

BI Norwegian Business School - campus Oslo

# GRA 19703

Master Thesis

Thesis Master of Science

Substanskravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden, sett opp mot EØS-retten.

Navn: Morten Marcelius Skordal, Carl Henrik Gutterød

Start: 15.01.2021 09.00

Finish: 01.07.2021 12.00

## Innholdsfortegnelse

<b>1.0 INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1 PROBLEMSTILLING .....</b>	<b>1</b>
1.2 AVGRENSNING .....	2
<b>2.0 SUBSTANSKRAVET I NORSK RETT .....</b>	<b>3</b>
2.1 NOKUS-REGLENE .....	3
2.2 FRITAKSMETODEN.....	4
2.3 SKAL SUBSTANSKRAVET TOLKES LIKT ETTER NOKUS OG FRITAKSMETODEN? .....	5
<b>3.0 EØS-RETTENS FORHOLD TIL SUBSTANSKRAVET .....</b>	<b>7</b>
3.1 EØS-AVTALEN .....	7
3.2 ETABLERINGSRETTEEN OG RETTEN TIL FRI KAPITALBEVEGELSE.....	8
3.3 UTGJØR DE NORSKE REGLENE EN RESTRIKSJON? .....	10
3.4 LÆREN OM TVINGENDE ALLMENNE HENSYN .....	13
<b>4.0 SUBSTANSKRAVET I EU-RETTEEN .....</b>	<b>14</b>
4.1 C-196/04 CADBURY SCHWEPPEES .....	14
4.1.1 BAKGRUNN .....	14
4.1.2 PROBLEMSTILLINGENE .....	15
4.1.3 THE RULE OF REASON-TESTEN .....	18
4.1.4 RENT KUNSTIG ARRANGEMENTER.....	21
4.1.5 DET SUBJEKTIVE VILKÅRET .....	21
4.1.6 DET OBJEKTIVE VILKÅRET .....	23
<b>5.0 ER DET NORSKE KRAVET TIL SUBSTANS I OVERENSSTEMMELSE MED EØS - RETTEEN? .....</b>	<b>24</b>
5.1 INNLEDNING.....	24
5.2 DET OBJEKTIVE KRAVET TIL SUBSTANS.....	26
5.2.1 AKTIVE SELSKAPSTYPER .....	27
5.2.1.1 KRAV OM FAST OG VARIG DELTAGELSE .....	27
5.2.1.2 KRAV OM LOKALER, INVENTAR OG UTSTYR.....	28
5.2.1.3 KRAV OM FAST ANSATT LEDELSE OG ØVRIGE ANSATTE.....	29
5.2.1.4 KRAV TIL ØKONOMISK SUBSTANS, BLANT ANNET VED PÅVISELIGE INNTEKTER .....	32
5.2.1.5 KRAV OM TJENESTER ER NØDVENDIGE OG SKAPER MERVERDI .....	33
5.2.2 GENERALADVOKATENS INNSTILLING OG DENS RETTSKILDEMESSIG VERDI .....	37
5.2.3 KRAV TIL AT SUBSTANSVURDERINGEN SKAL FORETAS I ETABLERINGSSTATEN? .....	39
5.2.4 PASSIVE SELSKAPSTYPER .....	42
5.3 DET SUBJEKTIVE KRAVET TIL SUBSTANS .....	47
<b>6.0 KONKLUSJON.....</b>	<b>50</b>
<b>7.0 KILDER.....</b>	<b>52</b>

## 1.0 Innledning

### 1.1 Problemstilling

NOKUS-reglene<sup>1</sup> i norsk rett følger av skattelovens §§ 10-61 til 10-68 og innebærer at norske skatteyttere med eierandeler i utenlandske foretak hjemmehørende i lavskatteland løpende skal beskattes for sin forholdsmessige andel av selskapets overskudd. Det foreligger imidlertid en begrensning fra slik beskatning i § 10-64 bokstav b, der et selskap «reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der». Kravet vil i det følgende bli omtalt som «substanskravet».

Tilsvarende vilkår er inkorporert i fritaksmetodens § 2-38(3) bokstav a til å gjelde selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS-området såfremt de ikke er «reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet», og etter § 2-38 (5) til at skatteyster hjemmehørende i en annen stat innenfor EØS-området må være «reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet» i denne staten for ikke å ilegges norsk kildeskatt, jf. § 10-13.

Bakgrunnen for substanskravets lovfesting i norsk rett var EU-domstolens avgjørelse etter Cadbury Schweppes-saken<sup>2</sup>. Som følge av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen ble substanskravet utformet på grunnlag av EU-domstolens premisser med formål om å opprettholde overensstemmelse med EØS-avtalen.

Oppgavens problemstilling vil i det følgende være å redegjøre for innholdet i substanskravet og hva som må ligge til grunn for at vilkåret skal kunne anses oppfylt. Redegjørelsen vil ta utgangspunkt i EØS-rettslig metode, da EØS-retten setter rammene for innholdet av substanskravet etter norsk rett. De norske rettskildene vil ikke i egenskap av seg selv vektes høyt, men vil tjene som gode argumenter for å analysere innholdet av vilkåret. Disse kildene vil bestå av lovt tekst og forarbeider, samt rettspraksis i form av administrative uttalelser fra Finansdepartementet eller Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser (BFU)

---

<sup>1</sup> Lov 26. mars 1999 nr. 14 ("skatteloven")

<sup>2</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes

som vil gi uttrykk for skattemyndighetenes praksis på området. En annen naturlig problemstilling som dukker gjennom redegjørelsen av substanskravet, er hvorvidt innholdet av substanskravet etter norsk rett er i overensstemmelse med EØS-retten. Rettspraksis fra EU/EFTA-domstolen vil dermed være avgjørende for substanskravets forståelse, da den norske utformingen er en tolkning av EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken. Det anses derfor relevant å redegjøre for EØS-rettens betydning for substanskravet (del 3) og hvordan substanskravet etter EU-retten er utformet (del 4), før det tas stilling til selv innholdet og hvorvidt det er i overensstemmelse med EØS-retten (del 5).

## **1.2 Avgrensning**

Oppgaven begrenses til å analysere og redegjøre for innholdet av substanskravet slik det fremgår av de norske reglene og EØS-retten. Oppgaven vil ikke gi noen fullstendig redegjørelse av de norske reglene i sin helhet og vil følgelig ikke behandle andre vilkår som fremgår av regelsettene, eksempelvis drøftelser av når skatteyter anses å ha norsk kontroll av utenlandsk selskap, vurdering av lavskatteland eller hvor et selskap skal anses hjemmehørende (opplistingen er ikke uttømmende). Oppgaven vil heller ikke drøfte kavet til «beneficial owner» etter skatteavtalene da det anses å være utenfor oppgavens rammer.

## 2.0 Substanskravet i norsk rett

### 2.1 NOKUS-reglene

NOKUS-reglene (norsk kontrollert utenlandsk selskap) tar sikte på å ramme norske deltakere med eierposter i utenlandske foretak hjemmehørende i lavskatteland. Reglene kan begrunnes ut ifra tre overordnede hensyn. Provenyhensynet<sup>3</sup> bør en først kunne nevne står sentralt ved beskatning av selskap etablert i lavskatteland, da beskatningen utgjør en inntektskilde for staten. Regelen bidrar til å redusere fordeler knyttet til utenlandsk selskapsetablering og heller stimulere til etableringer i Norge. Videre er formålet bak NOKUS-beskatningen å likebehandle norske skatteyttere som investerer i Norge og norske skatteyttere som investerer i selskaper i lavskatteland (kapitaleksportnøytralitet)<sup>4</sup>. Det siste hensynet knytter seg til bekjempelse av skatteomgåelse. Etter forarbeidene er formålet med NOKUS-reglene å hindre skattemotivert kapitalflukt ved at skattytere investerer og samler opp overskudd i selskaper hjemmehørende i lavskattland for å unngå løpende norsk beskatning.<sup>5</sup>

Ved grunnlag for NOKUS beskatning skal deltakeren løpende beskattes for sin forholdsmessige andel av selskapets overskudd, uavhengig av om det foretas utdelinger, jf. § 10-61. Resultatet fastsettes som om selskapet var skatteytter på bakgrunn av de norske skattereglene.

NOKUS-reglene gjaldt alle norsk-kontrollerte selskap hjemmehørende i lavskatteland frem til 2006 da EU-domstolen i Cadbury Schweppes-saken kom frem til at de britiske CFC-reglene, som i stor grad ligner de norske NOKUS-reglene, ikke var forenlige med den frie etableringsretten<sup>6</sup>, jf. artikkel 43 i EU-traktaten (artikkel 31 i EØS-avtalen). I lys av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen ble dermed NOKUS-reglene gjenstand for endring fra og med 2007. NOKUS-beskatning skal følgelig ikke lenger ilignes norske aksjonærer om det kan

---

<sup>3</sup> Hensynet er ikke direkte forankret i forarbeidene, men må kunne antas å ligge til grunn for NOKUS-beskatning på lik linje med andre skatter.

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 16 (1991-1992), pkt. 14.2.1, andre avsnitt.

<sup>5</sup> Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.2, andre avsnitt.

<sup>6</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes

dokumenteres at selskapet «reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der», jf. § 10-64, bokstav b.

NOKUS-reglene får anvendelse både for eiere av selskaper hjemmehørende innenfor og utenfor EØS. Begrensningen i § 10-64(1) bokstav b får imidlertid kun anvendelse der selskapet er reelt etablert innenfor EØS-området, slik at det kun er her det oppstilles et krav om substans. NOKUS-reglene gjelder dermed fremdeles på generelt grunnlag, men begrenses av unntaket ettersom beskatning i henhold til EØS-avtalen ikke kan anvendes der selskapet er beskyttet av etableringsfriheten. Regelen bidrar således til formålet med å motvirke omgåelse av norsk beskatning ved å etablere selskap i lavskatteland uten reell substans.

## 2.2 Fritaksmetoden

I 2008 ble kravet til substans innenfor EØS-området inkorporert i reglene om fritaksmetoden. Regelsettet forankret i § 2-38 er i utgangspunktet et unntak fra hovedregelen om at kapitalinntekter<sup>7</sup> og virksomhetsinntekter<sup>8</sup> skal anses som skattepliktig inntekt, jf. § 5-1. Fritaksmetoden går i hovedtrekk ut på å frita selskapsaksjonærer (kvalifiserende subjekter) beskatning på utbytte og gevinst på aksjer i nærmere angitt selskapstyper (kvalifiserende objekter), jf. § 2-38 (1) og (2). Det gis heller ikke fradrag for tap på slike investeringer.

Formålet bak fritaksmetoden er å forhindre at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger (kjedebeskatning). Det følger av forarbeidene at slik beskatning kan gi incentiver til omorganisering, samtidig som det kan bidra til å svekke kapitalmobiliteten i markedene. Fritaksmetoden vil følgelig bidra til å bedre kapitalmobiliteten.<sup>9</sup>

Frem til inntektsåret 2008 fikk ingen av unntakene fra fritaksmetoden for blant annet å motvirke skatteomgåelse anvendelse innenfor EØS-området. Som følge av

---

<sup>7</sup> Skatteloven § 5-20

<sup>8</sup> Skatteloven § 5-30

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt.6.1.

Cadbury Schweppes-saken ble det imidlertid inkorporert to unntak innenfor EØS-området (heretter «EØS-unntakene»), henholdsvis en utvidelse av § 2-38 (3) bokstav a til å gjelde selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS-området såfremt de ikke er «reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet», og et krav etter § 2-38 (5) til at skatteyder hjemmehørende i en annen stat innenfor EØS-området må være «reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet» i denne staten for ikke å ilegges norsk kildeskatt, jf. § 10-13.

Formålet bak den nye lovfestingen av substanskravet under fritaksmetoden var å hindre tilpasninger og skatteomgåelse, samt opprettholde hensynet til en balansert allokering av beskatningskompetansen.<sup>10</sup> Kravet til substans som følge av Cadbury Schweppes-saken førte således til en innstramming av fritaksmetodens anvendelsesområde til den grad og hensikt en slik innstramming ikke var i konflikt med EØS-avtalen.

### **2.3 Skal substanskravet tolkes likt etter NOKUS og fritaksmetoden?**

Det bør belyses hvorvidt substanskravet skal forstås likt under de to regelsettene, henholdsvis NOKUS-reglene og fritaksmetoden. Kravets ordlyd er tilnærmet identisk utformet (men ikke helt) under begge bestemmelsene. Det kan likevel stilles spørsmål ved om vilkåret uten videre skal tolkes likt.

Betrakter vi det EØS-rettslige utgangspunktet om at innføringen av substanskravet og dets formål i de to regelsettene var å opprettholde overensstemmelse mellom norsk rett og EØS-retten, tilsier dette at kravet skal tolkes enhetlig.

Ser en til de norske rettskildene følger det uttrykkelig av fritaksmetodens § 2-38 (3) og (5) at substansvurderingen (reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet) skal foretas på *tilsvarende vilkår* som fastsatt i § 10-64 bokstav b (substansvurderingen etter NOKUS-reglene). Etter ordlyden tilsier formuleringen «tilsvarende vilkår» også at kravene skal tolkes likt under de to regelsettene.

---

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2.

Videre uttaler Finansdepartementet i forarbeidene;

«(...) bør det stilles samme minstekrav (*som etter NOKUS-reglene*) om reell etablering og økonomisk aktivitet i etableringsstaten for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse.»<sup>11</sup> (*Vår utheving*)

«Vurderingen (*reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet*) foretas etter samme retningslinjer som beskrevet ovenfor (...)».<sup>12</sup> (*Vår utheving*)

Det er tydelig at også forarbeidene trekker i retning av en lik forståelse og tolkning av de to vurderingene. Formålsbetraktninger tilsier også dette, da det kan anføres at formålet med innføringen av substanskravet både etter NOKUS-reglene og fritaksmetoden var å sikre at norsk rett var i overensstemmelse med EØS-retten.

Skattedirektoratets praksis (BFU 30/09) underbygger også et slikt syn da det i følgende sak ble uttalt;

«begrepet «reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet» normalt skal fortolkes på samme måte i § 2-38 og NOKUS-reglene».<sup>13</sup>

Det kan i tillegg argumenteres for at praktiske hensyn støtter opp under en slik forståelse. Det ville gjort det vanskeligere for Skatteetaten og Skattedirektoratet om substanskravet skulle tolkes ulikt avhengig av hvilken bestemmelse en anvender, i motsetning til å forholde seg til ett unisont krav.

Basert på EØS-rettslig metode, samt norske myndigheters oppfatning og praksis gjennom rettskildene over, er det etter vårt syn rimelig å legge til grunn at

---

<sup>11</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt.14.1

<sup>12</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt.14.4.2

<sup>13</sup> Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet. BFU 30/09. Avgitt 19.11.2009



substanskravet skal forstås og tolkes likt uavhengig av om en anvender NOKUS-reglene eller fritaksmetoden, hvilket det vil bli gjort i det videre.

### 3.0 EØS-rettens forhold til substanskravet

#### 3.1 EØS-avtalen

Norge er etter folkeretten forpliktet til å følge EØS-retten. Substanskravet er innført i norsk lovgivning for å sikre at NOKUS-reglene og fritaksmetoden er i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

EØS-avtalens hoveddel er gjennomført i norsk lov, jf. EØS-loven § 1.<sup>14</sup> Harmonisering av skatteretten er imidlertid ikke tatt inn i avtalen.<sup>15</sup> Avtalens generelle bestemmelser har likevel betydning for nasjonal skatterett gjennom blant annet de fire friheter som vedrører fri flyt av varer, personer-herunder fri etableringsrett, kapital og tjenester. Bestemmelsene har forbud mot diskriminering, samt forbud mot begrensninger av grenseoverskridende aktiviteter.

Ved tolkning av norske skatteregler, og dermed også substanskravet, følger det av presumsjonsprinsippet at reglene skal tolkes i samsvar med EØS-retten. Ved motstrid skal EØS-avtalen ha forrang fremfor andre bestemmelser, jf. EØS-loven § 2. Dette innebærer at innholdet av substanskravet etter de norske NOKUS-reglene (eller fritaksmetoden) skal tolkes i lys av EØS-retten. Oppstår det motstrid mellom tolkningen etter det norske skattelovverket og EØS-avtalen (fri etablering), skal EØS-retten ha forrang. Dette understrekes også av Finansdepartementet i brev av 18. april 2007 til Skattedirektoratet;

«Det fremgår her at dersom det konstateres motstrid mellom EØS-retten og skattelovgivningen, må skattelovgivningen stå tilbake for den EØS-rettslige forpliktelsen så langt den rekker».<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Lov 27. september 1992 nr. 109 ("EØS-loven")

<sup>15</sup> Skatte-ABC 2020/2021 (Utland-EØS-retten og forholdet til norsk skatterett, Generelt)

<sup>16</sup> Jf Utv. 2006 s. 754 og Utv. 2007 s. 1027

### 3.2 Etableringsretten og retten til fri kapitalbevegelse

Utgangspunktet for forpliktelsene som følger av EØS-avtalen ved anvendelse av NOKUS-reglene og EØS-unntakene i fritaksmetoden er reglene om etableringsretten, jf. art. 31 og retten til fri flyt av kapital, jf. art. 40.

Det fremgår av EØS-avtalen art. 31 at det ikke skal være noen *restriksjoner* (se pkt. 3.3) på etableringsadgangen for at statsborgere i en medlemsstat innenfor EØS skal kunne etablere seg i en annen medlemsstat innenfor EØS (EU eller EFTA-statene). Etter avtalens art. 34 skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av medlemsstatene likestilles med fysiske personer som er statsborgere, under forutsetningen at selskapet har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innenfor EØS.

Etter EØS-avtalens art. 40 skal det mellom avtalepartene ikke foreligge noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende *personer bosatt* i en EØS-stat. Det kan stilles spørsmål ved om juridiske personer hjemmehørende i en EØS-stat følgelig vil havne utenfor bestemmelsens ordlyd. Det er imidlertid antatt av blant annet EU-domstolens rettspraksis<sup>17</sup> (samt art. 34 som likestiller fysiske statsborgere med selskaper) at også juridiske personer er under beskyttelse av retten til fri kapitalbevegelse.

Det kan følgelig konstateres at den norske stat er pliktsubjekt under begge de respektive friheter, og dermed underlagt forpliktelsen om å sørge for at ulovlig restriksjoner ikke skal forekomme.

Hvorvidt formålet bak NOKUS-reglene eller fritaksmetoden tilsier at bestemmelsene utelukkende vil havne inn under etableringsretten eller retten til fri kapitalbevegelse må bero på en konkret vurdering. I Fred. Olsen-saken uttaler EFTA-domstolen at tidligere rettspraksis legger til grunn at;

---

<sup>17</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 33

«(...) nasjonal lovgivning som er ment å gjelde bare for eierandeler som gjør det mulig for eieren å utøve bestemmende innflytelse over beslutningene i et selskap og treffe avgjørelser om dets virksomhet, faller inn under virkeområdet for etableringsfriheten.»<sup>18</sup>

Videre uttaler EFTA-domstolen på den annen side at nasjonale bestemmelser som kommer til anvendelse på;

«(...) eierandeler som er kjøpt utelukkende for det formål å foreta en finansiell investering, uten noen intensjon om å påvirke foretakets ledelse og styring, vurderes utelukkende i lys av den frie kapitalbevegelse (...)»<sup>19</sup>

Ut ifra uttalelsene over kan det konstateres at situasjoner der skatteyder i den konkrete sak har intensjoner om å påvirke foretakets ledelse og styring vil havne inn under etableringsrettens anvendelsesområde. I motsatt tilfelle vil situasjonen vurderes under den frie kapitalbevegelse. Det vil imidlertid i praksis være av liten betydning hvilken frihet en velger å se til, da EU-domstolen har uttalt at vurderingen vil være den samme uavhengig av hvilke regelsett man anvender.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> E-3/13 and E-3/20 Fred. Olsen, premiss 113

<sup>19</sup> E-3/13 and E-3/20 Fred. Olsen, premiss 114

<sup>20</sup> Brænd (2012) pkt. 3.2. Se C-251/98 Baars premiss 21, og C-410/98 Metallgesellschaft premiss 75.

### 3.3 Utgjør de norske reglene en restriksjon?

Vurderingstemaet vil i det videre være hvorvidt NOKUS-reglene og EØS-unntakene etter fritaksmetoden kan anses å utgjøre en restriksjon på etableringsretten eller retten til fri kapitalbevegelse. Dersom dette vil kunne konstateres, må restriksjonen i det videre kunne rettfærdiggjøres i tvingende allmenne hensyn (pkt. 3.4) for at de nasjonale reglene likevel skal kunne opprettholdes etter EØS-retten. Kan restriksjonen ikke begrunnes i slike hensyn, vil konsekvensene av en slik konklusjon følgelig være at NOKUS-reglene og EØS-unntakene etter fritaksmetoden ikke vil få anvendelse innenfor EØS-området som følge av EØS-avtalen. Det må imidlertid i første omgang vurderes om det foreligger en restriksjon.

Det fremgår av EØS-avtalens art. 31 og art. 40 (TEUV<sup>21</sup> art. 49 og art. 63) at det ikke skal være noen restriksjoner på etableringsadgangen, eller overføring av kapital. Nasjonale regler til hinder for den frie bevegelse vil omfattes av ordlyden. Forbudet om fri bevegelse av personer omfatter egentlig to regler, da art. 28 innebærer et forbud mot all «forskjellsbehandling» av arbeidstakere på grunnlag av statsborgerskap. Begrepet *restriksjon* skiller seg imidlertid fra *forskjellsbehandling*. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt begrepene gir uttrykk for ulike kriterier. I Fred. Olsen-saken uttaler domstolen at;

«Forbudet mot forskjellsbehandling, enten det er hjemlet i EØS-avtalens artikkel 4, 31 eller 40, forutsetter at sammenlignbare situasjoner ikke skal behandles forskjellig, og at forskjellige situasjoner ikke skal behandles på samme måte (...)»<sup>22</sup>

Rent språklig er begrepet «restriksjon» videre enn «forskjellsbehandling». Det kan tenkes flere tilfeller som innebærer en restriksjon på grenseoverskridende aktivitet enn kun forskjellsbehandling, og i mange tilfeller vil forskjellsbehandling oppstå som følge av en restriksjon. En kan argumentere for at enhver skattelegging på sett og vis innebærer en restriksjon, men det kan ikke legges til grunn at begrepet skal forstås slik. Forskjellige rettsregler mellom stater, eksempelvis skattesatser, blir

<sup>21</sup> Traktaten om den Europeiske unions Virkemåte

<sup>22</sup> E-3/13 and E-3/20 Fred. Olsen, premiss 137

gjærne omtalt som en uekte restriksjon (disparity) og er s aledes ansett legitimt. If olge Zimmer<sup>23</sup> må uttrykket forst as slik at skatteregler som inneb erer en s erlig byrde på grenseoverskridende transaksjoner, er de som kan rammes. Dermed blir også forskjellsbehandlingen mellom rent interne og grenseoverskridende transaksjoner sentral under restriksjonsvurderingen. EU-domstolen benytter seg i tillegg av begrepet «hindring» uten   presisere nærmere om hvilket av uttrykkene en sikter til. Dette taler for, slik Zimmer påpeker, at EU-domstolen ikke legger noen vesentlig forskjell i betydningen av uttrykkene.

Ved grunnlag for NOKUS-beskatning følger det av   10-61 at norske skatteyttere løpende skal beskattes for sin andel av overskuddet uavhengig av om det gjøres utdelinger fra selskapet. Norske skatteyttere med investeringer i Norge eller andre høyskatteland innenfor EØS er ikke underlagt lignende beskatning, men beskattes først når utbytte utdeles. Tidspunktet for beskatning er ulik i de to situasjonene, hvor NOKUS-beskatningen kan utgjøre en likviditetsulempe. Skatteyster må betale skatt av midler som ikke nødvendigvis er utdelt. Slik Brænd<sup>24</sup> eksemplifiserer er det uheldig dersom skatteyster er nødt til   foreta utdeling av utbytte utelukkende for   finansiere beskatningen.

NOKUS-reglene fører også til at et selvstendig skattesubjekt blir beskattet for et annet selvstendig skattesubjekts inntekt, hvilket utgjør en mer belastende beskatning for NOKUS-selskapet. Dette er følgelig ikke tilfellet der et selvstendig skattesubjekt eier et annet skattesubjekt hjemmehørende i Norge.<sup>25</sup>

Etter det overnevnte kan det legges til grunn at NOKUS-reglene gjør det mindre attraktivt for norske skatteyttere   etablere (eller investere i) selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS-området, enn tilsvarende etableringer (eller investeringer) i Norge.

---

<sup>23</sup> Fredrik Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett 5. utg, side 106

<sup>24</sup> Brænd (2012) pkt. 3.2.

<sup>25</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 45

Etter fritaksmetoden er norske selskapsaksjonærer fritatt beskatning (3% regelen)<sup>26</sup> på utbytte og gevinst på aksjer fra kvalifiserende selskaper hjemmehørende i Norge eller andre høyskatteland innenfor EØS. Utbytte eller gevinst på aksjer fra tilsvarende selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS vil imidlertid beskattes som alminnelig inntekt, såfremt substanskravet ikke er oppfylt, jf. 2-38 (3). Bestemmelsen gjør det således igjen mindre attraktivt for aksjonærer å etablere (eller investere i) selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS. Tilsvarende er også gjeldende for § 2-38 (5), jf. 10-13 som gjør det mindre attraktivt for utenlandske selskaper å etablere (eller investere i) selskaper i Norge.

NOKUS-reglene og EØS-unntakene i fritaksmetoden bidrar med dette til at investeringer i lavskatteland behandles forskjellig fra investeringer i Norge. Reglene må derfor anses å drive forskjellsbehandling, hvilket dermed utgjør en restriksjon på etableringsfriheten (fri kapitalbevegelse) etter EØS-avtalen.

En restriksjon kan imidlertid være lovlig dersom den kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Det er EU-domstolen som setter rammene for hvordan restriksjoner kan rettferdiggjøres, i motsetning til misbrukstilfeller som er helt uten beskyttelse. Det settes ingen rammer for hvordan medlemslandene kan bekjempe slike tilfeller. Vurderinger av hvorvidt det foreligger misbrukstilfeller av de fire friheter bør dermed holdes adskilt fra vurderinger av om det foreligger restriksjoner som kan berettiges. Dette er problematisert nærmere i del 6.

Spørsmålet blir således om restriksjonen som følger av NOKUS-reglene og EØS-unntakene i fritaksmetoden kan begrunnes etter læren om tvingende allmenne hensyn.

---

<sup>26</sup> Etter § 2-38(6) skal 3% av netto aksjeinntekt beskattes med 28% (0,84%), jf. konsernunntaket § 2-38(6) bokstav c

### 3.4 Læren om tvingende allmenne hensyn

Til tross for at det foreligger en restriksjon har EU-domstolen utviklet en praksis om at en regel som innebærer en restriksjon likevel kan aksepteres dersom regelen er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, jf. Cassis De Dijon-saken.<sup>27</sup> For at restriksjonen skal kunne rettferdiggjøres i tvingende allmenne hensyn, må ytterligere to vilkår være oppfylt utover det relevante hensyn (rule of reason-testen). Regelen må for det andre være egnet til å ivareta formålet, og for det tredje ikke gå utover det som er nødvendig for å ivareta formålet (proporsjonalitetsprinsippet). Læren om tvingende allmenne hensyn utgjør på denne måten et unntak fra EØS-retten og skal tolkes strengt.<sup>28</sup> Videre vurderes hvorvidt hensynene bak NOKUS-reglene (og EØS-unntakene i fritaksmetoden) vil oppfylle de nevnte vilkår og således rettferdiggjøre restriksjonen på EØS-avtalen.

Det første hensynet bak NOKUS-reglene er å beskytte statens skatteinntekter (skatteprovenyet). Hensynet har etter EU-domstolens rettspraksis blitt så kategorisk avvist at det må kunne hevdes at hensynet aldri kan føre frem. I Cadbury Schweppes-saken uttalte domstolen at hensynet ikke hører inn under hensyn anført i art. 46, stk. 1 EF, og kan heller ikke anses å være ett av de tvingende allmenne hensyn som kan begrunne en restriksjon.<sup>29</sup> Hensynet til kapitaleksportnøytralitet utgjør ifølge Hovland<sup>30</sup> et rent statsøkonomisk hensyn og kan med dette heller ikke antas å gå under tvingende allmenne hensyn.

Det kan imidlertid ses hen til formålet om bekjempelse av skatteomgåelse som et relevant hensyn. Som det følger av forarbeidene i NOKUS-reglene er formålet bak reglene å hindre skattemotivert kapitalflukt, hvilket etter EU-domstolens uttalelser både er et relevant og egnet hensyn.<sup>31</sup> Det bør imidlertid kunne stilles spørsmål ved hvorvidt bekjempelse av skatteomgåelse forøvrig kan være å anse som et økonomisk hensyn, og i hvilken grad et slikt hensyn bør aksepteres. Det er etter vårt syn ikke umiddelbart opplagt hvor skillet går mellom beskyttelse av statens skatteproveny, hvilket som anført kategorisk avvises av EU-domstolen som

---

<sup>27</sup> C-120/78 Cassis De Dijon

<sup>28</sup> C-315/02 Lenz premiss 26

<sup>29</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 49. Se også E-1/04 Focus Bank premiss 33

<sup>30</sup> Hovland (2012) pkt. 6

<sup>31</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes premiss 59

relevant hensyn, og bekjempelse av skatteomgåelse, hvilket domstolen aksepterer inn under tvingende allmenne hensyn. En bør kunne argumentere for at statens bekjempelse av skatteomgåelse nettopp har til formål å beskytte egne skatteinntekter. Likevel er hensynet akseptert av domstolen.

Spørsmålet blir således om NOKUS-reglene (og EØS-unntakene i fritaksmetoden) går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet om å hindre skatteomgåelse (proporsjonalitet). Under denne vurderingen vil det være aktuelt å se til EU-domstolens rettspraksis da verken EØS-avtalens hoveddel eller fellesskapsrettens direktiver regulerer problemstillingen. Det bør også belyses at vurderingen må gjøres opp mot den konkrete saken. Cadbury Schweppes-saken er retningsgivende, og vil i det videre bli behandlet på bakgrunn av at avgjørelsen var årsaken til endringen av de norske NOKUS-reglene og fritaksmetoden og følgelig inkorporeringen av substanskravet.

## **4.0 Substanskravet i EU-retten**

### **4.1 C-196/04 Cadbury Schweppes**

#### **4.1.1 Bakgrunn**

Bakgrunnen for substanskravet har sitt opphav etter EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken.<sup>32</sup>

Cadbury Schweppes Overseas Ltd (“Morselskapet”) var etablert og skattemessig hjemmehørende i Storbritannia, og kontrollerte indirekte gjennom Cadbury Schweppes plc to datterselskaper i Irland. De to irske selskapene hadde en finansieringsfunksjon internt i konsernet og var etablert i IFSC (International Financial Services Center) i Dublin der de ble beskattet etter meget gunstige irske

---

<sup>32</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes.



skattesatser. Datterselskapenes valg av hjemstat var utelukkende motivert ut ifra et skattemessig hensyn, hvilket ikke synes omstridt<sup>33</sup>.

Det var beskatningen av Morselskapet som gav opphav til saken for EU-domstolen. Morselskapet ble for gjeldende år løpende skattlagt for det ene irske selskapets overskudd etter de britiske CFC-reglene. Det andre datterselskapet gikk med underskudd det samme året, hvilket gjorde at det i dette tilfellet ikke var noe til beskatning for Morselskapet etter CFC-reglene.

De britiske CFC-reglene innebærer i korte trekk at et britisk selskap med eierandeler på minst 25% hjemmehørende i et lavskatteland løpende kan beskattes for sin andel av overskuddet i det utenlandske selskapet, uavhengig av om overskuddet faktisk blir utdelt i form av utbytte. Lavskatteland i denne sammenhengen defineres med et skattenivå lavere enn tre fjerdedeler av den britiske skattesatsen. Formålet med reglene er å motvirke skattemotiverte plasseringer og etableringer i utlandet. De britiske CFC-reglene har tydelige likhetstrekk med de norske NOKUS-reglene, og virkeområdet er langt på vei sammenfallende<sup>34</sup>.

#### **4.1.2 Problemstillingene**

Saken EU-domstolen måtte ta stilling til var om de britiske CFC-reglene var i strid med EU-traktatens bestemmelser om etableringsretten og om fri bevegelighet av kapital. Ettersom Morselskapet hadde kontrollerende eierandeler og således innflytelse på beslutningene i de irske datterselskapene, begrenset domstolen sin behandling til kun å vurdere CFC-reglene opp imot etableringsretten.

Saken gjaldt tre sentrale problemstillinger domstolen skulle drøfte; 1) Hvorvidt det innebar misbruk av etableringsretten å etablere datterselskap i lavskatteland utelukkende av skattemessige motiver, 2) Hvorvidt de britiske CFC-reglene utgjorde en restriksjon på etableringsretten og 3) Hvorvidt restriksjonen kunne rettferdiggjøres av omgåelseshensyn.

---

<sup>33</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 18.

<sup>34</sup> Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1.

Den første problemstillingen var altså om det innebar misbruk av retten til fri etablering ved å etablere datterselskap i lavskatteland utelukkende av skattemessige hensyn. Domstolen påpekte her utgangspunktet at en ikke kan unndra nasjonal lovgivning ved å misbruke de fire friheter, gjennom å påberope beskyttelse fra EU-retten på svikaktig vis.<sup>35</sup> Domstolen konkluderte imidlertid med at etableringen av datterselskapene i Irland, selv om det utelukkende var skattemotivert, ikke i seg selv var å anse som misbruk<sup>36</sup>. Ut ifra domstolens konklusjon kan det dermed legges til grunn at flytting av skattepliktig aktiviteter fra et land med høyere skattenivåer til et land med lavere skattenivåer begrunnet i skattemotiverte hensyn, ikke i seg selv anses som misbruk av etableringsretten. Morselskapet var dermed berettiget til å påberope seg retten til fri etablering.

Det neste sentrale spørsmålet EU-domstolen gikk over til å vurdere var om de britiske CFC-reglene utgjorde en restriksjon overfor etableringsretten, nærmere sagt om reglene var til hinder for Morselskapets rett til å etablere datterselskap i Irland etter EU-traktatens artikkel 43, jf. EØS-avtalen art. 31. Domstolen knytter også problemstillingen rundt regelverkets diskriminerende karakter, hvilket ofte tilsvarer en sammenfallende vurdering. For skillet mellom en restriksjon og forskjellsbehandling, se pkt. 3.3.

I saken kom domstolen til at CFC-reglene innebar en forskjellsbehandling av morselskaper som etablerer datterselskaper i Storbritannia og andre høyskatteland, og av morselskaper som etablerer datterselskaper i lavskatteland<sup>37</sup>. I sistnevnte scenario hvor datterselskapet rammes av CFC-reglene innebærer dette at morselskapet beskattes løpende for datterselskapets overskudd. I førstnevnte senario er dette ikke tilfellet, hvor morselskapet havner utenfor CFC-reglenes anvendelsesområde og således ikke beskattes løpende av datterselskapets overskudd. Forskjellsbehandlingen innebærer således en ulempe for morselskapet omfattet av CFC-reglene<sup>38</sup>. Det kan oppleves noe paradoksalt at formålet bak CFC-reglene er å likebehandle skatteyttere. Domstolen fant det i midlertidig ikke

---

<sup>35</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 35

<sup>36</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 37 og premiss 49.

<sup>37</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 43

<sup>38</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 45

avgjørende at beskatningen etter CFC-reglene ikke er høyere samlet på konsernnivå enn hva den ville ha vært om datterselskapet var etablert i Storbritannia. Det avgjørende var det faktum at morselskapet omfattet av CFC-reglene beskattes av overskuddet til en annen juridisk person. Konsernselskapene skal etter EU-domstolen med andre ord vurderes separat, og det kan ikke legges til grunn at en forskjellsbehandling utlignes ved at den samlede beskatningen på konsernnivå er lik ved etablering i Storbritannia eller andre høyskatteland, og ved etablering i lavskatteland.

Domstolen konkluderte deretter med at CFC-reglene utgjorde en hindring for retten til fri etablering gjennom å gjøre det mindre gunstig, og dermed diskriminerende, for selskaper i Storbritannia å etablere datterselskap i lavskatteland<sup>39</sup>. Reglene innebar dermed en restriksjon i strid med etableringsretten.

Den neste vurderingen gjort av EU-domstolen var om restriksjonen likevel kunne rettferdiggjøres. En restriksjon av etableringsretten hjemlet i nasjonal lovgivning kan være forenlig med EU-traktaten (og EØS-avtalen) dersom den kan begrunnes ut ifra tungtveiende allmenne hensyn<sup>40</sup>. Unntaket fra etableringsretten, utledet av domstolens praksis, må imidlertid oppfylle visse vilkår for å kunne gjøre restriksjonen rettmessig. Restriksjonen må i første omgang være begrunnet i et hensyn som er å anse som *relevant*, den må være *egnet* til å oppnå sitt formål og den må ikke være mer inngripende enn nødvendig for å oppnå sitt formål («*proporsjonal*»). Den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn og vurderingen av om vilkårene samlet anses oppfylt omtales gjerne som «the rule of reason-testen».

---

<sup>39</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 46

<sup>40</sup> EØS-rett, 3. utgave s. 445

### 4.1.3 The rule of reason-testen

Medlemsstatene anførte at de britiske CFC-reglene kunne opprettholdes på grunnlag av at de hadde til formål å forhindre skatteomgåelse. CFC-reglene hadde til hensikt å ramme kunstig overføring av overskudd til datterselskap i lavskatteland, og EU-domstolen måtte dermed ta stilling til om restriksjonen kunne rettferdiggjøres på et slikt grunnlag.

Domstolen starter med å vurdere hvorvidt det påberopte hensyn er relevant. Innledningsvis påpeker domstolen to utgangspunkt for vurderingen utledet gjennom praksis. For det første vil såkalt «kompenserende beskatning» aldri kunne rettferdiggjøre en restriksjon på etableringsretten innenfor EU. Gunstigere beskatning for et datterselskap etablert i en annen medlemsstat kan ikke i seg selv gi grunnlag for at en medlemsstat nøytraliserer en slik fordel gjennom en høyere beskatning av morselskapet.<sup>41</sup> For det andre påpeker domstolen at sekundæretableringer i andre medlemsstater ikke kan presumeres i å være skatteomgåelse, og således legitimere restriksjoner på etableringsretten.<sup>42</sup>

Videre går domstolen i å presisere tidligere praksis om at en restriksjon på etableringsretten kan rettferdiggjøres dersom den spesifikt sikter på å ramme «rent kunstige arrangementer» («wholly artificial arrangements») med formål om å omgå den gjeldende medlemsstats lovgivning<sup>43</sup>. Med en slik presisering kan det legges til grunn at forhold som omfattes av den internrettslige restriksjonen ikke må være definert så vidtgående at også forhold uten omgåelseskarakter rammes.

EU-domstolen legger videre til grunn at det ved vurderingen av om det foreligger et rent kunstig arrangement må særlig vektlegges etableringsrettens formål.<sup>44</sup> Formålet med retten til fri etablering er å gi statsborgere i en EU-stat muligheten til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen på en «stabil og vedvarende måte»<sup>45</sup>. Ut ifra dette formet domstolen et krav om at et selskap må

---

<sup>41</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 49

<sup>42</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 50

<sup>43</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 51

<sup>44</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 52.

<sup>45</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 53

være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet i vertsstaten for at det skal være å anse som en etablering beskyttet av EU-traktaten.<sup>46</sup>

Domstolen legger også vekt på formålet med restriksjonen, hvor den i premiss 55 uttaler at;

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

Retten kommer dermed til konklusjonen om at omgåelseshensyn med formål i å hindre etablering av rent kunstige arrangementer er relevant, og kan rettferdiggjøre en restriksjon på etableringsretten.<sup>47</sup>

Domstolen kommer raskt til at de britiske CFC-reglene er egnet til å oppnå sitt formål.<sup>48</sup> CFC-reglene rammer britisk-kontrollerte selskaper etablert i lavskatteland gjennom å løpende tillegge det britiske morselskapet overskuddet til datterselskapet, slik at dette overskuddet blir beskattet etter britiske satser til tross for at selskapet er etablert i en annen medlemsstat. Reglene motvirker dermed skattemotiverte etableringer uten andre formål enn omgåelse av selskapsbeskatning i hjemstaten.

Den avgjørende vurderingen om restriksjonen kunne rettferdiggjøres i hensyn å motvirke skatteomgåelser var dermed om reglene var proporsjonale, det vil si hvorvidt de går utover hva som er nødvendig for å oppnå sitt formål («whether that legislation goes beyond what is necessary to achieve that purpose»)<sup>49</sup>.

CFC-reglene inneholdt unntak fra beskatning under spesifikke omstendigheter der en kunne utelukke eksistensen av et fullstendig kunstig, skattemotivert

---

<sup>46</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 54

<sup>47</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 55

<sup>48</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 58 og 59.

<sup>49</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 60

arrangement<sup>50</sup>. Retten kom likevel til at selv om unntakene ikke fikk anvendelse, samtidig som formålet bak etableringen og transaksjonene er skattemotiverte, vil det likevel ikke være tilstrekkelig for å konstatere at det foreligger et fullstendig kunstig arrangement. I tillegg til det subjektive elementet om skattemotiver, la retten frem at det må foreligge objektive omstendigheter som viser at formålet med etableringsretten ikke er tilfredsstilt.<sup>51</sup>

De objektive omstendighetene innebærer at restriksjonen ikke kan være berettiget dersom etableringen i en annen medlemsstat reflekterer en økonomisk realitet<sup>52</sup>. Ut ifra dette fortsetter retten med å utlede et krav til at selskaper er reelt etablert og utøver reell økonomisk aktivitet.<sup>53</sup>

Ut ifra det overnevnte kan vi legge til grunn at den nasjonale restriksjonen på etableringsretten ikke kan ramme utenlandske etableringer i en annen medlemsstat, selv om denne er skattemessig motivert, såfremt objektive omstendigheter kan bevise at etableringen er reell og selskapet utøver reell økonomisk aktivitet i vertsstaten.

EU-domstolen lot det være opp til den britiske domstolen å vurdere konkret om CFC-reglene tilfredsstilte kravet til proporsjonalitet.<sup>54</sup> Retten konkluderte imidlertid med at CFC-reglene vil være forenlige med retten til fri etablering såfremt de er begrenset til å ramme «wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally payable».<sup>55</sup> CFC-reglene vil således ikke være forenlige med etableringsretten dersom de får anvendelse til tross for fravær av objektive omstendigheter som indikerer eksistensen av et rent kunstige arrangement.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 61

<sup>51</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 64

<sup>52</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 65

<sup>53</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 66

<sup>54</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 72

<sup>55</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75

<sup>56</sup> «En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS» side 8

#### 4.1.4 Rent kunstig arrangementer

En forutsetning for at en nasjonal restriksjon på etableringsretten skal kunne rettferdiggjøres uttaler EU-domstolen i Cadbury Schweppes dommen at det ikke er tale om et rent kunstig arrangement («wholly artificial arrangements») med formål å omgå nasjonal lovgivning.<sup>57</sup> For at etableringen skal være beskyttet av retten til fri etablering må det etter domstolens syn foreligge en reell etablering med formål om å drive reell økonomisk aktivitet.<sup>58</sup> Oppfyller etableringen ikke dette kravet til substans legger retten til grunn at selskapet må kunne regnes som et rent kunstig arrangement.

«If checking those factors leads to the finding that the CFC is a fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity in the territory of the host Member State, the creation of that CFC must be regarded as having the characteristics of a wholly artificial arrangement.»<sup>59</sup>

Rettens vurdering av hva som er å regne som et rent kunstig arrangement er med dette i direkte sammenheng med vurderingen av kravet til substans. Det er tydelig at vurderingen inneholder både subjektive og objektive vilkår som må være oppfylt.

#### 4.1.5 Det subjektive vilkåret

Det subjektive vilkåret formuleres som «a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage» og knytter seg til at beskatningen ikke kan gjennomføres dersom etableringen og virksomheten tilfredsstillter *motiv-testen*.

Domstolen oppstiller to vilkår som må være oppfylt; 1) Det hjemmehørende selskapet kan vise til at skattefordelen fra *transaksjonene* mellom selskapet og CFC-selskapet ikke var hovedformålet eller et av hovedformålene med

---

<sup>57</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75

<sup>58</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 66

<sup>59</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 68

transaksjonene, og 2) at skattefordelen ikke var hovedformålet, eller et av hovedformålene, med *etableringen* av CFC-selskapet<sup>60</sup>.

Ut ifra motiv-testen kan vi således lese at domstolen skiller mellom transaksjonene og etableringen av CFC-selskapet, og at vilkårene er kumulative. Retten gir ingen tydelig begrunnelse på hvorfor en velger å dra et slikt skille, men er etter vårt syn i premiss 62 tydelige på at det foreligger to selvstendige vilkår med formuleringen «first» og «secondly». I teorien vil dette innebære at dersom en kommer til at transaksjonene var skattemotivert, men ikke selve etableringen, kan det fremdeles være å anse som et rent kunstig arrangement. Det samme vil gjelde i motsatt tilfelle. Ut ifra norske myndigheters syn kan det se ut til at det er selve etableringen som skal vektlegges i den subjektive vurderingen om arrangementets motiver, jf. BFU 2/17, BFU 3/16, Meld. St. 11 (2010-2011), Utv 2009 side 1280. Hvilket dette kan anses å være en innskrenkning i vurderingen gjort av norske myndigheter i henhold til motiv-testen etter EU-domstolen vil nærmere bli belyst i det senere (pkt. 5.3).

I denne sammenheng kan det følgelig stilles spørsmål ved om det i lys av et slikt skille kan skape forskjeller i vurderingstidspunktet av substanskravet mellom NOKUS-reglene og EØS-unntakene etter fritaksmetoden. Det er innvinningstidspunktet som avgjør tidspunktet for vurderingen av hvorvidt det er hjemmel for skatteplikt på utbytte,<sup>61</sup> hvor det under fritaksmetoden vil være under utbytteutdelingen. Under NOKUS-reglene kan derimot skatteyster beskattes før inntekten er opptjent, hvilket taler for at vurderingstidspunktet må være ved etablering.

---

<sup>60</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 62

<sup>61</sup> Skatte-ABC 2020/2021 (Innvinning av aksjeutbytte, Betydningen av innvinningstidspunktet)



#### 4.1.6 Det objektive vilkåret

I tillegg til kravet om subjektive formål om skattebesparelse må det foreligge objektive omstendigheter som viser at formålet med etableringsretten ikke er oppnådd, til tross for at vilkårene etter EU-retten formelt kan anses oppfylt.<sup>62</sup>

Domstolen uttaler her at om de internrettslige CFC-reglene skal kunne være i overensstemmelse med EU-retten, må beskatning ekskluderes der etableringen, til tross for skattemessig motiv, svarer til en økonomisk realitet.<sup>63</sup> Dette blir nærmere presisert med «an actual establishment intended to carry on genuine economic activities».<sup>64</sup>

Ut ifra dette kan det med andre ord trekkes den sentrale konklusjonen om at det ikke kan foreligge CFC-beskatning der et selskaps etablering og økonomiske aktivitet er reell, hvilket er kjernen av Cadbury Schweppes-dommen. Skattemotivert flytting av skattepliktige aktiviteter fra et høyskatteland til et lavskatteland innenfor EU (EØS), er fullt legitimt så fremt flyttingen er reell.<sup>65</sup> Oppgaven vil i det videre (pkt. 5.2) redegjøre for hva domstolen legger i dette kravet.

Vurderingen må baseres på objektive faktorer som er etterprøvbare for tredjeparter. I denne sammenheng vil det være spesielt relevant i hvilken grad det utenlandske selskapet rent fysisk er etablert i den aktuelle staten, for eksempel ved at det har egne lokaler, eget personale og egne driftsmidler.<sup>66</sup>

Viser det seg at de objektive omstendighetene kan slå fast at det foreligger en fiktiv etablering hvor det ikke utøves reell økonomisk aktivitet skal det være å regne som et rent kunstig arrangement. Retten trekker samtidig frem et såkalt postkasseselskap («letterbox» or «front» subsidiary) som etter vårt syn kun etter ordlyden kan anses å være et eksempel snarere enn et kriterium («That could be so in particular in the case of (...)» på en slik etablering<sup>67</sup>).

<sup>62</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 64

<sup>63</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 65

<sup>64</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 66

<sup>65</sup> «En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS» side 8

<sup>66</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 67

<sup>67</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 68

Likevel konstaterer domstolen på den andre side det faktum at den økonomiske aktiviteten like gjerne kunne vært utøvd i morselskapets hjemstat ikke er tilstrekkelig til å fastslå at det foreligger et rent kunstig arrangement.<sup>68</sup> Domstolen presiserer også at selskapet som rammes av restriksjonen, må gis mulighet til å fremskaffe bevis for at etableringen er reell og at det utøves reell økonomisk aktivitet.<sup>69</sup>

## **5.0 Er det norske kravet til substans i overensstemmelse med EØS-retten?**

### **5.1 Innledning**

I det videre vil det foretas en nærmere analyse av innholdet i substanskravet og om norske myndigheters tolkning av regelverket er i overensstemmelse med EØS-retten. EU-domstolens vurderinger i Cadbury Schweppes-dommen står sentralt som kilde for denne vurderingen og vil (sammen med etterfølgende praksis) være retningsgivende for i hvilken grad den norske tolkningen samsvarer med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>70</sup> I etterkant av Cadbury Schweppes-saken har det også kommet nye EU/EFTA-dommer som vil bistå analysen av substanskravets utvikling, herunder Fred. Olsen-saken mm. Analysen vil behandle substanskravet etter NOKUS-reglene og fritaksmetoden under ett på bakgrunn av redegjørelsen foretatt i pkt. 2.3.

Det følger av de norske forarbeidene hvor Finansdepartementet viser til at EU-domstolen ikke gir en direkte anvisning på hvordan CFC-reglene skal være utformet for å være i samsvar med EU-retten (EØS). Departementet uttaler imidlertid at dommen lest i sammenheng med generaladvokatens innstilling av 2. mai 2006 gir «relativt klare retningslinjer», hvor det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle forpliktelsene etter EØS-avtalen ved at de utformes i tråd med disse

---

<sup>68</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 69

<sup>69</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 70

<sup>70</sup> Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.

retningslinjene.<sup>71</sup> Analysen vil på grunnlag av denne uttalelsen undersøke nærmere i hvilken grad departementets tolkning av substanskravets retningslinjer faktisk baseres på Generaladvokatens forslag til avgjørelse og i hvilken grad den baseres på EU-domstolens avgjørelse. Det er tydelig ut ifra Finansdepartementets uttalelse at de to er lest og tolket i sammenheng, hvilket kan være problematisk ettersom det bør reises spørsmål om hvilken rettskildemessig verdi Generaladvokatens forslag har på området. Dette diskuteres nærmere i pkt. 5.2.2.

Departementet understreker at NOKUS-reglene bør videreføres, men at det må foretas en begrensning i virkeområdet i forhold til utenlandske selskaper mv. som er «reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk virksomhet i etableringsstaten.»<sup>72</sup> Ordlyden etter unntaket i skattelovens § 10-64 bokstav b ligger nært opp mot denne formuleringen.

Det kan ut ifra ordlyden til Finansdepartementet stilles spørsmål ved om kravet til «reelt etablert» og «reell økonomisk virksomhet» er to individuelle vilkår som må vurderes isolert. Ut ifra EU-domstolens formulering «actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities there»<sup>73</sup> (*vår utheving*) i Cadbury Schweppes-dommen kan det også reises spørsmål om slik tolkning har vært ment å foreligge fra domstolens side. Ut ifra vanlig språklig forståelse må det kunne legges til grunn at det foreligger to individuelle vilkår fra EU-domstolens side. Vilkårene blir imidlertid sjeldent behandlet isolert etter både rettspraksis og juridisk teori. Det bør kunne nevnes at det vanskelig kan tenkes et selskap som er reelt etablert, men ikke anses å drive reell økonomisk virksomhet. Omvendt må en også kunne fastslå at et selskap som driver reell økonomisk virksomhet også betyr at selve etableringen er reell. Det vil derfor ha lite for seg å behandle vilkårene adskilt. Det legges dermed til grunn for videre analyse at de to vilkårene for substans, etter praktiske formål, tolkes og vurderes i sammenheng.

---

<sup>71</sup> Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.

<sup>72</sup> Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.

<sup>73</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75

## 5.2 Det objektive kravet til substans

I forarbeidene fremgår det hva lovgiver anser må ligge i vurderingen om «reelt etablert» og «drive reell økonomisk aktivitet».

«For at etableringen og virksomheten skal anses reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet».<sup>74</sup>

Som det fremgår av Finansdepartementet må det foretas en konkret vurdering hvilket inneholder relevante momenter som nevnt over. Ut ifra forarbeidenes formulering er det ikke klart om listingen av relevante momenter er ment som uttømmende. Basert på at det må foretas en konkret vurdering og at EU-domstolen mer generelt stiller krav til at de relevante momentene må bestå av objektive omstendigheter tilsier at andre forhold også kan være aktuelle for vurderingen.

Vår analyse vil i det følgende ta for seg disse momentene sett opp mot EU-domstolens vurderinger i Cadbury Schweppes-saken og etterfølgende rettspraksis. Forarbeidene over stiller en rekke fler krav enn hva en isolert kan lese ut ifra EU-domstolens uttalelser, hvilket kan problematiseres nærmere. Analysen vil vurdere i hvilken grad disse momenter kun må være å anse som presiseringer av hva domstolen legger i objektive faktorer som er etterprøvbare for en tredjepart, eller utvidelser av domstolens krav til substans, hvilket i så fall kan bety at reglene ikke er forenelige med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

---

<sup>74</sup> Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.

## 5.2.1 Aktive selskapstyper

### 5.2.1.1 Krav om fast og varig deltagelse

Ut ifra forarbeidene leser vi at det må kreves at CFC-selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en «fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv» for at etableringen og virksomheten skal være å anse som reell. Kravet kan ikke direkte forankres i hverken Cadbury Schweppes-saken eller Generaladvokatens uttalelser. Formålet med etableringsretten, som også nevnes i dommens premiss 53, er imidlertid å gi selskap muligheten til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen på en stabil og vedvarende måte<sup>75</sup>. Et krav om å delta på en fast og varig måte og en målsetting om slik deltakelse etter etableringsrettens formål, slik Brænd påpeker i sin artikkel<sup>76</sup>, er ikke nødvendigvis det samme.

Et krav om fast og varig deltakelse kan problematiseres nærmere i forhold til ulike selskapsstrukturer. Et holdingselskap har eksempelvis gjerne til eneste formål å eie aksjer, hvilket dermed ikke uten videre oppfyller kravet til å delta på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det finnes en rekke eksempler på tilfeller en må anse å være reelt etablert uten at selskapet har en fast og varig deltakelse i næringsliv. Finansdepartementets etterfølgende uttalelse<sup>77</sup> om hvorvidt aksjefond kan anses å være reelt etablert gir klare holdepunkter for at kravet ikke skal vektlegges i stor grad og avhenger av helhetsvurderingen. Det redegjøres nærmere i pkt. 5.2.4 for hvordan substanskravet for passive selskaper skal forstås.

Det er viktig å merke seg at økonomiske aktiviteter i en medlemsstat av kortvarig karakter således ikke vil være under beskyttelse av etableringsretten.<sup>78</sup> Det vil dog ikke være til hinder for at retten til fri flyt av tjenester kommer til anvendelse, jf. EØS-avtalen art. 36 flg. Friheten skal komme til anvendelse til den utstrekning tjenesten ikke vil gå inn under bestemmelsene om det frie varebytte og den frie bevegelsen av kapital og personer, jf. EØS-avtalen art. 37 nr. 1. Bestemmelsen er således negativ avgrenset og har til formål å hindre at en økonomisk aktivitet

---

<sup>75</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 53

<sup>76</sup> Brænd (2012) pkt. 4.3.

<sup>77</sup> Finansdepartementets uttalelse 29.09.2009

<sup>78</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 53

faller utenfor anvendelsesområdet for de grunnleggende friheter, jf. Fidium Finanz AG-saken.<sup>79</sup> Kortvarig økonomisk aktivitet vil dermed også være under beskyttelse av de fire friheter. Basert på at vurderingen om tvingende allmenne hensyn er lik for alle de fire friheter kan det følgelig ikke gjelde et absolutt krav om at virksomheten deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv.

Det følger heller ikke av EFTA-domstolen avgjørelse i Fred. Olsen-saken<sup>80</sup> at et slikt krav skal gjelde for vurderingen av substans. Et slikt krav ville på bakgrunn av det overnevnte innebære en strengere vurdering av substanskravet etter norsk rett enn hva som ville vært forenelig med EØS-retten. Et slikt krav vil ikke kunne opprettholdes i norsk rett på bakgrunn av presumsjonsprinsippet. Det må imidlertid konstateres at virksomhetens deltakelse på en fast og varig måte vil inngå som relevante momenter i den konkrete helhetsvurderingen om substanskravets oppfyllelse, snarere enn et absolutt krav slik forarbeidenes formulering «*må det kreves*» skulle tilsi.

### 5.2.1.2 Krav om lokaler, inventar og utstyr

Lovgiver lister opp en rekke relevante momenter for vurderingen, hvor det i første omgang stilles krav til om selskapet «disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten (...)». EU-domstolens formulering er i likhet med forarbeidende vid. Retten uttaler i sammenheng med selskapets fysiske eksistens;

« (...) to the extent to which the CFC physically exists in terms of premises, staff and equipment.»<sup>81</sup>

Når det gjelder forarbeidenes formulering (*lokaler og utstyr*) må det kunne konstateres raskt at dette er en direkte oversettelse og således sammenfallende med EU-domstolens krav til «premises, (...) and equipment». Det ble i Cadbury

<sup>79</sup> C-452/04 Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht premiss 32

<sup>80</sup> E-3/13 and E-3/20 Fred. Olsen

<sup>81</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes premiss 67

Schweppes-saken ikke gitt noen nærmere retningslinjer av domstolen på hva som må kunne kreves for å oppnå kravet til substans i form av lokaler og utstyr.

Når det gjelder forarbeidenes krav til *inventar* nevnes ikke dette eksplisitt av hverken domstolen eller Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Hvorfor departementet velger å skille mellom begrepene inventar og utstyr er ikke klart, men spørsmålet blir om dette må være å regne som en presisering fra departementets side, eller en utvidelse av anvendelsesområdet. Etter vanlig språklig forståelse er inventar og utstyr på langt nær sammenfallende, men vi vil ikke gå så langt i å si at begrepene er synonyme basert på at departementet nettopp velger å skille de to. Domstolen uttaler imidlertid at de objektive faktorene baseres på «bl.a» (offisiell dansk oversettelse) lokaler og utstyr, hvilket en kan argumentere åpner for at andre momenter også kan være å anse som slike faktorer. Det kan også argumenteres for at inventar må være å anse som en presisering av domstolens vurdering, ettersom inventar ikke kan sies å være annet enn én type utstyr. Begrepet utstyr har et vidt nedslagsfelt, hvilket begrepet inventar vil falle inn under etter vanlig språklig forståelse. Det kan dermed ikke konstateres at forarbeidenes krav til inventar er i strid med EØS-retten.

### **5.2.1.3 Krav om fast ansatt ledelse og øvrige ansatte**

Videre oppstiller forarbeidene krav til «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». EU-domstolens vilkår på området er langt mindre detaljert og nevner kun momentet *personale* («staff») i vurderingen av selskapets fysiske eksistens uten noen videre utdyping til sammenligning. Det er åpenlyst at forarbeidene oppstiller langt mer presise retningslinjer i denne vurderingen enn hva EU-domstolens formulering tilsier. Det må dermed tas stilling til om dette tilsier at forarbeidene stiller strengere krav til de ansatte, hvilket i så fall kan bety at forarbeidene står i motstrid i henhold til EØS-retten.

Det er ikke utvilsomt at EU-domstolen stiller krav til at selskapet skal ha ansatte i etableringsstaten, hvilket det må raskt kunne konstateres overholdes av forarbeidene gjennom formuleringen «øvrige ansatte». Hvor mye som skal til for å oppfylle EU-domstolens krav til ansatte er derimot mer uklart. Leser vi domstolens uttalelse isolert kan det se ut til at det ikke stilles strengere krav enn at selskapet minst må ha én ansatt i etableringsstaten for å oppfylle kravet. Ser vi til Generaladvokatens forslag til avgjørelse, hvilke departementet uttaler at de gjør, går denne lenger enn EU-domstolen i å beskrive vurderingsmomentene på området.

«(...) it is a question of looking at the competence of the subsidiary's staff in relation to the services provided and the level of decision-making in carrying out those services. If, for example, the subsidiary proves to be nothing but a mere tool of execution because the decisions necessary to carry out the services it is paid for are taken at another level, it is also right to consider that the subjection of those services to the tax sovereignty of the host State constitutes a wholly artificial arrangement. »<sup>82</sup>

Tar vi utgangspunkt i forarbeidene starter departementet med å stille krav til at selskapet har en fast ansatt ledelse. Vi finner ingen lignende krav fra EU-domstolens side. Forarbeidene stiller også krav til at ledelsen har tilstrekkelig kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger<sup>83</sup>. Leser vi uttalelsen fra Generaladvokaten nevnes det ikke i klartekst noe konkret krav til en ledelse, men en kan imidlertid argumentere for at vurderingsmomentet i praksis er sammenfallende. Generaladvokaten uttaler at en må se til beslutningsmyndigheten i datterselskapet, og at dersom datterselskapet eksempelvis kun må være å anse som et verktøy for gjennomføring av beslutninger som tas på et høyere nivå, vil det også være rettmessig å anse selskapet som et fiktivt arrangement. Tolker vi Generaladvokatens uttalelse må det her kunne legges til grunn at det i praksis betyr at det må foreligge en ledelse i datterselskapet som har fullmakt til å foreta egne beslutninger i henhold til virksomheten.

<sup>82</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse premiss 113

<sup>83</sup> Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.



Det stilles også etter forarbeidene krav til at ledelsen og de øvrige ansatte har tilstrekkelig kvalifikasjoner og kompetanse til å drive selskapets virksomhet. Ser vi til Generaladvokatens uttalelse skal kompetansen til de ansatte vurderes i forhold til tjenestene som tilbys av datterselskapet. Selv om det etter forarbeidenes formulering ikke uttrykkelig nevner dette, må det kunne legges til grunn en forutsetning om at kvalifikasjonene og kompetansen etter forarbeidene sees oppimotselskapets utøvende tjenester. Det vil være ulogisk om de respektive kvalifikasjonene påkrevd av de ansatte kan være irrelevant i forhold til driften.

Hvorfor forarbeidene velger å skille mellom tilstrekkelig kvalifikasjoner og kompetanse er uklart. Generaladvokaten benytter kun begrepet kompetanse («*competence*») til sammenligning. Det kan se ut til at departementet legger ulik betydning i de to begrepene basert på formuleringen, uten at det gis noen nærmere forklaring. Etter vårt syn kan det ikke etter vanlig språklig forståelse legges noe signifikant forskjell i betydningen av de to begrepene som vil gi utslag i denne sammenheng. Vi vil kun anse valget av formuleringen som et forsøk på å være tydelig i deres budskap fra departementets side.

Forarbeidene stiller i tillegg et krav, utover ledelsens kompetanse og fullmakt, til at relevante beslutninger faktisk treffes i datterselskapet. Det holder med andre ord ikke at ledelsen kun har myndighet til dette, men at den faktisk praktiseres. Vi finner igjen ingen tilsvarende formulering av Generaladvokaten. Det må dog kunne argumenteres for at Generaladvokaten i sin uttalelse ikke legger opp til rom for at beslutninger som er relevante for driften i datterselskapet kan tas noe annet sted. Konsekvensene av dette må dermed være at det kun vil være ledelsen i datterselskapet som vil ha myndighet til å treffe slike beslutninger, hvilket igjen dermed vil samsvare med forarbeidenes krav til at relevante beslutninger faktisk treffes der. Det må dermed kunne legges til grunn at forarbeidenes krav til en fast ansatt ledelse vil være i tråd med Generaladvokatens forslag til avgjørelse.

#### 5.2.1.4 Krav til økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter

Videre går forarbeidene over til substansvurderingen av selskapets økonomiske aktivitet, hvor det heter at kravet *blant annet* består i påviselige inntekter fra egen virksomhet. Det fremkommer ikke av forarbeidene hvilke andre forhold som eventuelt må foreligge for å tilfredsstillere kravet til substans annet enn departementets formulering av påviselige inntekter. EU-domstolen oppstiller ingen tilsvarende krav i Cadbury Schweppes-saken utover; «(...) the actual pursuit of an economic activity in that State for an indefinite period».<sup>84</sup> Ser vi til Generaladvokatens uttalelse kan vi heller ikke finne et tilsvarende krav til påviselige inntekter slik som forarbeidene oppstiller.

Det må dermed tas stilling til om forarbeidenes krav til substans i form av påviselige inntekter fra egen virksomhet er i overensstemmelse med EØS-retten ved at det kun må være å anse som en presisering av begrepet reell økonomisk aktivitet, eller om kravet kan tolkes dit hen at lovgiver går lenger enn hva EU-domstolens krav til substans skal forstås hvilket således kan anses som en restriksjon på de fire friheter. Det vil derfor være aktuelt å drøfte problemstillingen hvorvidt det vil være mulig å oppfylle EU-domstolens krav til reell økonomisk aktivitet selv med fravær av påviselige inntekter fra egen virksomhet.

Det kan tenkes en situasjon der et selskap hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner der det således ikke kan påvises inntekter på konsernnivå til tross for reell økonomisk aktivitet. Forarbeidene velger imidlertid å sile ut en slik situasjon under egne vilkår, slik at det videre forutsettes at det dreier seg om andre transaksjoner enn konserninterne.

En virksomhet uten påviselige inntekter kan for eksempel være ett oppstartsselskap. Et etablert selskap kan av ulike grunner bruke flere år på å gå fra produkt- og strategiutvikling til salg av en vare eller tjeneste. Det kan i tillegg være estimert enda lengre tid før selskapet faktisk går i overskudd. Forarbeidene benytter seg imidlertid kun av begrepet «inntekter», hvilket etter vårt syn må tolkes som bruttoinntekter. Det stilles således ingen krav til at selskapet skal gå med overskudd,

---

<sup>84</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 54

kun påviselige inntekter før kostander. Spørsmålet blir således om et oppstartsselskap i perioden før salg av den respektive vare eller tjeneste og dermed uten påviselige inntekter fra egen virksomhet, likevel kan anses å drive reell økonomisk aktivitet.

Etter vårt syn vil vi ikke være benektende for å svare på spørsmålet om et selskap vil kunne anses å drive reell økonomisk aktivitet til tross for manglende påviselige inntekter. Gjennom departementets formulering; «blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet» må dette tolkes som en presisering og eksemplifisering av begrepet «virksomhet» snarere enn et vilkår.

#### **5.2.1.5 Krav om tjenester er nødvendige og skaper merverdi**

Forarbeidene oppstiller til slutt et krav om at dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet. EU-domstolen oppstiller til sammenligning ingen direkte sammenlignbare krav i Cadbury Schweppes-avgjørelsen. Generaladvokatens innstilling nevner imidlertid datterselskapets merverdi som et relevant moment i substansvurderingen.

«The third criterion, relating to the value added by the subsidiary's activity, is no doubt trickier to apply where the services provided by it in fact reflect the exercise of genuine activities in the host State. This criterion seems to me to be relevant, however, in so far as it might make it possible to take account of an objective situation in which the services provided by the subsidiary have no economic substance in the light of the parent company's activity. If that were the case, I think it can be accepted that there is a wholly artificial arrangement because there appears, in effect, to be no consideration for the payment by the parent company for the services in

question. Payment for such services could therefore be viewed quite simply as a transfer of profits from the parent company to the subsidiary. »<sup>85</sup>

Som Generaladvokaten uttaler vil datterselskapets merverdi være relevant i den grad objektive omstendigheter tilsier at aktiviteten fra datterselskapet ikke kan anses å ha noe økonomisk interesse i forhold til morselskapets virksomhet (offisiell dansk oversettelse). Det kan se ut til at Generaladvokaten oppstiller et mer generelt krav til datterselskapets substans sammenlignet med de norske forarbeidene som en kan argumentere for stiller mer presise vilkår og dermed anvender et snevrere vurderingsområde.

Det kan dermed problematiseres hvorvidt departementets krav til at selskaps tjenester må være nødvendige og skape merverdier for andre selskaper i konsernet, under forutsetningen av at selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, er i overensstemmelse med EØS-retten.

Det at det stilles ytterligere krav for konserninterne selskapsfunksjoner er i utgangspunktet logisk. Et selskap som hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, bør tilsynelatende ha høyere terskel for å påvise økonomisk substans basert på at det enklere vil kunne omgå reglene om påviselige inntekter. Transaksjoner mellom et mor- og datterselskap foruten vederlag, i form av fravær av en motytelse ettersom tjenesten mangler en økonomisk interesse mellom de to partene, bør således kunne anses for å være en ren overførsel av overskudd slik Generaladvokaten uttaler. Innstillingen tar stilling til dette ved å fastslå at det må kunne konstateres at det foreligger et rent kunstig arrangement dersom datterselskapets tjenester er helt uten økonomisk interesse i forhold til morselskapets virksomhet. Forarbeidene distanserer seg fra Generaladvokatens uttalelser og oppstiller to vilkår for selskaps tjenester, henholdsvis at de er *nødvendige* og *skaper merverdier* for andre selskaper i konsernet. Problemstillingen som reises blir følgelig om formuleringen vil gi utslag for noen praktiske forskjeller, eller om vilkårene i forarbeidene kun har til hensikt å presisere betydningen av hva Generaladvokaten legger i formuleringen.

---

<sup>85</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelse pkt. 114

Forarbeidene oppstiller med det første et krav til at selskapets tjenester er *nødvendige*. Vi finner ingen direkte forankring til Generaladvokatens innstilling. En sentral forskjell i de to formuleringene kan sies å være at forarbeidene oppstiller to vilkår til oppfyllelse i motsetning til Generaladvokaten som i sin uttalelse avgrenser substansen til ikke å gjelde der tjenesten kan anses å være *helt uten økonomisk* interesse for morselskapet. Det bør følgelig stilles spørsmål ved om en tjeneste som innebærer en økonomisk interesse for morselskapet er sammenfallende med en tjeneste som er nødvendig. Begrepet *nødvendig* kan tolkes ulikt basert på hvilken vekt en velger å tillegge. Det bør dog kunne legges til grunn at det er høyere terskel for at en tjeneste må være å anse som nødvendig snarere enn eksempelvis noe som vil være å anse som praktisk, hensiktsmessig e.l. Et konsern som eksempelvis velger å dele opp virksomheten i flere datterselskaper med det formål å spre risiko kan være gunstig for aksjonærene og virksomheten som sådan. Det kan dog stilles spørsmål ved om det er nødvendig. Om struktureringen har til virkning å unngå konkurs gjennom å spre risiko kan det argumenteres for at det vil være snakk om en nødvendighet. I praksis vil nok dette være vanskelig å påvise.

Følgelig ser vi det hensiktsmessig å vektlegge Generaladvokatens formulering av «helt uten økonomisk interesse», hvilket etter vårt syn legger opp til et lavere krav for at selskapets tjenester skal anses å ha substans fremfor forarbeidenes krav til at de må være nødvendige. Dette avhenger igjen av hvilken vekt en velger å tillegge *nødvendig*, hvor norske myndigheter etter vårt syn ikke kan tolke begrepet for strengt uten at det vil være i strid med EØS-retten. Tolkes begrepet nødvendig dit hen at reglen kun rammer tjenester helt uten økonomiske interesser for morselskapets virksomhet, vil imidlertid vilkåret etter vårt syn være i overensstemmelse.

Videre kan forarbeidenes krav til tjenestens *merverdi* kobles opp mot Generaladvokatens formulering som uttrykkelig finner kriteriet relevant. Hva departementet legger i begrepet merverdi er imidlertid uklart ettersom definisjonen er vid. Det er ikke gitt at merverdi i seg selv enkelt kan kvantifiseres på lik linje med påviselige inntekter. En konsernintern funksjon vil ikke nødvendigvis bidra til merverdi som kan materialiseres i et konsernregnskap. Det betyr ikke at funksjonen

ikke bidrar til verdiskapning på konsernnivå og er uten betydning for morselskapet. Spørsmålet blir således hvordan en skal gå frem for å måle en slik merverdi. En annen situasjon vi igjen kan se for oss er hvordan konserner gjerne splitter opp virksomheten i flere selskaper med det formål å spre risikoen og således diversifisere sin egen risikoeksponering. Hvorvidt en slik funksjon som kun fisjoneres ut på bakgrunn av risikojustering bidrar til å skape merverdi er også uklart. En kan i sammenheng med dette også diskutere hvorvidt strukturering med hensikt å unngå fremtidig tap, som på sett og vis er sammenfallende med det å minimere risiko, vil bidra til å skape merverdi for konsernet.

Tolker man begrepet i vid forstand bør det kunne argumenteres for at en nedjustering av risiko bidrar til merverdi i konsernet. Det er etter vårt syn mer rimelig å legge til grunn for at en slik organisering bidrar til merverdi snarere enn at den er nødvendig.

Forarbeidene gir ingen klare retningslinjer på hvordan begrepet skal forstås. Legger vi imidlertid en vid tolkning som over til grunn, hvilket etter vårt syn virker rimelig, kan vilkåret i praksis trolig ligge tett opp mot Generaladvokatens uttalelse om at dersom tjenesten er helt uten økonomisk interesse for morselskapets virksomhet vil det heller ikke være tilstrekkelig substans.

Oppsummert må vi basert på analysen over kunne legge til grunn at de objektive vurderingsmomentene opplistet i forarbeidene ikke kan anses som absolutte krav på bakgrunn av at de neppe vil harmonisere med EØS-retten. Kravene til både ansatte, egne lokaler, påviselige inntekter og konserninterne funksjoner kan etter denne analyse ikke tolkes for strengt. Det må foretas en konkret helhetsvurdering, hvilket må bero på hvilke type selskap og virksomhet en vurderer. Finansdepartementet har i sine uttalelser også tydeliggjort dette, hvilket det i det videre (pkt. 5.2.4) vil redegjøres for ytterligere. Det avgjørende for substansvurderingen kan således ikke være hvorvidt subjektet oppfyller alle de objektive kriteriene listet opp over.

### 5.2.2 Generaladvokatens innstilling og dens rettskildemessig verdi

Analysen av substanskravet har til nå sett de norske lovforarbeider opp mot EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken sammen med Generaladvokatens innstilling. Det er tydeliggjort hvilke vurderingsmomenter som kan forankres i EU-domstolens avgjørelse og hvilke som følger av Generaladvokaten. En sentral problemstilling for hvordan substanskravet skal forstås er følgelig hvilken betydning det har at Finansdepartementet velger å bruke momenter fra Generaladvokatens innstilling i sin vurdering som ikke uttrykkelig er gjengitt i EU-domstolens avgjørelse.

Generaladvokatens rolle er å assistere domstolen ved å komme med forslag til avgjørelse av saker brakt inn for EU-domstolen. Generaladvokaten skal avgi fullt ut uavhengige innstillinger, jf. Lisboa-traktaten art. 252.<sup>86</sup> Uttalelsene fungerer først og fremst som en kilde til å bedre forstå EU-domstolens avgjørelser, men har i utgangspunktet ingen rettskildemessig vekt i seg selv.<sup>87</sup> EU-domstolen er således på ingen måte bundet av forslaget.<sup>88</sup> Det fremkommer tydelig av de norske forarbeidene at Generaladvokatens forslag er benyttet som retningslinjer for vurderingen av substanskravet. Det følger av forarbeidene at;

«Ved at NOKUS-reglene utformes i tråd med disse retningslinjene, kan det legges til grunn at de norske reglene vil oppfylle EØS-forpliktelsene.»<sup>89</sup>

Det at Finansdepartementet uttrykkelig uttaler at reglene vil være i overensstemmelse med EØS-retten så fremt de utformes i tråd med Generaladvokatens retningslinjer bør kunne utfordres. Hvilken overføringsverdi innstillingen har til de norske forarbeider er ikke i utgangspunktet opplagt.

Det er ikke utvilsomt at Generaladvokatens innstilling er mer detaljert i sin tilnærming til kravet om substans sammenlignet med EU-domstolen. Selv om det forekommer elementer av Generaladvokatens vurderinger i dommen er det på det rene at innstillingen stiller langt flere presise krav enn domstolen. Det må således

<sup>86</sup> Traktaten om Den europeiske union og Den europeiske unions virkemåte

<sup>87</sup> Haukeland Fredriksen (2012) side 218 og Neergaard (2005) side 161.

<sup>88</sup> Finn Arnesen, EØS-rett, 3. utg. side 236

<sup>89</sup> Ot. prp. nr.1 (2007-1008) punkt 14.4.1.

reises spørsmål om hvilken rettskildemessig verdi retningslinjene som kun kommer til uttrykk gjennom Generaladvokatens uttalelser kan tillegges.

På den ene siden bør det faktum at EU-domstolen har kommet frem til samme resultat som Generaladvokatens innstilling trekke i retning av at domstolen har tiltrådt Generaladvokatens synspunkter og vurderingsmomenter. Domstolen henviser også direkte til Generaladvokatens synspunkt i ett av dommens premisser.<sup>90</sup> I den grad Generaladvokatens synspunkter følges opp av domstolen må det kunne argumenteres for at detaljene i uttalelsen, selv om de ikke konkret gjengis av domstolen, har en rettskildemessig betydning.

Det kan imidlertid argumenteres for at henvisning trekker i motsatt retning i forhold til Generaladvokatens uttalelser generelt ettersom dette er dommens eneste direkte henvisningen til innstillingen. En kan etter et slikt syn hevde at domstolen ved å unngå å anvende slik henvisning til Generaladvokatens retningslinjer gjennomgående, og heller aktivt gitt sin tilslutning til et fåtall av kriteriene, tilsier at uttalelsene som helhet må tilleggs begrenset vekt. Slik Brænd<sup>91</sup> påpeker foreligger det ingen uttalelse fra domstolens side at den tiltrer Generaladvokatens syn i sin helhet, hvilket også trekker i denne retning.

Etter vårt syn distanserer Generaladvokatens kriterier seg for mye fra EU-domstolens avgjørelse der de ikke gjengis av domstolen selv. Deres rettskildemessig verdi må dermed antas å ha begrenset med vekt. Påstanden må sies å være i motstrid med Finansdepartementets forarbeider som er av den oppfatning av at ved å følge Generaladvokatens retningslinjer, eksempelvis om selskapets ansatte, ledelse eller krav til tjenestenes merverdi (under den konserninterne forutsetningen) uten forankring i EU-domstolens avgjørelse, skal sikre norsk overensstemmelse med EØS-retten.

---

<sup>90</sup> C-196//04 Cadbury Schweppes, premiss 69

<sup>91</sup> Brænd (2012) pkt. 4.4.



### 5.2.3 Krav til at substansvurderingen skal foretas i etableringsstaten?

Det bør også kunne stilles spørsmål ved om det fra EU-domstolens side foreligger et krav om at selskapet må drive all sin økonomiske aktivitet i etableringsstaten. I Cadbury Schweppes-saken uttalte domstolen:

« (...) that despite the existence of tax motives that CFC is actually established in *the host Member State* and carries on genuine economic activities *there*. »<sup>92</sup> (vår utheving)

Ut ifra EU-domstolens formulering kan det se ut til at det oppstilles et krav til at utøvelsen av den økonomiske aktiviteten må foregå i medlemsstaten selskapet reelt er etablert i. I NOKUS-reglene formuleres det slik at deltakeren må dokumentere at selskapet «(...) reelt er etablert i *en EØS-stat* og driver reell økonomisk aktivitet *der*» jf. § 10-64 bokstav b, mens det etter fritaksmetoden heter at bestemmelsen gir fritak dersom skatteyder «er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet *i et EØS-land*», jf. §§ 2-38(5) og 2-38(3) bokstav a.

NOKUS-reglenes formulering gir ingen umiddelbar klarhet om en slik forståelse av substansvurderingen er lagt til grunn. Ordlyden i EØS-unntakene etter fritaksmetoden tilsier ikke i like stor grad at et slikt vilkår om at kravene til reelt etablert og reell økonomisk aktivitet må være oppfylt i samme stat. Det bør dermed vurderes hvorvidt det vil være tilstrekkelig for et selskap å være etablert i en medlemsstat og drive økonomisk aktivitet i en annen stat for å oppfylle kravet til substans.

I Fred. Olsen-saken uttalte EFTA-domstolen sin forståelse av gjeldende rett;

«Som angitt av Kommisjonen som svar på et muntlig spørsmål fra domstolen er det ikke et krav at den økonomiske virksomhet finner sted i EØS-staten der enheten er etablert. Det er tilstrekkelig at de finner sted i EØS-området.»<sup>93</sup>

<sup>92</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 75

<sup>93</sup> E-3/13 & E-3/20 Fred. Olsen, premiss 99

Domstolens formulering er klar; det foreligger ikke et krav om at den økonomiske virksomheten finner sted i EØS-staten der enheten er etablert. En naturlig språklig forståelse av EU-domstolens formulering i Cadbury Schweppes-saken av reelt etablert i «the host Member State» og utøve reell økonomisk aktivitet «there» tilsier imidlertid en sammenheng mellom de to vilkårene og legger opp til at aktiviteten skal foregå i medlemsstaten enheten er etablert i. Det er tydelig at EFTA-domstolen i Fred. Olsen-saken ikke har lagt en slik forståelse til grunn, hvilket reiser spørsmålet om domstolens presisering av gjeldende rett er i strid med tidligere praksis.

Det følger av EU-domstolens uttalelser i Cadbury Schweppes-avgjørelsen at for at en restriksjon på etableringsretten skal kunne rettfærdiggjøres etter omgåelseshensyn, må formålet være å treffe rent kunstige arrangementer som søker å unnsnippe skatt som normalt skal betales på «profits generated by activities carried out on *national territory*»<sup>94</sup>. Tilsvarende formulering kan en imidlertid finne i Fred. Olsen-sakens premiss 166, hvilket umiddelbart kan virke motstridende med dommens egne uttalelser over. Dette trekker i retning av at utsagnet «aktiviteter utført på nasjonalt territorium»<sup>95</sup> ikke skal forstås slik at den økonomiske aktiviteten er begrenset til å gjelde utelukkende i etableringsstaten. Det må her kunne argumenteres for at det ikke var aktuelt i Cadbury Schweppes-saken å vurdere aktiviteter utenfor etableringsstaten. Domstolens vurderinger og premisser er i enhver sak formet av den konkrete saks rammer, hvilket dermed trekker i retning av at dommen ikke bør kunne avskjære muligheten for hvorvidt substanskravet skal kunne vurderes også i andre medlemsstater ettersom domstolen ikke vurderte dette spørsmålet.

Det må dermed kunne legges til grunn at EFTA-domstolen i Fred. Olsen-saken ikke er i strid med EU-domstolens praksis, men i større grad utvider substanskravets tolkning og således stadfester gjeldende rett.

---

<sup>94</sup> C -196/04 Cadbury Schweppes, premiss 55

<sup>95</sup> E-3/13 & E-3/20 Fred. Olsen, premiss 166

Det kan også sees hen til etableringsretten og EU-domstolens uttalelse i VT4-saken hvor det presiseres at avtalen ikke skal være til hinder for at tilbyder skal kunne yte tjenester på tvers av landegrenser, til tross for at de ikke ytes i etableringsstaten.

«The Treaty does not prohibit an undertaking from exercising the freedom to provide services if it does not offer services in the Member State in which it is established. »<sup>96</sup>

Rettspraksis etter EFTA-og EU-domstolen, stadig sterkere globalisering av det europeiske marked og EØS-avtalens formål<sup>97</sup> som sådan, underbygger en forståelse av substanskravet hvor den økonomiske aktiviteten ikke er begrenset til kun å gjelde innenfor staten der selskapet er reelt etablert, så fremt aktiviteten foregår i en medlemsstat. Det legges dermed også til grunn at forståelsen av de norske NOKUS-reglene og EØS-unntakene etter fritaksmetoden i denne sammenheng er i overensstemmelse med EØS-retten.

Et sentralt poeng i substansvurderingen som belyst i argumentasjonen over er hvordan domstolens premisser i Cadbury Schweppes-saken er påvirket av den konkrete sak domstolen er forelagt. Vurderingsmomentene domstolen listet opp var spesielt viktig for å vurdere substansen av et selskap som drev finansiell tjenestevirksomhet i et lavskatteland under et konsernforhold, hvilket det må kunne argumenteres for heller ikke nødvendigvis var ment for å gjelde alle virksomhetstyper da dommens formuleringer formes og begrenses etter sakens rammer. Substanskravet i norsk rett kan således anses å være noe uheldig i sin utforming av vurderingsmomentene, hvor en kan hevde at forarbeidene generaliserer situasjonsbestemte kriterier fra Cadbury Schweppes-saken i for stor grad. Dette kan tenkes er gjort av norske myndigheter i frykt av å ikke opprettholde våre forpliktelser etter EØS-avtalen, hvilket åpner for nye problemstillinger knyttet til substansvurderingen av andre typer selskaper enn hva EU-domstolen var forelagt.

---

<sup>96</sup> C-56/96 VT4, premiss 22

<sup>97</sup> Lov 27. september 1992 nr. 109 ("EØS-loven"), art. 1

## 5.2.4 Passive selskapstyper

En problemstilling som reiste seg i etterkant av Cadbury Schweppes-saken er hvordan substanskravet skulle forstås under vurdering av andre selskap- eller virksomhetstyper enn hva som fremgikk av dommen. Hverken EU-domstolen eller Generaladvokaten i saken ga noen føringer for hvordan substansvurderingen skal foretas for andre typer selskaper, uten drift og inntekter av aktiv karakter. Slike selskaper blir i det følgende omtalt som passive selskapstyper. Som et resultat av dette inneholder heller ikke de norske forarbeidene retningslinjer for hvordan kravet til substans skal vurderes overfor passive selskapstyper, som omfattes både av NOKUS-reglene<sup>98</sup> og som subjekt og objekt under fritaksmetoden<sup>99</sup> (verdipapirfond). Spørsmålet blir følgelig hvorvidt det samme kravet til substans må gjelde for slike typer selskaper.

Slik presentert under vurderingen av de objektive vilkårene består substanskravets relevante vurderingsmomenter etter forarbeidene av om selskapet disponerer over lokaler og utstyr, har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte o.l. Verdipapirfond innehar imidlertid sjeldent slike egenskaper, og forvaltes gjerne av egne selskaper da de ikke tillates å ha ansatte. Det må således tas stilling til om verdipapirfond kan oppfylle substanskravet til tross for sine egenskaper, hvilket EU-domstolen gjorde i Aberdeen-saken<sup>100</sup>.

Aberdeen-saken omhandlet de finske reglene om kildeskatt på utbytte, hvor utbyttebetalinger til et SICAV<sup>101</sup> fond skattemessig hjemmehørende i Luxembourg ble ilagt kildeskatt av finske myndigheter. SICAV fondet hadde en ukjent selskapsform etter finsk rett og var fritatt inntektsbeskatning etter luxembourgsk skatterett. Ettersom fondet ikke var sammenlignbart med finske selskapstyper anførte myndighetene at beskatningen var rettmessig. EU-domstolen kom imidlertid frem til at det var i strid med etableringsretten å avgrense et skattefritak med den begrunnelse at selskapet er unntatt selskapskatt etter internretten der selskapet er hjemmehørende. Domstolen fant det i tillegg i strid med

<sup>98</sup> Skatteloven § 10-60 første punktum, jf. § 10-1 (1) annet punktum jf. § 2-2 (1) bokstav e.

<sup>99</sup> Skatteloven § 2-38 (2) bokstav a og (5), jf. § 2-38 (1) bokstav b.

<sup>100</sup> C-303/07 Aberdeen

<sup>101</sup> SICAV «Société d'Investissement à Capital Variable», kan juridisk betraktes som en mellomting mellom et investeringsselskap og et verdipapirfond. På norsk benyttes ofte betegnelsen «paraplyfond».

etableringsretten å begrense skattefritaket med den begrunnelse at det utenlandske selskapet har en selskapsform ukjent etter finsk rett.<sup>102</sup>

På bakgrunn av Aberdeen-saken foretok Finansdepartementet en ny vurdering av hvilke krav som kan oppstilles for at et utenlandsk selskap, herunder verdipapirfond, hjemmehørende i EØS skal omfattes av fritaksmetoden. I brev av 29.09.2009 utledet Finansdepartementet i tråd med disse retningslinjer for relevante momenter i henhold til substansvurderingen av et aksjefond, der det uttales;

«Etter departementets syn vil disse momentenes relevans og vekt kunne variere ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes. Når det gjelder aksjefond, har det vært reist spørsmål om slike fond kan anses som reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet selv om de ikke har ansatte, egne lokaler mv. Det følger av verdipapirlovgivningen at norske aksjefond ikke kan ha ansatte, men at fondet skal ha et forvaltningsselskap som står for forvaltningen. Dette vil normalt også være tilfelle for utenlandske aksjefond som anses å tilsvare norske aksjefond. Aksjefond kjennetegnes således ofte ved at de ikke har egne ansatte, lokaler mv., og at det er egne selskaper som står for forvaltningen. Etter departementets syn kan de nevnte momentene derfor ikke være avgjørende ved vurderingen av om et slikt fond er reelt etablert og driver reell aktivitet i et EØS-land. *Et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge.*»<sup>103</sup> (Vår utheving)

Finansdepartementets uttalelse kan forstås slik at departementet selv er av den oppfatning av at substansvurderingens kriterier etter forarbeidene generaliseres i for stor grad og må tilpasses ut ifra hvilken selskaps- og virksomhetstype som er under vurdering. Det er etter departementets forståelse at de nevnte momentene («ansatte, egne lokaler mv») ikke er avgjørende for oppfyllelse av et aksjefonds substans, men at et sentralt moment i vurderingen vil være om «fondet er organisert og driftet i

---

<sup>102</sup> C-303/07 Aberdeen

<sup>103</sup> Utv. 2009 s. 1280

samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge». Etter departementets formulering om at forarbeidenes momenter ikke kan være avgjørende, utelukker imidlertid ikke at momentene kan være relevante for vurderingen dersom aksjefondet faktisk skulle hatt lokaler, ansatte mv. Det må kunne legges til grunn at det sentrale er at det skal foretas en konkret helhetsvurdering, hvor alle objektive momenter som kan bidra til substansvurderingen er relevante.

Det bør i det følgende tas stilling til hva som ligger i kravet for om «fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge». Det er verdt å merke seg at departementet stiller krav til at organiseringen og driften må kunne anses ordinær i begge statene. Som Grydeland og Sandvik<sup>104</sup> påpeker, vil en slik tilnærming fort gli over i en vurdering av om det utenlandske fondet er sammenlignbart med et norsk fond eller selskap. Med en slik forståelse lagt til grunn kan dette innebære at et utenlandsk fond med en selskapsform ukjent (ikke ordinær) for norsk rett medføre at substanskravet ikke er oppfylt. Dette vil trolig være i strid med EU-domstolens avgjørelse i Aberdeen-saken der domstolen anførte det ville være i strid med etableringsretten å begrense skattefritaket med den begrunnelse at det utenlandske selskapet har en selskapsform ukjent for internretten. Videre stiller også Grydeland og Sandvik spørsmål til hvorfor regulering og kutyme i Norge skal ha betydning for spørsmålet om et fond oppfyller substanskravet i en annen EØS-stat.

På bakgrunn av det nevnte kan det ikke konstateres at et avgjørende moment må være hva som etter norsk rett vil være ansett som ordinært. Det kan imidlertid tenkes at i tilfeller der det foreligger tilsvarende selskapstyper i Norge må være et moment som trekker i retning av substans, men i tilfeller der det ikke foreligger tilsvarende selskapstyper kan som følge av Aberdeen-saken ikke isolert rettferdiggjøre beskatning. I dette tilfellet må det være andre momenter som tilsier fraværet av substans.

---

<sup>104</sup> Grydeland og Sandvik, "Finansdepartementet endrer sin tolkning av fri taksmetoden" 2009

Når det gjelder holdingsselskaper, en annen selskapstype av passiv karakter, er ofte selskapets eneste funksjon å eie aksjer i andre selskaper. Dette krever typisk lite eller ingen grad av aktivitet fra selskapets side, samt ingen fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten. Basert på holdingsselskapets egenskaper vil oppfyllelse av forarbeidenes krav til ansatte, egne lokaler mv. være problematisk, da det ofte vil foreligge få objektive momenter i substansvurderingen til å tilfredsstille kravet til reell økonomisk aktivitet i etableringsstaten.

Selv om Finansdepartementets uttalelse<sup>105</sup> tar utgangspunkt i aksjefond, bør det kunne antas at momentene bør kunne anvendes i andre typer selskaper av passiv karakter, herunder holdingsselskap. Dette begrunnes i at departementets uttalelser bygger på det utgangspunkt om at substanskravet er et relativt krav som må variere ut ifra selskaps- og virksomhetstypen som vurderes. Zimmer<sup>106</sup> i Bedrift, selskap og skatt deler et slikt synspunkt. Etter en slik forståelse vil en kunne anta at forarbeidenes vurderingsmomenter om ansatte, egne lokaler mv. heller ikke vil være avgjørende for holdingsselskapets substans, men at det sentrale vil være hvorvidt selskapet er «organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge».

I Evaluering av skattereformen 2006 uttrykte imidlertid Finansdepartementet at det i substansvurderingen av et holdingsselskap ikke kunne legges avgjørende vekt på selskapets ordinære organisering basert på skatteomgåelsesrisiko. Finansdepartementet uttalte i denne sammenheng;

«Etter departementets oppfatning vil det subjektive motivet nødvendigvis måtte tre sterkere fram i slike tilfeller av manglende objektivt konstaterbare fakta. I tilfeller hvor det synes klart at skatteomgåelse er motivet bak en etablering, bør dette etter departementets oppfatning tale imot å anerkjenne et holdingsselskap (eller annet selskap som normalt ikke krever noen fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten) som reelt etablert i EØS. *Dette gjelder selv om selskapet i utgangspunktet er organisert på samme måte som tilsvarende norske holdingsselskaper*». <sup>107</sup> (Vår utheving)

---

<sup>105</sup> Utv. 2009 s. 1280

<sup>106</sup> Bedrift, selskap og skatt, Fredrik Zimmer i samarbeid med Advokatfirmaet BAHN AS, 2019, side 351

<sup>107</sup> Meld. St. 11 (2010/2011)

Tolker vi departementets uttalelser over bør det kunne konstateres at substanskravet ikke vil være oppfylt i tilfeller der de eneste objektive konstaterbare fakta vil innebære at holdingsselskapet er organisert på samme måte som tilsvarende norske holdingsselskaper. Under slike forhold vil det subjektive motivet være avgjørende, hvilke departementet videre argumenterer for må kunne avvises dersom selskapet ikke vil kunne oppnå noen skattebesparelse sammenlignet med hva situasjonen ville vært om etableringen hadde ligget i Norge. Etter formuleringen om at omgåelsesmotivet må være «klart» tilsier en streng vurdering av det subjektive kravet.

Det å vektlegge det subjektive motivet for etableringen av holdingsselskap fremstår etter vårt syn som hensiktsmessig. Det er ikke tvilsomt at det ville vært vesentlig risiko knyttet til omgåelse av fritaksmetoden dersom det eneste kriteriet for objektive omstendigheter var at holdingsselskapet i etableringsstaten var tilsvarende organisert som norske holdingsselskaper. Dette baseres på at formålet med etablering av holdingsselskaper i Norge nettopp er skattemotivert. Naas med flere understreker dette, hvor det fremgår at;

«Det er utvilsomt på det rene at motivet for å opprette svært mange av de norske holdingselskapene er sterkt preget av ønsket om å slippe personbeskatning, og å være undergitt fritaksmetoden på investeringer som foretas».<sup>108</sup>

Basert på Finansdepartementets uttalelser må det dermed kunne legges til grunn at dersom det fremgår av objektive omstendigheter at holdingsselskapet utøver reell økonomisk aktivitet i etableringsstaten, må det anses å oppfylle substanskravet. I tilfeller der det passive selskapet ikke fordrer noen form for fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten er det fremdeles uklart etter fellesskapsretten hva som skal til for oppfyllelse av substanskravet.<sup>109</sup> Det er med andre ord ikke klart hvilke egenskaper et utenlandsk holdingsselskap må ha for å kvalifisere under fritaksmetoden. Det er nettopp i tilfeller ved fraværet av fysisk tilstedeværelse at omgåelsesrisikoen er størst, hvilket gir grunnlaget for departementets oppfatning av en sterkere vektning av det subjektive motivet. Det anvendes i denne grad på mange måter en negativ

---

<sup>108</sup> Norsk Internasjonal Skatterett. Naas et al., 2017 side 575.

<sup>109</sup> Meld. St. 11 (2010-2011) punkt 9.8.2.



avgrensning, der hvor holdingsselskaper kvalifiserer under fritaksmetoden såfremt det ikke har til formål å være et rent gjennomstrømningselskap.

### 5.3 Det subjektive kravet til substans

Det følger av Cadbury Schweppes-saken at det i tillegg til et krav til at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet, skal foreligge et krav til skatteomgåelsesmotiv. EU-domstolen uttalte at for å konstatere om det er tale om et rent kunstig arrangement må foreligge;

«(...), 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 (...)»<sup>110</sup> (*Vår utheving*)

Det finnes ingen tilsvarende vilkår om et subjektivt omgåelsesmotiv i verken de norske NOKUS-reglene eller i fritaksmetoden. En kan heller ikke lese ut noe tilsvarende vilkår ut ifra forarbeidene. Det må dermed stilles spørsmål ved hvordan utelatelsen av det subjektive kravet i den norske lovteksten vil være forenelig med EØS-retten.

EU-domstolen gikk ikke dyptgående inn i den subjektive vurderingen da saken i hovedsak dreide seg om det objektive vilkåret, og henviste i stedet til tidligere rettspraksis. Prinsippet om rettighetsmisbruk i EU-retten kan som generell regel forankres tilbake til *Emsland-Stärke* (Emsland-testen), der det uttales at kravet skal inneholde et subjektivt element der formålet bak etableringen er å oppnå fordeler knyttet til fellesskapsreglene.<sup>111</sup> I Halifax-avgjørelsen videreføres og justeres Emsland-testen, hvor det fremgår;

---

<sup>110</sup> C-196/04 Cadbury Schweppes, premiss 64

<sup>111</sup> C-110/99 Emsland-Stärke, premiss 53

«(...), 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. »<sup>112</sup>

EU-domstolen konstaterer i Halifax-saken at det må fremgå av objektive omstendigheter at skattemotivet har vært hovedformålet (kommer til uttrykk gjennom den danske oversettelsen «essential aim») med etableringen. I Fred. Olsen-saken viser EFTA-domstolen til saken og uttaler;

«Spørsmålet om bestemte hendelser eller transaksjoner er å anse som kunstige, må vurderes på grunnlag et sett med objektive omstendigheter som verifiseres i hver enkelt sak. Følgelig skal intensjonen om urettmessig å utnytte bestemmelsene i EØS-regelverket utledes fra situasjonens kunstige karakter, som skal vurderes i lys av de objektive omstendigheter. Det avgjørende er det faktum at virksomheten, sett fra et objektivt ståsted, ikke har noen annen fornuftig forklaring enn å sikre en skattemessig fordel. Om så er tilfelle, er arrangementet av rent kunstig art.»<sup>113</sup>

Basert på uttalelsene er det på det rene at skattemotivet skal utledes ut ifra hvorvidt det foreligger et rent kunstig arrangement, hvilket skal vurderes på bakgrunn av objektive omstendigheter. En kan ut ifra dette fastslå at vurderingen av skatteytters motiv følgelig ikke skal identifisere skatteytters intensjoner på subjektivt grunnlag, ettersom det avgjørende vil være hvordan arrangementet fremtrer utad. Vurderingen av hvorvidt det foreligger et rent kunstig arrangement hører nettopp inn under substansvurderingen, hvilket dermed kan bidra til å fastslå den norske overensstemmelsen med EØS-avtalen. Basert på EFTA-domstolens uttalelse vil ikke det subjektive kravet ha stor selvstendig betydning ved siden av den objektive substansvurderingen, begrunnet i at det i begge tilfeller stilles krav til en vurdering av de objektive omstendighetene rundt arrangementet. Vurderingene vil således bero på de samme momentene.

---

<sup>112</sup> C-255/03 Halifax, premiss 75

<sup>113</sup> E-3/13 and E-3/20 Fred. Olsen premiss 175

Kravet til det subjektive skattemotivet er blitt klargjort gjennom Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 29. september 2009, hvor det fremgår at;

«Formålet med å avgrense anvendelsesområdet til reelt etablerte selskaper/reell økonomisk aktivitet, er å utelukke tilfeller hvor det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye. Det må således foretas en vurdering av de subjektive motiver for arrangementet. For å påvise de subjektive motiver, må det imidlertid ses hen til de objektive karakteristika. Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten.»<sup>114</sup>

Dette støttes videre av Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 5. juli 2010;

«En konklusjon som går ut på at et selskap ikke er reelt etablert/driver reell økonomisk aktivitet i en stat, forutsetter at skattemyndighetene anser at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv.»<sup>115</sup>

Med dette følger det at substansvurderingen følgelig er betinget av at det foreligger et skattemotiv bak etableringen. Dette understrekes også av Skattedirektoratet i BFU 6/11, det det fremgår at;

«Vi forstår dette slik at det må foreligge et skatteomgåelsesmotiv for å kunne konkludere med at et selskap ikke er reelt etablert.»

Det bør belyses at tolkningsuttalelsene fra Finansdepartementet over ikke i seg selv kan anses som noe avgjørende rettskilde om hvorvidt det foreligger et subjektivt vilkår i norsk rett. Hvorvidt dette bør innføres i lovteksten for å sikre

---

<sup>114</sup> Utv-2009-1280 pkt. 3

<sup>115</sup> Utv-2010-1240 pkt. 4

overensstemmelse med EØS-retten er etter juridisk teori omdiskutert. Dagens rettstilstand tilsier imidlertid at vilkåret om skattemotiv må innfortolkes i det norske substanskravet.

## 6.0 Konklusjon

Oppgavens overordnede målsetting var å redegjøre for innholdet i substanskravet etter NOKUS-reglene og fritaksmetoden og hva som må ligge til grunn for at vilkåret skal kunne anses oppfylt. Gjennom å analysere innholdet har en naturlig problemstilling i kjølvannet av det norske substanskravet følgelig vært hvorvidt kravet er i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter EØS-retten.

Svaret på problemstillingen blir etter analysen over at substanskravet slik det fremgår av § 10-64 bokstav b, samt § 2-38(3) og (5) ikke i seg selv strider mot EØS-retten. Det er som analysen påpeker imidlertid uheldig hvordan de norske forarbeidene, som etter norsk rett må vektes høyt som rettskilde, har utformet kriterier som ikke kan opprettholdes som absolutte krav etter EØS-retten.

Finansdepartementet har i senere uttalelser omtalt substanskravet som en rettslig standard som er i gradvis utvikling. Hva som ligger i begrepet, vil følge den til enhver tid gjeldende standarden i EU-retten.<sup>116</sup> Det er i skrivende stund en pågående diskusjon hvorvidt det generelle EU-rettslig misbruksprinsippet («general anti-abuse principle») skal innfortolkes i substansvurderingen eller om en heller bør skille disse tilfellene. I Cadbury Schweppes-saken trakk EU-domstolen i sin vurdering et tydelig skille på vurderingen om hvorvidt det forelå omgåelse av selve EU-traktaten (treaty abuse), og vurderingen knyttet til rettferdiggjøring av restriksjonen (jf. pkt. 4.1.2). Det har etter vår oppfatning i etterkant av denne saken ikke foreligget en lignende praksis fra norske myndigheter som skiller på disse tilfellene i like stor grad.

---

<sup>116</sup> Prop. 1 LS 135, Skatter, avgifter og toll 2021, pkt. 6.11.4

Hva konsekvensene av å skille mellom vurderingene knyttet til misbruk av eksempelvis etableringsretten og rettferdiggjøring av en restriksjon er opp for videre diskusjon.

En kan i senere rettspraksis (De danske sakene<sup>117</sup>) vise til EU-domstolen som legger til grunn at den ulovfestede misbruksregelen i EU også gjelder for de fire friheter. Det bør belyses at norske skattemyndigheter kan anvende den norske omgåelsesregelen og således avskjære skatteyter fra beskyttelse av EØS-avtalen uten å gå inn på substansvurderingen i sin helhet. Dommene er ikke i seg selv relevant for substanskravet etter norsk skatterett da tilfeller hvor traktatomgåelse anføres prinsipielt hører inn under en annen vurdering enn substansvurderingen. Det er i den pågående diskusjon blitt argumentert for at det foreligger lavere krav for myndighetenes gjennomskjæring under misbrukstilfeller, da vurderingene knyttet til egnethet og proporsjonalitet ikke vil få anvendelse (rule of reason).

---

<sup>117</sup> Sak 1 (*kildeskatt på renter*) (1) Case C 115/16, N Luxembourg 1, (2) Case C 118/16, X Denmark, (3) Case C 119/16, C Danmark I, (4) Case C 299/16, Z Denmark, Sak 2 (*kildeskatt på utbytte*) 1) Case C 116/16, T Danmark og 2) Case C 117/16, Y Denmark

---

## 7.0 Kilder

### Litteratur

- Andreas Bullen og Bettina Banoun. *«En spiker i kisten for NOKUS beskatning i EØS» Nr. 2006.*
- Haukeland Fredriksen, Halvard og Gjermund Mathisen. *EØS-rett. 2012*
- Zimmer, Frederik i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR DA. *Bedrift, selskap og skatt, 7. utg., 2019.*
- Zimmer, Fredrik *Internasjonal inntektsskatterett, 5.utg, 2017*
- Fredrik Sejersted, et. al., *EØS-rett 3. utg.*
- Naas et al., *Norsk Internasjonal Skatterett. 2017.*
- Hovland, Øyvind. *"NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til "reelt etablert" og forholdet til EØS-avtalen", Skatterett (04/2012).*
- Solfrid Brænd. *Reelle selskapsetableringer-avgrensningen av NOKUS-reglens anvendelsesområde og forholdet til EØS-avtalen. 2012*

**Dommer**

C-55/94 Gebhard	(Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di M)
C-196/04 Cadbury Schweppes	(Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue.)
C-452/04 Fidium Finanz AG	(Fidium Finanz AG v Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht)
C-303/07 Aberdeen	(Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy)
E-3/13 and E-3/20 Fred. Olsen State)	(Fred. Olsen and Others v The Norwegian State)
C-56/96 VT4	(VT4 Ltd v Vlaamse Gemeenschap)
C-120/78 Cassis De Dijon	(Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein)
C-315/02 Lenz	(Anneliese Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol)
E-1/04 Focus Bank	(Fokus Bank ASA v The Norwegian State)
C-251/98 Baars	C. Baars v Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem.
C-397/98 Metallgesellschaft	Metallgesellschaft Ltd and Others (C-397/98), Hoechst AG and Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) v Commissioners of Inland Revenue and HM Attorney General.

«De danske saker» (Sammenslåtte saker, nr 1):

(1) C-115/16, N Luxembourg

(2) C-118/16, X Denmark

(3) C-119/16, C Danmark I

(4) C-299/16, Z Denmark

«De danske saker» (Sammenslåtte saker, nr 2):

(1) C-116/16, T Danmark

(2) C-117/16, Y Denmark

### **Generaladvokatens uttalelser**

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-196/04 Cadbury Schweppes.

### **Forarbeider mv.**

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

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

Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) Oppfølging av skattereformen 2009

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet BFU 2/17. Avgitt 29.03.2017

Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet BFU 3/16. Avgitt 03.03.2016  
*Spørsmål om et holdingselskap anses for å være reelt etablert i Nederland.*



Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet BFU 6/11. Avgitt 10. mars 2011.  
*Kildeskatt på utbytte til morselskap i UK*

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

### **Stortingsmeldinger**

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

Prop. 1 LS 135, Skatter, avgifter og toll 2021

### **Nettsider**

Skatte-ABC 2020/2021

<https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/handboker/skatte-abc/gjeldende/>

SICAV definisjon hentet fra:

<https://www.vff.no/fondshandboken/begreper>

### **Lovtekst**

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

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

## **Traktater**

Traktaten om Den Europeiske Union og Den europeiske unions virkemåte

## **Uttalelser mv. fra Finansdepartementet**

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

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

Finansdepartementets brev til Skattedirektoratet 29.09.2009. § 2-38: Utenlandske selskaper i EØS under fritaksmetoden. Tolkingsuttalelse

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

## **Forvaltningspraksis**

Prinsipputtalelse fra skattedirektoratet. «*Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden*» 05.10.09