

Vedlegg 6

*Norges Rederiforbunds høringsuttalelse
til Rederiskatteutvalget*

**EN GJENNOMGANG AV
REDERISKATTEUTVALGETS FORSLAG
TIL ENDRINGER I NOKUS-REGLENE**

INNHOLDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
2	PRESENTASJON AV HOVEDKONKLUSJONENE	3
3	FORSLAG OM Å REDUSERE KRAVET TIL NORSK KONTROLL FOR Å FORETA NOKUS-BESKATNING	5
	3.1 <i>Innledning – Rederiskatteutvalgets forslag</i>	5
	3.2 <i>Problemer ved å sette grensen for kontroll under 50 %</i>	6
	3.3 <i>Utforming av CFC-regler i andre land</i>	6
	3.4 <i>Oppsummering</i>	8
4	FORSLAG OM NOKUS-BESKATNING AV AKTIVE INNTEKTER SOM OPPTJENES AV SELSKAPER HJEMMEHØRENDE I SKATTEAVTALELAND	9
	4.1 <i>Innledning – Rederiskatteutvalgets forslag</i>	9
	4.2 <i>Kort om skillet mellom aktive og passive inntekter</i>	9
	4.3 <i>Kort om skatteavtalenes system for beskatning av virksomhetsinntekter</i>	10
	4.4 <i>Skatteavtalene og NOKUS-beskatning</i>	11
	4.5 <i>Særlig om NOKUS-beskatning av aktive inntekter generelt og skipsfartsinntekter spesielt</i>	13
	4.6 <i>Utforming av CFC-regler i andre land i forhold til aktive inntekter generelt og skipsfartsinntekter spesielt</i>	16
	4.7 <i>Oppsummering</i>	17
5	FORHOLDET MELLOM NOKUS-REGLENE OG EØS-AVTALEN	18
	5.1 <i>Innledning</i>	18
	5.2 <i>Nærmere om Cadbury Schweppes-saken</i>	19
	5.3 <i>Generelt om EØS-avtalens regler om fri kapitalbevegelse og fri etableringsrett</i>	20
	5.4 <i>Innebærer NOKUS-reglene en restriksjon/forskjellsbehandling på etableringsretten?</i>	22
	5.4.1 <i>Innledning</i>	22
	5.4.2 <i>Forholdet mellom ”diskriminering” og ”restriksjon”</i>	22
	5.4.3 <i>Nærmere om NOKUS-reglene innebærer diskriminering/restriksjon</i>	23
	5.5 <i>Foreligger det tvingende allmenne hensyn som gjør restriksjonen berettiget?</i>	27
	5.5.1 <i>Generelt</i>	27
	5.5.2 <i>Hensynet til å beskytte det norske skattefundament og hensynet til å avverge skatteflukt</i>	28
	5.5.3 <i>Hensynet til å hindre omgåelse av de norske skatteregler</i>	29
	5.5.4 <i>Hensynet til sammenhengen i skattesystemet</i>	31
	5.5.5 <i>Hensynet til å unngå skadelig skattekonkurrans</i>	33
	5.5.6 <i>Særlig om europeisk tonnasjebeskatning og skadelig skattekonkurrans</i>	34
	5.6 <i>Oppsummering</i>	35
6	SÆRLIG OM REDERISKATTEUTVALGETS FORSLAG OM Å NOKUS-BESKATTE SELSKAPER HJEMMEHØRENDE I NORGE	36

1 Innledning

Den 7. mars 2006 fremla det regjeringsoppnevnte utvalget ("Rederiskatteutvalget" eller "Utvalget") sine forslag til endringer i beskatningen av norsk utenriks sjøfart. Et flertall på fem medlemmer går inn for å oppheve de særlige tonnasjeskattereglene for norsk skipsfart, slik at skipsfartsnæringen vil bli beskattet etter de ordinære skattereglene. Utvalgets mindretall på to medlemmer går inn for at Norge skal innføre en tonnasjeskatteordning etter europeisk modell. Mindretallsforslaget omtales ikke nærmere i dette notatet.

Flertallet viser til at en avskaffelse av de særlige skattereglene for rederiene sannsynligvis vil få som konsekvens at en større del av næringen flytter utenlands. For å avbøte de uheldige virkningene av dette, foreslår Utvalget innstramminger i NOKUS-reglene, dvs. reglene om at norske deltakere i utenlandske aksjeselskaper mv. hjemmehørende i lavskatteland blir løpende beskattet for sin forholdsmessige andel av det utenlandske selskapets inntekt fastsatt som om det utenlandske selskapet hadde vært norsk skattyter.¹ I internasjonal sammenheng betegnes gjerne slike regler som CFC-regler ("Controlled Foreign Company"), og denne betegnelsen vil også bli benyttet i det følgende.

I dette notatet gjennomgås Utvalgets forslag om innstramminger i NOKUS-reglene. Formålet er i første rekke å redegjøre for hvilke juridiske hindringer som ligger i veien for å endre NOKUS-reglene slik Utvalget foreslår, og ellers beskrive forhold som kan medføre at de ønskede effektene ikke oppnås. Dette omfatter både en gjennomgang av internrettslige regler og internasjonale regelsett slik som Norges skatteavtaler og EØS-regelverket.

Opplegget er at det i avsnitt 2 redegjøres for forslaget om å redusere kravet til norsk kontroll for å foreta NOKUS-beskatning. I avsnitt 3 ser vi nærmere på Utvalgets forslag om å NOKUS-beskatte aktive inntekter opptjent av selskaper hjemmehørende i lavskatteland. Forholdet mellom NOKUS-reglene og EØS-avtalen gjennomgås i avsnitt 4, mens forslaget om å NOKUS-beskatte inntekter opptjent av norske selskaper er temaet for avsnitt 5. I avsnitt 6 ser vi kort på Utvalgets uttalelser om mulige endringer i fritaksmetoden, nærmere bestemt om å avgrense fritaksmetoden til ikke å gjelde investeringer i lavskatteland innenfor EØS. Endelig skal vi i avsnitt 7 se litt på mulige problemer knyttet til utflytting av rederne personlig.

2 Presentasjon av hovedkonklusjonene

Etter vår oppfatning kan det reises tungtveiende innvendinger mot flere av Rederiskatteutvalgets forslag om endringer i NOKUS-reglene. Forslagene bærer i stor grad preg av å være mangelfullt utredet.

¹ Flertallets forslag vil i det følgende for enkelhets skyld bli omtalt som "Utvalgets forslag", selv om det ikke står et enstemmig utvalg bak forslaget.

Når det gjelder forslaget om å *reducere kravet til kontroll* som vilkår for å gjennomføre NOKUS-beskatning ned til under 50 prosent, kan det for det første vises til at dette vil bidra til å forsterke de problemer som eksisterer i dag med hensyn til at skattyterne kan ha vanskeligheter med å få ut tilstrekkelig med informasjon fra det utenlandske selskapet til å fastsette NOKUS-inntekten, evt. nok informasjon til å kontrollere om NOKUS-inntekten er korrekt fastsatt. Videre vil en slik reduksjon av kravet til kontroll innebære større risiko for at skattyteren blir beskattet for overskudd uten at det skjer en tilsvarende utdeling fra selskapet. Endelig er det grunn til å legge vekt på at ingen andre land det er naturlig å sammenligne Norge med har regler som innebærer at det er tilstrekkelig med en samlet eierandel på under 50 prosent.

Forslaget om også å NOKUS-beskatte inntekter som skriver seg fra *aktiv virksomhet i selskaper hjemmehørende i et skatteavtaleland*, kan etter vår oppfatning ikke sies å være i samsvar med skatteavtalenes prinsipp for fordeling av virksomhetsinntekter. I særlig grad gjelder dette skipsfartsinntekter hvor retten til beskatning uttrykkelig er lagt til den staten der selskapet er hjemmehørende. Videre kan det i forhold til skatteavtalen med enkelte land foreligge restriksjoner i forhold til å utvide NOKUS-reglene til også å omfatte aktive inntekter – dette gjelder bl.a. skatteavtalene med Nederland, Sveits, Belgia, Irland og Luxembourg, ettersom alle disse statene har reservert seg mot uttalelser fra OECD som åpner for økt mulighet for CFC-beskatning.

Videre er vi av den oppfatning at NOKUS-reglene sannsynligvis strider mot EØS-avtalen, nærmere bestemt ved at reglene representerer en restriksjon på etableringsfriheten som ikke kan rettferdiggjøres. Dette understøttes av den nylige innstillingen fra Generaladvokaten i den såkalte Cadbury Schweppes-saken. Saken gjaldt spørsmålet om de britiske CFC-reglene representerte et brudd på etableringsfriheten. Generaladvokaten la til grunn at det å etablere et selskap i et annet EU-land for å utnytte gunstige skatteregler i dette landet, ikke i seg selv utgjør et misbruk av etableringsfriheten. De britiske CFC-reglene ble ansett for å innebære en hindring for utøvelse av denne retten. Slik hindring kan bare godtas dersom etableringen av det kontrollerte selskapet, etter en individuell vurdering, kan anses som et utelukkende kunstig arrangement for å omgå nasjonale regler ("wholly artificial arrangements intended to circumvent national law").

Dersom EF-domstolen opprettholder generaladvokatens konklusjon, vil gjeldende NOKUS-regler høyst sannsynlig måtte anses for å være i strid med etableringsfriheten i EØS-avtalen ettersom NOKUS-reglene ikke åpner for en individuell vurdering av om etableringen av det utenlandske selskapet kan anses som et utelukkende kunstig arrangement. Videre vil det være uforenlig med etableringsfriheten å utvide NOKUS-reglene til å omfatte aktive inntekter fra lavskatteland innenfor EU slik Rederiskatteutvalget legger opp til. Tvert imot må virkeområdet til NOKUS-reglene innenfor EØS begrenses, slik at reelle selskapsetableringer – uten hensyn til om de genererer aktive eller passive inntekter – ikke kan bli gjenstand for NOKUS-beskatning. Dette vil i særdeleshet gjelde for norske aksjonærer i selskaper som er underlagt europeiske tonnasjeskatteordninger, siden disse er godkjent av EU-kommisjonen eller ESA som nødvendige virkemidler i kampen mot lavskatteregimer utenfor EU og EØS. NOKUS-

beskatning av deltakere i slike selskaper vil lett kunne sies å stride mot EU-kommisjonens uttalte formål om å styrke den europeiske flåten.

Utvalgets forslag om å innføre *NOKUS-beskatning også av aksjonærer i norske selskaper* vil etter vår oppfatning ikke innebære noen endring av betydning i vurderingen av om NOKUS-reglene kan sies å være i overensstemmelse med EØS-avtalen.

Vi mener videre at en *avgrensning av fritaksmetoden*, slik at den ikke lenger skal gjelde investeringer i lavskatteregimer innenfor EØS sannsynligvis vil stride mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

3 Forslag om å redusere kravet til norsk kontroll for å foreta NOKUS-beskatning

3.1 Innledning – Rederiskatteutvalgets forslag

Ett av grunnvilkårene for NOKUS-beskatning er at det utenlandske selskapet er underlagt "norsk kontroll", jf. skatteloven § 10-62. Som hovedregel anses norsk kontroll å foreligge hvor minst 50 prosent av selskapets kapital direkte eller indirekte kontrolleres av norske skattytere ved inntektsårets begynnelse og slutt. Dagens regler oppstiller ingen individuell nedre grense for den enkelte deltaker for at vilkårene for NOKUS-beskatning skal være oppfylt. Dette innebærer at dersom et utenlandsk selskap anses for norskkontrollert, blir alle norske aksjonærer gjenstand for NOKUS-beskatning.

Rederiskatteutvalget foreslår å redusere kravet til norsk kontroll, slik at det skal kunne gjennomføres NOKUS-ligning også i tilfeller hvor den samlede norske eierandelen er lavere enn 50 prosent. Utvalget foreslår ingen konkret ny grense, men sier at et utgangspunkt kan være prosentandelen som følger av fritaksmetoden for å skille mellom porteføljeinvesteringer (som ikke omfattes av fritaksmetoden) og øvrige investeringer. I følge disse reglene er grensen satt til 10 prosent av kapitalen og stemmene over et nærmere fastsatt tidsrom (avhengig av om det er utbytte, gevinst eller tap). Utvalget nevner også at det kan være aktuelt å oppstille krav om en individuell nedre grense for den enkelte deltaker, kombinert med et krav til samlet norsk eier- og kontrollandel.

Det er etter dette noe uklart hvilken grense utvalget mener bør legges til grunn. Uttalelsene kan tyde på at utvalget ser for seg en grense for samlet norsk eier- og kontrollandel på 10 prosent kombinert med en lavere grense for individuelt eierskap. Dette vil i så fall forsterke dagens problemer dels med å oppfylle plikten til å innhente informasjon fra selskapet, og dels likviditetsproblemer knyttet til at norske skattytere må betale skatt på inntekter som de ikke har kontroll på om eller når vil bli utdelt. Se nærmere i avsnitt 2.2.

Som det fremgår av avsnitt 2.3 nedenfor, vil en slik grense også være betydelig strengere enn tilsvarende nivå for kontroll i land som det er naturlig å sammenligne seg med.

3.2 Problemer ved å sette grensen for kontroll under 50 prosent

Da NOKUS-reglene ble innført i 1992, foretok departementet en grundig vurdering av hvor grensen for norsk kontroll burde settes. Departementet konkluderte da med at grensen burde settes til 50 prosent, og uttalte i den forbindelse følgende (Ot.prp. nr. 16 (1991-92) side 76):

”Behovet for å kunne få tilgang til opplysninger som er nødvendige for å kunne gjennomføre beskatningen taler for en slik løsning. Dersom minst halvparten av selskapets eller innretningens kapital eller stemmer kontrolleres av norske deltakere, vil disse ha tilstrekkelig innflytelse over selskapet til å fremskaffe alle opplysninger som er nødvendige for å kunne fastsette og kontrollere den skattepliktige inntekten.”

Som man ser la departementet stor vekt på at norske deltakere, selv om de ikke opptrådte samlet, måtte kontrollere minst halvparten av kapitalen eller stemmene. I motsatt fall kunne man ikke uten nærmere vurdering legge til grunn at de ville ha den nødvendige innflytelse over selskapet til å skaffe til veie nødvendig informasjon for inntektsfastsettelsen. Dersom man senker grensen for kontroll til under 50 prosent ser man dermed bort fra et av prinsippene som departementet understreket da reglene ble innført.

I tillegg vil en grense for kontroll som er lavere enn 50 prosent kunne medføre likviditetsproblemer for de norske skattyterne, siden de da ikke vil ha kontroll med om overskuddet i det utenlandske selskapet utdeles, slik at de får midler til å dekke skatten på overskuddet som fastsettes etter NOKUS-reglene. I Ot.prp. nr. 16 (1991-92) side 76 viste departementet til at andre lands regler gjennomgående er utformet slik at mer enn 50 prosent av aksjene i det utenlandske selskapet må kontrolleres av skattytere hjemmehørende i beskatningsstaten, og uttalte:

”Hovedbegrunnelsen for disse kravene antas å være at det er urimelig å beskatte en deltaker for en inntekt som i utgangspunktet tilhører selskapet og ikke deltakeren. Dersom de norske deltakerne ikke har kontroll over selskapet, vil de alene ikke kunne beslutte at overskuddet skal deles ut.”

Ingen av disse forholdene omtales nærmere av Rederiskatteutvalget, hvilket må ses som en svakhet ved utvalgets forslag.

3.3 Utforming av CFC-regler i andre land

Rederiskatteutvalget viser til at det er valgt ulike løsninger i andre lands CFC-regler for å avgjøre når et utenlandsk selskap anses å være kontrollert av nasjonale skattytere. Utvalget uttaler at ”flere land” har satt kravet til eier- eller kontrollandel lavere enn 50 prosent. Vi skal nedenfor kort se på hvordan kontrollkravet er utformet i seks andre

land som det er naturlig å sammenligne seg med, nærmere bestemt Sverige, Danmark, Finland, Storbritannia, Frankrike og Tyskland.

- I *Sverige* er kontrollkravet utformet slik at det avgjørende er at den svenske skattyteren, direkte eller indirekte, kontrollerer minst 25 prosent av kapitalen eller stemmene i det utenlandske selskapet ved utgangen av året. Kravet oppfylles på *individuell nivå*, dvs. at svensk skattyter som eier/kontrollerer mindre enn 25 prosent ikke blir CFC-beskattet.
- I *Danmark* er det oppstilt krav om at dansk skattyter direkte eller indirekte må eie minst 25 prosent av kapitalen, eller ha direkte eller indirekte kontroll over mer enn 50 prosent av stemmene i det utenlandske selskapet. Også i de danske reglene beregnes grensen bare på *individuell nivå* – dansk skattyter som eier/kontrollerer mindre enn 25 prosent/50 prosent blir ikke gjenstand for CFC-beskatning.
- I følge reglene i *Finland* må finsk skattyter direkte eller indirekte eie minst 10 prosent av kapitalen eller ha krav på minst 10 prosent av utbyttet. Dette kravet på *individuell nivå* er kombinert med et krav om at finske skattytere samlet eier minst 50 prosent av kapitalen eller har krav på minst 50 prosent av utbyttet eller kontrollerer minst 50 prosent av stemmene. Finland har dermed en *kombinasjon* av kontrollnivå på samlet og *individuell nivå*.
- I *Storbritannia* er det krav om at britisk skattyter må eie minst 25 prosent av kapitalen i det utenlandske selskapet. I tillegg til dette kravet på *individuell nivå*, oppstilles det krav om at mer enn 50 prosent av kapitalen eies av britiske skattytere, eventuelt at to skattytere kontrollerer selskapet, ved at den britiske skattyter kontrollerer minst 40 prosent, mens den øvrige ikke-britiske skattyteren eier minst 40 prosent, men ikke mer enn 55 prosent. Også Storbritannia operer dermed med en *kombinasjon* av kontrollnivå på samlet og *individuell nivå*.
- I *Frankrike* foreligger kontroll hvor fransk skattyter har en eierandel på mer enn 50 prosent i det utenlandske selskapet. Hvis mer enn 50 prosent av aksjene i det utenlandske selskapet eies direkte eller indirekte av franske selskaper, reduseres kravet på *individuell nivå* til 5 prosent. Frankrike har dermed i utgangspunktet bare et krav om kontroll på *individuell nivå*, men legger under gitte omstendigheter også vekt på den *samlede kontroll* ved å redusere kravet på *individuell nivå* til 5 prosent dersom franske selskaper direkte eller indirekte samlet eier mer enn 50 prosent i det utenlandske selskapet.
- CFC-reglene i *Tyskland* oppstiller krav om at mer enn 50 prosent av aksjene eller stemmene i det utenlandske selskapet direkte eller indirekte kontrolleres av tyske skattytere. Tyskland har dermed bare et krav om kontroll på *samlet nivå*.

I alle landene likestilles aksjer eid eller kontrollert av nærstående på nærmere vilkår med aksjer eid eller kontrollert av skattyteren selv.

Kontrollkravene i de ulike land som er omhandlet ovenfor kan summeres opp i følgende tabell, hvor også de norske reglene (og Rederiskatteutvalgets forslag) er tatt med:

Land	Kontrollkrav på samlet nivå	Kontrollkrav på individuelt nivå
Sverige	Nei	Minst 25 %t
Danmark	Nei	Minst 25 %
Finland	Minst 50 %	Minst 10 %
Storbritannia	Mer enn 50 %	Minst 25 %
Frankrike	Nei (alt. mer enn 50 %)	Mer enn 50 % (alt. minst 5 %)
Tyskland	Mer enn 50 %	Nei
Norge	Minst 50 %	Nei
<i>Rederiskatteutvalget</i>	Minst 10 %	Kanskje

Som det fremgår ovenfor, oppstiller alle landene unntatt Tyskland og Norge krav om kontroll (også) på individuelt nivå. Utvalget nevner at det kan være aktuelt med en grense på *individuelt* nivå også i Norge. Det lave kravet som er foreslått på *samlet nivå* gjør imidlertid at en grense på individuelt nivå blir mindre praktisk.

Med unntak for Norge er det ingen av de statene det er sammenlignet med som finner at det er tilstrekkelig med 50 prosent (nasjonal) kontroll for å foreta CFC-beskatning. Det er heller ingen av de land det er sammenlignet med som engang på *individuelt nivå* oppstiller et så lavt krav til kontroll som Utvalget synes å foreslå på *samlet nivå*. Dette med unntak for Tyskland som ikke har noe krav på individuelt nivå, men som til gjengjeld opererer med et krav på mer enn 50 prosent kontroll på samlet nivå.

3.4 Oppsummering

Da NOKUS-reglene ble innført i 1992, la departementet stor vekt på at de norske skattyterne som ble underlagt NOKUS-ligning burde ha en kontroll over selskapet som sikret dem tilgang til nødvendig informasjon i forbindelse med fastsettelse av NOKUS-inntekten, og kontroll over utbytteutdelingene. En reduksjon av kravet til

kontroll til under 50 prosent, slik Utvalget foreslår, vil innebære et brudd på disse hensynene.

Det er grunn til å stille spørsmål ved om Norge på dette punkt bør ha regler som er til dels vesentlig strengere enn i de land det er naturlig å sammenligne seg med.

4 Forslag om NOKUS-beskatning av aktive inntekter som opptjenes av selskaper hjemmehørende i skatteavtaleland

4.1 Innledning – Rederiskatteutvalgets forslag

Gjeldende NOKUS-regler skiller som utgangspunkt ikke mellom hva slags virksomhet eller aktivitet det utenlandskontrollerte selskapet har. Det er som utgangspunkt tilstrekkelig at selskapet er hjemmehørende i et land som anses som et lavskatteland. For det tilfellet at selskapet er omfattet av en skatteavtale som Norge har inngått med et annet land, er det imidlertid et vilkår for NOKUS-beskatning at selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter, jf. skatteloven § 10-64.

Dagens system innebærer dermed at inntekter som er oppebåret av selskaper hjemmehørende i skatteavtaleland og som ikke anses som passive, som hovedregel vil være unntatt fra NOKUS-beskatning uavhengig av hva slags virksomhet eller aktivitet som utøves. Passive inntekter vil underlegges NOKUS-beskatning etter någjeldende regler.

Rederiskatteutvalget foreslår imidlertid at NOKUS-reglene også skal omfatte enkelte former for aktive virksomhetsinntekter fra skatteavtaleland.

I det følgende vil det i avsnitt 3.2 kort bli redegjort for skillet mellom aktive og passive inntekter. Deretter vil det i avsnitt 3.3 foretas en kort gjennomgang av skatteavtalenes system for beskatning av virksomhetsinntekter. I avsnitt 3.4 vil det bli redegjort for hvordan NOKUS-beskatning forholder seg til skatteavtalenes system. Deretter drøftes i avsnitt 3.5 de særskilte problemer som oppstår knyttet til NOKUS-beskatning av aktive inntekter generelt og skipsfartsinntekter spesielt. I avsnitt 3.6 foretas det en gjennomgang av utformingen av CFC-regler i andre land i forhold til skipsfartsinntekter spesielt og aktive inntekter generelt. I avsnitt 3.7 foretas det en særskilt drøftelse av forholdet til skatteavtalen med Singapore, mens det gis en oppsummering i avsnitt 3.8.

4.2 Kort om skillet mellom aktive og passive inntekter

Med passive inntekter menes i hovedsak inntekter av finansiell eller annen passiv karakter. Dette vil for det første kunne omfatte ulike typer passiv kapitalforvaltning, f.eks. plassering av penger i bank, fond eller i andre typer verdipapirer. I henhold til lovforarbeidene vil også andre typer av verdiforvaltning omfattes dersom den vesentligste delen av virksomheten består i passivt å oppbære avkastning av kapital. Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene til NOKUS-reglene at virksomhet i form av å leie ut driftsmidler eller andre objekter, uten at det forutsetter aktivitet av betydning, vil kunne anses som passiv. Som eksempel på dette er angitt selskaper som leier ut fly, skip eller oljerigger.

Det fremgår av forarbeidene at eierselskaper eller holdingselskaper ikke uten videre vil kunne anses å oppebære passive inntekter. Dersom selskapet har en aktiv styringsfunksjon, vil selskapet ikke anses å ha passive inntekter. Er selskapet opprettet i et lavskattelands land kun for å forvalte inntekter fra datterselskaper hjemmehørende i land med høyt skattenivå, vil løsningen kunne være den motsatte.

Selskaper som utelukkende fungerer som et gjennomstrømmingsselskap vil anses å ha passive inntekter. Med gjennomstrømmingsselskap menes selskap som hovedsaklig er opprettet av skattehensyn, og forestår videreformidling av en inntektsstrøm.

4.3 Kort om skatteavtalenes system for beskatning av virksomhetsinntekter

Skatteavtalenes hovedformål er å bidra til unngåelse av dobbeltbeskatning, jf. introduksjonen til OECDs mønsteravtale ("Mønsteravtalen") punkt 2. Måten skatteavtalene gjør dette på, er å fordele beskatningsretten til ulike inntekter mellom statene.

For selskaper som anses som selvstendige skattesubjekter (aksjeselskaper og lignende selskaper), er hovedregelen at det er den staten selskapet er hjemmehørende i som er tildelt beskatningsretten til virksomhetens inntekter. Dersom selskapet driver virksomhet i den andre skatteavtalestaten (kildestaten), kan imidlertid kildestaten beskatte virksomheten, såfremt det foreligger et fast driftssted i kildestaten, men bare for inntekter som er knyttet til virksomheten ved det faste driftsstedet.

For inntekter fra internasjonal skipsfartsvirksomhet er systemet med å gi den staten selskapet er hjemmehørende i beskatningsretten ytterligere fremtredende. I Norges skatteavtaler gis den staten selskapet er *hjemmehørende* i normalt eksklusiv beskatningsrett til inntekter fra internasjonal skipsfartsvirksomhet.² Tilsvarende er det som den store hovedregel den staten selskapet er hjemmehørende i som er gitt beskatningsretten til driftsmidlene i slik virksomhet (gevinstbeskatning).

Med unntak for kildeskatt på utbytte, er det normalt aksjonærens hjemstat som er tildelt beskatningsretten til aksjeinntekter (utbytte og aksjegevinster). Hvor *aksjonæren* er hjemmehørende, er imidlertid som utgangspunkt ikke relevant ved vurderingen av hvem som har (den primære) beskatningsretten til selskapets inntekter.

Normalt legger man til grunn at skatteavtalene bare er ment inngått til unngåelse av såkalt *juridisk* dobbeltbeskatning, som innebærer at samme inntekt blir beskattet med sammenlignbare skatter i to eller flere stater for en og samme skattyter i den samme inntektsperioden. Såkalt *økonomisk* dobbeltbeskatning, som innebærer at to skattesubjekter med nær tilknytning til hverandre beskattes for sammenlignbare inntekter, anses normalt ikke å være forhindret gjennom skatteavtalene.

² I OECDs mønsteravtale er beskatningsretten tildelt "the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated". Å legge beskatningsretten til den staten selskapet er hjemmehørende i, slik som Norge foretrekker, er imidlertid angitt som et valgfritt alternativ i kommentarene til artikkel 8.

Utgangspunktet om at skatteavtalene ikke beskytter mot økonomisk dobbeltbeskatning, innebærer at skatteavtalene normalt ikke er til hinder for at den staten selskapet er hjemmehørende i beskatter virksomhetsinntekt ved opptjening, mens den staten aksjonæren er hjemmehørende i beskatter opptjent virksomhetsinntekt ved utdeling til aksjonæren som utbytte. At slik beskatning kan foretas i de respektive stater fremgår uttrykkelig av Mønsteravtalen. Mønsteravtalen gir i artikkel 7 den staten selskapet er hjemmehørende i beskatningsretten til overskudd, og gjennom artikkel 10 gis aksjonærens bostedsstat (hoved-)beskatningsretten til utdelte utbytter.

4.4 Skatteavtalene og NOKUS-beskatning

Ved gjennomføring av NOKUS-beskatning, blir aksjonæren løpende beskattet for virksomhetens inntekt på sin hånd. Prinsippet om at skatteavtalene som utgangspunkt bare beskytter mot juridisk dobbeltbeskatning, innebærer at det som utgangspunkt ikke synes å være noe formelt i veien for en slik beskatning på aksjonærens hånd.

Fremgangsmåten reiser imidlertid spørsmål om hvor langt en stat kan gå i å endre på den fordelingen av beskatningsretten til virksomhetsinntekter som avtalene legger opp til (dvs. beskatning av selskapsoverskudd i den staten selskapet er hjemmehørende og beskatning av utdelt utbytte og aksjegevinster i den staten aksjonæren er hjemmehørende.)

Utgangspunktet her må være at skatteavtalepartene må respektere den fordelingen av beskatningsretten som er foretatt ved inngåelse av skatteavtalen. Det må imidlertid kunne sies å være forholdsvis bred internasjonal enighet mellom OECD-medlemmene om at det i enkelte tilfeller kan være legitimt å se bort fra det overordnede systemet for fordelingen av beskatningsretten som det er lagt opp til i skatteavtalene. Spørsmålet er imidlertid hyppig diskutert internasjonalt og løsningene er omstridte.

Det er i den senere tid avsagt to dommer med forskjellig resultat i saker om forholdet mellom nasjonale CFC-regler og forpliktelser nedfelt i skatteavtaler. Frankrikes høyeste instans i skattesaker, Conseil d'Etat, la i en dom av 28. juni 2002 til grunn at skatteavtalen mellom Frankrike og Sveits var til hinder for at franske CFC-regler kunne anvendes i forhold til Sveits. Høgsta Forvaltningsdomstolen i Finland kom imidlertid i en avgjørelse fra 20. mars 2002 til motsatt resultat i en sak som gjaldt anvendelse av finsk CFC-lovgivning overfor et selskap (koordinasjonssenter) etablert i Belgia.

Hensynet til å forebygge såkalt skadelig skattekonkurransen er ofte trukket fram som en legitim grunn for å fravike skatteavtalenes fordelingsystem. I slike tilfeller anses CFC-beskatning som et tjenlig virkemiddel.

NOKUS-beskatning kan i dette perspektiv anses som en form for "gjennomskjæringsligning" som kun kan benyttes dersom det er sterke hensyn som taler for dette. Det vises i denne forbindelse til Stig Sollund i *Skatterett 2001* s. 199, hvor det heter:

”... Derimot vil Norges manglende rett til å skattlegge inntekten løpende skyldes det fundamentale forhold at inntektsoptjeningen skjer hos et skattesubjekt hjemmehørende i den andre staten, og det følger av de grunnleggende skatteavtalerregler at disse skal kunne skattlegges i selskapets hjemstat med mindre selskapet utøver virksomhet gjennom et fast driftssted i Norge. Norges ”rett” til å skattlegge løpende ikke utdelt overskudd når inntektsoptjeningen er av hovedsakelig passiv karakter, skyldes ikke avtalens positive regulering av disse forhold. Resultatet bygger snarere på en kompromisspreget gjennomskjæringsfortolkning, der beskyttelseslovgivning i aksjonærens hjemstat innrømmes et visst begrenset gjennomslag i forhold til hva som ellers følger av skatteavtalen.”

I denne forbindelse blir skillet mellom aktive og passive inntekter sentralt. Normalt vil det være slik at jo mer passiv en inntekt er, desto mindre tilhørighet har den til det aktuelle land, og jo lettere er det å flytte inntektene/virksomheten til et annet land. På denne bakgrunn er det mindre betenkelig å fravike skatteavtalens system og foreta NOKUS-beskatning av passive inntekter.

Dersom inntekten er et utslag av reell næringsvirksomhet i den aktuelle stat, er imidlertid betenkelighetene langt større. For stedbundne virksomheter, slik som f.eks. oppdrettsnæring eller gruvedrift, vil skattenivået kunne være avgjørende for avkastningen og dermed interessen for prosjektet. Virksomheten vil imidlertid være direkte knyttet til den aktuelle stat og de ressurser (naturforekomster og/eller naturgitte betingelser) som foreligger der. For andre virksomheter vil ikke virksomheten være like prisgitt slike forhold. Forhold som infrastruktur, lønnsnivå osv. vil imidlertid kunne være avgjørende. Etablering vil også innebære tilknytning til staten ikke bare formelt, men gjennom opparbeidelse av et kontor/virksomhet med ansatte osv. Skattenivået vil i et slikt tilfelle være én av flere betingelser som må vurderes.

Dersom det skal foretas gjennomskjæring av en disposisjon etter norsk internrett, oppstilles det bl.a. krav om at disposisjonen er hovedsakelig skattemessig motivert. Tilsvarende synes det nærliggende å kreve at opprettelsen av det utenlandske selskap har vært hovedsakelig skattemessig motivert for at det skal være grunnlag for/ønskelig å fravike det system man har for fastsettelse/fordeling av inntekten gjennom skatteavtalen. For virksomheter som ikke kan anses å oppebære passive inntekter vil det normalt foreligge så vidt sterke bedriftsøkonomiske grunner for etableringen, som f.eks. lavere produksjonskostnader (herunder lønnsnivå mv.), at det ikke kan sies at etableringen er hovedsakelig skattemessig motivert.

Hvor ”aktiv” inntekten til en virksomhet kan anses for å være vil kunne ha betydning. Som nevnt ovenfor vil virksomhet i form av å leie ut driftsmidler eller andre objekter uten at det forutsetter aktivitet av betydning, i henhold til lovforarbeidene kunne anses som passiv. Enkelte virksomheter er mer knyttet til forvaltning av (store) kapitalobjekter, hvor spørsmål knyttet til om det er utøvet tilstrekkelig aktivitet lettere oppstår, enn andre. Skipsfart er her i en mellomstilling, idet skipsfartsinntekter kan bestå i alt fra langsiktige leieinntekter fra bare-boat utleie på den ene siden, til aktiv rederivirksomhet på den andre. At hvert enkelt kapitalobjekt er stort og derfor relativt sett nødvendigvis mindre aktivitet enn forvaltning av mange mindre objekter, kan

nepe i seg selv være avgjørende for om NOKUS-beskatning skal kunne gjennomføres basert på en gjennomskjæringsbetraktning. Det vises i denne forbindelse til lovforarbeidens uttalelse om at en aktiv styringsfunksjon er tilstrekkelig for at et eierselskap eller holdingselskap ikke skal omfattes av NOKUS-reglene når det foreligger skatteavtale med det landet hvor selskapet er hjemmehørende.

Til grunn for någjeldende NOKUS-regler ligger det et prinsipielt standpunkt om at NOKUS-beskatning av aktive inntekter fra skatteavtaleland er for inngripende i forhold til skatteavtalen og fordelingen av beskatningsretten til virksomhetsinntekter i denne. Finansdepartementet har vurdert det slik at selskaper med aktive inntekter beliggende i skatteavtaleland har krav på den beskyttelsen som skatteavtalen gir, selv om virksomheten blir ansett for å være utøvet i et lavskatteland.

Også Rederiskatteutvalget legger til grunn at det vil være skranker for hvor vidtrekkende NOKUS-reglene kan være på dette området. Utvalget uttaler at:

”Utvalgets flertall legger til grunn at skatteavtaler som bygger på OECDs mønsterskatteavtale oppstiller visse skranker for hvor vidtrekkende en nasjonal CFC-lovgivning kan være uten å komme i konflikt med avtalens prinsipper, når det ikke er tatt forbehold ved avtaleinngåelsen. Etter flertallets syn er det viktig at NOKUS-lovgivningen ikke utformes eller anvendes på en slik måte at det kan reises berettigede innvendinger om lovligheten i forhold til skatteavtalen. Flertalet stiller seg imidlertid tvilende til at det av denne grunn er nødvendig å avgrense reglenes virkeområde overfor selskap mv. som er etablert i land Norge har skatteavtale med, til enheter som hovedsakelig har inntekter av passiv karakter, jf. skatteloven § 10-64. Etter uvalgets syn kan skatteavtalene ikke innebære noe entydig forbud mot anvendelse av NOKUS-lovgivning overfor selskaper mv. med aktiv virksomhet, hvis andre sider ved skatteregimet i lokaliseringsstaten gir Norge legitime grunner til å anvende et nasjonalt beskyttelsestiltak som NOKUS-lovgivning.”

Rederiskatteutvalget erkjenner dermed at skatteavtalene vil utgjøre en skranke for utvidelse av NOKUS-reglene. Utvalget synes imidlertid å være uenig med departementet i hvor denne skranken går.

4.5 Særlig om NOKUS-beskatning av aktive inntekter generelt og skipsfartsinntekter spesielt

Utvidelse av NOKUS-reglene til også å gjelde aktive inntekter fra skipsfartsvirksomhet, reiser på bakgrunn av aktivitetens art særlige spørsmål.

Spørsmålet om NOKUS-beskatning er forenlig med skatteavtalene kommer særlig på spissen dersom reglene benyttes overfor selskap som driver rederivirksomhet og beskattes på lik linje med andre rederiselskaper i det landet selskapet er etablert. Det vises til at det med skadelig skattekonkurrans normal siktes til ordninger der den aktuelle staten søker å trekke til seg utenlandske selskaper og/eller personer ved å innrømme disse særskilte skatteprivilegier, uten at privilegiene er ment å kunne

utnyttes av innlendinger. Særskilte skatteordninger for skipsfart vil imidlertid ofte også være åpne for innlendinger. Dette er eksempelvis tilfelle for de europeiske tonnasje-skatteordningene.

Da NOKUS-reglene ble innført i 1992 ble det som nevnt ovenfor lagt til grunn at det som utgangspunkt ikke kan foretas NOKUS beskatning dersom selskapet driver aktiv virksomhet og er omfattet av skatteavtalen med det aktuelle land. Dette fremgår av forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 16 (1991-92), hvor det på s. 76 heter:

”En generell regel om løpende norsk beskatning av overskudd i utenlandske selskaper hjemmehørende i lavskatteland, vil antakelig ikke kunne anvendes overfor deltakere i de fleste selskaper hjemmehørende i stater Norge har inngått skatteavtale med. Norge har skatteavtale med et stort antall land, også enkelte land med gunstige skatteregler generelt eller for visse typer virksomhet. Det er ikke alltid tatt spesielle forbehold i avtalene for å begrense avtalefordelene for lavt beskattede inntektstyper. ...”

Videre heter det på s. 83:

”Som nevnt ovenfor vil adgangen til å beskatte deltakere løpende i norsk-kontrollerte utenlandske selskaper være begrenset overfor stater Norge har inngått skatteavtale med. Det er antatt at deltakeren som hovedregel bare kan beskattes løpende for selskapets inntekter når disse hovedsaklig er av finansiell eller annen passiv karakter, dersom beskatningen av det utenlandske selskap etter avtalen utelukkende skal kunne foretas av den annen stat.”

Etter Rederiskatteutvalgets syn har det skjedd en utvikling på området som åpner for å gi NOKUS-reglene et videre anvendelsesområde. Utvalget viser i denne forbindelse til endringer i kommentar 26 til artikkel 1 i Mønsteravtalen. Utvalget peker på at OECDs Skattekomité ved 2003-revisjonen av kommentarene til Mønsteravtalen unnlot å videreføre den tidligere formulering i kommentar 26 til artikkel 1, der en uttrykkelig hadde frarådet å anvende CFC-lovgivning overfor virksomhet av aktiv karakter og som har en klar økonomisk forankring i den annen stat.

Hvor mye vekt som skal legges på endringen i kommentar 26 til artikkel 1 er imidlertid diskutabelt. Vi viser til at kommentar 26 står under deloverskriften – “Provisions which are aimed at preferential regimes introduced after the signature of the convention”. (vår understrekning)

Med hensyn til særskilt gunstige skatteordninger som er i kraft ved inngåelse av skatteavtalen, er det i kommentarene under overskriftene ”Provisions which are aimed at entities benefiting from preferential tax regimes” lagt opp til enten å ta inn bestemmelser i avtalen som utelukker bestemte typer av selskaper fra avtalebeskyttelse (eventuelt innskrenker slike selskapers rettigheter etter avtalen) eller å innta bestemmelser som på mer generelt grunnlag unntar fra avtalebeskyttelse selskaper undergitt særskilt gunstige skatteregimer som kun gjelder for utlendinger. Under overskriften ”Provisions which are aimed at particular types of income” er det foreslått

å innta særskilte bestemmelser som utelukker bestemte inntektsarter fra skatteavtalebeskyttelse.

Felles for alle disse kommentarene er at de legger opp til en positiv regulering av forholdet i skatteavtalen.

Det er også et naturlig utgangspunkt, og uttrykk for god kontraktsskikk, at kjente forhold som kan skape vanskeligheter ved fortolkning av avtalen avklares ved inngåelse. At dette ikke på samme måte er mulig overfor regimer som ikke er innført enda, ligger i sakens natur.

I henhold til kommentar 23 til artikkel 1 er ikke avtalens bestemmelser til hinder for at det innføres CFC-lovgivning overfor nye gunstige skatteordninger i den annen stat, uten slik positiv regulering av forholdet som angitt ovenfor, jf. også denne kommentarens plassering under overskriften "Provisions which are aimed at preferential regimes introduced after the signature of the convention".

Endring av NOKUS-reglene til også å omfatte aktive inntekter fra skipsfartsvirksomhet, vil i stor grad ramme selskaper innenfor skatteordninger som allerede var etablert eller som hadde sin opprinnelse fra før den aktuelle skatteavtalen ble inngått. Å forsvare NOKUS-beskatning i slike tilfeller ut fra kommentarer til regler inntatt under overskriften "*Provisions which are aimed at preferential regimes introduced after the signature of the convention*", synes høyst diskutabelt.

Det vises også til at de fleste lands CFC-regimer ikke omfatter aktive inntekter, jf. gjennomgangen nedenfor under punkt 3.6 og Rederiskatteutvalgets redegjørelse for dette på side 147, hvorfra det siteres:

"Det er stor variasjon i utformingen av de forskjellige elementene i CFC-ordningene. Et felles trekk ved ordningene i de fleste land er imidlertid at de er rettet inn mot inntekter av nærmere definerte typer, navnlig inntekter av passiv karakter og/eller inntekter fra såkalte basisselskaper (jf. avsnitt 8.3.4 nedenfor)."

Utvidelse av NOKUS-reglene til også å omfatte aktive inntekter, vil dermed medføre at man går lenger i å beskatte inntekter opptjent gjennom det utenlandskontrollerte selskapet enn det som er vanlig i andre land. Dersom NOKUS-reglenes anvendelsesområde utvides ut over det som er vanlig i andre land, betyr det at man ikke kan benytte det argument at også andre land har slik lovgivning for å forsvare utvidelsen. Det bemerkes også at når kommentar 23 til artikkel 1 bruker som argument for CFC-reglers anvendbarhet i skatteavtaletilfeller at en rekke stater har CFC-regler, og at slike regler nå anses som et legitimt instrument for å beskytte landenes skattegrunnlag, kan argumentet ikke rekke lenger enn innholdet av de enkelte lands CFC-regler tilsier. Det innebærer at det skatteavtalestatene i det alt vesentlige har funnet det legitimt å motvirke gjennom CFC-regler, er opptjening av passive inntekter i utenlandskontrollerte selskaper.

Selv om man skulle komme til at OECD-kommentarene fra 2003 medfører at CFC-beskatning som utgangspunkt kan omfatte aktive inntekter, så er det ikke opplagt at dette skal gjelde uten unntak. Det vises til at flere land har reservert seg mot de nevnte kommentarene fra OECD. Dette gjelder Nederland, Sveits, Belgia, Irland og Luxembourg. Det kan særlig reises spørsmål om hvordan Norges skatteavtaler med disse landene skal forstås i forhold til NOKUS-beskatning (alle disse landene bortsett fra Sveits har innført gunstige tonnasjeskatteordninger). Dessuten er det spørsmål om hvilken vekt OECD-kommentarene skal tillegges i forhold til skatteavtaleland (herunder Singapore) som ikke er medlem av OECD.

Utvalget viser også til at innføring av fritaksmetoden innebærer at NOKUS-reglene kan tillegges et annet beskyttelsesformål enn det som ellers har vært vanlig for CFC-regimer. Det fremheves at NOKUS-beskatning kan hindre at utbytte som ikke er undergitt beskatning i utlandet (her er det nok det at det underliggende selskapsoverskudd ikke har vært utsatt for beskatning de har hatt i tankene) blir tatt hjem skattefritt etter fritaksmetoden.

Til dette bemerkes at beskyttelsesbehovet ikke er tilstede for lavskatteland utenfor EØS, da fritaksmetoden ikke gjelder for utbytte fra slike land. I disse tilfeller vil utbyttet være skattepliktig etter norsk internrett. Det er på denne bakgrunn vanskelig å se at selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS skal måtte tåle en innskrenkende fortolkning av skatteavtalen ut fra beskyttelseshensyn som ikke er relevante for dem. For å oppfylle det påberopte beskyttelsesbehovet hadde det vært tilstrekkelig å kun gi NOKUS-reglene utvidet anvendelsesområde overfor aktive inntekter innenfor EØS. Forholdet til EØS-retten er drøftet nedenfor i kapittel 4.

4.6 Utforming av CFC-regler i andre land i forhold til aktive inntekter generelt og skipsfartsinntekter spesielt

Vi skal nedenfor kort se på hvordan CFC-reglene er utformet med hensyn til aktive inntekter generelt og skipsfartsinntekter spesielt i seks andre land som det er naturlig å sammenligne med, nærmere bestemt Sverige, Danmark, Finland, Storbritannia, Frankrike og Tyskland.

- I *Sverige* er alle land som står på en "hviteliste" unntatt fra CFC-beskatning. En rekke land er oppført på listen, herunder alle europeiske land. For enkelte av landene er det imidlertid gjort unntak for særskilt angitte inntekter som typisk er av passiv art. Skipsfartsvirksomhet er uttrykkelig unntatt fra CFC-beskatning. Det er også foreslått å innføre tonnasjebeskatning for skipsfartsinntekter i Sverige.
- I *Danmark* er CFC-reglene begrenset til å gjelde inntekter av finansiell karakter. Skipsfartsvirksomhet omfattes derfor, i likhet med annen aktiv virksomhet, normalt ikke av CFC-reglene. Det er ikke særskilte unntak fra CFC-reglene for (passiv inntekt fra) skipsfartsvirksomhet. Danmark har siden 2001 (vedtatt i 2002 med tilbakevirkende kraft) hatt et tonnasjeskatte-system for skipsfart.

- I *Finland* omfattes ikke aktiv virksomhet som industriell produksjon og lignende, eller salgs- og markedsføringsaktivitet som er utøvet i den staten selskapet er hjemmehørende, av CFC-reglene. Skipsfartsvirksomhet omfattes under enhver omstendighet ikke av CFC-reglene, ved at det er gjort et eksplisitt unntak for slik virksomhet i reglene. Finland har innført tonnasjebeskatning for skipsfartsinntekter.
- I *Storbritannia* er selskaper som oppbærer sine inntekter fra reell forretningsvirksomhet med uavhengige parter unntatt fra reglene, herunder skipsfartsinntekter. Inntekter fra investeringsvirksomhet undergis CFC-beskatning. Storbritannia har også egne regler som medfører at inntekt opp-tjent i utlandet er unntatt fra beskatning for personer som ikke anses som "domiciled". Det er ikke særskilte regler for skipsfartsvirksomhet. Storbritannia har innført tonnasjebeskatning for skipsfartsinntekter.
- I *Frankrike* omfattes ikke aktive inntekter av CFC-reglene. Det er ikke særskilte unntak fra CFC-reglene for skipsfartsvirksomhet. Frankrike har innført tonnasjebeskatning.
- I *Tyskland* omfattes ikke aktive inntekter av CFC-reglene. Det er ikke særskilte unntak fra CFC-reglene for skipsfartsvirksomhet. Tyskland har innført tonnasjebeskatning for skipsfartsinntekter.

At de seks landene som behandlet ovenfor har funnet det nødvendig å innskrenke rekkevidden av CFC-reglene generelt overfor inntekter av aktiv karakter³, og for to av landene også overfor skipsfartsinntekter spesielt, er prinsipielt av stor interesse og et klart argument mot utvidelse av NOKUS-reglene.

Argumentene svekkes imidlertid noe av at de land det er sammenlignet med, alle har tonnasjeskatteordninger. CFC-beskatning av skipsfartsinntekter synes særlig problematisk for land som har tonnasjeskattesystemer, ettersom de beskyttelses-hensynene som ligger bak CFC-lovgivning normalt ikke vil være tilstede i slike tilfeller. Det kan også være tvilsomt om CFCs skipsfartsinntekter kan anses for å være lavt beskattet, når deltakernes bostedsstat selv har et gunstig skatteregime for selskaper med slike inntekter. CFC-beskatning av skipsfartsinntekter vil derfor i et slikt tilfelle ikke være like nærliggende som etter det norske forslaget, der beskatningen av skipsfartsinntekter samtidig foreslås skjerpet.

4.7 Oppsummering

Hovedprinsippet i skatteavtalene er at virksomhetsinntekter skal beskattes i den staten selskapet er hjemmehørende, med mindre selskapet driver virksomhet i en annen stat

³ I Sverige omfattes, som gjennomgangen viser, også aktive inntekter som utgangspunkt for CFC-reglene. Den omfattende "hviteliste", som helt unntar en rekke land fra CFC-beskatning, samt for andre land unntar inntekter som ikke kan anses å være av "passiv" karakter, innebærer at Sverige i praksis ikke kan sies å beskatte inntekter av "aktiv" karakter.

gjennom et fast driftssted der. For inntekter fra skip i internasjonal fart fremgår det normalt uttrykkelig av Norges skatteavtaler at disse bare skal beskattes i den staten selskapet er hjemmehørende.

NOKUS-beskatning på deltakernes hender kan ikke anses å være i samsvar med skatteavtalenes prinsipp for fordeling av virksomhetsinntekter. Det må derfor foreligge særlige hensyn dersom slik beskatning skal kunne gjennomføres. Jo mer aktivitet det knytter seg til en virksomhet, desto mer må det til for at slike hensyn kan få gjennomslag. Det vises i denne forbindelse til at de fleste stater har valgt å ikke la sin CFC-lovgivning omfatte aktive inntekter. At inntekter fra skip i internasjonal fart uttrykkelig er lagt til den staten selskapet er hjemmehørende i, taler også mot å fravike avtalens fordelingsystem på dette punkt.

De henvisninger som Rederiskatteutvalget har gitt til OECD-kommentarene og endringer i disse, er på grunn av kommentarenes systematiske plassering av diskutabel vekt. Det vises til at de kommentarene som Rederiskatteutvalget legger størst vekt på, er plassert under overskriften ”Provisions which are aimed at preferential regimes introduced after the signature of the convention” (vår understrekning).

Det kan foreligge særskilte forhold knyttet til skatteavtalen med enkelte land som innebærer restriksjoner i forhold til å utvide NOKUS-reglene til også å omfatte aktive inntekter. Slike forhold foreligger i tilknytning til skatteavtalene med Nederland, Sveits, Belgia, Irland og Luxembourg som alle har reservert seg mot ovennevnte kommentarer fra OECD.

Når Rederiskatteutvalget viser til fritaksmetoden som en begrunnelse for utvidelse av NOKUS-reglene, tilsier dette kun en utvidelse med virkning for investeringer innenfor EØS (som kan være problematiske i forhold til EØS-avtalen, jf. punkt 4). Bakgrunnen er at fritaksmetoden ikke er gitt virkning for inntekt på investeringer i lavskatteland hjemmehørende utenfor EØS. Forslaget om å utvide NOKUS-reglene også med virkning for investeringer utenfor EØS går således lengre enn begrunnelsen tilsier.

5 Forholdet mellom NOKUS-reglene og EØS-avtalen

5.1 Innledning

NOKUS-reglene gjelder per i dag også ved etablering av selskap innenfor EØS-området. Riktignok er ingen av EØS-landene tatt inn på Skattedirektoratets såkalte ”svarteliste”, men samtidig er heller ingen av landene inntatt på ”hvitelisten”, se Skattedirektoratets forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven §§ 10-63-1 til 10-63-3. Det betyr at spørsmålet om et EØS-land skal anses som et lavskatteland, må vurderes med utgangspunktet i den alminnelige definisjonen i skatteloven § 10-63 om at land hvor den samlede inntektsskatt på et selskaps overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatt selskapet ville ha blitt ilignet i Norge, skal regnes som lavskatteland.

Konsekvensen blir dermed at selskap etablert i et lavskatteland innen EØS i utgangspunktet vil kunne bli underlagt NOKUS-beskatning, dersom selskapet er under norsk kontroll og de øvrige vilkårene for NOKUS-beskatning i skatteloven §§ 10-60 flg. er oppfylt. NOKUS-beskatning vil således kunne være aktuelt ved etablering av selskap i f.eks. Irland hvor bedriftskattesatsen er 12,5 prosent eller på Kypros hvor bedriftskattesatsen er 10 prosent. Et særlig spørsmål oppstår dersom den norske tonnasjeskatteordningen oppheves i tråd Rederiskatteutvalgets forslag, og norske rederier etablerer seg i europeiske tonnasjeskatteordninger med norsk eierskap. Også i dette tilfellet vil vilkårene for NOKUS-beskatning i utgangspunktet være oppfylt.

Det kan imidlertid reises spørsmål ved om NOKUS-beskatning av norske aksjonærer i selskaper hjemmehørende innenfor EØS-området er forenlig med EØS-avtalen. Dette er temaet i det følgende. Vi vil i første rekke behandle forholdet mellom NOKUS-beskatning og EØS-avtalen på generelt grunnlag. Særlige forhold som gjelder NOKUS-beskatning av europeiske tonnasjebeskattede selskaper, blir kommentert under avsnitt 4.5.6 om hensynet til å unngå skadelig skattekonkurrans og i oppsummeringen under avsnitt 4.6.

Forholdet mellom EF-traktatens (og EØS-avtalens) fire friheter og nasjonale europeiske CFC-regler har fått økt interesse i den senere tid. Enkelte juridiske forfattere har konkludert med at slike CFC-regler ikke kan anses for å være i overensstemmelse med EF-traktaten/EØS-avtalen. Spørsmålet har foreløpig ikke fått sin avklaring verken av EF-domstolen eller EFTA-domstolen, men spørsmålet er nå forelagt EF-domstolen i Cadbury Schweppes-saken.⁴

5.2 Nærmere om Cadbury Schweppes-saken

I Cadbury Schweppes-saken er EF-domstolen blir forelagt spørsmål om de britiske CFC-reglene er forenlige med EU-traktatens fire friheter. Skattyter i den konkrete saken er det britiske selskapet Cadbury Schweppes plc som har to indirekte heleide datterselskaper hjemmehørende i Irland. Det ene datterselskapet gikk med overskudd i inntektsåret 1996. Som følge av at overskuddet i det irske datterselskapet ble beskattet med kun 10 prosent (etter en særskilt incentivordning), ble det britiske morselskapet for dette året CFC-beskattet for overskuddet i datterselskapet.

Slik de britiske CFC-reglene var utformet i 1996, ble britisk selskap underlagt CFC-beskatning dersom det eide minst 50 prosent av et selskap hjemmehørende i lavskatteland. Lavskatteland var definert som land hvor selskapet var underlagt en skattebelastning som var mindre enn $\frac{3}{4}$ av den skatten selskapet ville ha vært ilignet om det hadde vært hjemmehørende i Storbritannia. Det var imidlertid flere unntak fra reglene om CFC-beskatning. Et viktig unntak var at inntekter opptjent av det utenlandske selskapet ikke ville bli gjenstand for CFC-beskatning dersom selskapet oppfylte den såkalte "the motive test". Testen gikk i korthet ut på at CFC-beskatning var avskåret dersom det britiske selskapet kunne bevise at:

⁴ Sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*

- hovedformålet med opprettelsen av det utenlandske selskapet ikke var å unngå britisk beskatning, og at
- morselskapets transaksjoner med datterselskapet ikke hovedsakelig var skattemessig begrunnet

Denne unntaksregelen gav således de britiske myndighetene adgang til å vurdere om CFC-beskatning i det enkelte tilfellet var i tråd med formålet med CFC-reglene om å forhindre omgåelse av britisk beskatning.

Den 2. mai 2006 avga Generaladvokaten sin innstilling i saken. Generaladvokaten la innledningsvis til grunn at det å etablere et selskap i et annet EU-land for å utnytte gunstige skatteregler i dette landet, ikke i seg selv utgjør misbruk av etableringsfriheten. Generaladvokaten la deretter til grunn at de britiske CFC-reglene innebar en restriksjon på etableringsfriheten. Ifølge Generaladvokaten kunne en slik restriksjon bare godtas dersom etableringen av det utenlandske selskapet kunne anses som et utelukkende kunstig arrangement ("wholly artificial arrangements intended to circumvent national law"). Generaladvokatens nærmere vurderinger vil bli behandlet løpende i fremstillingen nedenfor.

5.3 Generelt om EØS-avtalens regler om fri kapitalbevegelse og fri etableringsrett

Det er særlig EØS-avtalens regler om fri kapitalbevegelse og fri etableringsrett, som er av interesse ved vurdering av NOKUS-reglens forenlighet med EØS-avtalen. Et første spørsmål er om utfallet av vurderingen vil avhenge av hvilken av disse to frihetene NOKUS-reglene vurderes opp mot. Dette vurderes nedenfor.

Grenseoverskridende investeringer vil i utgangspunktet klassifiseres som en *kapitalbevegelse* som reguleres av EØS-avtalen del III, kapittel 4. Hovedbestemmelsen om frie kapitalbevegelser i EØS-avtalen art. 40 lyder som følger:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel."

Vedlegg XII viser til det såkalte kapitalliberaliseringsdirektivet⁵.

Erverv av en tilstrekkelig andel av aksjene i et utenlandsk selskap kan imidlertid også innebære en *etablering* som omfattes av reglene om etableringsfriheten i EØS-avtalen art. 31 flg:

⁵ Rådsdirektiv 88/361 EØF.

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

Etableringsretten gjelder alle faser av den økonomiske aktivitet, dvs. oppstartsfasen, utøvelsesfasen og en eventuell avslutningsfase.

EØS-avtalen art. 34 fastslår at etableringsfriheten skal gjelde for selskaper for så vidt de er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av medlemsstatene, og selskapet i tillegg har sitt sete, hovedkontor eller annen tilsvarende tilknytning til denne medlemsstaten.

Den nærmere grensen mellom anvendelsesområdet for reglene om henholdsvis kapitalbevegelser og etableringsrett er ikke fullt avklart. Verken EØS-avtalen eller EF-traktaten angir hvor stor en aksjepost må være for at ervervet skal innebære en etablering i den annen stat. Spørsmålet er imidlertid behandlet av EF-domstolen. I henhold til EF-domstolens avgjørelser er det avgjørende kriterium hvorvidt rettssubjektet har til hensikt å erverve eller eie en så stor andel av selskapsandelene at vedkommende kontrollerer selskapet. Nærmere bestemt har EF-domstolen antatt at avgjørelsen vil være om rettighetssubjektets selskapsandeler gir vedkommende innflytelse på beslutningene i selskapet slik at det kan treffe avgjørelse om selskapets drift⁶. Formodentlig vil det være avgjørende om rettssubjektet har flertall av stemmene på selskapets generalforsamling eller et tilsvarende selskapsorgan⁷.

Ved vurdering av forholdet mellom NOKUS-reglene og EØS-avtalen vil dermed både retten til fri kapitalbevegelse og etableringsrett være aktuelle, avhengig av størrelsen på aksjeposten i den konkrete sak. Det er imidlertid viktig å være klar over at EF- og EFTA-domstolens vurdering av om en nasjonal foranstaltning er diskriminerende eller innebærer en restriksjon, i liten grad vil påvirkes av hvilken av frihetene som kommer til anvendelse.⁸ Dette betyr at NOKUS-reglene både kan vurderes i lys av etableringsretten og fri kapitalbevegelse, uten at dette i utgangspunktet vil ha avgjørende betydning for utfallet. Videre betyr det at også avgjørelser som EF-domstolen har avsagt på området for fri bevegelse av arbeid og tjenester, vil kunne kaste lys over spørsmålet om NOKUS-reglene er i overensstemmelse med EØS-avtalen.

I det følgende vil NOKUS-reglene bli vurdert opp mot EØS-avtalens krav til fri etableringsrett, ettersom dette synes å være det vanligste innfallsvinkelen i juridisk teori. Vi antar dessuten at dette vil være den mest praktiske innfallsvinkelen i forhold til eventuelle norske rederier som flytter til lavskatteregimer innenfor EØS-området.

⁶ C- 208/00, *Überseering* og C 436/00, *X og Y mot Riksskatteverket*

⁷ Se Andreas Bullen i ”EU, EØS og skatt” side 53-54.

⁸ Se Andreas Bullen I ”EU, EØS og skatt” s. 63

Ved vurderingen av NOKUS-reglens forenlighet med kravet til fri etableringsrett, er det to hovedspørsmål som må besvares:

- (1) Innebærer NOKUS-reglene en forskjellsbehandling eller restriksjon på etableringsretten?
- (2) Hvis ja; Foreligger det tvingende allmenne hensyn som gjør at forskjellsbehandlingen eller restriksjonen likevel er forenlig med etableringsretten?

Disse spørsmålene behandles nærmere nedenfor i henholdsvis punkt 5.4 og 5.5.

5.4 Innebærer NOKUS-reglene en restriksjon/forskjellsbehandling på etableringsretten?

5.4.1 Innledning

Bestemmelsene i EØS-avtalen art. 31 gjelder både for etablering av virksomhet i et annet EØS-land og den etterfølgende utøvelse av virksomheten over tid. Videre omfatter reglene både såkalt primær- og sekundæretablering. Primæretablering innebærer at et selskap i én EØS-stat flytter sin hovedvirksomhet til en annen stat. Sekundæretablering innebærer etablering av filialer og datterselskaper innenfor EØS-området.

EØS-avtalen art. 31 gir rettigheter både mot hjemstaten og vertsstaten. At etableringsretten i tillegg til nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling i *vertsstaten* også forbyr *hjemstaten* å hindre et selskap i å etablere seg i en annen stat, ble fastslått allerede i *Daily Mail*-dommen⁹.

I den foreliggende situasjon vil det være rettighetene mot Norge som *hjemstat* for norske selskapsaksjonærer som etablerer hele eller deler av sin virksomhet gjennom et aksjeselskap innenfor et annet EØS-land (vertsstaten) som skal vurderes.

5.4.2 Forholdet mellom "diskriminering" og "restriksjon"

EF-domstolen og EFTA-domstolen skiller mellom forskjellsbehandling/diskriminering og restriksjon. EF-domstolen har definert diskriminering som forskjellsbehandling av ulike situasjoner (og som likebehandling av forskjellige situasjoner). Kjentetegnet ved restriksjoner er derimot at de kan "hindre", "avholde" eller "avskrekke"¹⁰ rettighetssubjektet fra å benytte seg av sin rett til fri bevelighet.

Det er imidlertid viktig å være klar over at det ofte vil være en sammenheng mellom en foranstaltning diskriminerende eller restriktive effekt, nærmere bestemt slik at restriksjonen forårsakes av diskrimineringen.¹¹ Denne nære sammenheng mellom

⁹ Sak C-81/87, *Daily Mail*

¹⁰ Se f.eks. C 35/98, *Verkoijen*, premiss 34 og 35

¹¹ Se Andreas Bullen i "EU, EØS og skatt" side 169.

begrepene er også lagt til grunn av EF-domstolen. I *Saint Gobain*¹² uttalte bla. domstolen:

”The difference in treatment to which branches of non-resident companies are subject in comparison with resident companies as well as the restriction of the freedom to choose the form of secondary establishment must be regarded as constituting a single composite infringement of Articles 52 and 58 of the Treaty“

Begrepet ”restriksjon” er derfor reelt sett et overbegrep som normalt benyttes for å betegne effekten av en eller annen form for åpen eller skjult forskjellsbehandling, enten på grunn av nasjonalitet eller andre kriterier.

EF-domstolen har imidlertid på nærmere vilkår åpnet for at også visse restriksjoner som verken innebærer åpen eller skjult forskjellsbehandling, kan være i strid med de fire friheter.¹³ Dette gjelder nærmere bestemt ikke-diskriminerende restriksjoner som hindrer utøveren av en økonomisk aktivitet i å få *adgang* til markedet i en EØS-stat. Slike typer restriksjoner kan imidlertid vanskelig tenkes innenfor området for direkte beskatning. EF-domstolen har dessuten lagt til grunn at ikke-diskriminerende ulemper som skyldes forskjeller mellom medlemsstatenes skattesystemer ikke i seg selv kan anses som et inngrep i de grunnleggende friheter.¹⁴

På denne bakgrunn må det ved vurderingen av om NOKUS-reglene er i overensstemmelse med EØS-avtalen, vurderes om NOKUS-reglene kan sies å innebære (åpen eller) skjult diskriminering av grenseoverskridende aktivitet.

5.4.3 Nærmere om NOKUS-reglene innebærer diskriminering/restriksjon

Vurderingstemaet er etter dette om en norsk aksjonær/investor vil bli beskattet mindre gunstig dersom han erverver aksjer i et utenlandsk NOKUS-selskap i stedet for å erverve aksjer i et tilsvarende norsk selskap. Hvis det er tilfellet, vil det etter EF-domstolens begrepsbruk foreligge en forskjellsbehandling som kan avskrekke eller avholde aksjonæren fra å erverve aksjer i det utenlandske selskapet.

Et sentralt spørsmål i denne sammenheng er om man skal vurdere spørsmålet utelukkende fra aksjonærens ståsted, eller om man skal se beskatningen av aksjonæren og (NOKUS-)selskapet samlet.

Dersom man utelukkende vurderer spørsmålet fra aksjonærens ståsted, vil man lett komme til at det foreligger en forskjellsbehandling; Som aksjonær i et NOKUS-selskap vil man bli løpende skattepliktig for sin andel av overskuddet i selskapet. Som aksjonær i et tilsvarende norsk selskap vil man derimot enten være helt fritatt fra beskatning (fritaksmetoden) eller først bli beskattet ved utdeling av utbytte eller realisasjon av aksjen (aksjonærmodellen).

¹² Se C-307/97, *Saint-Gobain*, premiss 43

¹³ Den grunnleggende sak på dette området er de forente sakene C-267/91 og C-268/91, *Keck*

¹⁴ Se C-336/96, *Gilly*

Ser man imidlertid på beskatningen av aksjonæren og selskapet under ett, blir spørsmålet mer komplisert. Det kan under en slik synsvinkel hevdes at NOKUS-beskatningen bidrar til skattemessig likebehandling av aksjeinvesteringer i Norge og i utenlandske lavskatteland (såkalt kapitaleksportnøytralitet). I så fall kan det hevdes at det ikke foreligger en forskjellsbehandling mellom investeringene som kan avskrekke aksjonærene/investorene fra grenseoverskridende aktivitet.

Som illustrasjon kan man ta utgangspunkt i et heleid norsk datterselskap med et skattemessig overskudd på NOK 1.000, og hvor hele overskuddet deles ut til norsk morselskap. Skattebelastningen på datterselskapets hånd utgjør NOK 280, slik at morselskapet kan motta utbytte på NOK 720 uten ytterligere beskatning. Er derimot datterselskapet hjemmehørende i en EØS-stat hvor det er fritatt fra beskatning, vil en anvendelse av NOKUS-reglene innebære at morselskapet i Norge beskattes med NOK 280 av overskuddet på NOK 1.000 i datterselskapet. Morselskapet vil også i dette tilfellet motta et utbytte på NOK 720 uten ytterligere beskatning.

Det er imidlertid tvilsomt om EF/EFTA-domstolen vil akseptere en slik samlet vurdering av beskatningen av aksjonær og selskap. EF-domstolen synes i flere saker å ha lagt til grunn at aksjonær og selskap skal vurderes hver for seg¹⁵.

Dette synspunkt kom også til uttrykk i Generaladvokatens innstilling i Cadbury Schweppes-saken. I saken hadde mange av medlemslandene anført at det ikke forelå noen hindring av etableringsfriheten som følge av at selskap og aksjonær må ses samlet. Generaladvokaten var ikke enig i dette, og uttalte:

“74. It is therefore disadvantageous to the parent company to which it applies compared to, on the one hand, a resident company which has established its subsidiary in the United Kingdom and, on the other, a resident company which has established such a subsidiary in a Member State which does not have a sufficiently favourable tax regime to fall within its scope of application. In the first case, the resident company is never taxed on the profits of its domestic subsidiary. In the second case, the resident company is not taxed on the profits of its foreign subsidiary as they arise. It cannot be taxed until those profits are paid to it in the form of dividends.

75. We have, therefore, differentiated tax treatment which places at a disadvantage companies which, like Cadbury, have established a subsidiary in Ireland, in the International Financial Services Centre, and such treatment is indeed such as to deter a resident company from exercising its right of establishment there.

76. The fact that the tax claimed from Cadbury would be no more than the total amount which would have been paid by the economic unit comprising the parent company and its subsidiaries if those subsidiaries had been established in the

¹⁵ C-319/02, *Manninen* og C-35/98, *Verkooijen*

United Kingdom does not affect that analysis. That fact does not eliminate the unequal treatment at the level of the parent companies.”

Et annet argument for at NOKUS-beskatning må anses å innebære en restriksjon på etableringsfriheten, er at EF-domstolen ved flere anledninger har vært skeptisk til medlemslandenes anførsler om at en nasjonal foranstaltning må aksepteres fordi den nøytraliserer lav beskatning i et annet medlemsland. Også Generaladvokaten anfører i Cadbury Schweppes-saken dette argumentet til støtte for sitt syn om at de britiske CFC-reglene innebar restriksjoner på etableringsfriheten, se innstillingen avsnitt 82.¹⁶

Det kan i denne sammenheng blant annet vises til *Eurowings-saken*.¹⁷ Saken gjaldt regler for beregning av grunnlaget for en særskilt tysk ervervsskatt. Beregningsgrunnlaget for skatten besto dels av selskapets årsresultat, dels av selskapets formue, som ble vektet mot hverandre basert på fastsatte forholdstall. Den tyske ervervsloven bestemte i utgangspunktet at halve avgiften for leie av anleggsmidler og halve verdien av leieobjektet skulle inngå i beregningsgrunnlaget for leierens ervervsskatt. Dersom utleier var etablert i Tyskland, og derfor betalte tysk ervervsskatt, skulle leasingavgiften derimot ikke medregnes i leietakerens ervervsskatt. Formålet med reglene var å sikre at leasingavgifter og verdien av leasingobjekter alltid inngikk i beregningsgrunnlaget for selskapsskatten til én tysk skattyter, uavhengig av om utleier var etablert i Tyskland eller ikke.

Den konkrete saken gjaldt Eurowings AG som var hjemmehørende i Tyskland, og som hadde leaset et luftfartøy fra et irsk selskap. Beregningsgrunnlaget for selskapets ervervsskatt ble derfor tillagt halve leasingsavgiften og verdien av det leasede luftfartøy. Under behandlingen for EF-domstolen forsvarte Tyskland regelen blant annet med den begrunnelse at den kompenserte for den lave beskatningen i Irland hvor tjenesteyter var etablert. EF-domstolen var ikke enig i denne vurderingen, og uttalte:

”Any tax advantage resulting for providers of services from the low taxation to which they are subject in the Member State in which they are established cannot be used by another Member State to justify less favourable treatment in tax matters given to recipients of services established in the latter State...

...As the Commission rightly observed, such compensatory tax arrangements prejudice the very foundations of the single market”.

En annen sak av interesse er *Lenz*.¹⁸ Skatteulempen besto her av utbytte fra ikke-hjemmehørende selskaper ble beskattet med høyere skattesats på aksjonærens hånd enn utbytte fra hjemmehørende selskaper (Østerrike). For EF-domstolen anførte den østerrikske regjering at det ville være fordelaktig for hjemmehørende aksjonærer å kjøpe aksjer i ikke-hjemmehørende selskaper som ble beskattet med lavere

¹⁶ Denne argumentasjonen kan også ses i sammenheng med spørsmålet om det foreligger allmenne hensyn som berettiger transaksjonen, jf. avsnitt 4.5).

¹⁷ C-294/97, *Eurowings*

¹⁸ Se C-315/02

skattessatser enn i Østerrike, dersom også utbytte fra slike utenlandske selskaper skulle beskattes med de gunstige skattessatser. EF-domstolen erkjente at det ikke kunne utelukkes at innrømmelse av skattefordelen kunne ha denne virkning, men la til grunn at dette ikke kunne berettiggje den aktuelle skatteulempe.¹⁹

Et ytterligere argument som kan tale for at NOKUS-reglene innebærer en restriksjon på etableringsretten, er det forhold at NOKUS-beskatning (som annen CFC-beskatning for øvrig) innebærer en ikke-anerkjennelse av selskapet som en selvstendig juridisk person. Dette kan anses uforenlig med prinsippet om gjensidig anerkjennelse av juridiske personer som EF-domstolen har oppstilt på bakgrunn av EF art. 48, jf. EØS art. 34.

En sentral avgjørelse i denne sammenheng er C-208/00, *Überseering*. Saken gjaldt et hollandsk selskap som saksøkte et tysk selskap for dårlig utført malerarbeid på sin eiendom i Tyskland. De tyske domstoler hadde lagt til grunn at saksøkeren hadde flyttet sitt hovedsete til Tyskland, etter at aksjene i selskapet var solgt til tyske aksjeeiere, som var bosatt i Tyskland. Saksøkeren skulle derfor etter tysk (internasjonal privat-) rett bedømmes etter tysk selskapsrettslig lovgivning. Selskapet var imidlertid ikke opprettet i tråd med kravene til tysk lovgivning. Domstolene hadde derfor lagt til grunn at det ikke forelå et gyldig stiftet selskap som kunne stå som saksøker i en tvist.

EF-domstolen kom til at dette innebar et brudd på etableringsfriheten. Domstolen uttalte at vertsstaten ikke kan påberope seg at selskapet skal bedømmes etter vertsstatens selskapsrettslige regler, hvis selskapet er opprettet i overensstemmelse med reglene i hjemstaten. Selskapet vil i så fall ha status som (fullverdig) rettssubjekt også i vertsstaten.

En annen avgjørelse av interesse er C-212/97, *Centros*. Saken gjaldt to dansker som hadde etablert et aksjeselskap i Storbritannia for å omgå danske selskapsregler om krav til minste aksjekapital på DKK 200.000. Det britiske selskapet skulle drive virksomhet i Danmark gjennom en filial. Danske myndighetene nektet imidlertid å registrere filialen under henvisning til at selskapet var opprettet i Storbritannia utelukkende for å omgå det danske kravet til minste aksjekapital for aksjeselskaper.

Også i dette tilfellet la EF-domstolen til grunn at restriksjonen innebar et brudd på etableringsretten. Ettersom selskapet var opprettet i tråd med britiske regler, måtte selskapet ha rett til å utøve virksomhet gjennom en filial i Danmark.

I *Überseering* og *Centros* la altså EF-domstolen til grunn at medlemsstatene har en gjensidig plikt til å godkjenne selskaper opprettet i tråd med øvrige medlemslands regler som (fullverdige) juridiske personer. I juridisk teori har det blitt hevdet at tilsvarende gjensidig plikt i utgangspunktet må gjelde i forhold til selskaper som er (fullverdige) skattesubjekter i andre medlemsland.²⁰ Som eksempel kan nevnes Jens

¹⁹ Se premiss 42.

²⁰ I denne retning blant annet Andreas Bullen i "EU, EØS og skatt" side 592.

Schönfeld som i artikkelen ”*The Cadbury Schweppes Case: Are the Days of the United Kingdom’s CFC Legislation Numbered*”²¹ blant annet uttaler følgende:

”...*Considering the standard for examining tax measures in the light of EC law, the answer is predictable: disregarding the legal entity created by another legal system for tax purposes is in conflict with the principal of mutual recognition...*”

På denne bakgrunn foreligger det etter vår oppfatning gode grunner for å anta at NOKUS-reglene (og flere andre europeiske CFC-ordninger) vil bli ansett å utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten.

5.5 Foreligger det tvingende allmenne hensyn som gjør restriksjonen berettiget?

5.5.1 Generelt

Selv om en nasjonal foranstaltning er diskriminerende eller utgjør en restriksjon for utøvelsen av en av de grunnleggende friheter, kan den etter omstendighetene likevel være forenlig med EF-traktaten/EØS-avtalen etter de uskrevne reglene om tvingende allmenne hensyn. Gjennom EF-domstolens rettspraksis har det etter hvert utkrystallisert seg visse betingelser som en nasjonal foranstaltning må tilfredsstille for å kunne være begrunnet i et slikt uskrevet allment hensyn. I f.eks. *Gebhard*²² fremgår det at fire kumulative vilkår må være oppfylt for at den nasjonale foranstaltning skal kunne opprettholdes på dette grunnlag:

1. Den må anvendes uten åpen forskjellsbehandling.
2. Den må være begrunnet i et tvingende samfunnsmessig hensyn (relevans).
3. Det må være egnet til å oppnå det formål den forfølger (egnethet).
4. Det må ikke gå utover hva som er nødvendig for å oppnå formålet (proporsjonalitet).

EF-domstolen har i flere av sine avgjørelser påpekt at de frie friheter utgjør helt grunnleggende prinsipper innenfor EF-retten, og at unntak fra disse frihetene derfor må tolkes strengt. Dette er også lagt til grunn av EFTA-domstolen i bla. *Fokus*.²³

EF- og EFTA-domstolen har ikke angitt en uttømmende liste over hvilke hensyn som kan utgjøre relevante allmenne hensyn, og domstolene har i løpet av årene akseptert en rekke hensyn som relevante. Ved vurderingen av om NOKUS-reglene kan rettferdiggjøres på dette grunnlag, vil det derfor kunne oppstå spørsmål om nye hensyn kan anføres og aksepteres som relevante av domstolen.

²¹ Se European Taxation 2004

²² Sak C-55/94, *Gebhard*

²³ Sak E-1/04, *Fokus*, premiss 28.

I det følgende vurderes NOKUS-reglene først opp mot hensyn som tradisjonelt har blitt anført innenfor området for direkte beskatning, se avsnitt 4.5.2 til 4.5.4. Deretter vurderes det om nye hensyn kan anføres. Etter vår oppfatning er det i første rekke spørsmål om reglene kan opprettholdes ut fra hensynet om å unngå skadelig skattekonkurranse, se avsnitt 4.5.5 og 4.5.6.

5.5.2 *Hensynet til å beskytte det norske skattefundament og hensynet til å avverge skatteflukt*

På bakgrunn av EF-domstolens avgjørelser er det klart at NOKUS-reglene ikke kan begrunnes i et ønske om å beskytte det norske skattefundament. Ifølge EF-domstolen er ikke dette et relevant allment hensyn. Dette ble første gang uttrykt i klartekst i *ICI*-saken, hvor den aktuelle skatteulempe utgjorde et inngrep i etableringsretten. Storbritannia hadde anført at skatteulempen var nødvendig for å hindre tap av skatteinntekter. Til dette uttalte EF-domstolen kort (vår understrekning):

” 28 In answer to the argument that revenue lost through the granting of tax relief on losses incurred by resident subsidiaries cannot be offset by taxing the profits of non-resident subsidiaries, it must be pointed out that diminution of tax revenue occurring in this way is not one of the grounds listed in Article 56 of the Treaty and cannot be regarded as a matter of overriding general interest which may be relied upon in order to justify unequal treatment that is, in principle, incompatible with Article 52 of the Treaty. ”

I forlengelsen av dette, er det videre klart at NOKUS-reglene heller ikke som utgangspunkt kan begrunnes ut fra et hensyn om å unngå skatteflukt fra Norge (ved for eksempel at virksomhet flyttes fra Norge til et lavskatteregime innen EØS). Dette prinsipp er blant annet kommet klart til uttrykk i *Lasteyrie du Saillant*²⁴. Den danske regjeringen hadde i denne saken anført at beskatning av latente aksjegevinster ved skattemessig emigrasjon var nødvendig for å forhindre at skattyterne dro fordel av forskjeller mellom medlemsstatenes beskatningsordninger. Som i tidligere avgjørelser avviste domstolen anførselen med henvisning til at hensynet om å avverge tap av skatteinntekter ikke er et relevant allment hensyn. Domstolen uttalte imidlertid videre (vår understrekning):

”... Therefore, a simple loss of receipts suffered by a Member State because a taxpayer has moved his tax residence to another Member State, where the tax system is different and may be more advantageous for him, cannot in itself justify a restriction on the right of establishment. ”

Også Generaladvokaten i *Cadbury Schweppes*-saken legger tilsvarende synspunkter til grunn når han innledningsvis i sin innstilling uttaler at det å etablere et selskap i et annet EU-land for å utnytte gunstige skatteregler i dette landet, ikke i seg selv utgjør et misbruk av etableringsfriheten. Om dette sier han blant annet:

²⁴ Sak C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*

“40. I do not believe that the fact that a parent company establishes a subsidiary in another Member State for the avowed purpose of enjoying the more favourable tax regime in that State constitutes, in itself, an abuse of freedom of establishment, which would thereby deprive that company of the opportunity of relying on the rights conferred by Articles 43 EC and 48 EC. I base that analysis on the scope of those provisions, as defined by case-law...”

“49. For the purposes of the present case, it can be inferred from that case-law that as long as there is genuine and actual pursuit of an activity by the controlled subsidiary in the Member State in which it was established, the reasons for which the parent company decided to establish the subsidiary in that host State cannot call into question the rights which that company derives from the Treaty.”

På denne bakgrunn må det derfor som utgangspunkt være legitimt at skattyter benytter seg av de fire friheter i den hensikt å komme inn under et gunstigere beskatningsregime.²⁵

5.5.3 Hensynet til å hindre omgåelse av de norske skatteregler

EF-domstolen har lagt til grunn at hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonal beskatning, utgjør et relevant allment hensyn. Domstolen har imidlertid flere ganger avvist at en restriksjon kan berettiges ut fra et slikt hensyn, fordi den ikke har oppfylt kravene til egnethet eller proporsjonalitet. Domstolen har bl.a. vist til at den aktuelle nasjonale regel som representerer restriksjonen, ikke spesielt har hatt til formål å forhindre omgåelser, og derfor også har rammet situasjoner uten omgåelsespreg.²⁶

I Cadbury Schweppes-saken vurderer Generaladvokaten om de britiske CFC-reglene kan forsvares ut fra hensynet om å forhindre omgåelse av britisk beskatning. Generaladvokaten viser i den sammenheng til at hensynet tradisjonelt har blitt tolket strengt av EF-domstolen:

“87. However, the possibility of actually finding such a justification has been confined within rather strict limits. Thus, according to a phrase habitually used in the case-law, a hindrance to a freedom guaranteed by the Treaty can only be justified on the ground of counteraction of tax avoidance if the legislation in question is specifically designed to exclude from a tax advantage wholly artificial arrangements aimed at circumventing national law...”

92. It follows that, in order to be capable of being justified by counteraction of tax avoidance, national legislation must not merely refer to a given situation in general terms but must enable the national court to refuse, case by case, the benefit of Community law to certain taxpayers or certain companies which have made use of an artificial arrangement for the purpose of avoiding tax.”

²⁵ Slik også i Bullen ”EU, EØS og skatt” s. 567

²⁶ Se blant annet C-264/96, ICI, premiss 26

Generaladvokaten viser deretter til den nylig avsatte Marks & Spencer-saken²⁷, som gjaldt de britiske konsernbidragsreglene. Ifølge Generaladvokaten åpner denne dommen for at hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonal beskatning, kan gis et noe videre anvendelsesområdet enn det tidligere avgjørelser fra EF-domstolen synes å bygge på. Generaladvokaten legger imidlertid til grunn at regelen fortsatt krever en konkret vurdering:

”110. It can thus be inferred that the assessment of whether there is a wholly artificial arrangement intended to circumvent national tax legislation in a parent company’s relationship with a CFC must entail a case-by-case examination of whether the subsidiary is genuinely established in the host State and carries on its activities in that State with regard to the services provided to the parent company, the payment for which has resulted in a reduction in the tax due by that company in the State of origin.”

Ved vurderingen om datterselskapet er “genuinely established in the host State”, fremhever Generaladvokaten tre momenter som bør tas i betraktning. Det første knytter seg til datterselskapets fysiske tilstedeværelse i lavskattelandet, f.eks. ved ansatte, lokaler og utstyr. Det andre omhandler i hvilken grad datterselskapets ansatte er kompetente til å utføre det arbeidet de er satt til, og om de har adgang til å treffe selvstendige beslutninger. Det tredje momentet er i hvilken grad de ytelser som datterselskapet eventuelt selger til morselskapet har økonomisk verdi for morselskapet.

Etter sin generelle gjennomgang går Generaladvokaten deretter over til å vurdere de britiske CFC-reglene. Ifølge Generaladvokaten er de britiske CFC-reglene egnet til å oppnå formålet om å forhindre omgåelser av britisk beskatning. Spørsmålet er derfor om reglene oppfyller proporsjonalitetskravet. I denne sammenheng viser Generaladvokaten til at “the motive test” forutsetter en konkret vurdering av den enkelte sak. Det at selskapet selv må motbevise at hovedformålet med opprettelsen av datterselskapet ikke er å unngå britisk beskatning, strider ifølge Generaladvokaten i utgangspunktet ikke med proporsjonalitetskravet. Generaladvokaten konkluderer imidlertid ikke endelig på spørsmålet om de britiske CFC-reglene er forenlige med EU-traktaten. Det må ifølge Generaladvokaten være opp til de nasjonale domstoler å vurdere om de nasjonale reglene kan tolkes slik at de bare rammer utelukkende kunstige arrangementer (“wholly artificial arrangements intended to circumvent national law”).

På bakgrunn av avgjørelser fra EF-domstolen og Generaladvokatens innstilling i Cadbury Schweppes-saken, synes det klart at gjeldende NOKUS-regler ikke kan forsvares ut fra hensynet om å forhindre omgåelser av norsk beskatning. De norske reglene er helt generelt utformet, og rammer alle selskaper der vilkårene for NOKUS-beskatning er oppfylt. Det åpnes ikke for noen individuell vurdering av om etableringen av enkelte utenlandske selskaper kan anses som et utelukkende kunstig

²⁷ Sak C-446/03, *Marks & Spencer*

arrangement, slik Generaladvokaten oppstiller som en nødvendig betingelse for å oppfylle proporsjonalitetskravet.

I sin innstilling drøfter ikke Generaladvokaten om de britiske CFC-reglene kunne vært begrunnet i andre tvingende allmenne hensyn enn hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonale skatteregler. Det kan tyde på at Generaladvokaten er av den oppfatning at det ikke foreligger andre relevante hensyn som kan rettferdiggjøre CFC-beskatning. I avsnittet 4.5.4 til 4.5.6 vil vi likevel vurdere om NOKUS-reglene kan opprettholdes på annet grunnlaget enn hensynet til å forhindre omgåelse av nasjonale skatteregler.

5.5.4 Hensynet til sammenhengen i skattesystemet

Det kan reises spørsmål om hensynet til sammenhengen i skattesystemet kan anføres som et argument for at NOKUS-reglene (og andre europeiske CFC-regler) kan rettferdiggjøres til tross for at de innebærer en restriksjon på etableringsfriheten. EF-domstolen har lagt til grunn at dette kan være et relevant allment hensyn.

Den grunnleggende sak er her *Bachmann*.²⁸ Saken gjaldt en tysk statsborger som flyttet til Belgia for å arbeide der. Han ønsket å beholde sine pensjonsordninger i Tyskland. Han ble imidlertid nektet fradrag for premiene etter belgisk rett, fordi disse ble betalt til et forsikringselskap som ikke var etablert i Belgia. EF-domstolen kom her til at det forelå forskjellsbehandling av arbeidstakere i sammenlignbare situasjoner. De belgiske reglene omfattet alle uavhengig av nasjonalitet, men i sin virkning rammet de i all hovedsak utenlandske arbeidstakere. Domstolen la derfor til grunn av reglene innebar en indirekte forskjellsbehandling av utenlandske arbeidstakere.

Domstolen måtte deretter ta stilling til om reglene kunne forsvares ut fra tvingende allmenne hensyn. Domstolen besvarte bekreftende på dette spørsmålet. Domstolen viste til at det etter belgisk rett ikke var skatteplikt for forsikringsutbetalinger i tilfeller der det ikke var gitt fradrag for premiene. Omvendt forutsatte fradragsrett en tilsvarende skatteplikt. Det fantes videre ikke noen mulighet til å sikre at det ble betalt skatt på utbetalingene fra utenlandske selskaper, med mindre det ble påkrevd forhåndsgarantier fra det utenlandske selskapet. Kostnadene ved et krav om garantier ville imidlertid til syvende og sist bli veltet over på kundene og kunne utgjøre en større ulempe enn en fradragsrett. I lys av dette kom domstolen til at det var en slik tilknytning mellom fradragsretten og skatteplikten at sammenhengen i skattesystemet kunne begrunne at fradragsrett kun ble gitt for premier betalt til selskaper etablert i Belgia.

Bachmann har gitt opphav til en rekke saker der medlemsstatene har hevdet at skatteregler som diskriminerer kan begrunnes på samme måte. Sakene etter *Bachmann* viser imidlertid at domstolen stiller meget strenge krav for å godta hensynet om sammenheng i skattesystemet. På bakgrunn av domstolens avgjørelser kreves det:

- at det består en ”forbindelse” mellom to komponenter i et skattesystem, og

²⁸ Sak C-204/90

- at denne forbindelsen er ”direkte”, hvilket vil si at de to komponentene må knyttet seg til samme beskatningsform og ramme samme skattyter.

Som eksempel kan saken om *Verkooijen*²⁹ nevnes. Denne gjaldt nederlandske skatteregler som bestemte at utbytte mottatt av fysiske aksjonærer delvis skulle være fritatt fra inntektsskatt. Forutsetningen for dette var at utbytte på selskapets hånd hadde blitt belastet med en særskilt nederlandsk utbytteskatt. Bare utbytte fra selskaper hjemmehørende i Nederland ble belastet med en slik utbytteskatt. Dette innebar at fysiske personer i Nederland kunne bli delvis fritatt fra beskatning for utbytte fra selskaper hjemmehørende i Nederland, men ikke fra selskaper etablert i utlandet.

Under EF-domstolens behandling anførte Nederland blant annet at denne forskjellsbehandlingen kunne forsvares ut fra hensynet til sammenheng i skattesystemet. Domstolen var ikke enig i dette, og uttalte:

“57 In Bachmann and Commission v Belgium, a direct link existed, in the case of one and the same taxpayer, between the grant of a tax advantage and the offsetting of that advantage by a fiscal levy, both of which related to the same tax. In those cases, there was a link between the deductibility of contributions and the taxation of sums payable by insurers under old-age insurance and life assurance policies, which it was necessary to preserve in order to safeguard the cohesion of the tax system at issue.

58 No such direct link exists in this case between the grant to shareholders residing in the Netherlands of income tax exemption in respect of dividends received and taxation of the profits of companies with their seat in another Member State. They are two separate taxes levied on different taxpayers.”

EF-domstolen synes med dette å oppstille et absolutt krav om at forbindelsen må være ”direkte”. Dette støttes også av uttalelser fra domstolen i andre saker, f.eks. *Bosal Holding*.³⁰

I Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Manninen* er det dog lagt til grunn at kravet ikke er helt absolutt.³¹ Forskjellsbehandlingen besto her i at finske aksjonærer fikk fradrag for godtgjørelse i skatt på innkommende utbytte fra finske selskaper, men ikke fra utenlandske selskaper. Generaladvokaten antok at det i unntakssituasjoner kan aksepteres at ”en byrde der påhviler én skattepliktig, udlignes af en lettelse hos en anden skattepliktig”. EF-domstolen løste imidlertid saken uten å drøfte Generaladvokatens vurderinger nærmere.

På bakgrunn at de avgjørelsene som per i dag foreligger fra EF-domstolen, vil etter vår oppfatning NOKUS-reglene ikke oppfylle kravene til ”direkte sammenheng”. NOKUS-reglene forutsetter at man ser beskatning av selskapet og aksjonæren i

²⁹ Sak C-35/98

³⁰ C-168/01, premiss 29

³¹ Forslag til avgjørelse i sak C-319/02

sammenheng. Dette synes ikke å være i overensstemmelse med uttalelsene fra EF-domstolen i bla. *Verkooijen*, hvor det legges til grunn at selskap og aksjonær skal vurderes hver for seg.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at EF-domstolen til en viss grad vil myke opp kravene til ”*direkte sammenheng*” i fremtidige avgjørelser (slik Generaladvokaten foreslo i *Manninen*). Dette vil kunne få betydning også for vurderingen av NOKUS-reglene.

5.5.5 *Hensynet til å unngå skadelig skattekonkurranse*

I diskusjonen om CFC-reglers forenlighet med EF-traktaten, har hensynet til å unngå skadelig skattekonkurranse blitt anført som et tvingende allment hensyn. EF-domstolen (og EFTA-domstolen) selv har ikke uttrykkelig tatt stilling til dette spørsmålet.

Vi har imidlertid vanskeligheter med å se at dette argumentet kan anses som et relevant allment hensyn. Som nevnt i avsnitt 4.5.2 aksepterer EF-domstolen verken hensynet til å beskytte det nasjonale skattefundament eller hensynet om å avverge skatteflukt som relevante allmenne hensyn. EF-domstolen anser det som helt akseptabelt å benytte seg av forskjeller mellom medlemslandenes skattelovgivninger for å oppnå skattefordeler.

Et eksempel på det følger av *Skandia/Ramstedt*-saken.³² Saken gjaldt fradrag for forsikringsbetalinger. Etter de svenske regler var arbeidsgivers tilskudd til arbeidstakers pensjonsordning normalt fradragsberettiget dersom forsikringsselskapet var etablert i Sverige, men ikke dersom forsikringsselskapet var etablert i utlandet. I sistnevnte tilfelle fikk arbeidsgiver først fradrag på tidspunktet for forsikringsutbetalingene, og da med det utbetalte forsikringsbeløp. Under behandlingen for EF-domstolen forsøkte danske myndigheter å forsvare regelen bla. med følgende resonnement:

“48 If the right to deduct premiums paid for foreign pension policies could not be limited, that would allow taxpayers residing in Member States where taxation is high, such as the Kingdom of Sweden and the Kingdom of Denmark, to make an unacceptable profit from the differences between the tax systems of the Member States. Pension policies would be taken out in Member States where tax on pension premiums is lower and where tax is deducted at source on such premiums under a bilateral taxation convention concluded with the beneficiary's State of residence.

49 The result in the long term would be that Member States would be forced to bring down their level of taxation in line with others. That could destroy the basis of the economy of welfare States such as the Kingdom of Sweden and the Kingdom of Denmark.”

³² Sak C-422/01

EF-domstolen var ikke enig i dette ut fra følgende begrunnelse:

”51 In that regard, as is pointed out in Danner in paragraph 55, the Court held in paragraph 34 of its judgment in Safir that, in that case, the need to fill the fiscal vacuum arising from the non-taxation of savings in the form of capital life assurance policies taken out with companies established in a Member State other than the one where the saver is resident was not such as to justify the national measure at issue, which restricted freedom to provide services.

52 The Court has also held, in general terms, that any tax advantage resulting for providers of services from the low taxation to which they are subject in the Member State in which they are established cannot be used by another Member State to justify less favourable treatment in tax matters given to recipients of services established in the latter State. Such compensatory tax arrangements prejudice the very foundations of the single market...”

Etter vår oppfatning synes EF-domstolen med dette å akseptere at skattytere i stor grad kan utnytte gunstigere beskatningsordninger i andre medlemsland, selv om dette kan bidra til økt skattekonkurranse mellom medlemslandene. Også uttalelser fra Generaladvokaten i Cadbury Schweppes-saken støtter dette:

“55. In light of those considerations, in the absence of Community harmonisation it must be accepted that there is competition between the tax regimes of the various Member States. That competition, which is reflected in particular by great disparity between the Member States in the rates of taxation of company profits, may have a significant impact on the choice of location made by companies for their activities in the European Union. It may be regrettable that competition operates between the Member States in this field without restriction. That is, however, a political matter.”

Videre må det påpekes at EU arbeider sentralt med å bekjempe skadelig internasjonal skattekonkurranse mellom medlemsstatene, herunder har det i EU-kommisjonens regi med utgangspunkt i statsstøttereguleringen vært igangsatt formelle prosedyrer i forhold til flere skatteregimer i medlemsstatene. Til en viss grad må bekjempelse av skadelig skattekonkurranse mellom medlemsstatene anses som en fellesoppgave, slik at de enkelte statene ikke på dette grunnlag kan innføre nasjonal skattelovgivning som virker generelt diskriminerende eller hemmende på grenseoverskridende investeringer.

5.5.6 Særlig om europeisk tonnasjebeskatning og skadelig skattekonkurranse

Når det gjelder spørsmålet om NOKUS-beskatning av norske aksjonærer i europeiske tonnasjebeskattede selskaper, må det videre tas i betraktning at disse ordningene er godkjent av EU-kommisjonen i medhold av EF art. 87 (jf. EØS art. 61). EU-kommisjonen har med dette lagt til grunn at ordningene er akseptable i forhold til statsstøttereglene, og det er da etter vår oppfatning lite trolig at EF-domstolen samtidig vil åpne for at disse ordningene likevel kan anses for å utgjøre skadelig skattekonkurranse mellom medlemslandene etter reglene om de fire friheter.

I denne sammenheng hører det også med at EU-kommisjonen gjennom sine retningslinjer for statsstøtte til sjøtransport har lagt til grunn at tonnasjebeskatning må anses som et helt nødvendig virkemiddel for å motvirke uheldig skattekonkurransen fra tredjeland. Dersom man skulle akseptere NOKUS-beskatning av norske aksjonærer i europeiske tonnasjebeskatte selskaper, vil dette direkte kunne motvirke formålet etter retningslinjene om å styrke den europeiske flåte.

På denne bakgrunn anser vi det som lite trolig at hensynet til skadelig skattekonkurransen kan anses som et relevant allment hensyn som kan rettferdiggjøre NOKUS-beskatning av norske aksjonærer i europeiske tonnasjebeskatte selskaper.

5.6 Oppsummering

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor er vår oppfatning at gjeldende NOKUS-regler med stor sannsynlighet innebærer en restriksjon på den frie etableringsrett i henhold til EØS-avtalen. Vi har videre vanskeligheter med å se at restriksjonen kan rettferdiggjøres på bakgrunn av reglene om tvingende allmenne hensyn som EF- og EFTA-domstolen har utviklet. Ut fra dette kan NOKUS-reglene etter vår oppfatning ikke anses å være i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

For å gjøre NOKUS-reglene forenlige med EØS-avtalen, må antagelig loven endres slik at skattemyndighetene i det enkelte tilfelle må vurdere om det utenlandske selskapet kan anses som et utelukkende kunstig arrangement slik dette er definert gjennom EF-domstolens avgjørelser og Generaladvokatens innstilling i Cadbury Schweppes-saken.

På bakgrunn av EF-domstolens avgjørelser og Generaladvokatens innstilling i Cadbury Schweppes, mener vi også at Rederiskatteutvalgets forslag om å utvide NOKUS-reglene til også å omfatte aktive inntekter fra lavskatteland innenfor EU ikke kan forenes med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. I denne sammenheng minner vi om at EF-domstolen har lagt til grunn at det som utgangspunkt er fullt legitimt at skattyter benytter seg av de fire friheter i den hensikt å komme inn under et gunstigere beskatningsregime. Utenlandske selskaper med aktive inntekter vil dessuten normalt oppfylle kravet til å være "genuinely established in the State of establishment" slik dette er definert av Generaladvokaten i Cadbury Schweppes.

Det betyr også at det som hovedregel vil være uforenlig med EØS-avtalen å NOKUS-beskatte norske aksjonærer i utenlandske europeiske tonnasjeskatteordninger. Selskaper innenfor slike ordninger vil normalt utøve aktiv virksomhet, og NOKUS-beskatning vil derfor være avskåret selv om etableringen av det utenlandske selskapet utelukkende er gjennomført for å unngå norsk beskatning. Dersom det tonnasjebeskatte selskapet bare utøver passiv virksomhet (f.eks. gjennom utleie på bareboat-vilkår), vil det bare kunne være aktuelt med NOKUS-beskatning dersom norske skattemyndigheter etter en konkret vurdering kommer til at etableringen av selskapet utelukkende må anses som en "wholly artificial arrangements intended to circumvent national law". Etter vår forståelse skal det i praksis mye til før dette vilkåret er oppfylt.

6 Særlig om Rederiskatteutvalgets forslag om å NOKUS-beskatte selskaper hjemmehørende i Norge

Et av forslagene til Rederiskatteutvalget er å utvide NOKUS-reglene til også å omfatte selskaper hjemmehørende i Norge. Forslaget går ut på at NOKUS-beskatning kan være aktuelt i følgende tilfeller:

- Norsk selskap opptjener inntekt gjennom fast driftssted i utlandet, og dobbeltbeskatning forhindres ved unntaksmetode i skatteavtale.
- Norsk skattyter deltar i deltakerlignet utenlandsk selskap som driver skipsfartsvirksomhet, og der Norge har frasagt seg beskatningsretten i skatteavtale.

Det er ikke helt klart hva Rederiskatteutvalget mener med dette. Slik vi forstår det, må det i førstnevnte tilfelle bety at aksjonær i det norske selskapet vil bli NOKUS-beskattet for sin andel av inntektene som opptjenes gjennom filialen i utlandet. I det sistnevnte tilfelle kan det forstås slik at norsk eier i utenlandsk deltakerlignet selskap blir NOKUS-beskattet for sin andel av inntektene som opptjenes i det deltakerlignede selskapet.

Rederiskatteutvalget anfører at NOKUS-beskatning av selskap hjemmehørende i Norge, vil kunne få betydning for bedømmelsen av reglenes forenlighet med EØS-avtalen. Synspunktet er antagelig at NOKUS-reglene i et slikt tilfelle ikke vil innebære noen diskriminering/restriksjon som følge av at NOKUS-beskatning er aktuelt både for norske og utenlandske selskaper.

Vi har imidlertid vanskeligheter med forstå denne vurdering. EF-domstolen har ved flere anledninger gjort det klart at diskrimineringsforbudet ikke bare rammer åpen forskjellsbehandling, men også regler som *de facto* leder til forskjellsbehandling. Det er altså virkningene av de nasjonale reglene som står sentralt.

Virkningene i dette tilfellet er at norsk aksjonær vil bli løpende skattepliktig for inntektene som opptjenes i utlandet, mens han ved investeringen i norske selskaper som ikke utøver grenseoverskridende aktivitet vil være fritatt for beskatning (fritaksmetoden) eller bli beskattet først ved utdeling av utbytte eller realisasjon av aksjen (aksjonærmodellen). Etter vår vurdering vil derfor vurderingen av forholdet til EØS-avtalen, i det alt vesentligste være den samme som under avsnitt 5 ovenfor.