andelen eller kapitalen i selskapet - for eksempel gjennom en aksjonæravtale

---

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.19

<sup>15</sup> Meld. St. 4 (2015-2016) punkt 9.4.1

<sup>16</sup> Jf. Sktl. § 10-60 og § 10-1

<sup>17</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.8.2

---

eller stemmerettsbegrensning. Norsk eie eller kontroll av 50 prosent av aksjene er tilstrekkelig, selv om aksjene reelt sett kontrolleres av utenlandske investorer.<sup>18</sup>

I tillegg kan det godt være slik at selskapet har flere norske eiere, og disse trenger ikke operere i fellesskap.

Både fysiske og juridiske personer er omfattet av uttrykket “norske skattytere”. Skattyter må være hjemmehørende i Norge. Imidlertid legges det til grunn i forarbeidene<sup>19</sup> til NOKUS-reglene at uttrykket også omfatter skattyter som er bosatt i utlandet, men som har begrenset skatteplikt til Norge i henhold til sktl. §2-3 første ledd bokstav a og b. Aksjen må i slikt tilfelle være knyttet til den aktiviteten som medfører skatteplikt til Norge.<sup>20</sup>

Kontrollkravet må være oppfylt ved inntektsårets inngang og utgang. For å unngå at kontrollstatus etter NOKUS-reglene varierer mye fra det ene år til det annet, for eksempel grunnet endringer i aksjonærsammensetningen, angir sktl. §10-62 supplerende regler i annet og tredje ledd. I henhold til annet ledd foreligger kontroll i tilfeller eierandelen er mindre enn 50 prosent ved utgangen av året, dersom vilkåret var oppfylt året før og eierandelen har vært minst 50 prosent ved inngangen av året.<sup>21</sup> Regelen i tredje ledd går ut på at vilkårene om norsk kontroll alltid er oppfylt dersom eierandelen overstiger 60 prosent ved slutten av året, og oppfylles aldri når eierandelen er mindre enn 40 prosent ved årets utgang.

### **1.4.3 Lavskatteland under NOKUS-reglene**

Det tredje vilkåret for NOKUS-beskatning er at det aktuelle selskapet må være hjemmehørende i et lavskatteland. Begrepet lavskatteland er definert i sktl. §10-63 og er hovedtemaet i denne avhandlingen.

---

<sup>18</sup> Zimmer (2009) s. 333

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.8.1

<sup>20</sup> Zimmer (2009) s. 333

<sup>21</sup> Zimmer (2009) s. 334

---

Hvorvidt et selskap anses skattemessig hjemmehørende i den annen stat, avgjøres etter denne statens internrettslige regler. I Finansdepartementets uttalelse<sup>22</sup> om hjemmehørende begrepet i fritaksmetoden, heter det at når det skal vurderes hvor et selskap er skattemessig hjemmehørende, er det reglene i den annen stat som er avgjørende for om selskapet skal anses hjemmehørende der.

Som utgangspunkt er et selskap hjemmehørende i det landet selskapet har alminnelig skatteplikt til. Hvis det for eksempel legges til grunn et ledelses- og kontrollprinsipp i den annen stat, anses selskapet som skattemessig hjemmehørende i dette landet dersom det har sin effektiv ledelse og kontroll der. Det samme gjelder dersom det aktuelle landet legger til grunn et stiftelsesprinsipp ved vurdering av hjemmehørendebegrepet. I et slikt tilfelle anses selskapet hjemmehørende i den aktuelle staten dersom dette selskapet er stiftet i denne staten. Imidlertid er det etter departementets syn uten betydning hvilket prinsipp det andre landet legger til grunn for å avgjøre hvor et selskap er hjemmehørende.

#### **1.4.4 Begrensninger i NOKUS-reglernes anvendelsesområde**

NOKUS-reglernes anvendelsesområde begrenses i sktl. §10-64. Reglene kan ikke gjøres gjeldende dersom selskapet er hjemmehørende i et land som Norge har skatteavtale med og hvor selskapets inntekter ikke hovedsakelig er av passiv karakter. I tillegg kan ikke selskaper som er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i EØS NOKUS-beskattes.<sup>23</sup> Det er her realitetsvilkåret inn og vi skal drøfte dette nærmere i kapittel 3.

I sktl. §10-64 bokstav a foreligger det en dobbel nektelse av NOKUS beskatning; reglene kan ikke gjøres gjeldende når det foreligger en skatteavtale, og inntektene i selskapet eller innretningen ikke hovedsakelig er av passiv karakter.<sup>24</sup> Hensikten med denne begrensningen er at skatteavtalene har blitt ansett å være til hinder for at virksomhetsinntekten opptjent i det andre landet kan NOKUS-beskattes.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Finansdepartementets uttalelse fra 10.mai 2005, Utv. 2006 s.485

<sup>23</sup> Jf. Sktl. § 10-64 og Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.2.1

<sup>24</sup> Zimmer (2009) s.334

<sup>25</sup> Ot.prp nr.1 (2004-2005) punkt 6.4.1

---

Forarbeidene forklarer ikke hva som ligger i uttrykket “omfattet av avtale” nærmere. Det vil typisk omfatte situasjoner hvor det aktuelle selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland som Norge har skatteavtale med, og dette selskapet har inntekter som er omfattet av skatteavtalens anvendelsesområde.<sup>26</sup> Det betyr altså at det ikke er tilstrekkelig med at Norge har en skatteavtale med det landet selskapet er hjemmehørende i. Selskapet må også være omfattet av denne skatteavtalen.

Det oppstår et spørsmål om hva som menes med passive inntekter. Passive inntekter er inntekter som kommer fra avkastning på kapitalplasseringer, typisk leieinntekter, renter, royalty mv. For eksempel vil holdingselskaper ofte ha inntekter som hovedsakelig er av passiv karakter. I tilfeller hvor selskapet har både aktive og passive inntekter, avgjøres dette ved å ta en vurdering av hvilke inntekter som regnes som hovedsakelige. Et relevant spørsmål i denne sammenheng er hva som skal til for at den passive inntekten regnes som “hovedsakelig”. Av forarbeidene fremgår det at man skal vurdere omfanget og karakteren av virksomheten og dens inntekter.<sup>27</sup> Ser man denne vurderingen i sammenheng med ordlyden i loven, kan man kanskje si at inntektene anses som hovedsakelig passive når de utgjør mer enn 50 prosent av virksomhetens totale inntekter. Dersom selskapet driver en ordinær forretningsvirksomhet, må andelen av passive inntekter utgjøre en større andel.

## **1.5 Kort om fritaksmetoden**

### **1.5.1 Formål og bakgrunn**

Fritaksmetoden ble implementert i norsk skatterett etter skattereformen av 2006 med formål om å forebygge en kjedebeskatning av selskapsoverskudd.

Skatteplikt på utbytte og gevinst ved realisasjon av aksje medfører at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i eierkjede med selskaper. En slik kjedebeskatning vil gi skattyter incentiver til å omorganisere seg,

---

<sup>26</sup> Zimmer (2017) s.355

<sup>27</sup> Zimmer (2017) s.355

---

og ikke minst vil kapitalmobiliteten i næringslivet svekke seg. Før fritaksmetoden ble innført, gjaldt godtgjøringsreglene for utbytte og RISK-reglene for aksjegevinst som skulle forebygge dobbeltbeskatning (og kjedebeskatning). Imidlertid var disse reglene begrenset til å kun anvendes på norske aksjeselskaper og aksjonærer hjemmehørende i Norge. Dette var i strid med den frie kapitalbevegelsen etter EØS-avtalen. Lovgiver ønsket dermed å utvikle de norske skattereglene i tråd med de forpliktelser som Norge har etter EØS-retten.<sup>28</sup>

Fritaksmetoden må gjelde både aksjegevinst og utbytte for å fungere effektivt. Imidlertid kan den inneholde forskjellige regler for aksjegevinster og utbytte.<sup>29</sup> I Norge er fritaksmetoden for gevinster og utbytte relativ lik, med unntak av tre prosent-regelen for utbytte som ikke lenger gjelder for gevinster. Tre prosent-regelen kan ses som en sjablonmessig tilbakeføring av fradragene etter sktl. §6-24.<sup>30</sup>

### 1.5.2 Anvendelsesområde

Fritaksmetoden omfatter en subjektside og en objektside. Det må stilles to hovedspørsmål ved vurdering av når fritaksmetoden kan komme til anvendelse. Er skattyter kvalifiserende subjekt til fritaksmetoden, og hvorvidt inntekten er kvalifisert til å falle inn under objektsiden. Er vilkårene for subjekt og objekt oppfylt, er skattyter omfattet av fritaksmetoden og kun tre prosent av utbyttet/aksjegevinsten tas som skattepliktig inntekt.<sup>31</sup> Tre prosent-regelen gjelder imidlertid ikke for utbytte som utdeles til selskaper tilhørende samme konsern.<sup>32</sup>

Sktl. §2-38 første ledd angir hvilke selskaper (investorer) som er kvalifiserende subjekter til fritaksmetoden, mens annet ledd regulerer hvilke inntekter (og tap) som er kvalifiserende objekter. Inntekter som er omfattet av fritaksmetoden er regulert i sktl. §2-38 annet og tredje ledd. §2-38 er bygget opp slik at annet ledd gir anvisninger på de objekter som i utgangspunktet er omfattet, og deretter

---

<sup>28</sup> Innst. O. nr. 10 (2004-2005) pkt. 6.1

<sup>29</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s.657

<sup>30</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s.666

<sup>31</sup> Jf. Sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav a

<sup>32</sup> Jf. Sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav c

---

kommer unntakene, objekter som likevel ikke er omfattet i tredje ledd. Et viktig formål med fritaksmetoden er å fritta aksjeinntekter fra beskatning i selskapssektoren. Aksjegevinst og aksjeutbytte i selskaper som faller inn under første ledd i §2-38, altså kvalifiserende investorer til fritaksmetoden, utgjør dermed kjernen av de objekter som er omfattet av skattefritaket.

Annet ledd må ses i sammenheng med tredje ledd som gir unntaksregler på objekter som likevel ikke omfattes av fritaksmetoden. Unntakene gjelder inntekter (og tap) fra selskaper som er hjemmehørende i utlandet.<sup>33</sup>

Utenlandske aksjonærer som eier andeler i norske selskaper plikter å betale kildeskatt på utbytte de mottar fra det norske selskapet etter sktl. §10-13, jf. sktl. §2-3 første ledd bokstav c. Sktl §2-38 femte ledd bestemmer imidlertid at utenlandske selskapsaksjonærer i EØS fritas for kildeskatt på utbytte dersom de er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i deres etableringsland.

### **1.5.3 Lavskatteland under fritaksmetoden**

For lavskattelandvurderingen er det begrensninger i fritaksmetodens anvendelsesområde i tredje ledd som er relevant. Formålet i fritaksmetoden, å begrense kjedebeskatning av inntekter, gjør seg svakere i de situasjoner hvor selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland. Derfor kan ikke fritaksmetoden gjøres gjeldende på aksjeinntekter fra selskaper som er skattemessig hjemmehørende i lavskatteland.<sup>34</sup> Dette gjelder likevel ikke dersom det utenlandske selskapet er reelt etablert og driver reell aktivitet i EØS, selv om dette landet defineres som et lavskatteland.

Lovgiver ønsker en enhetlig definisjon av lavskattelandbegrepet ettersom sktl §2-38 tredje ledd bokstav a henviser til lavskatteland definisjonen etter NOKUS-reglene i sktl §10-63. Selv om lovgiver ønsker å anvende en samme definisjon av lavskatteland under fritaksmetoden og NOKUS-reglene, kan det diskuteres

---

<sup>33</sup> Naas m.fl., (2011) s. 549

<sup>34</sup> Jf. Sktl. § 2-38 tredje ledd



---

hvorvidt dette er riktig. Dette har bakgrunn i at formålene til begge disse reglene ikke er helt identiske.

## 2. Lavskatteland

### 2.1 Definisjon av lavskatteland

NOKUS-reglene gjelder kun for selskaper som er hjemmehørende i lavskatteland.<sup>35</sup> Bestemmelsen i sktl. §10-60 består således av to vilkår; det utenlandske selskapet må være hjemmehørende i det aktuelle landet og det landet må anses som et lavskatteland. Hva som menes med et lavskatteland defineres nærmere i sktl. §10-63, og har følgende ordlyd:

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

Bestemmelsen reiser flere interessante spørsmål som vi skal drøfte videre.

### 2.2 Hvordan skal man foreta sammenligningen etter sktl. §10-63?

Bestemmelsen om definisjonen av lavskatteland reiser umiddelbart spørsmål om hvilke sammenligningsgrunnlag man skal bruke for å beregne forskjellen i skattesatsnivået mellom Norge og det eventuelle lavskatteland. I forarbeidene til NOKUS-reglene nevnes tre ulike metoder for å avgjøre om det foreligger en forskjell i skattenivået mellom Norge og det eventuelle lavskattelandet.<sup>36</sup>

Den første løsningen som er veldig enkel, innebærer å sammenligne det formelle skattesatsnivået i Norge med det formelle skattesatsnivået i den annen stat. Denne metoden er også kanskje slik man vil tolke ordlyden i sktl. §10-63, slik at vi

---

<sup>35</sup> Jf. sktl. §§ 10-60 og 10-63

<sup>36</sup> Ot.prp. nr 16 (1991-1992) pkt. 6.9

---

sammenligner det formelle skattesatsnivået for alminnelig inntekt i Norge (som ligger på 23% i 2018) med det utenlandske skattesatsnivået for alminnelig inntekt. To tredjedeler av 23% vil tilsi at den alminnelige skattesatsen i utlandet må være mindre enn 15,33% ( $23\% \times \frac{2}{3}$ ) for at dette landet skal regnes som et lavskatteland.

Imidlertid skal man ikke bare nøye seg med å sammenligne den formelle skattesatsen.<sup>37</sup> Dette skyldes fordi et land kan ha høye formelle skattesatser som ikke nødvendigvis klarer å reflektere det reelle skattenivået. Mange land kan ha høye skattesatser samtidig som flere typer inntekter er undergitt lav beskatning eller at kun en andel av slike inntekter er skattepliktig med høy skattesats.<sup>38</sup> En annen ulempe med en slik sammenligning er skattekreditter. Hvis de skattemessige avskrivningene har høye satser, eller at det eksisterer gunstige avsetningsordninger for visse type inntekter, vil ikke det formelle skattenivået klare å gjenspeile det reelle skattenivået i landet.

Hensikten med sammenligningen av skattenivået mellom Norge og det eventuelle lavskattelandet er å få frem den reelle forskjellen i beskatningen, og en slik sammenligning vil ikke samsvare med hensikten. På en annen side er en fordel med en slik løsning at bestemmelsen om lavskattelandvurderingen vil være enkel å anvende i praksis.

Den andre metoden går ut på å sammenligne hva selskapet i den annen stat måtte ha betalt i skatt i det enkelte inntektsår dersom dette selskapet hadde vært hjemmehørende i Norge. En slik løsning vil synes å være hensiktsmessig sett fra et teoretisk synspunkt fordi man klarer å reflektere forskjellen i beskatningen for det enkelte selskap.<sup>39</sup> Bestemmelsens ordlyd sier at vi skal sammenligne hva den utenlandske skatten “*utgjør*” og den skatten selskapet “*ville ha blitt ilignet*”. Dette trekker i retning av at sammenligningen skal foretas etter den andre metoden som forarbeidene legger opp til. På en annen side vil en slik sammenligningsberegning føre til at eiere av NOKUS-selskaper får en stor

---

<sup>37</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s.993

<sup>38</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.9

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.9

---

arbeidsbelastning fordi de må foreta en beregning av den skatten selskapet ville ha betalt dersom det var hjemmehørende i Norge hvert år.

En endelig løsning, som lovgiver selv innrømmer som den mest korrekte (og etter vår egen mening, den mest hensiktsmessige), innebærer å gjennomføre en konkret sammenligning av forskjellen i det effektive skattesatsnivået i Norge og det andre landet innen den relevante bransjen/næringen selskapet opererer i. Man foretar altså en sammenligning av det effektive skattenivået for relevant næring i Norge og i det eventuelle lavskattelandet. Hvordan denne sammenligningen foretas drøftes i det neste avsnitt.

### 2.3 Effektivt skattenivå

Ved en sammenligning av det effektive skattenivå, slipper man å foreta en konkret beregning av skatten selskapet ville ha blitt ilignet for det enkelte år dersom det hadde vært hjemmehørende i Norge. Ikke minst vil sammenligningen i skattenivået gjenspeile den reelle forskjellen i skattenivået mellom Norge og den annen stat.<sup>40</sup> Ved anvendelse av denne metoden vil dermed formålet med sammenligning etter sktl. §10-63 bli oppfylt.

I lovforarbeidene<sup>41</sup> uttaler departementet at:

*“Etter departementets vurdering bør særreglene bare komme til anvendelse overfor deltakere i selskaper som er hjemmehørende i stater med et skattenivå som er lavere enn to tredjedeler av det skattenivå som gjelder for tilsvarende selskaper i Norge”.*

Her legger vi spesielt merke til at lovgiver uttaler *“tilsvarende selskaper i Norge”*. Det er dermed de effektive inntektsskattesatsene som skal sammenlignes, og vurderingen må foretas konkret i forhold til den aktuelle virksomheten selskapet opererer i.

---

<sup>40</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) pkt. 6.9

---

Sammenligning av de effektive skattesatsene er også lagt til grunn i rettspraksis, for eksempel i *Sinvest-dommen*<sup>42</sup> som vi skal drøfte senere. Denne løsningen har imidlertid vist seg å være utfordrende å foreta i praksis, fordi det kan være vanskelig å beregne det effektive skattenivået i et land. Problemstillinger som oppstår knyttet til det effektive skattenivået er hvilke skatter man skal legge vekt på i Norge og i utlandet, og ikke minst hva som faktisk inngår i den effektive skattesatsnivå-beregningen. I tillegg kan det være vanskelig å vite hvor presis beregningen skal være.

I det neste avsnittet skal vi drøfte hvordan man egentlig tolker ordlyden av “*..samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler ..(..)*” i sktl. §10-63. Hva skal inngå i sammenligningen av skattenivåene i det eventuelle lavskattelandet og Norge?

#### **2.4 Sammenligning av det effektive skattesatsnivået**

Som omtalt tidligere, skal lavskatteland definisjonen i relasjon til fritaksmetoden, gjøres på tilsvarende vilkår som gjelder for NOKUS-reglene, altså etter sktl. §10-63. Hvilke land som anses som høyskatteland og lavskatteland er nærmere regulert i FSSD §10-63-1 til §10-63-3, såkalt “svarteliste” og ”hviteliste” og som vi skal gjøre rede for senere.

Det betyr at for selskaper som uten videre ikke skal anses som høyskatteland eller lavskatteland, må det gjennomføres en nærmere vurdering av om den “*alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler*”.<sup>43</sup> Hvilke forhold påvirker egentlig sammenligningen av det effektive skattesatsnivået i Norge og det eventuelle lavskattelandet?

Vi forsøker å svare på denne problemstillingen ved å analysere hva retten har lagt til grunn i rettspraksis.

I Høyesteretts dom av 15.mars 2016 - *Den Norske Amerikalinjen AS mot Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter*, var rettsspørsmålet om gevinst ved

---

<sup>42</sup> Rt 2014 s 196

<sup>43</sup> Jf. Sktl. § 10-63

---

realisasjon av aksjer i et singaporsk rederiselskap var skattefri etter fritaksmetoden. Det avgjørende i saken var om det singaporske selskapet var å anse som hjemmehørende i et lavskatteland i relasjon til fritaksmetoden, slik at aksjeinntektene ikke var fritatt for skatteplikt.<sup>44</sup> Rederiinntekter var skattefrie både i Norge og Singapore. Dermed var spørsmålet om selskapets skattepliktige finansinntekter skulle inngå i sammenligningsgrunnlaget til den alminnelige inntektsskatten på det samlede overskuddet.

Den Norske Amerikalinje mente at det var selskapets hovedinntekt, de skattefrie rederiinntektene som måtte være av avgjørende betydning for lavskattelandvurderingen. Derfor kunne ikke finansinntektene inngå i sammenligning av skattenivåene.<sup>45</sup>

Høyesterett mente at etter ordlyden i sktl. §10-63 er det selskapets "*samlede overskudd*" som skal inngå i sammenligningen, selv om lovforarbeidene sier at det skal legges til grunn en generell vurdering basert på selskapets bransjetypiske inntekter.<sup>46</sup> Etter rettens uttalelse regnes finansinntekter i form av renteinntekter på bankinnskudd og utestående fordringer som en naturlig del av enhver næringsvirksomhet. Høyesterett la til grunn at det er forskjellen i skattebelastningen som er avgjørende for lavskattelandvurderingen etter sktl. §10-63. Hvorvidt selskapets skattepliktige inntekter har en beskjeden størrelse i forhold til selskapets skattefrie inntekter, er uten betydning. Dermed kom Høyesterett fram til at finansinntektene skulle inngå i sammenligningsberegningen, og aksjeinntektene i det singaporske selskapet ikke var kvalifiserende objekt i fritaksmetoden fordi Singapore ble ansett som et lavskatteland.

Et annet eksempel fra rettspraksis som omhandler vurderingen av hva som skal inngå i sammenligningsgrunnlaget, finnes i *Sinvest-dommen*.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Jf. Sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a jf. § 10-63

<sup>45</sup> Skattedirektoratets kommentar til HR-2016-00586-A

<sup>46</sup> Skattedirektoratets kommentar til HR-2016-00586-A

<sup>47</sup> Rt 2014 s 196

---

I *Sinvest-dommen* var spørsmålet om fritaksmetoden kunne anvendes på et norsk aksjeselskap som realiserte aksjer i et datterselskap hjemmehørende i Singapore. Høyesterett vurderte om Singapore ble regnet som et lavskatteland i relasjon til fritaksmetoden<sup>48</sup>, slik at fritaksmetoden ikke kunne anvendes.

Retten konkluderte med at det var det effektive skattenivået i det aktuelle landet som skulle vurderes, og skattelette etter skatteavtaler skulle ikke medtas i vurderingen.<sup>49</sup> Høyesteretts avgjørelse ble at Singapore skulle anses som et lavskatteland og dermed kunne ikke skattefritaket etter fritaksmetoden gjøres gjeldende på gevinsten ved realisasjon av aksjer.

Denne dommen er relevant for lavskattelandvurderingen fordi Høyesterett vurderte hvordan man skulle forstå definisjonen av lavskatteland. *Sinvest AS* (senere fusjonert med *Aban International Norway AS*) drev med olje, gass og offshorevirksomhet og etablerte datterselskapet *Deep Drilling Invest Pre. Ltd. (DDI)* i Singapore. *DDI* hadde inngått en avtale om åtte borerigger som skulle leies ut til oljeselskaper etter ferdigstillelse gjennom åtte single purpose datterselskaper. Selskapet besluttet senere å flytte eierskapet til *DDI* over til et norsk holdingselskap (*DDI Holding AS*). Aksjene i *DDI* ble overført til *DDI Holding* og det oppstod en gevinst ved realisasjon av disse aksjene. Denne gevinsten var rapportert som fritatt for skatt etter fritaksmetoden i *Sinvest* sin ligningsoppgave.<sup>50</sup>

Høyesterett vurderte hvordan man skulle foreta sammenligningen av det effektive skattesatsnivået i Norge og i Singapore for den type selskaper, nærmere sagt hvilke type inntekter som skulle inngå i sammenligningsgrunnlaget. *DDI*s primærvirksomhet dreiet seg om å eie og forvalte datterselskapene samt yte management tjenester for disse. Typiske inntektskilder til *DDI* var derfor utbytteinntekter fra selskapets datterselskaper i Singapore fordi *DDI* var en langsiktig investor i disse datterselskapene.<sup>51</sup> Dermed kom Høyesterett frem til at de skulle se bort fra aksjegevinster ved vurdering av inntektstypene som skulle

---

<sup>48</sup> Jf. Sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a jf. § 10-63

<sup>49</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s.670

<sup>50</sup> Skattedirektoratets Domscommentar til Rt 2014 s 196

<sup>51</sup> Gjems-Onstad m.fl., (2015) s.994

---

inngå i sammenligningsgrunnlaget. Dette støttet også vurderingen som skulle legges til grunn etter forarbeidene<sup>52</sup> og ligningspraksis.

Skattenivået for utbytteinntekter i Singapore var på 0, og dermed var det på det rene at skattenivået i Singapore utgjorde mindre enn to tredjedeler av skattenivået i Norge. Singapore måtte dermed regnes som et lavskatteland etter sktl. §10-63.

Videre vurderte Høyesterett om skatteavtalen mellom Norge og Singapore skulle tas hensyn til ved sammenligning av skattenivåene i de to landene. Skatteavtalen mellom Norge og Singapore (artikkel 24 nr. 2) inneholder en bestemmelse om skattefritak på utbytte fra et selskap hjemmehørende i Singapore til et selskap hjemmehørende i Norge dersom visse vilkår er oppfylt.<sup>53</sup>

Høyesterett mente at man ikke skulle trekke inn skatteavtaler ved sammenligning av skattesatsnivå mellom to land etter sktl. §10-63, og at dette ikke var i samsvar i sktl. §10-64 bokstav a. Sktl. §10-64 bokstav a gjelder kun en begrensning av NOKUS-beskatning i de tilfeller Norge har inngått en skatteavtale med en annen stat hvor selskapet drives (og selskapet er omfattet av skatteavtalen) og selskapets inntekter ikke er av hovedsakelig passiv karakter. Derfor var det etter Høyesterett sitt syn ikke riktig å blande inn skatteavtale i lavskattelandvurderingen i relasjon til fritaksmetoden. Siden definisjonen av lavskatteland etter lovgivers mening er den samme i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene, la Høyesterett vekt på at det samme måtte gjelde ved vurderingen av om unntaket i fritaksmetoden skulle få anvendelse.

Konklusjonen på avsnittets problemstilling er altså at det i lavskattelandvurderingen skal gjøres tilpasning til det aktuelle selskap og den relevante bransjen selskapet opererer i. Forhold som er av mer konkret, individuell art og ikke bransjespesifikke, skal det i utgangspunktet ikke tas hensyn til.<sup>54</sup> I Sinvest-dommen vurderte retten de effektive skattesatsene for holdingselskaper. Høyesterett tok ikke hensyn til forhold av en individuell art, slik som aksjegevinster ved realisasjon av aksjer. Retten mente at aksjegevinster ikke

---

<sup>52</sup> Ot. Prp. nr. 16 1991-92 pkt. 6.2

<sup>53</sup> Skattedirektoratets Domscommentar til Rt 2014 s 196

<sup>54</sup> Rt 2014 s 196 avsnitt 44 og 45

---

skulle inkluderes i sammenligningen fordi selskapet hovedsakelig hadde inntekter som hadde kilde fra utbytte. Selskapet var et typisk holdingselskap som forvaltet eierinteresser i sine datterselskaper med fokus på aksjeinntekter som sin hovedinteresse. Dermed var selskapet et selskap med langsiktighet og stabilitet i aksjeporteføljen.<sup>55</sup> Hvilke inntekter som anses som relevante i sammenligningen vil kunne endres fra det et år til et annet. Aksjegevinster vil kanskje medtas i sammenligningen dersom selskapet endrer formålet med virksomheten og har en mindre langsiktig og stabil aksjeportefølje.

Dette utgangspunktet passer med lagmannsrettens vurdering i Utv. 2006 s. 1151 Cermaq der retten la til grunn at det skal tas hensyn til de særlige regler som gjelder for den type selskap eller bransjen som selskapet opererer i, og forhold som må knyttes til de individuelle, og ikke bransjespesifikke, ikke skal legges vekt på. Denne vurderingen samsvarer med utgangspunktet i forarbeidene hvor det heter at man skal foreta *”en mer generell sammenligning av forskjellen i nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og i den annen stat for denne typen selskaper”*.<sup>56</sup>

Cermaq-dommen viser et interessant moment ved lavskattelandvurderingen, hvor ett og samme land kan anses som et høyskatteland og lavskatteland på en gang. I tillegg ser vi hvordan ulike typer særregler i et land kan påvirke vurderingen av lavskatteland. Saksforholdet gjaldt et norsk konsern som hadde datterselskaper i Chile som drev med fiskeoppdrett og produksjon av fiskefôr. I Norge var fiskefôroppdrett selskaper undergitt gunstig skattlegging som førte til at den effektive skattesatsen ble redusert. Dermed ble ikke Chile ansett som lavskatteland for den type selskaper. Selv om fiskeproduksjonsselskapet også var hjemmehørende i samme land som fiskefôroppdrett selskapet, ble Chile ansett som lavskatteland da det ble foretatt en sammenligning av den effektive inntektsskattesatsen for fiskeproduksjonsselskaper.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Skattedirektoratets Domscommentar til Rt 2014 s 196

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.9

<sup>57</sup> Zimmer (2009) s. 337



---

Det er flere forhold som har innflytelse på beregning av den effektive skattenivået. Fritaksmetodens forarbeider trekker frem særregler for ulike typer inntekter, selskaper og virksomheter i Norge og utlandet som eksempler på forhold som kan påvirke det effektive skattenivået i landene.<sup>58</sup> Videre i forarbeidene nevnes andre forhold som er av betydning, for eksempel regler om skattefritak.<sup>59</sup> Selskaper som er lokalisert på forskjellige geografiske områder kan for eksempel ha særlige gunstige skatteregler. Ikke minst er det ikke uvanlig at enkelte land har gunstige skatteregler for selskaper som er nyetablerte.

I Utv. 2001 s. 278 refereres det til en sak som viser hvordan gunstige skatteregler for selskaper i oppstartsfase kan påvirke lavskattelandvurderingen. Saken gjaldt et norsk investeringsselskap som ønsket å etablere et datterselskap av et norsk selskap i Monaco. På den tiden var skattesatsen i Monaco 33,33%. Det betyr at landet anses som et høyskatteland i utgangspunktet. Sentralskattekontoret for storbedrifter kom imidlertid frem til at Monaco skulle anses som et lavskatteland fordi landet hadde gunstige skatteregler for selskaper i oppstartsfase som førte til at selskapet ytet en gunstig beskatning i forhold til andre selskaper de fire første årene etter etableringen.<sup>60</sup>

Definisjonen av lavskatteland er dermed ikke så lett å tolke. En interessant uttalelse fra Høyesterett i Den Norske Amerikalinje-saken er at retten anser det som en lovgiveroppgave å eventuelt endre lavskatteland definisjonen.

Skatteutvalget foreslår i NOU 2014:13 at det bør innføres enklere vurderingstemaer i lavskattelandvurderingen enn en generell sammenligning av de effektive skattenivåene. Også Finansdepartementet uttaler i Meld. St. 4 (2015-2016) at departementet vil klargjøre NOKUS-reglene med hensikt om å gjøre reglene mer praktiske.

Den neste problemstillingen handler om tidsperspektivet i lavskattelandvurderingen.

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.4

<sup>60</sup> Naas, m.fl., (2011) s. 600

---

## 2.5 Hvor langt tidsperspektiv skal legges til grunn ved lavskattelandvurderingen?

I forarbeidene legges det til grunn at den generelle sammenligningen innebærer at et land ikke anses som lavskatteland i et enkelt år hvor selskapet betaler mindre skatt enn to tredjedeler av den skatten det måtte ha betalt om de var hjemmehørende i Norge. Og motsatt; i et enkelt år hvor selskapet betaler mer skatt som utgjør mer enn to tredjedeler av skatten de skatten i Norge, blir ikke det aktuelle utlandet automatisk regnet som et høyskatteland. Man legger til grunn en skattebelastning over en lenger periode når man skal foreta sammenligningen. Formålet med en vurdering av det effektive skattenivået over en lengre periode er at i enkelte år hvor den effektive skattesatsen avviker, skal ikke dette påvirke lavskattelandvurderingen.

Det interessante spørsmålet er hvor lang denne perioden skal være. Lovgiver har ikke uttalt hvor lang tidsperiode som legges til grunn ved sammenligningen skal være, men det uttales at: *«Om selskapet i et enkelt år skulle komme til å betale en skatt som er mindre enn to tredjedeler av den skatt selskapet ville blitt ilignet i Norge, vil det ikke være avgjørende for om det er et lavskatteland»*.<sup>61</sup>

I Cermaq-saken legger Lagmannsretten også dette til grunn hvor retten bemerker at det ikke er de konkrete tall for det enkelte år som legges til grunn i lavskattelandvurderingen. Spørsmålet om tidsperiode var også oppe i saken omtalt i forrige avsnitt om lavskattelandvurderingen av Monaco. Med bakgrunn i forarbeidene, kom Sentralskattekontoret for storbedrifter frem til at lavskattelandvurderingen skal gjøres over en tidsperiode på to til tre år.<sup>62</sup>

På grunn av de gunstige skattereglene for nyetablerte bedrifter som gjaldt i fire år, utgjorde det effektive skattenivået i Monaco mindre enn  $\frac{2}{3}$  av det norske skattenivået over en periode på fire år. Dermed ble Monaco ansett som et lavskatteland. Det er altså på det rene at lavskattelandvurderingen skal foretas

---

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) punkt 6.9

<sup>62</sup> Naas, m.fl., (2011) s. 601

---

over en lengre tidsperiode, selv om ordlyden i sktl. §10-63 kanskje vil tilsi at vurderingen av lavskatteland foretas for det enkelte år.

Et aktuelt spørsmål er om det er riktig at land som gir selskaper gunstig beskatning i en begrenset periode eller under visse vilkår, slik som tilfellet i Monaco, skal anses som lavskatteland i en midlertidig periode. Videre drøftes derfor spørsmålet om hva som er betydningen av lavskatteland i slike skattemessige incentivordninger.

### 2.5.1 Tax holiday

Mange utviklingsland har gunstige skatteregler for utenlandske selskaper som velger å investere i deres land. Slike særpregede ordninger medfører at det utenlandske selskapet er underlagt gunstig eller ingen beskatning over en begrenset periode. Fritak på skatt for nyetablerte selskaper er et eksempel på såkalt "Tax holiday"-ordning.<sup>63</sup> Tax holiday-reglens utforming og varighet varierer fra land til land. I enkelte tilfeller får det utenlandske selskapet innvilget fullt skattefritak, mens det i andre tilfeller innvilges en gunstig beskatning. Reglene kan også være tilknyttet avgrensede aktiviteter eller avgrensede geografiske områder.<sup>64</sup> Etter at tax holiday-perioden har utløpt, vil det utenlandske selskapet bli beskattet etter de alminnelige skattereglene.

Hovedformålet med tax holiday er å tiltrekke utenlandske direkte investeringer som kan bidra til økonomisk vekst og verdiskapning i utviklingsland.<sup>65</sup> Gunstig skattlegging vil oppfordre investorer til å investere i utviklingsland. Disse investeringsincentivene krever imidlertid at fordelene som oppnås ved gunstig skattlegging eller skattefritak, tilfaller investoren og ikke skattemyndighetene i investors hjemstat. Det er nemlig slik at skattemessige incentivordninger som tax holiday kan fort medføre at land som i utgangspunktet er kvalifisert som høyskatteland, får status som lavskatteland på grunn av incentivordningene.

---

<sup>63</sup> Hovland (2006) s. 16

<sup>64</sup> Hovland (2006) s. 16

<sup>65</sup> Bjerkestuen og Wille (2015) s.108

---

I en artikkel om tax holiday drøfter Bjerkestuen og Wille en interessant problemstilling om CFC-reglens anvendelse på tax holiday-selskaper. I artikkelen fremgår det at CFC-reglens anvendelse er begrenset til bestemte jurisdiksjoner, altså “target territories”. Det interessante spørsmålet som tas opp er om det er riktig at utviklingsland som tilbyr tax holiday er å betrakte som “target territories”, slik at de blir kvalifiserende gjenstand for CFC-beskatning. En egen vurdering er at det ikke vil være riktig å kvalifisere utviklingsland som tilbyr tax holidays som ”target territories” fordi disse utviklingslandene i realiteten er høyskatteland, og uttrykket “target territories” refererer til lavskatteland.

Er det rimelig at utviklingsland som opprinnelig er kvalifisert som høyskatteland, skal anses som lavskatteland? Det er altså viktig å reflektere over hvordan CFC-lovgivningen bør forholde seg til utviklingsland som tilbyr tax holiday. Det er ingen tvil om at utviklingsland trenger investeringer fra utlandet for å bidra til mer verdiskapning i landet. Er det ikke urimelig at skattemessige ordninger som kun har verdiskapningsformål, skal være gjenstand for NOKUS-beskatning eller begrensning av fritaksmetoden? Er det greit at Norge tar den skatten som utviklingslandet i utgangspunktet fritar det norske selskapet etablert i deres land? Vi mener at svaret på disse problemstillingene er nei. Det er forståelig at CFC-regler/NOKUS-regler anvendes på slike skattemessige incentivordninger med formål om å motvirke dobbelt ikke-beskatning, men skattlegging av tax holiday-selskaper vil frustrere den økonomiske politikken i utviklingslandet selskapet er etablert i. Etter vår mening er det urimelig å skattlegge incentivordninger som kun har verdiskapings- og økonomisk utviklingsformål.

I det neste avsnitt skal vi drøfte hvordan tax holiday påvirker anvendelse av fritaksmetoden i den perioden tax holiday gjelder, og hvordan anvendelsen blir etter utløpet av tax holiday-perioden.

### **2.5.2 Fritaksmetoden og tax holiday**

Hvordan beskattes utbytte som skriver seg fra den perioden det aktuelle landet var ansett som et høyskatteland, når utbyttet utdeles på det tidspunktet dette landet har

---

en midlertidig status som lavskatteland?<sup>66</sup> Etter forarbeidene til fritaksmetoden er det avgjørende om selskapet er hjemmehørende i lavskatteland på det tidspunktet utbyttet innvinnes.

Her uttaler departementet at det:

*“Avgjørende vil være hvorvidt det utenlandske selskapet er hjemmehørende i lavskatteland i det inntektsår utbyttet eller gevinst innvinnes, eller tap oppofres”.*<sup>67</sup>

Med innvinning menes det tidspunktet det treffes en beslutning om utdeling av utbytte på generalforsamling. Lovforarbeidene kobler lavskatteland definisjonen i fritaksmetoden direkte med lavskatteland definisjonen etter NOKUS-reglene i sktl. §10-63. Departementets uttalelse overfor må dermed tolkes i lys av dette. Det betyr at tidsperspektivet som legges til grunn under NOKUS-reglene, vil også gjelde for lavskattelandvurderingen i fritaksmetoden. Når utviklingslandet endrer status fra høyskatteland til lavskatteland på grunn av tax holiday, må det bety at dette landet etter NOKUS-reglene regnes som lavskatteland fra det tidspunktet tax holidays-perioden starter.

Dermed taler formålet således for at utbytte som innvinnes på et tidspunkt hvor utviklingslandet har status som et høyskatteland, er skattefritt etter fritaksmetoden selv om dette utbyttet utdeles på et tidspunkt hvor landet har status som lavskatteland som følge av tax holiday. Tilsvarende vil gjelde i det motsatte tilfellet, hvis selskapet er hjemmehørende i lavskatteland på tidspunktet for innvinning av utbyttet, er det uten betydning at aksjonæren mottar utbytte på et senere tidspunkt hvor landet har fått tilbake status som høyskatteland. Utbyttet vil fortsatt være skattepliktig.<sup>68</sup>

Dette legges også til grunn for aksjegevinster eller tap. Departementet uttaler at det er innvinningstidspunktet som er avgjørende for om aksjeinntekten er

---

<sup>66</sup> Hovland (2006) s. 17

<sup>67</sup> Ot.prp. nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.4.3

<sup>68</sup> Hovland (2006) s. 17

---

skattepliktig til Norge eller ikke.<sup>69</sup> Innvinning ved realisasjon av aksjer er det tidspunktet det foreligger et dispositivt utsagn fra både kjøper og selger, altså en bindende avtalene mellom partene om kjøp og salg av aksjene i det utenlandske selskapet.

### **2.5.3 Skattemessige konsekvenser ved midlertidig status som lavskatteland**

Konsekvensene av at et utviklingsland anses som lavskatteland etter en vurdering i henhold til sktl. §10-63, er at etablering av selskap i det vedkommende land er gjenstand for NOKUS-beskatning (forutsatt at de andre kravene om NOKUS-beskatning er oppfylt). I tillegg gis det ikke skattefritak på mottatt utbytte fra det NOKUS-selskapet eller gevinst (tap) ved realisasjon av aksjer etter fritaksmetoden.

Det vedkommende land anses som et høyskatteland igjen etter utløpet av tax holiday-perioden. Dermed foreligger det ikke lenger hjemmel til å NOKUS-beskatte selskapet i utlandet. En skattemessig konsekvens av dette er at NOKUS-selskapet anses som “utflyttet” fra Norge. Når et selskap med skatteplikt til Norge anses som utflyttet, oppstår såkalt exit-beskatning. Reglene om exit-beskatning finnes i sktl. §§ 10-70 (personer), 10-71 (selskaper) og 9-14 (eiendeler).<sup>70</sup> For opphør av NOKUS-beskatning er det bestemmelsen i sktl. §9-14 annet ledd bokstav c som er relevant.

Er dette rimelig? Blir det riktig at et selskap som i realiteten aldri har vært hjemmehørende i Norge, skal anses som skattemessig utflyttet fra Norge? Vi mener at det ikke er riktig å exit-beskatte tax holiday-selskaper. NOKUS-reglernes anvendelse på tax holiday-selskaper er urimelig og bør begrenses, jf. avsnitt 2.5.1. Hensikten med å drøfte lavskattelandvurderingen i tax holiday-situasjoner er å vise at det kan være problematisk og urimelig å foreta vurderingen av lavskatteland etter sktl. §10-63.

---

<sup>69</sup> Ot.prp. nr.1 (2004-2005) punkt 6.5.4.3

<sup>70</sup> Gjems-Onstad m.fl. (2015) s.953

---

## 2.6 Et eksempel på usikkerheten rundt tidsperioden som legges til grunn ved lavskattelandvurderingen i fritaksmetoden

I dette avsnittet ønsker vi å vise hvor vanskelig det kan være å vurdere hvor lang tidsperiode som skal legges til grunn når man skal foreta vurderingen av lavskatteland under fritaksmetoden. Eksemplet som drøftes er oppfunnet selv med innspill fra veileder Eivind Furueth ved Handelshøyskolen BI.

Selskap A i Norge eier aksjer i Selskap B hjemmehørende i Land C. I årene 2012-2016 har den alminnelige skattesatsen på inntekter i Land C vært på 25 prosent. I år 2017 endrer imidlertid skattemyndighetene i Land C skattereglene voldsomt og vedtar at den alminnelige skattesatsen på inntekter skal utgjøre 0 prosent. Selskap B i Land C har opptjent inntekt i alle år, men har ikke utdelt utbytte i årene 2012-2017. I 2018 vedtas det at selskap B skal utdele utbytte til den norske selskapsaksjonæren A. Dette utbyttet har sin kilde fra all inntekt som er opptjent i perioden 2012-2018, altså både i den perioden Land C var et høyskatteland (2012-2016), og den perioden landet er et lavskatteland (2017 til i dag).

Det relevante spørsmålet er dermed, er utbyttet som mottas i 2018 av selskap A i Norge skattefritt etter fritaksmetoden?

På innvinningstidspunktet (2018) til utbyttet er skattesatsen i Land C 0 prosent. Det betyr at dette landet vil per definisjonen av lavskatteland i sktl. §10-63 anses som et lavskatteland, og fritaksmetoden kommer ikke til anvendelse på utbytte som mottas av Selskap A.<sup>71</sup> Denne null-skattesatsen har imidlertid kun vært gjeldende siden år 2017, altså i et år før utbyttet innvinnes. I fem år før endring i skattenivået i Land C, utgjorde skattesatsen 25 prosent og landet var i disse årene ansett som et høyskatteland. Er det da riktig å definere Land C som lavskatteland når utbyttet skal deles ut i 2018?

Slik vi har drøftet tidligere om tidsperspektivet, har retten i rettspraksis lagt til grunn at tidsperioden som legges til grunn i lavskattelandvurderingen skal utgjøre flere år, normalt to til tre år. Det kan tolkes slik at Land C kanskje ikke vil anses

---

<sup>71</sup> Jf. Sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a

---

som et lavskatteland fordi dette landet kun har vært definert som lavskatteland i ett år. Selskap B har beskattet 25 prosent av sin alminnelig inntekt i årene 2012-2016. Om Høyesterett hadde kommet fram til en slik konklusjon, ville dette imidlertid stride mot formålet til fritaksmetoden – å unngå kjedebeskatning av selskapsoverskudd, fordi det helt klart ikke unngås noen kjedebeskatning i år 2018 når utbyttet utdeles. Hvordan skal man løse dette?

En egen vurdering av denne problemstillingen er at det vil ikke være riktig å definere Land C som lavskatteland. Begrunnelse for vår mening er at en slik vurdering vil stride mot det lovgiver har uttalt i lovforarbeidene og det som er lagt til grunn i rettspraksis. Lovgiver har sagt at man ikke skal se på det enkelte inntektsår. Land C anses dermed ikke som et lavskatteland kun fordi skattesatsen har vært 0 prosent i ett år. Utbyttet til Selskap A i Norge bør dermed være et kvalifiserende objekt til fritaksmetoden.

## 2.7 Svart og hvit liste

Skattedirektoratet har utarbeidet en liste over stater som uten nærmere vurdering skal anses og ikke anses som lavskatteland, omtalt som henholdsvis “svartelisten” og “hvitelisten”.<sup>72</sup> Formålet med disse listene er bidra til at vurderingen av lavskatteland blir enklere og mer effektiv. “Svartelisten” - listen over land som blir ansett som lavskatteland - er bindende, mens “hvitelisten” - land som anses som høyskatteland - kan bli ansett som lavskatteland og det må foretas en vurdering i hvert enkelt tilfellet.<sup>73</sup>

Etter bestemmelsen om “hvitelisten” fremgår det at land som er definert som høyskatteland, vil etter en konkret vurderingen bli kvalifisert som lavskatteland som et resultat av lokale skattemessige incentivordninger.<sup>74</sup>

Sett i sammenheng med tax holiday som vi drøftet tidligere, sier ordlyden i denne bestemmelsen at land med skattemessige incentivordninger som er definert som

---

<sup>72</sup> Jf. Forskrift fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (FSSD) § 10-63-2 og § 10-63-3.

<sup>73</sup> Jf. FSSD § 10-63-1 og § 10-63-3 annet ledd

<sup>74</sup> Jf. FSSD § 10-63-3 første ledd



---

høyskatteland, kan bli ansett som lavskatteland over den perioden tax holiday gjelder.

## 2.8 Egne vurderinger

Lavskattelandvurderingen etter sktl. §10-63 reiser en del usikre og uavklarte problemstillinger. Man kan kanskje påstå at reglene om lavskattelandvurderingen legger opp til at det mangler forståelse, kommunikasjon og åpenhet. En egen bemerkning er at definisjonen av lavskatteland bør defineres mer tydelig. Hvorfor kan man for eksempel ikke få inn at det faktisk er det effektive skattenivået i Norge og det eventuelle lavskattelandet som skal sammenlignes? Det neste spørsmålet som vi mener er uavklart er hvorfor bestemmelsen i sktl. §10-63 ikke sier noe om tidsperspektivet som skal legges til grunn ved vurderingen. Vårt eksempel i avsnitt 2.6 viser hvor vanskelig det kan være å vurdere tidsperspektivet når dette ikke er klart definert i loven.

Ordlyden i sktl. §10-63 taler for at man ved vurderingen skal se på det enkelte inntektsår, spesielt når bestemmelsen inneholder uttrykk som «*samlende overskudd*». Dette strider imidlertid med hva lovgiver har uttalt i forarbeidene og hva retten har lagt til grunn i rettspraksis. Det kan videre reises uavklarte spørsmål om hva som skal inngå i sammenligningsgrunnlaget til den alminnelige inntektsskatten på det samlede overskuddet.

En siste vurdering gjelder lavskatteland-definisjonens enhetlig betydning under fritaksmetoden og NOKUS-reglene. I 2006 ga Sentralskattekontoret for storbedrifter en uttalelse om fritaksmetodens anvendelse på realisasjon av aksjer i et datterselskap i Venezuela.<sup>75</sup> Tvisten handlet om hvorvidt et selskap hjemmehørende i Venezuela hadde skattefritak på aksjeinntekter etter fritaksmetoden. På dette tidspunktet var den alminnelige skattesatsen i Venezuela 34 prosent, noe som betyr at landet i utgangspunktet var et høyskatteland.

I Venezuela varierte imidlertid det effektive skattenivået fra år til år på grunn av inflasjonsjusteringer. Det aktuelle spørsmålet i saken var hvor langt tidsperspektiv

---

<sup>75</sup> Hovland (2006) s.20

---

man skulle legge til grunn i lavskattelandvurderingen. Sentralskattekontoret kom frem til at lavskattelandvurderingen må gjøres over flere år, slik det har blitt gjort etter rettspraksis. Imidlertid sa kontoret også at det er skattenivået i innvinningsåret som er mest aktuell for vurderingen. I tilfeller hvor skattenivået varierer i samsvar med variasjoner i inflasjonsnivået, legger Sentralskattekontoret til grunn at lavskattelandvurderingen skal utføres over en kortere periode, minst ett år. Etter kontorets uttalelse legges det dermed til grunn at vurderingen av lavskatteland skal gjennomføres over en kortere periode for fritaksmetoden, sammenlignet med lavskattelandvurderingen for NOKUS-reglene.

Denne uttalelsen av Sentralskattekontorets strider imidlertid mot lovgivers ønske om å gi begrepet lavskatteland en enhetlig vurdering. Når formålene bak to regler er forskjellige, vil det ikke være hensiktsmessig å gi definisjonen av lavskatteland en felles vurdering.

## **2.8 Hvilken betydning har realitetsvilkåret for lavskatteland?**

Etter sktl. §2-38 tredje ledd gjelder ikke fritaksmetoden på inntekter (og tap) fra selskaper hjemmehørende i lavskatteland. Dette unntaket gjelder i utgangspunktet for alle lavskatteland. Imidlertid sikrer realitetsvilkåret at inntekter (og tap) fra selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS likevel anses som kvalifiserende objekter til fritaksmetoden. Hvorvidt et selskap hjemmehørende i lavskatteland innen EØS er omfattet av fritaksmetoden er altså avhengig av om realitetsvilkåret er oppfylt.

Under NOKUS-reglene har realitetsvilkåret den betydningen at det begrenser NOKUS-beskatning i de tilfeller det utenlandske selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i sin hjemstat i EØS, selv om denne hjemstaten anses som et lavskatteland etter definisjonen i sktl. §10-63.<sup>76</sup>

Realitetsvilkåret har altså den betydning for lavskatteland at dette vilkåret avgjør om vi er innenfor eller utenfor fritaksmetoden og NOKUS-reglene for selskaper hjemmehørende i lavskatteland i EØS-land. Vilket er implementert i norsk rett

---

<sup>76</sup> Jf. Sktl. § 10-64 bokstav b

---

for å hindre at skattyter skal utnytte fritaksmetoden til skatteplanleggingsformål gjennom å kanalisere inntekter i lavskatteland gjennom mellomliggende selskap i EØS. Dette drøftes videre i kapittel 3.

### 3. Realitetsvilkåret

#### 3.1 Bakgrunn for realitetsvilkåret

EU-domstolen avgjorde i sak C-196/04 Cadbury Schweppes at de britiske CFC-reglene var i strid med den frie etableringsretten etter EØS-reglene.<sup>77</sup>

Tilsynelatende kunne ikke de britiske CFC-reglene anvendes på et heleid datterselskap i International Financial Services Center i Dublin i Irland fordi det forelå en restriksjon hvor skattlegging av eierskap i Irland var mindre gunstig enn i skattyters hjemstat eller et annet ikke-lavskatteland.<sup>78</sup>

EU-domstolens avgjørelse ville åpenbart påvirke de norske NOKUS-reglene etter slik de var utformet på det tidspunktet (2006), selv om NOKUS-reglene i Norge ikke er helt identiske med de britiske CFC-regler. Før begrensningen i §10-64 bokstav b ble innført, innebåret NOKUS-reglene på samme måte som de britiske CFC-reglene at investorer i selskaper i EØS som var omfattet av NOKUS-reglene, ble behandlet mindre gunstig enn norske skattytere som etablerte selskaper i Norge eller i andre skattejurisdiksjoner hvor reglene ikke kom til anvendelse.<sup>79</sup> NOKUS-reglenes virkeområdet ble dermed innskrenket etter endringslov av 14. desember 2007 nr. 107, jf. begrensningene i sktl. §10.64 bokstav b.<sup>80</sup> Denne begrensningen er implementert flere steder i skatteloven, for eksempel i fritaksmetoden i §2-38 tredje ledd og bestemmelsen om grenseoverskridende omorganiseringer i sktl. §11-11 syvende ledd.

---

<sup>77</sup> Jf. EØS-avtalen artikkel 34

<sup>78</sup> Zimmer (2009) s.335

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.3

<sup>80</sup> Gjems-Onstad (2015) s. 987

---

Cadbury Schweppes-saken gjaldt det britiske selskapet Cadbury Schweppes Overseas Ltd. Saken handlet om de britiske CFC-reglene hvor et morselskap hjemmehørende i England hadde etablert to datterselskaper i Irland.

Datterselskapenes hovedoppgave var å innhente finansiering til morselskapet i England. Skattesatsnivået i Irland utgjorde mindre enn  $\frac{3}{4}$  av skattesatsnivået i England. Det var åpenbart at etablering av datterselskapene i Irland ble gjort med en intensjon om å utnytte de gunstige skattereglene i etableringsstaten. Etter de britiske CFC-reglene ble morselskapet i England skattlagt for datterselskapets inntekter i England selv om de var opptjent i Irland. Kjernen i saken var om de britiske reglene var i strid med den frie etableringsretten etter EU-traktaten og EØS-avtalen.

De britiske CFC-reglene har, tilsvarende som NOKUS-reglene, som formål å forhindre skatteomgåelser. Etter EØS-avtalen kan restriksjoner gjøres gjeldende dersom de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn og samtidig oppfyller tre kumulative vilkår som EU-domstolen har oppstilt gjennom rettspraksis. Hensynet som rettferdiggjør en restriksjon må først og fremst være relevant. For det annet må reglene være egnet til å kunne ivareta hensynet, og endelig kan ikke reglene gå ut utover det som er nødvendig for å oppnå målet (såkalt proporsjonalitetsprinsipp).<sup>81</sup> Dette diskuteres nærmere i kapittel 4 om EØS-rett.

Det ble vurdert om CFC-regler, som ble anslått som restriksjoner på EØS-avtalens fri etableringsrett etter artikkel 31 og artikkel 34, kunne rettferdiggjøres fordi reglene var innført for å hindre skatteomgåelser. Skatteomgåelse anses åpenbart som et tvunget allment hensyn. EU-domstolen kom frem til at CFC-reglene hadde som formål å bekjempe skatteomgåelse, men det forelå en restriksjon på etableringsretten fordi skattlegging av morselskapet varierte etter hvor investeringen fant sted.<sup>82</sup> Å forhindre skatteomgåelser gjennom CFC-regler var et legitimt formål, men disse reglene gikk ikke lenger enn det som var nødvendig for å bekjempe skatteomgåelse. Det vil si at proporsjonalitetsprinsippet ikke var oppfylt.

---

<sup>81</sup> Zimmer (2009) s.105

<sup>82</sup> Sak C-196/04 avsnitt 43

---

I avsnitt 55 i dommen sier EU-domstolen at:

*“The specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which should not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory”.*<sup>83</sup>

Det betyr at CFC-reglene kunne gjøres gjeldende hvis disposisjonen var “wholly artificial arrangement”, oversatt til et rent kunstig arrangement på norsk. I avsnitt 50 slår domstolen fast et viktig poeng om legitim skatteomgåelse. En etablering i et lavskatteland er ikke nok grunnlag til å kunne konkludere med at det foreligger en intensjon om omgåelse av skatt og misbruk av den frie etableringsretten. Det er bare skatteomgørelser som utføres gjennom rent kunstige arrangementer som vil være en gjenstand for CFC-beskatning. Man skal dermed vurdere om etableringen i lavskattelandet er et rent kunstig arrangement.

Et aktuelt spørsmål er hva EU-domstolen legger i uttrykket “wholly artificial arrangement”. Ordlyden vil kanskje tilsi at domstolen legger en høy terskel for hva som anses som et slikt kunstig arrangement. En forståelse av ordlyden er at etableringer som ikke har noen form for forretningsmessig aktivitet og substans, blir en gjenstand for britisk CFC-beskatning. Sett i sammenheng med realitetsvilkåret, kan vi si at en etablering som ikke er reell og mangler en reell økonomisk aktivitet, anses som et rent kunstig arrangement. Wholly artificial arrangement er altså det motsatte av realitetsvilkåret. Dette uttrykket drøftes nærmere i avsnitt 3.4.

### **3.2 Betydningen av EU-domstolens avgjørelse for NOKUS-reglene**

Cadbury Schweppes-saken reiser et interessant spørsmål om NOKUS-reglene utgjør en restriksjon på utøvelsen av den frie etableringsretten. NOKUS-reglene innebærer, tilsvarende som de britiske CFC-reglene, at norske eiere av NOKUS-selskaper i lavskattelandet behandles mindre gunstig enn norske eiere av selskaper i Norge. I første tilfellet er den norske skattyteren pliktig til å beskatte løpende for

---

<sup>83</sup> Sak C-196/04 avsnitt 55

---

deres andel av overskuddet opptjent i NOKUS-selskapet. Mens i sistnevnte tilfellet beskattes ikke den norske skattyteren før et eventuelt utbytte mottas eller en eierandel realiseres. Det foreligger dermed en forskjellsbehandling.

Lovgiver innrømmet at NOKUS-reglene som gjaldt den tiden ikke oppfylte de forpliktelsene som EU-domstolen oppstiller for samsvar med etableringsfriheten.<sup>84</sup> Dette gjaldt selv om en skatteavtale mellom Norge og en annen EØS-stat begrenset NOKUS-beskatning til selskaper som hovedsakelig hadde inntekter av passiv karakter. Departementet mente at en etablering i utlandet kan være reell og drive reell økonomisk aktivitet selv om selskapets inntekter er av hovedsakelig passiv karakter. For eksempel holdingselskaper hjemmehørende i EØS. Det samme gjelder selskaper som driver utleievirksomhet av driftsmidler eller lignende - som ikke krever en økonomisk aktivitet av særlig betydning. Det ville vært EØS-stridig å NOKUS-beskatte disse selskapene i EØS. Med bakgrunn i dette mente lovgiver at NOKUS-reglene måtte videreføres med en ytterligere begrensning i virkeområdet for selskaper som er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i en EØS-stat. Cadbury Schweppes-saken førte dermed til realitetsvilkåret ble innført som en begrensning i NOKUS-reglenes anvendelsesområde innenfor EØS.

### **3.3 Hva realitetsvilkåret innebærer**

Etter begrensningen av NOKUS-beskatning i sktl. §10-64 bokstav b er ikke selskaper som er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i EØS gjenstand for NOKUS-beskatning. Uttrykket “reelt etablert og reell økonomisk aktivitet” er ment å samsvare med uttrykket “wholly artificial arrangement” som ble lagt til grunn i Cadbury Swcheppes-saken.

Uttrykket fastslår at forskjellsbehandling kan gjøres gjeldende når disposisjonen til skattyter er å anse som

---

<sup>84</sup> Innst.O.nr.1 (2007-2008) punkt 14.1.2

---

*“wholly artificial arrangement which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally generated by activities carried out on national territory”.*<sup>85</sup>

Vi diskuterer hva som skal til for at etableringen og virksomheten i et lavskatteland i EØS skal anses som reell.

I Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1 fremgår det at

*“for etableringen og virksomheten anses som 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 på-vises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet.”*

Etter det som angis i forarbeidene overfor tolker vi at følgende momenter må være tilstede for at man skal kunne anse etableringen og virksomheten i utlandet som reell:

- Næringsvirksomheten i det aktuelle selskapet er fast og ordinær
- Selskapet disponerer lokaler, inventar og utstyr
- Fast ansatte og ledelse med nødvendige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt jobber i selskapet
- Det trekkes relevante beslutninger i selskapet
- Det foreligger en økonomisk substans
- Selskapet er med på å skape merverdier for konsernet

---

<sup>85</sup> Zimmer (2009) s.335

---

Hvilke momenter man legger til grunn ved vurderingen av om etableringen og virksomheten i selskapet er reell, vil avhenge av type virksomhet og selskap det er snakk om.

Av forarbeidene<sup>86</sup> fremgår det at man skal foreta en konkret helhetsvurdering. Man vurderer arrangementets subjektive motiver gjennom å undersøke de objektive karakteristika rundt disposisjonen. Det vesentlige blir å ta en helhetsvurdering som kan påvise tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbarhet for en tredjemann) til å trygt si at det ikke foreligger noen skattemotiverte intensjoner bak disposisjonen, og at etableringen og driften av selskapet i utlandet skjer kun av forretningsmessige årsaker.<sup>87</sup>

Selskapet i lavskattelandet i EØS må altså være både reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet. Disse to vilkårene er kumulative, noe som betyr at begge må være oppfylt for å kunne gjøres gjeldende. Det er relativt åpenbart at det vil være vanskelig å drive en virksomhet med reell økonomisk aktivitet uten å være reelt etablert, men et selskap kan fortsatt være reelt etablert uten å drive reell økonomisk aktivitet. Ordene “etablert” og “økonomisk aktivitet” har sitt utgangspunkt i etableringskravet i EØS-avtalens art 31, mens “reell/reelt” vil kunne tolkes som det motsatte av et “rent kunstig arrangement” slik det ble definert Cadbury Schweppes-saken.

Sktl. §10-64 bokstav b gjelder selv om Norge har en skatteavtale med vedkommende stat i EØS som har begrenset NOKUS-beskatning til tilfeller hvor selskapets inntekter er hovedsakelig passive.<sup>88</sup> Selskapet kan være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet selv om det har inntekter som er av hovedsakelig passiv karakter. Typisk vil et holdingselskap hjemmehørende i EØS som driver finansieringsvirksomhet eller forvaltning av immaterielle eiendeler ofte ha inntekter som anses som hovedsakelig av passiv karakter. Et eksempel på slike selskaper er internbanker i Belgia. Disse selskapene kan fort ha inntekter som er

---

<sup>86</sup> Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1

<sup>87</sup> Skattedirektoratets prinsipputtalelse (2011), Fritaksmetoden og dansk investeringsforening punkt 3.4

<sup>88</sup> Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1



---

av hovedsakelig passiv karakter, men det betyr ikke at slike internbanker ikke er etablert reelt og ikke driver reell økonomisk aktivitet.<sup>89</sup> Dette gjelder også for selskaper som driver med utleie av driftsmidler uten at denne utleievirksomheten har et betydelig omfang, for eksempel utleie av skip/oljerigger uten mannskap (bareboat-utleie). Dersom slike selskaper dokumenterer at de driver relevante funksjoner gjennom egne lokaler, har ansatte og ledelse i disse lokalene, vil en NOKUS-beskatning av norske eiere som opptjener inntekt i disse selskapene åpenbart kunne anses som EØS-stridig.

I Ot.prp nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2 fastslås det at selskapet må dokumentere at deres etablering og økonomisk virksomhet i vedkommende land er reell. Sktl. §10-64 bokstav b gir et krav knyttet til saksbehandling. Norge må, i samsvar med skatteavtale eller annen traktat, kunne *“kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten”*. Hvis dette ikke er mulig må den norske skattyteren ha en *“erklæring fra skattemyndighetene som bekrefter at dokumentasjonen er riktig”*.

### 3.4 Wholly artificial arrangements

Som diskutert tidligere er bakgrunnen for implementering av realitetsvilkåret i norsk skattelovgivning, etableringer som anses som “wholly artificial arrangements”. Formålet med vilkåret er å hindre slike kunstige arrangementer. En restriksjon på etableringsfriheten kan rettfærdiggjøres dersom den er begrunnet i et rent kunstig arrangement som foretas for skatteomgåelsesformål.

Med rent kunstige arrangementer menes disposisjoner som ikke gjenspeiler de reelle økonomiske forhold, men handler kun om etableringer som er kunstige med formål om å unngå skatt. Det er ikke skatteomgåelsen som det legges vekt på,

---

<sup>89</sup> Vi har angitt Belgia som et eksempel fordi dette landet har gunstige National Deduction-regler som gir fradrag for finansiering gjennom egenkapital. Mange land i EØS velger å etablere holdingselskaper i Belgia for å yte de gunstige National Deduction-reglene, men det betyr ikke nødvendigvis at det er en utnyttelse av etableringsfriheten. Belgia har i sine observasjoner til skatteavtalen med Norge uttalt at NOKUS-regler ikke kan anvendes på internbanker i Belgia, mens Norge mener at disse internbankene fort kan bli gjenstand for NOKUS-beskatning. Selv om Finansdepartementet er viten om at Belgia har en motstridende mening i forhold til Norge, har de latt være å gi sine observasjoner til skatteavtalen med Belgia. Hvordan skal man løse dette? Her kommer igjen spørsmålet som vi stilte innledningsvis i denne oppgaven; er det slik vi vil ha reglene våre?

---

men selve opprettelsen av kunstige selskaper og transaksjoner for skattebesparelser.<sup>90</sup>

EU-domstolen angir i Cadbury Schweppes-saken<sup>91</sup> en anvisning på hvordan man skal vurdere om det foreligger kunstige arrangementer:

*“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 judgment, has not been achieved”.*

Slik det fremgår av avsnitt 64, må både objektive og subjektive omstendigheter vurderes for å avgjøre om det foreligger et rent kunstig arrangement. De objektive faktorer handler om hva som er synlig for en tredjepart for å vurdere om det foreligger en faktisk etablering. Dette kravet handler om hvorvidt datterselskapets etablering i lavskatteland forestiller en økonomisk realitet. I avsnitt 66 uttales det at datterselskapet skal tydelig være *“an actual establishment intended to carry on genuine economic activities in the host Member State”*. Virksomheten skal drives gjennom et fast driftssted i etableringsstaten hvor det foreligger ansatte, lokaler og utstyr.<sup>92</sup> I avsnitt 68 fremkommer det eksempler på typiske selskaper som fort rammes som rent kunstige arrangementer, omtalt som *“postkasseselskaper”*. Betydning av de objektive omstendighetene vil avhenge av hvor synlige de subjektive omstendighetene er.

Det subjektive kravet handler om å se på hvilke årsaker som foreligger bak disposisjon av et slikt kunstig arrangement gjennom etablering av selskapet. Det må vurderes hvorvidt morselskapet har et subjektivt motiv om å oppnå en skattefordel gjennom opprettelse av datterselskaper i etableringsstaten. Motivet bak etableringen må altså være *“to obtain a tax advantage”*.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Sak C-196/04 avsnitt 55

<sup>91</sup> Sak C-196/04 avsnitt 64

<sup>92</sup> Sak C-196/04 avsnitt 67

<sup>93</sup> Sak C-196/04 avsnitt 64

---

Spørsmålet er så om skattemotiv er det eneste subjektive kravet. EU-domstolen diskuterer ikke det subjektive kravet nærmere i dommen, men henviser til andre dommer som Emsland-Stärke og Halifax.

I Emsland-Stärke premiss 53 sier domstolen:

*“It requires, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it. The existence of that subjective element can be established, inter alia, by evidence of collusion between the Community exporter receiving the refunds and the importer of the goods in the non-member country.”*

Mens i Halifax dommen uttales det:

*“Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage. As the Advocate General observed in point 89 of his Opinion, the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax advantages.”*

Disse uttalelsene av EU-domstolen viser at det faktisk må foreligge mer enn bare et motiv om skatteomgåelse. Skatteomgåelse må være ervervet gjennom en utnyttelse av etableringsfriheten ved å opprette et rent kunstig arrangement. For å påvise de subjektive omstendigheter, må det ses hen til de objektive karakteristika ved disposisjonen, det vil si omstendigheter som understøtter at etableringen ikke er skattemotivert, men viser en økonomisk realitet.<sup>94</sup>

### **3.5 Er realitetsvilkåret innholdsmessig det samme under fritaksmetoden og NOKUS-reglene?**

Realitetsvilkåret forekommer flere steder i skatteloven. Vilkåret nevnes blant annet i sktl. §11-11(7) i betydning for grenseoverskridende aksjeutbytte, fisjon og fusjon. Videre fremgår realitetsvilkåret i sktl. §10-71 nr.2 og nr.5 - skatteplikt for gevinst på eiendeler ved utflytting av selskap og sktl. §14-48 nr. 4 og nr.5 -

---

<sup>94</sup> BFU 2/14 fra Skattedirektoratet s.4

---

oppgjør ved dødsfall eller ved oppløsning (likvidasjon) av selskap. Det relevante i denne oppgaven er imidlertid realitetsvilkåret sitt innhold i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene.

NOKUS-beskatning er som nevnt begrenset når *“deltakeren dokumenterer at selskapet eller innretningen reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”*. I fritaksmetoden er realitetsvilkåret formulert på samme måte i sktl. §2-38 tredje ledd og femte ledd. Her fremgår det at realitetsvilkåret gjennomføres tilsvarende som sktl. §10-64 bokstav b.

I forarbeidene fremgår det at det skal stilles samme krav til reelt etablert og reell økonomisk aktivitet i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene, fordi det etter lovgiver sin mening er slik at begge reglenes formål er å hindre tilpasninger og skatteomgåelse.<sup>95</sup> Dette underbygges i sktl. §2-38 tredje ledd og femte ledd av ordlyden *“på tilsvarende vilkår”*.

Er det riktig å legge til grunn at innholdet i reelt etablert og reell økonomisk aktivitet er det samme i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene kun fordi lovgiver selv påstår det? Lovgiver mener at de faktorer som er relevante for vurderingen etter sktl. §10-64 bokstav b, også er relevante for vurderingen etter sktl. §2-38 tredje ledd og femte ledd.<sup>96</sup> Det må også gjelde i alle andre bestemmelser hvor realitetsvilkåret fremgår. Spørsmålet er imidlertid om koblingen mellom realitetsvilkåret under fritaksmetoden og realitetsvilkåret under NOKUS-reglene kan utføres fullt ettersom formålene bak fritaksmetoden og NOKUS-reglene ikke er helt identiske.<sup>97</sup> Vi skal se nærmere på formålet bak fritaksmetoden og sammenligne dette med formålet bak NOKUS-reglene.

Hovedformålet bak fritaksmetoden handler om å unngå kjedebeskatning av aksjeinntekter innenfor selskapssektoren. På den måten vil man bidra til økt kapitalmobilitet. Imidlertid slår ikke formålet om unngåelse av kjedebeskatning til i situasjoner hvor det utenlandske selskapet er hjemmehørende i land som er undergitt lav eller ingen beskatning. Dermed er anvendelse av fritaksmetoden

---

<sup>95</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2

<sup>96</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.1

<sup>97</sup> Hovland (2006) s.1

---

begrenset med hjemmel i bestemmelsens tredje ledd, nettopp for å motvirke at inntekter som har sin kilde fra lavskatteland utenfor EØS og fra porteføljeinvesteringer i høyskatteland utenfor EØS, får adgang til å yte gunstige skatteregler som fritaksmetoden gir.

Når det gjelder selskaper hjemmehørende i lavskatteland i EØS, er formålet bak implementering av realitetsvilkåret i fritaksmetoden å ikke forskjellsbehandle utenlandske selskaper med norske selskaper. På den måten vil Norge oppfylle de forpliktelser det har etter EØS-avtalen. Samtidig er formålet å hindre tilpasningsmuligheter i lavskatteland i EØS som fritaksmetoden gir mulighet til.

Når det gjelder NOKUS-reglene, er det sentrale formålet å unngå opprettelse av skattekreditter gjennom bruk av selskap i lavskatteland.<sup>98</sup> Det betyr at lovgiver ønsker å hindre at skattytere “gjemmer” overskuddet som er opptjent i lavskatteland, slik at skattyter skatter mindre i lavskattelandet enn det han måtte ha beskattet i Norge. NOKUS-reglene har dermed som formål å motvirke slik skatteplanlegging. I tillegg er hensikten å likebehandle norske skattytere som investerer i Norge med norske skattytere som investerer i selskaper hjemmehørende i lavskatteland, slik at man oppnår en kapitaleksportnøytralitet.

Som en konsekvens av EØS-avtalen vil en NOKUS-beskatning av selskaper hjemmehørende i EØS være EØS-stridig, fordi slik beskatning vil hindre fri etableringsrett. Derfor er NOKUS-beskatning begrenset i de tilfeller selskapet hjemmehørende i et lavskatteland i EØS, er reelt etablert og driver en reell økonomisk aktivitet.

Det er åpenbart at formålet bak begrensninger i fritaksmetoden og NOKUS-reglene er å oppfylle forpliktelser etter EØS-avtalen. Imidlertid kan man ikke si at hovedformålene bak NOKUS-reglene og fritaksmetoden er helt sammenfallende og at det derfor ikke er grunnlag til å koble realitetsvilkåret under begge reglene i alle sammenhenger. Et annet moment som støtter dette er anvendelsesområdet til

---

<sup>98</sup> Hovland (2006) s.2

---

fritaksmetoden sammenlignet med NOKUS-reglens anvendelsesområdet. Fritaksmetoden har et mye større anvendelsesområde enn NOKUS-reglene. Etter vår mening er ikke dermed realitetsvilkåret innholdsmessig det samme i fritaksmetoden og i NOKUS-reglene.

### **3.6 Skal det egentlig mye til for å oppfylle realitetsvilkåret?**

Slik vi drøftet i avsnitt 3.3 om innholdet i realitetsvilkåret, vil ordlyden i forarbeidene tale for at det skal mye til for å oppfylle realitetsvilkåret. Det stilles som sagt krav til å disponere lokaler, ha ansatte, ledelse, økonomisk aktivitet og mer for å oppfylle kravet om reelt etablert og reell økonomisk aktivitet. Vi mener imidlertid at det i praksis ikke skal mye til for å oppfylle realitetsvilkåret.

Når man vurderer om en etablering og en økonomisk aktivitet er reell, er en hensiktsmessig måte å gjøre dette på, å sammenligne selskapet i utlandet med tilsvarende selskaper i Norge. Vi sammenligner hvordan tilsvarende selskaper skal etableres og drives her i Norge. Denne vurderingen samsvarer med Finansdepartementets uttalelse fra 29.september 2009<sup>99</sup> hvor de uttaler hvordan man skal vurdere om aksjefondvirksomhet og etablering er å anse som reell. Her sier Finansdepartementet at et relevant moment er om aksjefondet er driftet og organisert i tråd med det som anses som primært både i etableringsstaten og i Norge.

Som drøftet tidligere er det veldig vanlig at norske selskaper etablerer holdingselskap i lavskatteland innen EØS. Men betyr det at etableringen og virksomheten av holdingselskap ikke anses som reell og er dermed et rent kunstig arrangement? Ser man på etablering og drift av holdingselskap i Norge, kreves det ikke at selskapet disponerer over lokaler og har ansatte og ledelse som opererer gjennom holdingselskapet. Det skal altså ikke mye til for å oppfylle realitetsvilkåret, slik lovgiver har tenkt i forarbeidene. Vi mener at lovgiver har vært altfor ambisiøs ved utarbeidelse av reglene om realitetsvilkåret.

---

<sup>99</sup> Finansdepartementets uttalelse fra 29.september 2009, Utv 2009 s.1280

---

### 3.7 Sammenheng mellom realitetsvilkåret og EØS-avtalen

I det neste kapitlet skal vi gå nærmere inn på EØS-avtalen. Grunnen til at vi har valgt å inkludere EØS-retten i denne oppgaven, er fordi realitetsvilkåret ville ikke vært implementert i norsk skattelovning dersom Norge ikke var forpliktet til EØS-avtalen. EØS-retten har gjennom realitetsvilkåret den betydning at den påvirker anvendelse av fritaksmetoden og NOKUS-reglene i lavskatteland i EØS. Derfor er et interessant å lære mer om EØS-avtalen, og hvordan den påvirker den norske skatteretten.

## 4. Betydning av EØS-avtalen

### 4.1 Generelt om EØS-avtalen

For medlemslandene i EU finnes det et indre marked hvor personer, varer, tjenester og kapital skal kunne bevege seg helt fritt, ofte omtalt som de fire friheter. Som et alternativt til medlemskap i EU, er Norge medlem av EFTA. EFTA og EU har inngått en avtale som kalles for EØS-avtalen for å sikre at medlemslandene i EFTA har tilgang til EU sitt indre marked. EØS-avtalens hoveddel trådte i kraft 1.januar 1994 sammen med EØS-loven, samt protokoller og vedlegg som oppdateres løpende etter hvert som det utformes nye regler i EU som er relevante for EØS-avtalen.<sup>100</sup>

Formålet med EØS-avtalen er å sikre et enhetlig økonomisk samarbeidsområde mellom landene i Europa. EØS-loven §1 spesifiserer at EØS-avtalens hoveddel skal gjelde som norsk lov. Det betyr at norsk skatterett indirekte er påvirket av hoveddelen i EØS-avtalen, som blant annet innebærer å sikre at de fire frihetene opprettholdes og forbudene mot å implementere bestemmelser som medfører restriksjoner på disse fire frihetene. EU-retten har gjennom årene hatt en utvikling som har blitt påvirket av EU-domstolens praksis basert på EU-traktatens bestemmelser, spesielt innenfor området for de fire friheter.

I utgangspunktet er det EFTA-domstolen som er ansvarlig for å behandle saker innen EØS-rett samt gi tolkning av og rådgivende uttalelser om EØS-avtalen.

---

<sup>100</sup> Regjeringen (2015)

---

EFTA-domstolen har imidlertid behandlet et begrenset antall saker om inntektsskatt, mens EU-domstolen har avsagt mange dommer relatert til inntektsspørsmål hvor mange lands interne skatteregler har blitt ansett som restriksjoner på EU-traktaten.<sup>101</sup>

Dette reiser et viktig og interessant spørsmål om hvordan innflytelse EU-domstolens avgjørelser har på tolkning og forståelse av EØS-avtalen. I følge Zimmer<sup>102</sup> må svaret være at det ikke er noen forskjell på hvordan man tolker de to traktatenes regler om de fire friheter. På den måten har EU-domstolens avgjørelser stor betydning på tolkning av EØS-avtalen. At EFTA-domstolen er enig i dette bekreftes i Fokus Bank-saken hvor domstolen uttaler at EU-domstolens avgjørelser er *“relevant ved fortolkningen av artikkel 40 EØS”*.<sup>103</sup> Artikkel 40 handler om fri bevegelse av kapital. På den måten legger EU-domstolens avgjørelser om EØS-avtalens relevante bestemmelser begrensninger på norsk skattelovgivning.

De fire frihetene må alltid ses i sammenheng med de grunnleggende prinsippene i EØS-avtalen og formålet med EØS-avtalen. Hovedformålet med et enhetlig EØS, jf. artikkel 1 første ledd, får betydning ved forståelse av de materielle bestemmelsene om de fire friheter.<sup>104</sup> Et grunnleggende prinsipp med nær kobling til de fire friheter finnes i forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i EØS artikkel 4 (ikke-diskrimineringsprinsippet).<sup>105</sup> EØS-avtalen inneholder flere grunnleggende prinsipper, blant annet lojalitetsprinsippet som fremgår i artikkel 3. Dette prinsippet innebærer at alle medlemsstatene er pliktig til å opptre lojalt mot de traktater de har inngått. Imidlertid har to prinsipper en vesentlig betydning for tolkning av reglene om de fire frihetene: proporsjonalitetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Av den grunn skal vi redegjøre nærmere for disse to prinsippene i henholdsvis avsnitt 4.4 og 4.5.

---

<sup>101</sup> Zimmer (2009) s.93

<sup>102</sup> Zimmer (2009) s.94

<sup>103</sup> Sak E-1/04 avsnitt 22

<sup>104</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.286

<sup>105</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.285



---

For selskapsbeskatning er det spesielt prinsippene om fri etableringsrett og fri kapitalflyt som ofte medfører at nasjonal skattelovgivning kan anses som traktatstridig. Det er særlig viktig at skattelovgivningen i Norge ikke innfører regler som hindrer retten til fri etablering og fri bevegelse av kapital. Disse to frihetene står også sentralt for betydningen av lavskattelandvurderingen og blir nærmere behandlet i avsnitt 4.2. De to andre frihetene vil ikke bli behandlet nærmere i denne oppgaven.

#### **4.2 Fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse**

Når land som etter norsk skattelovgivning defineres som lavskatteland, enten etter en vurdering i henhold til sktl. §10-63 eller fordi landene er definert som lavskatteland etter "svartelisten" i FSSD §10-63-2, fører det til at etableringsfriheten og fri kapitalflyt på tvers av landegrensene blir hindret. Selskapene vil unngå å etablere seg og overføre kapital i lavskatteland fordi de havner i en uheldig situasjon hvor blant annet fritaksmetoden ikke kan komme til anvendelse og selskapet i utlandet NOKUS-beskattes for inntekten opptjent i det andre landet. Hvis det ikke foreligger særskilte regler som rettfærdiggjør slik forskjellsbehandling, vil de nasjonale reglene være en restriksjon på de forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen.<sup>106</sup> Derfor er realitetsvilkåret for investeringer i lavskatteland innen EØS innført i norsk skattelovgivning.

Med fri etableringsrett menes det at medlemslandene ikke innfører nasjonale regler som hindrer etablering av selskaper i andre medlemsland. Det skal heller ikke implementeres regler som forskjellsbehandler ulike nasjonaliteter ved etablering av næringsvirksomhet. Fri kapitalbevegelse innebærer at det ikke skal være noen restriksjoner på overføringer av kapital mellom medlemsstatene.<sup>107</sup>

Formålet med etableringsretten er sikre at selskaper og personer har en stabil og vedvarende deltakelse i økonomisk aktivitet i andre medlemsland. Bestemmelsene om fri kapitalbevegelse har som formål å likebehandle innlendinger og borgere fra

---

<sup>106</sup> Naas m.fl., (2011) s. 62

<sup>107</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.462

---

andre EØS-stater med hensyn til adgangen til kapitalplassering i selskaper.<sup>108</sup>

Begrepene fri etablering og fri kapitalflyt brukes ofte om hverandre og det oppstår ofte grensedragningsproblemer i forhold til om friheten omfattes av reglene om etableringsrett eller kapitalbevegelse. For eksempel vil vi kanskje tenke at aksjer i et selskap i utgangspunktet alltid anses som kapital. Imidlertid kom EU-domstolen i Baars-saken<sup>109</sup> frem til at aksjeinnehav som gir eieren innflytelse på selskapets beslutninger, omfattes av reglene om etableringsrett.<sup>110</sup>

Hvor stor andel aksjonæren har i det aktuelle selskapet har vært avgjørende om hvorvidt disposisjonen er en etablering eller gjelder en kapitalbevegelse. Tidligere praksis har innebåret at når eierandelen utgjorde mer enn 50 prosent, var det snakk om etableringsrett. Mens en eierandel mindre enn 50 prosent ble omfattet av bestemmelsene om kapitalbevegelse. I dag er det eierens kontroll i selskapet som har betydning for hvorvidt disposisjonen omfattes av reglene om etableringsrett eller kapitalbevegelse.

I EØS-avtalen artikkel 31 heter det;

*“I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EUs 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 EUs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.”*

I henhold til EØS-avtalen artikkel 34 gjelder etableringsretten etter artikkel 31 på samme måte for selskaper. Selskapet må være etablert i samsvar med den internrettslige lovgivningen i det aktuelle medlemsland, og selskapet må ha sin hovedadministrasjon eller hovedforetak i medlemslandet. Etter ordlyden i EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34 må altså følgende vilkår være oppfylt for å kunne påberope seg den frie etableringsretten; først og fremst må det være snakk

---

<sup>108</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.462

<sup>109</sup> Sak C-251/98

<sup>110</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.460

---

om et selskap som er omfattet av EØS-avtalen. For det annet må det skje en etablering og etableringen må være grenseoverskridende mellom to medlemsland.

Reglene om den frie kapitalbevegelse finnes EØS-avtalens artikkel 40-45.

I artikkel 40 heter det at det skal

*”(..) mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EUs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen.”*

Selv om EFTA-domstolen og EU-domstolen legger til grunn at det er samsvar mellom EØS-avtalens fire friheter og EU-rettens, finnes det likevel en vesentlig forskjell mellom avtalenes anvendelsesområde når det gjelder den frie kapitalbevegelse. Innen EU gjelder retten til fri bevegelse av kapital også overfor et tredjeland, mens i EØS gjelder denne friheten kun mellom to medlemsland i EØS.

### **4.3 Restriksjoner på etableringsretten og kapitalbevegelse**

Selv om artikkel 31 i EØS-avtalen understreker at det ikke skal *“være noen restriksjoner på etableringsadgangen”*, og artikkel 40 forbyr enhver restriksjon på kapitaloverføringer, kan restriksjoner og forskjellsbehandling etter EU- og EFTA-domstolens rettspraksis likevel rettferdiggjøres dersom restriksjonen er hjemlet i loven, eller hvis de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, såkalt skrevne og uskrevne rettferdighetsgrunner. Dette har grunnlag i EØS-avtalen artikkel 33 som sier at særbehandling av borgere (og selskaper) kan utføres når de er fastsatt ved lov eller forskrift, og at denne særbehandlingen er *“begrunnet med hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen”*.

Det førstnevnte defineres altså som skrevne rettferdighetsgrunner, mens det andre kalles for uskrevne rettferdighetsgrunner. Det er således lettere å begrunne en restriksjon med skrevne rettferdighetsgrunner fordi den har hjemmel i lov. For eksempel gir EØS-avtalen artikkel 13 adgang til restriksjoner på import, eksport eller transitt for å blant annet hensynta offentlig moral, orden og sikkerhet med

---

mer. En tolkning av ordlyden i denne bestemmelser er likevel at den ikke kan anvendes på restriksjoner som gjelder etableringsretten, fordi bestemmelsen sier “ (...) slike forbud eller restriksjoner må dog ikke kunne brukes til vilkårlig forskjellsbehandling eller være en skjult hindring på handelen mellom avtalepartene.”

Utfordringer oppstår når vi skal vurdere hva som kan aksepteres som tvingende allmenne hensyn. Anses for eksempel beskyttelse av statens eget skattefundament som en akseptert restriksjon etter tvingende allment hensyn? Medlemslandene har gjennom årene ofte forsøkt å rettferdiggjøre restriksjoner begrunnet med hensyn til å beskytte deres eget skattefundament, men de har blitt avvist gjennom rettspraksis slik at man kanskje kan hevde at dette hensynet aldri kan føres frem. I Fokus Bank-saken<sup>111</sup> fastslår domstolen at å “forhindre en reduksjon av skatteinntekter (...) utgjør et rent økonomisk behov og kan ikke anses som et tvingende allment hensyn. En restriksjon på utøvelsen av en grunnleggende frihet kan derfor ikke rettferdiggjøres på dette grunnlaget”. Denne bestemmelsen har imidlertid ingen direkte betydning på skatterettens område.

Et typisk eksempel på et tvunget allment hensyn er hensynet til å forebygge skatteomgåelser. EU-domstolens praksis har vært at omgåelsesregler kun kan ramme “wholly artificial arrangements”<sup>112</sup>.

Etter vår egen erfaring og oppfatning kan det være vanskelig å forstå hvordan proporsjonalitetsprinsippet skal tolkes og vurderes i realiteten.

Yara-saken illustrerer godt hvordan restriksjoner begrunnet i tvingende allmenne hensyn kan rettferdiggjøres. Derfor er det hensiktsmessig å drøfte denne dommen før vi går nærmere inn på teorien om proporsjonalitetsprinsippet.

Saken gjaldt det norske selskapet Yara International ASA (Yara) som ytet et konsernbidrag til sitt litauiske datterselskap og norske skattemyndigheter nektet

---

<sup>111</sup> Sak E-1/104 avsnitt 33

<sup>112</sup> Zimmer (2009) s.105

---

Yara fradrag for konsernbidrag. Nektelse av fradrag for konsernbidrag ble begrunnet med at skattelovens vilkår om at både giver og mottaker av konsernbidrag må ha skatteplikt til Norge, ikke var oppfylt.<sup>113</sup> Etter aksjeloven §8-5 har selskaper adgang til å yte bidrag til andre selskaper innenfor samme konsern (konsernbidrag). Videre angir sktl. §§10-2 til 10-4 nærmere vilkår for å kreve fradrag for konsernbidrag ved inntektslikningen.

Skattemyndighetene i Norge mente at krav om skatteplikt i Norge for giver og mottaker var nødvendig for å sikre en balansert fordeling av beskatning mellom EØS-landene, og for å unngå dobbelt bruk av samme skattemessige underskudd og skatteomgåelse, samt hindre skatteomgåelse.<sup>114</sup> Myndighetene henviste til vurderingene som ble lagt til grunn av EU-domstolen i Oy AA-saken – hvor et finsk datterselskap ble nektet fradrag for konsernbidrag avgitt til et morselskap i England. Mens Yara på den annen side mente at en nektelse av fradrag for konsernbidrag ville være i strid med EU-domstolens konklusjon i Marks & Spencer-saken. Saken handlet om mulighet til skattekonsolidering innad i konsernet i ulike medlemsstater dersom dette gjøres for å dekke ”endelige tap” (”final loss exceptions”).<sup>115</sup>

EFTA-domstolen avga en rådgivende uttalelse til lagmannsretten i saken etter at lagmannsretten hadde bedt om en vurdering av hvorvidt en nektelse av fradrag for konsernbidrag var i strid med etableringsfriheten i EØS-retten. EFTA-domstolen uttalte at når det skal vurderes om restriksjonen er forholdsmessig, er det ikke nødvendig å skille mellom forskjellige ordninger for skattekonsolidering, som for eksempel overføring av underskudd (”group relief”) etter engelsk skatteregler (jf. Marks & Spencer-saken) , eller konsernbidrag etter de norske og finske skattereglene (jf. Oy AA-saken).<sup>116</sup> Domstolen konkluderte med at krav om at giver og mottaker er skattepliktig i Norge for å avgi og motta skattemessig konsernbidrag, ikke er i strid med etableringsretten. Det avgjørende er, etter rettens uttalelse, at bestemmelsene om konsernbidrag sikrer at legitime mål som å

---

<sup>113</sup> Sak E-15/16-25 s.2

<sup>114</sup> Sak E-15/16-25 s.7

<sup>115</sup> Sak E-15/16-25 s.7

<sup>116</sup> Sak E-15/16-25 s.15

---

ivareta en balansert fordeling av beskatningsmyndigheten mellom EØS-landene eller å forhindre skatteomgåelse oppnås.

EFTA-domstolen ba lagmannsretten om å ”klargjøre hvilke mål de nasjonale tiltak faktisk forfølger, og fastslå om de legitime mål forfølges på en egnet og konsistent måte”.<sup>117</sup> Norske skattemyndigheter måtte altså vurdere hvorvidt disposisjonen var et ”wholly artificial arrangement”. Hvis det ytes konsernbidrag for å dekke et endelig underskudd i det utenlandske datterselskapet, anses ikke hensynet til å oppnå en balansert fordeling av beskatningskompetansen å rettferdiggjøre restriksjonen fordi de nasjonale krav går lenger enn det som er nødvendig for å nå konsernbidragsreglens legitime mål (jf. sak E-8/16 Netfonds Holding).<sup>118</sup> Dersom underskuddet i datterselskap som mottar konsernbidrag er endelig, går begrensningen av konsernbidrag begrunnet i tvingende allmenne hensyn lenger enn det som er nødvendig. Grenseoverskridende konsernbidrag med skattemessig effekt innenfor EØS må derfor tillates.<sup>119</sup>

#### 4.4 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet, også omtalt som forholdsmessighetsprinsippet, er et viktig prinsipp i EU/EØS-retten. Prinsippet handler om å sikre at de beslutninger som treffes og de tiltak som settes i verk, har en forholdsmessighet med de mål som man ønsker å oppnå. Det innebærer at man har en balanse mellom mål og virkemiddel.<sup>120</sup> I forhold til de fire friheter er dette prinsippets betydning at det angir normer som styrer en restriksjon på frihetene, enten den diskriminerer eller ei, kan gjøres gjeldende fordi den er begrunnet i allmenne/samfunnsmessige hensyn.

I relasjon til proporsjonalitetsprinsippet, foreligger det altså adgang til nasjonal restriksjon hvis restriksjonen ikke er for inngripende eller uforholdsmessig i

---

<sup>117</sup> Sak E-15/16-25 s.11

<sup>118</sup> Thorstad (2017)

<sup>119</sup> Thorstad (2017)

<sup>120</sup> Regjeringen (2017)

---

forhold til det som oppnås med regelen.<sup>121</sup> Vi kan illustrere anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet med et eksempel.

La oss si at norske skattemyndigheter mener at et utgående utbytte til en selskapsaksjonær i et EØS-land er kildeskattepliktig etter sktl. §10-13 og at skattefritak etter fritaksmetodens femte ledd ikke kan gjøres gjeldende. Dette er altså en restriksjon på kapitalbevegeligheten fordi utenlandske selskapsaksjonærer i EØS forskjellsbehandles med norske selskapsaksjonærer. Norske skattemyndigheter mener at fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse fordi disposisjonen er foretatt for skatteomgåelsesformål. Skatteomgåelse anses åpenbart som et tvunget allment hensyn. Det andre vilkåret handler om at bestemmelsen om kildeskatt på utgående utbytte må være egnet til å oppnå sitt mål. Hensikten med dette er å vurdere hvorvidt regelen fungerer. Begrensninger i skattefritak etter sktl. §2-38 femte ledd har som formål å hindre at den gunstige skattleggingen etter fritaksmetoden ikke utnyttes og at inntekt opptjent i kildestat (Norge) er skattepliktig i kildestaten.<sup>122</sup> En nektelse av fritak på kildeskatt etter fritaksmetoden vil fungere når skattyters formål er en skatteomgåelse. Dette vilkåret henger litt sammen med det siste vilkåret om at restriksjonen ikke må gå ut over det som nødvendig for å oppnå bestemmelsens mål.

#### **4.5 Ikke-diskrimineringsprinsippet**

EØS-avtalen artikkel 4 angir et generelt forbud mot nasjonalbestemt forskjellsbehandling. Dette prinsippet er et helt grunnleggende prinsipp i EØS-retten og anses å utgjøre kjernen i bestemmelsene om de fire friheter. Prinsippet har samme tolkning og formål i EØS-retten som i EU-retten, men med en snevrere anvendelsesområde fordi EU-retten dekker flere rettsområder enn EØS-retten.<sup>123</sup>

Artikkel 4 i EØS-avtalen sier:

---

<sup>121</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.33

<sup>122</sup> Jf. kildeskatteprinsippet i sktl. 2-3

<sup>123</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.104

---

*“Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.”*

Det betyr at det er forbudt å forskjellsbehandle innenlandske statsborgere og statsborgere fra andre EØS stater, og dette forbudet gjelder for fysiske personer så vel som juridiske personer. Ikke-diskrimineringsprinsippet står som sagt sentralt i relasjon med de fire friheter. I avsnitt 4.2 ble artikkel 31 om fri etableringsrett nevnt, og likebehandlingsprinsippet følger dermed av denne bestemmelsen. Ettersom artikkel 34 sier at selskaper og personer skal likebehandles, innebærer likebehandlingsprinsippet at medlemsstatene har et forbud mot å foreta forskjellsbehandling basert på hvor et selskap velger å etablere seg.

Et tilsvarende ikke-diskrimineringsprinsipp kommer frem i bestemmelsen om fri bevegelighet for tjenester i EØS-avtale artikkel 37 annet ledd. I den grad et forbud mot nasjonalbestemt forskjellsbehandling ikke følger av særreglene om de fire friheter, kan man anta at forbudene mot restriksjoner på bevegelighetsretten må forstås slik at de omfatter et forbud mot nasjonalbestemt forskjellsbehandling.<sup>124</sup> I praksis innebærer det at saker som omhandler nasjonalbestemt forskjellsbehandling innenfor området for de fire friheter avgjøres på grunnlag av særbestemmelsene, men det er også vanlig at domstolene henviser til det generelle prinsippet om ikke-diskriminering i artikkel 4 i EØS-avtalen. Det generelle prinsippet i EØS artikkel 4 har en selvstendig betydning i de tilfeller spesialbestemmelsene ikke gjelder, samtidig som man fortsatt er innenfor virkeområde til EØS-avtalen.<sup>125</sup>

I Schumacker-saken<sup>126</sup> uttalte EU-domstolen at forskjellsbehandling vil foreligge når det anvendes forskjellige bestemmelser i sammenlignbare situasjoner, eller når den samme bestemmelsen anvendes på ikke-sammenlignbare situasjoner.<sup>127</sup> Et eksempel på nasjonalbestemt forskjellsbehandling fra rettspraksis illustreres i

---

<sup>124</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.290

<sup>125</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.290

<sup>126</sup> Sak C-279/93

<sup>127</sup> Sejersted m.fl., (2011) s.291



---

Fokus Bank-saken. Som en avslutning anser vi det derfor som hensiktsmessig å drøfte denne saken i det følgende avsnitt.

#### **4.6 Fokus Bank-saken**

Fokus Bank-saken regnes som en av de mest omtalte norske rettsdommer som omhandler forholdet mellom norsk skatterett og EØS-retten. Implementering av realitetsvilkåret i fritaksmetodens femte ledd er et resultat av avgjørelsen i Fokus Bank-saken.

Lagmannsretten avgjorde i dommen at de tidligere norske reglene om skatteplikt på utbytte til utenlandske aksjonærer innen EØS, var i strid med de forpliktelser Norge har etter EØS-avtalen. De tidligere reglene førte til en favorisering av norske selskapsaksjonærer ved at utbytte til innenlandske selskapsaksjonærer fikk et såkalt godtgjørelsesfradrag som i praksis førte til at utdelt utbytte ble helt skattefritt. Tilsvarende skattefritak gjennom godtgjørelsesfradrag ble ikke gitt til utenlandske selskapsaksjonærer i EØS.

Etter EØS-avtalen artikkel 40 om fri kapitalbevegelse er det forbudt å foreta *“restriksjoner på overføringer av kapital tilhørende personer bosatt i EUs medlemsstater eller EFTA-statene”* og *“forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted (..)”*.

Forskjellsbehandling av inngående utbytte (utbytte til selskapsaksjonærer hjemmehørende i Norge) og utgående utbytte (utbytte til utenlandske selskapsaksjonærer) innebåret altså en restriksjon på den frie retten til kapitalbevegelse etter EØS-avtalen.

Fokus Bank-saken omtales som en av de såkalte “parkeringssakene” hvor selskaper unnlot å trekke kildeskatt ved utbytteutdelinger fordi aksjene eid av utenlandske aksjonærer var blitt overdratt til norske aksjonærer før vedtak om utdeling av utbytte var tatt. Det ble foretatt en gjennomskjæring på beskatning av ligningsmyndighetene ved at de la til grunn at aksjene på utbyttetidspunktet reelt sett fortsatt var eid av de utenlandske aksjonærene.

---

Fokus Bank-saken gjaldt mellom Fokus Bank ASA og staten (Skattedirektoratet) hvor Fokus Bank hadde reist et krav mot Skattedirektoratet om tilbakebetaling av kildeskatt utlignet på utenlandske aksjonærer for inntektsåret 1997 og 1998.<sup>128</sup> Blant disse utenlandske aksjonærene var to selskaper hjemmehørende i EØS (Tyskland og England).

Rett før beslutning om utdeling av utbytte, solgte disse selskapene sine aksjer i Fokus Bank ASA til selskaper hjemmehørende i Norge. Kort tid etter gjennomføring av utbytteutdelingene, brukte de utenlandske aksjonærene i Tyskland og England sin tilbakekjøpsrett på aksjene og foretok en opsjon for å gjenkjøre aksjene.<sup>129</sup> Ligningsmyndighetene mente at transaksjonen var en “parkering av aksjene” som kun ble gjort med hensikt om å spare norsk skatt. De utenlandske aksjonærene ble beskattet som eiere av aksjene ved endring av ligningen og Fokus Bank ble holdt ansvarlig for kildeskatten.<sup>130</sup>

Fokus Bank anket saken til Frostating lagmannsrett etter å ha tapt i tingretten. Her mente Fokus Bank at kildeskatt på utdelinger til aksjonærene i Tyskland og England var i strid med EØS-avtalens fri kapitalbevegelse og var dermed diskriminerende fordi utenlandske aksjonærer ikke ble likebehandlet med norske aksjonærer. Mens staten mente at diskriminering kunne anses som akseptabel fordi EØS-avtalen ikke regulerer regler som omhandler direkte beskatning. De mente at artikkel 40 om fri etableringsrett ikke kunne anses som inkorporert i norsk skatterett ved EØS-loven og hadde dermed ikke en direkte virkning på de internrettslige reglene.

Lagmannsretten forela disse spørsmålene for EFTA-domstolen som ga en rådgivende uttalelse om saken. EFTA-domstolen konkluderte med at de norske godtgjørelsesreglene for kildeskatt kun til norske aksjonærer og ikke til utenlandske aksjonærer var i strid med EØS-avtalen artikkel 40.

Staten aksepterte dette, men spørsmålet var så om hvilken EØS-avtalens artikkel 40 skulle ha i norsk skatterett i de tilfeller det forelå motstrid med norsk

---

<sup>128</sup> Naas m.fl., (2011) s.113

<sup>129</sup> Sak E-01/04 s.2

<sup>130</sup> Naas m.fl., (2011) s.113

---

skattelovgivning. Staten mente at EFTA-domstolens tolkning av artikkel 40 i EØS-avtalen ikke kunne gjøres gjeldende i Fokus Bank som en del av norsk skatterett, fordi det var opp til de norske skattemyndighetene å bringe norsk skattelovgivning i overensstemmelse med EØS-avtalen.<sup>131</sup> Med bakgrunn i EØS-loven §2 ble ikke statens krav ført frem og staten tapte dermed saken.

EØS-loven §2 sier at

*“Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.”*

Dette brukte lagmannsretten som argument til å konkludere med at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse om saken og tolkning av EØS-avtalen artikkel 40 måtte gå foran de norske skattereglene. Det måtte kreves helt konkrete holdepunkter for å si at EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen artikkel 40 ikke skulle være gjeldende i norsk skatterett, og slike holdepunkter forelå ikke i den saken. Å ikke innrømme godtgjøringsfradrag til utenlandske aksjonærer i EØS som mottok utdelinger fra norske selskaper, var i strid med EØS-loven §§1 og 2. Dermed var det ikke hjemmel for å kreve at de utenlandske aksjonærene i Fokus Bank skulle være kildeskattepliktig som Fokus Bank ble gjort ansvarlig for.

---

<sup>131</sup> Naas m.fl., (2011) s.114

## Litteraturliste

### Norske lover

Lov 27 nov 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

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

### For- og etterarbeider

Ot.prp. nr. 16 (1991-1992)

Oppfølging av skattereformen 1992

Ot.prp. nr.1 (2004-2005)

Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer

Innst. O. nr. 10 (2004-2005)

Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer

Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)

Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer

Innst. O. nr.1 (2007-2008)

Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2008 - lovendringer

Meld. St. 4 (2015-2016)

Bedre skatt — En skattereform for omstilling og vekst 2015

### Forskrifter

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

### Traktater

EØS-avtalen

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 17. mars 1993

---

## **Tolkningsuttalelser**

BFU 2/14. Er Holding Ltd "reelt etablert" (hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS). Bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet. Avgitt 29.01.2014

Skattedirektoratets domskommentar til Rt 2014 s 196 Aban International Norway AS/Sinvest. Avgitt 03.04.2014

Skattedirektoratets domskommentar til HR-2016-00586-A Den Norske Amerikalinje AS mot Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter. Publisert 27.04.2016

Skattedirektoratets prinsipputtalelse. Fritaksmetoden og dansk investeringsforening. Publisert 13.04.2011

Utv. 2006 s.485.

Begrepet "hjemmehørende" i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d. Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 10.mai 2005 i brev til Skattedirektoratet

Utv 2009 s.1280.

Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden. Finansdepartementets tolkningsuttalelse fra 29.september 2009 i brev til Skattedirektoratet

## **Utredninger**

NOU 2014:13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi. Avgitt til Finansdepartementet 2. desember 2014

## **Norske dommer**

Rt 2014 s 196 - Aban International Norway AS mot Staten v/Skatt sør  
HR-2016-00586-A - Den Norske Amerikalinje AS mot Staten  
v/Sentralskattekontoret

---

Utv. 2006 s. 1151 Cermaq

**Dommer fra EFTA-domstolen**

E-01/04 - Fokus bank og Den norske stat v/Skattedirektoratet

E-08/16 – Netfonds Holding ASA og Den norske stat

E-15/16-25 - Yara International ASA og Den norske stat

**Dommer fra EU-domstolen**

C-279/93 - Finanzamt Köln-Altstadt and Roland Schumacker

C-251/98 - Baars and Inspecteur der Belastingdienst Particulieren

C-196/04 - Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue

C-110/99 - Emsland-Stärke GmbH and Hauptzollamt Hamburg-Jonas

C-255/02 - Halifax and others v Commissioners of Customs & Excise

**Juridisk litteratur**

Naas, Henning., Bruusgaard, Christian., Ilstad, Kristine og Svensen, Christian. (2011). *Norsk internasjonal skatterett*. Oslo: Universitetsforlaget.

Gjems-Onstad, Ole., Ferdowski, Sanaz Ormaz., Folkvord, Benn og Furuseth, Eivind. (2015). *Norsk bedriftsskatterett* (9.utg.). Oslo: Gyldendal forlag.

Sejersted, Fredrik., Arnesen, Finn., Rognstad, Ole-Andreas., Foyn, Sten og Kolstad, Olav. (2011). *EØS-RETT* (3.utg.). Oslo: Universitetsforlaget

Zimmer, Fredrik. (2017) *Internasjonal inntektsskatterett* (5.utg.). Oslo: Universitetsforlaget

Zimmer, Fredrik. (2011) *Internasjonal inntektsskatterett* (4.utg.). Oslo: Universitetsforlaget

---

**Artikler**

Bjerkestuen, Hilde Mæhlum og Wille, Hans Georg “Tax Holidays in a BEPS-Perspective”, *43 Intertax, Issue 1*, 2015 side 106-120,

Hovland, Øyvind “Fritaksmetoden og koblingen til definisjonen av lavskatteland i NOKUS-reglene“, *Skatterett 02/2006*, 2006 side 116-142

**Websider:**

Regjeringen. (2015). Hva EØS-avtalen omfatter. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/eos1/hva-avtalen-omfatter/id685024/@>

Regjeringen (2017). Grunnleggende prinsipper. Hentet fra <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/grunnleggende-prinsipper/id2518744/>

Thorstad, Hilde (2017). Ny uttalelse fra EFTA-domstolen åpner for konsernbidrag med skattemessig effekt over landegrensene. *Pwc*. Hentet fra <http://blogg.pwc.no/skattebloggen/ny-uttalelse-fra-efta-domstolen-apner-for-konsernbidrag-med-skattemessig-effekt-over-landegrensene>