

Notat

Fra: Wiersholm, Mellbye & Bech/Arvid Aage Skaar og Andreas Bullen
Partner: Arvid Aage Skaar
Dato: 23. juni 2006

HØRINGSUTTALELSE VEDRØRENDE FORSLAG OM ENDRINGER I NOKUS-REGLENE I NOU 2006:4 KAPITTEL 8

1. INNLEDNING

I NOU 2006: 4 kapittel 8 fremsatte det såkalte "Rederiskatteutvalget" forslag om endringer i NOKUS-reglene, som er inntatt i skatteloven ("**sktl**") §§ 10-60 flg. NOKUS-reglene er Norges versjon av regler som internasjonalt omtales som CFC-regler.

I kapittel 8.3.3 foreslår utvalget å endre bestemmelsen i sktl § 10-64, slik at Norge kan anvende NOKUS-reglene på selskaper omfattet av en skatteavtale, til tross for at selskapets inntekter ikke hovedsakelig er av passiv karakter.

I punkt 8.3.2 i Rederiskatteutvalgets utredning uttaler Rederiskatteutvalgets flertall dessuten at det er grunn til å vurdere om Norge bør NOKUS-beskatte inntekter innvunnet av faste driftssteder i utlandet, til tross for at driftsstedets inntekt er unntatt fra beskatning i Norge i henhold til den aktuelle skatteavtale.

Hovedpunktene i høringsuttalelsen er sammenfattet i punkt 2. Punktene 3 til 6 i høringsuttalelsen omfatter forslaget om endring av sktl § 10-64, mens punkt 7 i høringsuttalelsen omfatter forslaget om å anvende NOKUS-reglene på inntekter innvunnet av faste driftssteder i utlandet som er unntatt fra beskatning i Norge.

2. SAMMENFATNING

2.1 Innledning

I dette hovedpunkt vil vi sammenfatte hovedpunktene i høringsuttalelsen vedrørende forslaget om å endre sktl § 10-64. Vi sammenfatter også kort vårt syn på forslaget om å innføre NOKUS-beskatning av selskaper med fast driftssted i land der Norge har inngått skatteavtale med unntaksmetode.

2.1.1 Konklusjon *de lege lata*

Først sammenfattes hovedsynspunktet *de lege lata*; at CFC-beskatning av aktive inntekter vil komme i konflikt med Norges forpliktelser etter skatteavtalene og etter EØS-retten.

2.1.2 Konklusjon *de lege ferenda* – bør Norge CFC beskatte aktive inntekter

Endelig vil vi gjøre rede for vårt hovedsynspunkt *de lege ferenda*; at formålsbetraktninger og andre reelle hensyn taler sterkt imot at Norge CFC-beskatte aktive inntekter.

2.1.3 Forslaget til Rederiskatteutvalgets flertall

Rederiskatteutvalgets flertall gir uttrykk for at NOKUS-beskatning bør gjennomføres uten hensyn til hva slags type inntekt som oppebæres av CFC-selskapet. Som en praktisk tilnærming foreslår utvalgets flertall å innta en ny definisjon av passive inntekter og basisselskapsinntekter i sktl § 10-64.

Rederiskatteutvalgets flertall tar til ordet for å CFC-beskatte selskaper som utøver aktiv virksomhet, herunder også industrivirksomhet, normal handel og tjenesteyting.

2.2 Sondringen mellom inntektstyper

2.2.1 "Passive" inntekter

Med "passive" inntekter siktes i første rekke til inntekter fra passiv kapitalforvaltning, utleieinntekter der utleieaktiviteten ikke forutsetter aktivitet av betydning og inntekter fra gjennomstrømningsselskaper. Hovedeksempler på "passive" inntekter er (i) renter, med unntak av renter oppebåret av banker og andre finansinstitusjoner, (ii) leieinntekter og royalty, forutsatt at inntekten ikke er generert gjennom kommersiell virksomhet, (iii) utbytte på porteføljeinvesteringer og (iv) kapitalgevinster ved salg av eiendeler som ikke har inngått som bestanddel i en aktiv virksomhet.

2.2.2 "Aktive" inntekter

Med "aktive" inntekter siktes til inntekter oppebåret gjennom økonomisk aktivitet som er av et visst omfang og som skjer for skattyters regning og risiko, f. eks. inntekter fra industriell virksomhet, produksjonsvirksomhet, salgsvirksomhet, tjenesteyting og virksomhet av annen kommersiell karakter. Hvorvidt en aktivitet kan anses som "aktiv" avhenger ikke av dens *art*, men derimot av dens *omfang*. Svært mange aktiviteter kan derfor i prinsippet være "aktive", dersom virksomheten forutsetter aktivitet av et visst omfang.

2.2.3 "Basisselskapsinntekter"

Med "basisselskapsinntekter" siktes typisk til inntekten til selskaper etablert i et lavskattelend som (i) utelukkende eller i det alt vesentlige gjennomfører transaksjoner med nærstående selskaper, eller som (ii) utelukkende eller i det alt vesentlige gjennomfører transaksjoner som ikke har noen tilknytning til det land selskapet er etablert i. Momenter som taler for å klassifisere et selskap som et "basisselskap" kan være at selskapet ikke er i stand til å utøve sin virksomhet uten ekstern bistand i form av personell, driftsmidler og lokaler og at selskapets inntekter er uforholdsmessig høye i forhold til den økonomiske aktivitet som utøves av selskapet

2.2.4 Rederiskatteutvalgets klassifisering av inntekt fra rederivirksomhet

Rederiskatteutvalgets flertall uttaler at inntekter fra internasjonal sjøfart kan og bør omfattes av definisjonen av passive inntekter og basisselskapsinntekter. Etter vårt syn kan det imidlertid ikke være riktig at inntekter fra internasjonal sjøfart uten videre klassifiseres som passive inntekter eller basisselskapsinntekter. Hvorvidt en inntekt er "passiv" eller "basisselskapsinntekt" avhenger av omfanget av og den personelle og geografiske målgruppen til virksomheten, ikke av virksomhetens art. Også inntekter fra internasjonal sjøfart må derfor vurderes konkret, for å avgjøre om inntektene er passive, aktive eller basiseselskapsinntekter.

2.3 Hovedsynspunkt *de lege lata*: CFC-beskatning av aktive inntekter vil komme i konflikt med Norges forpliktelser etter skatteavtalene og etter EØS-retten

2.3.1 Skatteavtalenes ordlyd

Art 7(1) i skatteavtaler som bygger på OECDs mønsteravtale bestemmer at fortjeneste ved forretningsvirksomhet i utgangspunktet bare skal skattlegges i den stat der foretaket er hjemmehørende. Den andre avtalestaten har bare rett til å skattlegge fortjenesten hvis foretaket har et *fast driftssted* i denne staten. CFC-regler innebærer at en stat skattlegger fortjenesten til et selskap, til tross for at selskapet verken er hjemmehørende i vedkommende stat eller har noe fast driftssted der. CFC-beskatning er derfor klart i strid med ordlyden i skatteavtalebestemmelser tilsvarende art 7 (1) i OECDs mønsteravtale.

CFC-beskatning vil for øvrig også kunne være i strid med andre skatteavtalebestemmelser som bygger på OECDs mønsteravtale. Et eksempel på dette er bestemmelser som tilsvarer mønsteravtalen art 8 (1), som bestemmer at inntekt fra internasjonal skips- og luftfart bare kan skattlegges i den stat foretakets virkelige ledelse ligger. Et annet eksempel er art 21 (1), som bestemmer at annen inntekt enn den som er omtalt i mønsteravtalens øvrige artikler bare kan skattlegges i skattyters hjemstat.

2.3.2 OECDs kommentarer og utredninger

I en OECD rapport om CFC-beskatning fra 1996 ble det slått fast at CFC-lovgivning må begrenses til passiv inntekt og inntekt fra basisselskaper. Av dette følger at inntekt fra produksjonsvirksomhet og annen aktiv virksomhet ikke kan gjøres til gjenstand for CFC-beskatning.

Kommentarene til OECDs modellavtale fra før revisjonen i 2003 uttalte at nasjonale tiltak for å hindre misbruk og omgåelse ville være tillatt etter skatteavtalene, men at slike tiltak ikke måtte ramme *industrivirksomhet*, *tjensteyting* eller *handelsvirksomhet*. Kommentarene til OECDs mønsteravtale slik de var før revisjonen i 2003 slo fast at det ville være i strid med skatteavtalens generelle prinsipper om produksjonsvirksomhet, alminnelig handel og tjensteyting ble gjenstand for nasjonale tiltak mot misbruk og omgåelse av skattereglene, som CFC-regler.

I 2003 fant det sted en revisjon av kommentarene. I kommentarene etter revisjonen i 2003 uttales det generelt at CFC-lovgivning ikke er i strid med skatteavtalene. Det er imidlertid ikke lenger eksplisitt sondret mellom aktiv og passiv virksomhet i kommentarene. Etter vårt syn innebærer imidlertid revisjonen i 2003 ingen endring i synet på adgangen til å CFC-beskatte inntekt av industrivirksomhet og andre aktive inntekter. Så vidt vi forstår var 2003-revisjonen en reaksjon fra OECD på det syn som ble lagt til grunn i dommen fra *Conseil d'Etat* fra 2002. I denne dommen ble det antatt at den franske CFC-lovgivningen ikke kunne gjøres gjeldende i forhold til *passive* inntekter (f.eks. utbytte) opptjent av et CFC-selskap i en skatteavtalestat. Utformingen av 2003-revisjonen har til hensikt å klargjøre at CFC-beskatning av passive inntekter og basisselskapsinntekter ikke er i strid med skatteavtaler utformet i samsvar med OECDs mønsteravtale. OECDs modellavtale er uendret etter revisjonen av OECD kommentarene.

2.3.3 Utenlandsk rettspraksis og administrativ praksis

2.3.3.1 *Bricom* saken (UK 1997)

Den første saken vi kjenner til er den britiske *Bricom* saken. CFC-selskapets inntekter besto av passive inntekter (renteinntekter).

Court of Appeal la til grunn at *Bricom* (aksjonæren/morselskapet) gjennom CFC-beskatningen ikke ble skattlagt for CFC-selskapets "renteinntekter", men bare for et "abstrakt" beløp som ble beregnet på grunnlag av datterselskapets renteinntekt. Domstolen konkluderte derfor med at CFC-beskatningen i den aktuelle sak ikke var gjennomført i strid skatteavtalens regler om renteinntekter.

Rettsanvendelsen i *Bricom* har et sterkt preg av anglo-amerikansk rettstradisjon, og legger liten vekt på de underliggende reelle forhold. Uansett er det på det rene at domstolen ikke hadde foranledning til å ta stilling til om *aktive* inntekter kan rammes av CFC-lovgivning. Dessuten rammet de britiske CFC-reglene i liten eller ingen grad aktive inntekter. *Bricom* kan derfor ikke tas til støtte for at skatteavtalene tillater CFC-beskatning av f. eks. produksjonsvirksomhet etablert i et lavskattelend.

2.3.3.2 *Schneider* saken (Frankrike 2002)

Denne saken gjaldt også et CFC-selskap som hadde passive inntekter (utbytte). Den franske høyesterett i skattesaker (*Conseil d'Etat*) konkluderte med at CFC-beskatning av morselskapet ville være i strid med skatteavtalens art 7(1), som bygget på OECDs modellavtale. Det følger av dommen at enhver CFC-beskatning av en inntekt som i *realiteten* er næringsinntekten til CFC-selskapet, er i strid med Frankrikes skatteavtaleforpliktelser, med mindre CFC-selskapet har fast driftssted i Frankrike.

2.3.3.3 *A Oyj Abp* saken (Finland 2002)

Den finske saken gjaldt CFC-beskatning av inntekter fra et basisselskap (belgisk koordineringscenter), og ble avgjort av den finske høyesterett i skattesaker. Domstolen la til grunn at inntekten fra basisselskapet var av passiv karakter, men uttalte også at skattlegging av aktive inntekter ville være i strid med skatteavtalen.

Rederiskatteutvalgets forutsetning om at resultatet i den finske saken støtter innføring av CFC-skatt på aktive inntekter er således ikke riktig.

2.3.3.4 De to svenske sakene (ikke rettskraftig 2005)

Den svenske *Skatterättsnämnden* har i to saker konkludert med at CFC-beskatning av *passive* inntekter ikke var i strid med skatteavtaler som bygget på OECDs modellavtale. Nemnda hadde ikke foranledning til å ta stilling til skillet mellom aktive og passive inntekter. De svenske reglene rammer dessuten i liten grad aktive inntekter. Nemnda konkluderte imidlertid med at CFC-beskatning ville være i strid med *EF-traktaten* i den ene av de to sakene.

2.3.4 Forholdet til EØS-avtalen

NOKUS-reglene kan ikke anvendes på inntekt av industri, normal handel og tjenesteyting oppbåret av selskaper omfattet av EØS-avtalen. Dette skyldes at etablering av et datterselskap som skal utøve en slik aktiv forretningsvirksomhet i en annen EØS-stat ikke kan betegnes som et fullstendig kunstig arrangement med formål å omgå skattereglene. Anvendelse av NOKUS-reglene på denne type inntekter vil derfor være i strid med EØS-avtalens bestemmelser om etableringsretten og fri bevegelighet av kapital.

2.3.5 Konklusjon (hovedsynspunkt *de lege lata*)

Hovedsynspunktet er at NOKUS-beskatning av inntekter fra industri, alminnelig handel, tjenesteyting og annen aktiv virksomhet oppbåret av selskaper som er omfattet av en skatteavtale eller EØS-avtalen vil komme i strid med Norges forpliktelser etter skatteavtaler inngått med andre land og EØS-avtalen, idet NOKUS-reglene i så fall vil bli anvendt utenfor misbrukssituasjoner.

Våre undersøkelser har vist at det ikke finnes rettspraksis i andre land som gir støtte til CFC-beskatning av inntekt av industrivirksomhet og normal handel og tjenesteyting. Både skatteavtalenes ordlyd, kommentarene og rapporter fra OECD, samt EØS-avtalen og to utenlandske høyesterettsavgjørelser viser at det vil være i strid med skatteavtalen å gjennomføre CFC-beskatning av inntekt av aktiv virksomhet. Verken norsk administrativ praksis eller praksis fra andre OECD-land som Storbritannia, Frankrike, Finland og Sverige, kan tas til inntekt for at CFC-beskatning av inntekt fra produksjon, og normal handel og tjenesteyting er i samsvar med skatteavtaler basert på OECDs mønsteravtale.

I alle tilfeller mener vi at dersom 2003-revisjonen av kommentarene hadde medført en materiell endring som åpnet for CFC-beskatning av inntekt av industrivirksomhet, normal handel og tjenesteyting, ville endringen bare i begrenset grad kunne gis virkning på NOKUS-selskaper omfattet av en skatteavtale eller EØS-avtalen.

Skatteavtalenes og EØS-rettens begrensninger innebærer således at Norge bare kunne ha anvendt NOKUS-reglene på aktive inntekter oppbåret av selskaper omfattet av en skatteavtale mellom Norge og en av de åtte OECD-statene som *ikke* er part i EØS-avtalen og som ikke har reservert seg mot 2003-revisjonen. Disse statene er Australia, Canada, Japan, Korea, Mexico, New Zealand, Tyrkia og USA. De fleste av disse landene er for øvrig høyskatteland, med den følge at det ikke vil være aktuelt å anvende NOKUS-reglene.

2.4 Hovedsynspunkt *de lege ferenda*

2.4.1 Formålsbetraktninger

2.4.1.1 CFC-lovgivningens anerkjente formål

CFC-regler har som sitt hovedformål å forhindre *skattemotivert kapitalflukt*. CFC-lovgivningens legitime formål er i følge kommentarene å beskytte "*the domestic tax base*".¹ En lovgivning rettet mot skatteplanlegging som undergraver det nasjonale skattefundamentet antas normalt ikke å stride mot skatteavtalene, selv om reglene kan ha negative bivirkninger for skattyterne (rapportering, likviditetseffekter og periodiseringsvirkninger). Det er dette hensynet som ligger til grunn for den eksisterende NOKUS-lovgivningen.

2.4.1.2 Rederiskatteutvalgets målsetning

Rederiskatteutvalgets forslag innebærer imidlertid at NOKUS-reglene skal benyttes som et middel for å oppnå *kapitaleksportnøytralitet*, dvs. den form for "nøytralitet" som tilstreber at alle skattytere bosatt i Norge skattlegges med samme skattesats som i Norge, uansett om skattyterens investering skjer i eller utenfor Norge. Motsetningen til prinsippet om *kapitaleksportnøytralitet*, er *kapitalimportnøytralitet*, som tilstreber en "nøytralitet" som fører til at investeringer innenfor ett land skattlegges likt, uansett om vedkommende investor i siste instans er hjemmehørende i et annet land eller ikke.

¹ OECDkomm art 1 pkt 23.

Hovedargumentet til fordel for kapitalimportnøytralitet er at konkurranseevnen til selskaper som driver internasjonal virksomhet ikke påvirkes av skattleggingen i morselskapets hjemstat. Kapitaleksportnøytralitet som strekkes så langt at industrivirksomhet, normal handel og tjenesteyting CFC-beskattes, fører *de facto* til at én stats skattefundamenter (virksomhetsstaten) trekkes inn som grunnlag for beskatning i en annen stat, selv om skattefundamentet ikke har noen reell eller legitim tilknytning til morselskapets hjemstat. En skattlegging som i praksis innebærer at andre staters skattefundamenter trekkes inn til beskatning i morselskapets hjemstat, går utover CFC-lovgivningens egentlige formål, å beskytte det nasjonale skattefundamentet.

2.4.1.3 Konklusjon (formålsbetraktninger)

Dette innebærer at nåværende avgrensning av adgangen til å CFC-beskatte inntekter, som innebærer at NOKUS-beskatning ikke skal foretas dersom NOKUS-selskapet er omfattet av en av Norges skatteavtaler og ikke har inntekter som "*hovedsakelig er av passiv karakter*", er en hensiktsmessig og rettslig holdbar avgrensning, utenfor EØS-avtalen. Nåværende avgrensning har for øvrig vært praktisert i snart 15 år (siden inntektsåret 1992), og er således vel innarbeidet. Innføring av en ny avgrensning vil skape nye og unødvendige tolkningsproblemer, som vil skape merarbeid så vel for skattyterne som for ligningsmyndighetene. Følgelig bør nåværende avgrensning av adgangen til å CFC-beskatte inntekter, med de modifikasjoner som følger av EØS-retten, videreføres.

2.4.2 Forholdet til tilordningsreglene

2.4.2.1 Tilordningsreglene i norsk intern rett

I henhold til reglene om *tilordning* i norsk skatterett skal en inntekt tilordnes det subjekt som etter det underliggende forhold (*privatrettslig, trygderettslig, osv*) har rett til inntekten. Dette er en innlysende, og den eneste naturlige, regel for tilordning. En slik regel vil innebære at den økonomiske og likviditetsmessige belastningen som beskatningen fører til blir pålagt den skattyter som har rett til inntekten.

NOKUS-reglene er et brudd med ordinære tilordningsregler, fordi aksjonæren i et selskap tilordnes selskapets inntekter, til tross for at selskapets overskudd ikke er utdelt som utbytte. For passive inntekters vedkommende vil en slik beskatning kunne forsvares med at eierselskapet normalt vil kunne påvirke CFC-selskapet til å dele ut overskuddet som utbytte, forutsatt at eierselskapet har kontroll over datterselskapet. For holdingselskaper mv vil det normalt ikke skape store problemer å gjennomføre nødvendige utbytteutdelinger. De praktiske problemene knyttet til skattlegging av eierselskapet på basis av datterselskapets inntekt vil derfor normalt kunne håndteres for passive inntekter.

For industrivirksomhet og annen aktiv virksomhet kan dette stille seg annerledes. Hvis CFC-selskapet har gjennomført betydelige investeringer i utlandet, vil det ikke alltid være mulig å dele ut overskuddet det enkelte år som utbytte, bl a fordi overskuddet må benyttes i virksomheten fremover. Når utbytte vanskelig kan tas ut av CFC-selskapet av slike grunner, vil CFC-beskatning ha en reell og hemmende virkning på morselskapet, og kan i konkrete tilfeller få karakter av skattlegging i morselskapets hjemstat av inntekter som ikke er opptjent av morselskapet.

CFC-beskatning av denne type virksomhet vil dermed gå langt ut over reglenes egentlige formål, nemlig å forhindre undergravning av skattefundamentet i morselskapets hjemstat.

2.4.2.2 Tilordningsreglene for virksomhetsinntekter i skatteavtalene

Skatteavtalene bestemmer også at tilordningen av inntekt skal skje til det foretak som har oppebåret inntekten, jf art 7(1) i OECDs modellavtale. Ettersom morselskapet ikke har opptjent datterselskapets inntekt, er det ikke grunnlag for å tilordne inntekten til morselskapet.

2.4.2.3 Er CFC-inntekten en "abstrakt" inntekt forskjelling fra inntekten til CFC-selskapet?

Teoretisk kan man argumentere med at den inntekt som tilordnes deltakere i et CFC-selskap er en *annen inntekt* enn den inntekt som CFC-selskapet har oppebåret gjennom sin virksomhet. Men det er et faktum at morselskapet ikke har tjent en tilsvarende faktisk inntekt som kan gjøres til gjenstand for skattlegging. Hevder man at det kun er en "abstrakt" inntekt som skattlegges, og at det ikke er inntekten til CFC-selskapet som er *den reelle basis* for at man skattlegger morselskapet, kan dette være i strid med Grunnloven og EMK. Det er faktiske fordeler som kan gjøres til gjenstand for "beskatning" etter Grunnloven og EMK Protokoll 1 art 1.

Uansett fremstår det nærmest som en kontruert begrunnelse for skattlegging når det hevdes at det ikke er CFC-selskapets inntekt som skattlegges på morselskapets hånd, men bare en "abstrakt" inntekt som tilfeldigvis "beregnes" på grunnlag av CFC-selskapets inntekt. Realiteten er at det er den økonomiske tilvekst som er kommet CFC-selskapet til gode, og som er skattlagt lavt i CFC-selskapets hjemstat, som blir gjenstand for skattlegging på morselskapet i morselskapets hjemland. Som fremhevet tidligere, bør lovgiveren begrense norsk beskatning til de tilfellene der det er et reelt grunnlag for å hevde at det er norske skattefundamenter som blir gjenstand for NOKUS-beskatningen. Et slikt reelt grunnlag er vanligvis ikke til stede for industrivirksomhet, normal handel og tjenesteyting i andre land.

2.4.3 Undergravning av folkerettslige forpliktelser

Tilordning av datterselskapers inntekt til morselskapet, på tross av at tilordningen er regulert på en annen måte i skatteavtalene, undergraver skatteavtalene. En slik re-tilordning kan benyttes som et middel for statene til å omgå sine forpliktelser etter skatteavtalene og forrykke den balanse mellom statenes beskatningskompetanse som er etablert gjennom skatteavtalen. Normalt vil en slik skattlegging også ramme investeringer i utviklingsland. Etter vårt syn bør OECD-statene heller bidra til å fremme respekten for folkerettslige avtaler.

2.4.4 Erfaringene i forhold til EØS-avtalen og den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen

Skattemyndighetene i Norge har erfart at internasjonale forpliktelser har lagt begrensninger på utformingen og praktiseringen av skattesystemet. Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon har i flere sammenhenger lagt føringer på praktiseringen av reglene om tilleggsskatt. EØS-avtalen har i en rekke henseende tvunget frem materielle lovendringer også på skatteområdet.

De skattereglene som er blitt ansett for å krenke traktatforpliktelsene i forhold til EØS-avtalen og EMK ble i sin tid vedtatt uten særlig fokus på forholdet til folkeretten. Dette forhold viser at i enkelte sammenhenger på skatterettens område har norske myndigheters tradisjonelle syn på konsekvensen av folkerettslige forpliktelser sviktet. Dette har imidlertid skjedd på områder der lovgiver ikke var oppmerksom på muligheten for konflikt. På det aktuelle området er det derimot fokus på mulig konflikt med folkerettslige forpliktelser. Dette tilsier at lovgiver bør ha en god sikkerhetsmargin i forhold til brudd på skatteavtalene.

2.4.5 Konklusjon (hovedsynspunkt *de lege ferenda*)

Alt i alt innebærer dette at formålsbetraktninger og andre reelle hensyn underbygger hovedsynspunktet *de lege lata*, og således taler mot at Norge innfører lovgivning som gir hjemmel for NOKUS-beskatning av industrivirksomhet, normal handel og tjenesteyting.

2.5 NOKUS-beskatning av inntekt innvunnet av faste driftsteder som er unntatt fra beskatning i Norge

I punkt 8.3.2 i Rederiskattutvalgets utredning uttaler Rederiskatteutvalgets flertall at det er grunn til å vurdere om Norge bør NOKUS-beskatte inntekter innvunnet av faste driftsteder i utlandet, til tross for at driftsstedets inntekt er unntatt fra beskatning i Norge i henhold til den aktuelle skatteavtale.

Dersom et fast driftsstedets inntekt er unntatt fra beskatning i Norge etter skatteavtale med en annen stat, vil NOKUS-beskatning av inntekten klart være i strid med skatteavtaleforpliktelsene. Mønsteravtalen art 23 A, som de fleste unntaksbestemmelser i Norges skatteavtaler bygger på, åpner ikke for at skattyters hjemstat anvender kreditmetoden i stedet for unntaksmetoden eller CFC-beskatter den unntatte inntekt dersom kildestaten beskatter inntekten med lavere satser enn skattyters hjemstat.

Til dette kommer at slik NOKUS-beskatning har en usikker side i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Dette spørsmålet er for tiden til vurdering i EF-domstolen.

3. GJELDENE BESTEMMELSE I SKTL § 10-64

Nåværende sktl § 10-64 bestemmer at skattlegging etter NOKUS-reglene ikke skal foretas dersom det norsk-kontrollerte selskapet eller den norsk-kontrollerte innretningen (heretter også omtalt som "NOKUS-selskapet" og "NOKUS-selskaper") er omfattet av en av Norges skatteavtaler, med mindre selskapets eller innretningens inntekter "*hovedsakelig er av passiv karakter*":

§10-64. Begrensning i skatteplikten/fradragsretten som følge av skatteavtale

Dersom selskapet eller innretningen er omfattet av avtale Norge har inngått med annen stat til unngåelse av dobbeltbeskatning, skal skattlegging etter reglene i §§10-61 til 10-68 ikke foretas med mindre selskapets eller innretningens inntekter hovedsakelig er av passiv karakter.

Bestemmelsen ble ansett nødvendig av hensyn til Norges skatteavtaleforpliktelser, hvilket ble påpekt i bestemmelsens forarbeider:

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.²

Bestemmelsens formål er også påpekt i Rederiskatteutvalgets utredning:

Etter gjeldende regler kan NOKUS-beskatning ikke anvendes overfor aksjonærer i selskaper som omfattes av en skatteavtale, med mindre selskapets inntekter er av hovedsakelig passiv karakter, jf. skatteloven § 10-64. En viktig grunn til at en valgte å avgrense virkeområdet for NOKUS-reglene på denne måten, var at en ønsket å forsikre seg om at anvendelsen av reglene ikke skulle komme i strid med internasjonale forpliktelser i henhold til skatteavtalene.³

4. FORSLAGET FRA REDERISKATTEUTVALGETS FLERTALL OM ENDRING AV SKTL § 10-64

4.1 Flertallets forslag

Rederiskatteutvalgets flertall gir uttrykk for at NOKUS-beskatning i prinsippet bør gjennomføres uten hensyn til hvilken type inntekt som NOKUS-selskapet oppebærer:

I prinsippet mener flertallet derfor at NOKUS-beskatning bør gjennomføres uten hensyn til hva slags type inntekt som oppebæres av det aktuelle NOKUS-selskapet eller den aktuelle NOKUS-innretningen.⁴

Flertallet foreslår derfor at NOKUS-beskatning også skal finne sted i forhold til NOKUS-selskaper omfattet av norske skatteavtaler, selv om ikke selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter:

Utvalgets flertall mener at anvendelsesområdet for NOKUS-reglene må utvides, slik at eiere av selskaper og innretninger som omfattes av skatteavtaler skal kunne NOKUS-beskattes også der selskapets eller innretningens inntekter ikke er av hovedsakelig passiv karakter.⁵

...

Utvalgets flertall mener derfor at NOKUS-reglene bør endres på dette punktet, slik at de innrettes mot flere typer inntekter, også for eiere av selskaper og innretninger som omfattes av en skatteavtale.⁶

Flertallet antar likevel at det i første omgang ikke er hensiktsmessig å gjøre NOKUS-reglens anvendelsesområde helt uavhengig av inntektstype i forhold til eiere av selskaper og innretninger som omfattes av en skatteavtale. Årsaken til dette er blant annet hensynet til å bevare NOKUS-reglens karakter av å være regler som beskytter mot skattetilpasninger i form utflytting av særlig mobile

² Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.12 s 82. Jf også Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.7 s 75.

³ NOU 2006:4 punkt 8.5.1 s 109.

⁴ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 106.

⁵ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 105.

⁶ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 105.

skattegrunnlag. Flertallet foreslår derfor i første omgang å erstatte definisjonen av passive inntekter i skatteloven § 10-64 med en ny definisjon av "passive inntekter og basisselskapsinntekter":

*Flertallet antar likevel at en praktisk tilnærming kan være at NOKUS-reglens anvendelsesområde i forhold til eiere av selskaper og innretninger som omfattes av en skatteavtale i første omgang utvides noe, men ikke gjøres helt uavhengig av inntektstype. NOKUS-reglene kan da i større grad bevare sin karakter av å være regler som beskytter mot skattetilpasninger i form utflytting av særlig mobile skattegrunnlag. Dette kan også gjøre det lettere å tilpasse reglens anvendelsesområde i forhold til mulige begrensninger som følge av skatteavtaler (jf. nærmere under avsnitt 8.5 om dette). **Denne tilnærmingen innebærer den gjeldende definisjonen av passive inntekter i skatteloven § 10-64 erstattes med en ny definisjon av passive inntekter og basisselskapsinntekter (uthevet her)**⁷*

4.2 Flertallets syn på NOKUS-reglens forhold til Norges skatteavtaleforpliktelser

I sin utredning drøfter Rederiskatteutvalget spørsmålet om skatteavtalene er til hinder for anvendelse av CFC-regler.⁸ Utvalgets flertall viser til at et stort flertall av OECDs medlemsstater i dag er av den oppfatning at CFC-lovgivning ikke er prinsipielt uforenlig med OECDs mønsteravtale, men at fem OECD-stater (Nederland, Sveits, Belgia, Irland og Luxembourg) eksplisitt har gitt uttrykk for at de er uenig i denne oppfatning.

Gjennom sine uttalelser anerkjenner imidlertid også utvalgets flertall at skatteavtalene begrenser hvor vidtrekkende CFC-reglene kan være. For det første uttaler flertallet at skatteavtaler som bygger på OECDs mønsteravtaler oppstiller "visse skranker" for hvor vidtrekkende CFC-lovgivning kan være uten å komme i konflikt med avtalens prinsipper, når det ikke er tatt forbehold ved avtaleinngåelsen:

*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 (uthevet her).*⁹

Derneft uttaler flertallet riktignok at skatteavtalene ikke innebærer noe "entydig forbud" mot anvendelse av NOKUS-lovgivning overfor selskaper mv med aktiv virksomhet.

*Etter utvalgets 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 (uthevet her).*¹⁰

I dette ligger at skatteavtalene, etter utvalgets syn, likevel innebærer visse skranker mot anvendelse av NOKUS-lovgivning overfor selskaper med aktiv virksomhet.

Endelig påpeker flertallet at kommentarene til kommentarene "i større grad enn før" åpner for at også aktiv virksomhet kan omfattes av nasjonal CFC-lovgivning:

*Utvalget viser også til at OECD-kommentarene nå, **i større grad enn før**, synes å åpne for at også aktiv virksomhet omfattes. Det vises til at OECDs Skattekomité ved 2003-revisjonen av kommentarene til mønsterskatteavtalen unnlot å videreføre den tidligere formulering i punkt 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 til den annen stat (uthevet her).*¹¹

⁷ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 106.

⁸ NOU 2006:4 punkt 8.5.1 s 109 flg.

⁹ NOU 2006:4 punkt 8.5.1 s 110.

¹⁰ NOU 2006:4 punkt 8.5.1 s 110.

¹¹ NOU 2006:4 punkt 8.5.1 s 111.

Også i dette ligger at kommentarene, etter utvalgets syn, fremdeles innebærer visse skranker for anvendelse av NOKUS-lovgivning overfor selskaper med aktiv virksomhet.

5. INNDELING I INNTEKTSTYPER: "PASSIVE" INNTEKTER, "AKTIVE" INNTEKTER OG "BASISSELSKAPSINNTEKTER"

5.1 Tema

Rederiskatteutvalgets flertall antar altså at NOKUS-reglene som en "*praktisk tilnærming*" bør få anvendelse på "passive" inntekter og "basisselskapsinntekter", som må ses i motsetning til "aktive" inntekter.

Som en bakgrunn for høringsuttalelsen vil vi i dette hovedavsnitt gjøre nærmere rede for de tre inntektstyper, samt knytte noen kommentarer til den definisjon av "passive" inntekter og "basisselskapsinntekter" som Rederiskatteutvalgets flertall tar til ordet for.

5.2 "Passive" inntekter

Begrepet "passive" inntekter er ikke definert i skatteloven.

NOKUS-reglenes forarbeider gjør imidlertid nærmere rede for begrepets innhold. Det fremgår her at "passive" inntekter i første rekke omfatter inntekter fra passiv kapitalforvaltning, utleieinntekter hvor utleieaktiviteten ikke forutsetter aktivitet av betydning og inntekter fra gjennomstrømningselskaper.

I OECD-rapporten "Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income" fra 1996 er "passive" inntekter presisert som kapitalinntekter generert av porteføljeinvesteringer.¹² Som hovedeksempler på "passive" inntekter nevner rapporten (i) renter, med unntak av renter oppebåret av banker og andre finansinstitusjoner, (ii) leieinntekter og royalty, forutsatt at inntekten ikke er generert gjennom kommersiell virksomhet, (iii) utbytte på porteføljeinvesteringer og (iv) kapitalgevinster ved salg av eiendeler som ikke har inngått som bestanddel i en aktiv virksomhet.¹³

"Passive" inntekter kjennetegnes ved at den inntektskilde som genererer inntektene er svært mobil i den forstand at inntektskilden uten vesentlige kostnader og bestrebelser, og dessuten raskt, kan flyttes fra en jurisdiksjon til en annen, og at det derfor er relativt enkelt å allokere inntektskilden til rettssubjekter hjemmehørende i lavskattelend i den hensikt å spare skatt.¹⁴ Hensynet til å forhindre skattemotivert kapitalflukt, hvilket er hovedformålet med CFC-lovgivning, jf nedenfor, tilsier derfor at CFC-lovgivning rammer denne type inntekter.

5.3 "Aktive" inntekter

Heller ikke begrepet "aktive" inntekter er definert i skatteloven.

"Aktive" inntekter må ses i motsetning til "passive" inntekter, og omfatter inntekter oppebåret gjennom økonomiske aktivitet som er av et visst omfang og som skjer for skattyters regning og risiko. En parallell kan trekkes til grensen for hva som kan anses som "næringsvirksomhet" i norsk skatterett, hvor et vilkår for at en aktivitet skal anses som "næringsvirksomhet" er at den har et visst omfang.¹⁵

¹² OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 49.

¹³ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 49 et seq.

¹⁴ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 49.

¹⁵ F eks Lignings-ABC 2005 s 736 punkt 3.1.

Inntekter fra industriell virksomhet, produksjonsvirksomhet, salgsvirksomhet, tjensteyting overfor tredjemenn og virksomhet av annen kommersiell karakter må klart nok anses som "aktive" inntekter.¹⁶

Hvorvidt en aktivitet kan anses som "aktiv" avhenger ikke av dens art, men derimot av dens omfang. Svært mange virksomheter kan derfor i prinsippet være "aktive", dersom aktiviteten har et visst omfang.

5.4 "Basisselskapsinntekter"

"Basisselskapsinntekter" er heller ikke definert i skatteloven.

Slike inntekter kan etter omstendighetene være enten "passive" eller "aktive" inntekter. Denne inntektstypen, og dens avgrensning, må anses å være mer uklar enn avgrensningen av "passive" og "aktive" inntekter. Av denne grunn unnlot OECD-rapporten "Double taxation conventions and the use of base companies", vedtatt av OECD rådet den 27. november 1986, å definere begrepet.¹⁷

Typiske eksempler på "basisselskaper" er selskaper etablert i et lavskatteland som (i) utelukkende eller i det alt vesentlige gjennomfører transaksjoner med nærstående selskaper, eller som (ii) utelukkende eller i det alt vesentlige gjennomfører transaksjoner som ikke har noen tilknytning til det land selskapet er etablert i, typisk transaksjoner bestående av salg av varer og tjenester til selskaper hjemmehørende i høyskatteland, enten til hjemstaten til basisselskapets aksjonærer eller et tredjeland.¹⁸ Momenter som taler for å klassifisere et selskap som et "basisselskap" kan være at selskapet ikke er i stand til å utøve sin virksomhet uten ekstern bistand i form av personell, driftsmidler og lokaler og at selskapets inntekter er uforholdsmessig høye i forhold til den økonomiske aktivitet som utøves av selskapet.¹⁹ Ofte vil virksomheten bestå i å yte konserninterne finans- og forsikringstjenester, men kan også gjelde andre typer konserninterne tjenester som f eks regionale ledelsesfunksjoner innenfor et konsern. Derimot vil utøvelse av tradisjonell industrivirksomhet, for eksempel produksjonsvirksomhet, og salg av varer og tjenester til tredjemann, ikke bli ansett for å generere basisselskapsinntekter.

5.5 Rederiskatteutvalgets flertalls definisjon av "passive" inntekter og "basisselskapsinntekter"

I sin utredning uttaler Rederiskatteutvalgets flertall at inntekter fra internasjonal sjøfart bør omfattes av definisjonen av passive inntekter og basisselskapsinntekter, som altså foreslås rammet av NOKUS-reglene:

*Inntekter fra internasjonal sjøfart kan og bør omfattes av definisjonen av passive inntekter og basisselskapsinntekter.*²⁰

Uttalelsen ser ut til å bygge på at inntekter fra internasjonal sjøfart etter sin art og uten videre skal anses som passive inntekter eller basisselskapsinntekter, uten en nærmere vurdering. Etter vårt syn kan ikke dette være riktig: Vurderingen av om en inntekt er "passiv" eller "basisselskapsinntekt" avhenger av *omfanget* av og den *personelle og geografiske* målgruppen til den virksomhet som genererer inntekten, herunder hvilke funksjoner som utøves og hvilke personer og hvilket geografisk område virksomheten er rettet mot, - og ikke av virksomhetens *art*. Også inntekter fra internasjonal fart (luftfart og skipsfart) må derfor vurderes konkret for å avgjøre om inntektene er passive eller

¹⁶ Jf Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.7 s 76.

¹⁷ OECD, *Double taxation conventions and the use of base companies*, (Paris1986) punkt 8.

¹⁸ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 55 og Fontana, "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1", *European Taxation* (2006) s 260.

¹⁹ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 55 og 59-60.

²⁰ NOU 2006: 4 punkt 8.3.3 s 106.

aktive inntekter. I den grad inntektene er aktive, vil CFC-beskatning av inntektene kunne være i strid med Norges skatteavtaler, fordi de fleste skatteavtalene tillegger *eksklusiv* beskatningsrett ("*shall be taxable only*") til den staten der den virkelige ledelsen av rederivirksomheten utøves, jf OECDs modellavtale art. 8. Hvis denne staten ikke er den samme som aksjonærens bostedsstat, kan det ikke være akseptabelt at sistnevnte stat CFC-beskatter rederiinntekten.

6. RETTSLIGE SKRANKER FOR CFC-BESKATNING AV AKTIVE INNTEKTER

6.1 Innledning

I utgangspunktet foreslår Rederiskatteutvalgets flertall, som en "*praktisk tilnærming*", at "*definisjonen av passive inntekter i skatteloven § 10-64 erstattes med en ny definisjon av passive inntekter og basisselskapsinntekter*"²¹. Av utredningen fremgår imidlertid at flertallet "*[i] prinsippet mener ... at NOKUS-beskatning bør gjennomføres uten hensyn til hva slags type inntekt som oppbæres av det aktuelle NOKUS-selskapet eller den aktuelle NOKUS-innretningen*".²² Rederiskatteutvalgets utredning foranlediger derfor en vurdering av om NOKUS-beskatning av aktive inntekter vil være forenlig med Norges internasjonale forpliktelser.

Vi er av den oppfatning at CFC-/NOKUS-beskatning av aktive inntekter oppbåret av selskaper omfattet av en av Norges skatteavtaler vil være i strid med rettslige skranker i skatteavtaleretten. En eventuell endring av sktl § 10-64 kan derfor ikke medføre at NOKUS-reglene får anvendelse på alle typer aktive inntekter oppbåret av et norsk-kontrollert selskap som er omfattet av en skatteavtale.

Vi er videre av den oppfatning at CFC-/NOKUSbeskatning av aktive inntekter er frarådelig *de lege ferenda*.

I det følgende vil vi gjøre nærmere rede for og begrunne denne oppfatning.

6.2 Bestemmelsene i OECDs mønsteravtale

Mange av Norges skatteavtaler er i det vesentlige utformet i samsvar med OECDs mønsteravtale. Vurderingen av om CFC-lovgivning kan komme i konflikt med skatteavtalenes bestemmelser kan derfor hensiktsmessig ta utgangspunkt i en tolkning av mønsteravtalens bestemmelser.

Norges skatteavtaler er folkerettslige traktater som skal fortolkes i samsvar med fortolkningsreglene i art 31 flg i Wien konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Wien-konvensjonens hovedprinsipp er at en traktet skal fortolkes i samsvar med sin ordlyd. Det vises til Wien-konvensjonens art 31(1), som lyder slik:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose.

OECDs mønsteravtale inneholder flere bestemmelser som etter sin ordlyd klart trekker i retning av at CFC-beskatning *som sådan* vil være i strid med en skatteavtale som bygger på bestemmelsen.

Én slik bestemmelsen er OECD art 7(1), som bestemmer at fortjenesten til en selskap hjemmehørende i en avtalestat *bare* kan beskattes i vedkommende stat (hjemstaten) med mindre selskapet utøver virksomhet gjennom et fast driftssted i den andre avtalestaten:

The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.

NOKUS-reglene innebærer *de facto* at Norge beskatter overskuddet til et norsk-kontrollert selskap hjemmehørende i et annet land, til tross for at selskapet ikke har noe fast driftssted i Norge. For

²¹ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 106.

²² NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 106.

ordens skyld påpekes i denne sammenheng at et norsk selskap ikke kan anses for å ha et fast driftssted i en annen stat bare fordi det norske selskapet kontrollerer et datterselskap i den annen stat, jf mønsteravtalen art 5(7):

The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other.

En annen bestemmelse som etter sin ordlyd klart trekker i retning av at CFC-beskatning vil være i strid med en skatteavtale som bygger på bestemmelsen, er mønsteravtalen art 8(1). I henhold til bestemmelsen skal fortjeneste oppebåret ved driften av skip eller luftfartøy i internasjonal fart bare skattlegges i den stat hvor stedet for virksomhetens virkelige ledelse ligger:

Profits from the operation of ships or aircraft in international traffic shall be taxable only in the Contracting State in which the place of effective management of the enterprise is situated.

NOKUS-reglene kan, hvis de endres, reelt sett innebære at Norge beskatter fortjeneste oppebåret driften av skip eller luftfartøy i internasjonal fart til tross for at virksomhetens virkelige ledelse ikke ligger i Norge.

Ordlyden i skatteavtalene vil gjennomgående tale for at CFC-beskatning er i strid med skatteavtalen, både i forhold til passive og aktive inntekter, herunder også basisselskapsinntekter. En annen sak er at det er alminnelig antatt at en skatteavtalestat kan anvende internrettslige regler som skal forhindre omgåelse, misbruk og skattemotivert kapitalflukt uten hinder av skatteavtalens ordlyd, jf nedenfor

6.3 OECD-rapporter

Spørsmålet om CFC-beskatning av *aktive* inntekter vil være i strid med mønsteravtalen er berørt i flere rapporter publisert av OECD, som dels ble vedtatt før spørsmålet ble berørt i kommentarene.

Det vises for det første til rapporten "Double taxation conventions and the use of base companies", vedtatt av OECD-rådet den 27. november 1986. I rapporten punkt 47 uttales det at det vil være i strid med generelle prinsipper som OECDs mønsteravtale bygger på, og med skatteavtalenes ånd generelt, dersom foranstaltninger som skal forhindre uakseptabel bruk av basisselskaper blir benyttet på aktiviteter som produksjon, normal tjenesteyting eller handel utøvet av selskaper som er involvert i reelle industrielle eller kommersielle aktiviteter, når aktivitetene er klart knyttet til det økonomiske miljøet i det land der selskapene er hjemmehørende og i en situasjon hvor aktivitetene utøves slik at ingen skatteomgåelse kan bli antatt å foreligge:

*Whilst the Majority of OECD Member countries thus accepts counteracting measures as a necessary means of maintaining equity and neutrality of national tax laws in an international environment characterised by very different tax burdens, it firmly adds that such measures should be used only for this purpose. **It would be contrary to the general principles underlying the OECD Model Convention and to the spirit of tax treaties in general if counteracting measures were to be extended to activities such as production, normal rendering of services or trading of companies engaged in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected.** Counteracting measures should not be applied to countries in which taxation is comparable to that of the country of residence of the taxpayer. It is also of relevance that a country's willingness to co-operate effectively with other tax administrations will normally be a strong deterrent to use base companies in that country (uthevet her).*

Den samme tendens kan spores i rapporten "Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income", som ble vedtatt av OECD-rådet i juni 1996. Det vises til kapittel VIII, "[c]onclusions", på s 96 følgende. På side 100 vises det til at det er generell enighet blant OECD-landene om at CFC-lovgivning kan ramme passive inntekter og basisselskapsinntekter, selv om inntektstypene ikke har noen klart avgrenset definisjon:

*There is a general agreement that the regime must apply to **passive income**, although precisely defining passive income is difficult... .*

...

*There is also a general agreement that certain forms of **base company income** should be considered tainted income, although the exact definition of base company income does vary amongst countries (uthevet her).*

Motsetningsvis er det ikke generell enighet blant OECD-landene om at CFC-lovgivning kan ramme aktive inntekter. Dette er da også naturlig, idet det verken på tidspunktet for rapportens vedtakelse eller i dag er noen generell enighet blant OECD-landene om at CFC-lovgivning kan ramme aktive inntekter. Det vises her også til kapittel III C, s 45 flg, i rapporten, som særskilt omhandler hvilke inntektstyper som rammes av CFC-lovgivning i OECD-statene. Bortsett fra CFC-lovgivningen i Sverige og New Zealand, sondret CFC-lovgivningen i alle OECD-statene som hadde CFC-lovgivning på tidspunktet for rapportens vedtakelse mellom ulike typer inntekt. Et gjennomgående trekk var at aktive inntekter ikke ble rammet av CFC-lovgivningen:

*As far as the remaining 12 regimes [dvs utover det svenske og new zealandske] are concerned, three general types of income can be distinguished: passive investment income, active business income and base company income. In general, all 12 regimes seek to eliminate the benefit of deferral for passive income (such as interest, portfolio dividends, royalties and rents received by CFC's), **while active business income is generally exempt from the regime.** Most of these regimes also seek to eliminate the benefit of deferral for certain types of base income, although there are significant variations in the meaning of base company income for these purposes (uthevet her).²³*

6.4 Kommentarene før revisjonen i 2003

Før 2003-revisjonen av kommentarene var nasjonale foranstaltninger med formål å hindre misbruk, som CFC-regler, omtalt i OECDkomm art 1 punkt 22 flg. CFC-regler ble riktignok i liten grad direkte omtalt, men omfattes av den generelle kategori omgåelses- og misbruksregler som ble omtalt, jf OECDkomm art 1 punkt 22 slik den lød før 2003-revisjonen.

Tidligere OECDkomm art 1 punkt 23 uttalte at majoriteten blant OECD-statene antok at misbruksregler i utgangspunktet må betraktes som en del av de grunnleggende internrettslige skatteregler med formål å avgjøre hvilke omstendigheter som gir grunnlag for skatteforpliktelser, at disse reglene ikke berøres av skatteavtaler og at reglene derfor heller ikke påvirkes av skatteavtaler. Det fremgår at statene likevel var uenige om i hvilken grad misbruksregler vil kunne komme i konflikt med skatteavtalene. Av tidligere OECDkomm art 1 punkt 24 fremgår at enkelte stater var av det syn at nasjonale misbruksregler bare kan gis forrang fremfor skatteavtaler dersom skatteavtalen eksplisitt åpner for dette. Flertallet av stater antok på sin side at misbruksreglene kan anvendes uten at teksten i den aktuelle skatteavtale eksplisitt åpner for dette. Av tidligere OECDkomm art 1 punkt 25 fremgår imidlertid at statene var enige om at statene nøye måtte overholde sine forpliktelser etter skatteavtalen dersom det ikke er grunnlag for å hevde at skatteavtalen har blitt misbrukt, og om at skattyterne må få nyte godt av skatteavtalebeskyttelse utenfor misbrukstilfelle:

...there is agreement that the Member countries should carefully observe the specific obligations enshrined in tax treaties, as long as there is no clear evidence that the treaties are being improperly used. Furthermore, it seems desirable that counteracting measures comply with the spirit of tax treaties with a view to avoiding double taxation. Where the taxpayer complies with such counteracting measures, it might furthermore be appropriate to grant him the protection of the treaty network.

I tidligere OECDkomm art 1 punkt 26 var det videre inntatt en bestemmelse som i all hovedsak tilsvarte ovennevnte punkt 47 i rapporten "Double taxation conventions and the use of base companies", vedtatt av OECD rådet den 27. november 1986. I punkt 26 ble det således uttalt at det vil være i strid med generelle prinsipper som OECDs mønsteravtale bygger på, og med skatteavtalenes ånd generelt, dersom CFC-lovgivning får anvendelse på aktiviteter som produksjon, normal tjenesteyting eller handel utøvet av selskaper involvert i reelle industrielle eller kommersielle aktiviteter, når aktivitetene er klart knyttet til det økonomiske miljøet i det land der selskapene er hjemmehørende og i en situasjon hvor aktivitetene utøves slik at ingen skatteomgåelse kan bli antatt å foreligge:

The Majority of Member countries accept counteracting measures as necessary means of maintaining equity and neutrality of national tax laws in an international environment

²³ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (juni 1996), s 46.

characterised by very different tax burdens, but believe such measures should be used only for this purpose. It would be contrary to the general principles underlying the Model Convention and to the spirit of tax treaties in general if counteracting measures were to be extended to activities such as production, normal rendering of services or trading of companies engaged in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected. Counteracting measures should not be applied to countries in which taxation is comparable to that of the country of residence of the taxpayer (uthevet her).

Forut for 2003-revisjonen av kommentarene antok således majoriteten av OECD-statene at nasjonale regler mot misbruk og omgåelse i utgangspunktet var forenlig med skatteavtalene. Av tidligere OECDkomm art 1 punkt 26 fulgte dog at etablering av aktiv og reell næringsvirksomhet i en annen stat ikke kan anses som noe misbruk eller noen omgåelse, og derfor ikke kan rammes av CFC-lovgivning.

6.5 Kommentarene – etter revisjonen i 2003

6.5.1 Bakgrunnen for revisjonen i 2003

Som vi vil komme tilbake til nedenfor, konkluderte franske *Conseil d'Etat*, i en dom av 28. juni 2002, med at Frankrike ikke kunne anvende sin CFC-lovgivning for å beskatte et fransk morselskap for overskuddet til dets sveitsisk datterselskap. Dommens resultat ble begrunnet med at CFC-beskatningen ble ansett å være i strid med art 7(1) i skatteavtalen mellom Frankrike og Sveits, som var identisk med mønsteravtalen art 7(1). Det sveitsiske datterselskapet synes å ha vært et rent holdingselskap med utbytteinntekter fra selskaper som drev virksomhet utenfor Frankrike. Til tross for at det i den konkrete sak således var snakk om CFC-beskatning av *passive* inntekter, eventuelt *basisselskapsinntekter*, konkluderte *Conseil d'Etat* med at skatteavtalen art 7(1) var til hinder for CFC-beskatning. *Conseil d'Etat* antok således at CFC-beskatning vil kunne være i strid med art 7(1) i skatteavtalen, uavhengig av om CFC-selskapet oppbærer passive inntekter, basisselskapsinntekter eller aktive inntekter.

Den rettsoppfatning *Conseil d'Etat* gav uttrykk for var ikke i samsvar med den tradisjonelle holdningen til OECDs skattekomité (OECD Committee on Fiscal Affairs), som er uttrykt i kommentarene og som bygger på at CFC-beskatning av *passive* inntekter og basisselskapsinntekter ikke vil være i strid med skatteavtalene. Det er all grunn til å tro at 2003-revisjonen av kommentarene ble direkte foranlediget av og kom som en reaksjon på dommen til *Conseil d'Etat*. I dette lys fremstår 2003-revisjonen av kommentarene som en *ad hoc*-endring med formål å forhindre at adgangen til å anvende CFC-regler ble *innsnevret* i forhold til hva som tradisjonelt har blitt antatt, og hadde således ikke til formål å *utvide* adgangen til å anvende CFC-regler. Revisjonen i 2003 bygger heller ikke på statspraksis, eller administrativ praksis for øvrig, og er for øvrig ikke resultatet av en systematisk og dyptpløyende gjennomgang av kommentarene.

6.5.2 Revisjonen

For å klargjøre at CFC-beskatning ikke er prinsipielt uforenlig med skatteavtalene, ble det tilføyd en ny OECDkomm art 1 punkt 23, hvor det fremholdes at CFC-lovgivning ikke i prinsippet er i strid med skatteavtalene og at det ikke er nødvendig å presisere dette eksplisitt i en skatteavtale:

The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of Member and non-member countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 10.1 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that interpretation does not accord with the text of the provisions. It does not hold when these provisions are read in their context. Thus, whilst some countries have felt it useful to expressly clarify, in their conventions, that controlled foreign companies legislation did not conflict with the Convention, such clarification is not necessary. It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provision of the Convention.

Resonnementet bak uttalelsen er at CFC-lovgivning ikke innebærer at deltakerne i et CFC-selskap blir CFC-beskattet for *selve* overskuddet til CFC-selskapet, med derimot "kun" innebærer at deltakerne blir beskattet for en inntekt som *beregnes på bakgrunn av* CFC-selskapets inntekt, jf OECDkomm art 7 punkt 10.1 og OECDkomm art 10 punkt 37. Anvendelse av CFC-lovgivning innebærer således bare, i følge OECDs skattekomité, at den stat som anvender lovgivningen beskatter skattytere som er hjemmehørende i vedkommende stat, og ikke at vedkommende stat beskatter overskuddet til et selskap hjemmehørende i en annet stat.

2003-revisjonen av kommentarene innebar også en revisjon av OECDkomm art 1 punkt 26. Etter revisjonen inneholder ikke kommentarene noen uttalelse om hvilke inntektstyper CFC-lovgivning kan anvendes på. I sin nåværende form begrenser bestemmelsen seg til å presisere at CFC-lovgivning ikke skal anvendes dersom CFC-selskapets inntekter er blitt ilagt skatter som er sammenlignbare med skattene i aksjonærens hjemstat:

States that adopt controlled foreign companies provisions or the anti-abuse rules referred to above in their domestic law seek to maintain the equity and neutrality of these laws in an international environment characterised by very different tax burdens, but such measures should be used only for this purpose. As a general rule, these measures should not be applied where the relevant income has been subjected to taxation that is comparable to that in the country of residence of the taxpayer.

6.5.3 2003-revisjonens betydning

6.5.3.1 Generelt

Rederiskatteutvalgets flertall ser ut til å ta 2003-revisjonen av kommentarene til inntekt for at kommentarene åpner for CFC-beskatning av aktive inntekter etter revisjonen.²⁴

Etter vårt syn kan ikke revisjonen tillegges den betydning som den tillegges av Rederiskatteutvalgets flertall, og vi peker i denne sammenheng på følgende:

- (i) Heller ikke etter 2003-revisjonen åpner kommentarene for CFC-beskatning av aktive inntekter.
- (ii) Revisjoner av kommentarene som går utover å *presisere* tidligere versjoner av kommentarene kan ikke tillegges vekt ved tolking av skatteavtaler inngått før revisjonen.
- (iii) Flere OECD-stater har reservert seg mot 2003-revisjonen av kommentarene, herunder revisjonen i OECDkomm art 1 punkt 26. Dersom revisjonen i OECDkomm art 1 punkt 26 hadde medført en materiell endring, kunne derfor ikke endringen ha blitt tillagt vekt ved tolkingen av Norges skatteavtaler med disse statene.
- (iv) Dersom revisjonen i OECDkomm art 1 punkt 26 hadde medført en materiell endring kunne endringer heller ikke ha blitt tillagt vekt ved tolkingen av Norges skatteavtaler med stater som ikke er medlem OECD.

Vi vil gjøre nærmere rede for ovennevnte forhold, og betydningen av dem, i de følgende underavsnitt.

6.5.3.2 Kommentarene har ikke akseptert CFC-beskatning av aktive inntekter

2003-revisjonen av OECDkomm art 1 punkt 26 må leses i lys av revisjonens formål, som altså var å klargjøre at CFC-beskatning av passive inntekter og basisselskapsinntekter ikke vil være i strid med skatteavtalene, - i motsetning til hva *Conseil d'Etat* la til grunn i sin dom av 28. juni 2002. Formålet med revisjonen var således ikke å utvide adgangen til å anvende nasjonal CFC-lovgivning, herunder ikke å åpne for CFC-beskatning av aktive inntekter.

I tråd med dette angir OECDkomm art 1 punkt 26 heller ikke etter 2003-revisjon at aktive inntekter kan CFC-beskattes. 2003-revisjonen innebærer kun at kommentarene ikke lenger inneholder noen uttalelse om hvilke inntektstyper CFC-lovgivning kan anvendes på. Dersom konsekvensen av revisjonen skulle være at det nå, etter flertallet av OECD-staters syn, er anledning til å CFC-beskatte aktive inntekter, ville det ha vært naturlig at dette ble uttalt eksplisitt. Tausheten på dette punkt innebærer derfor at revisjonen ikke kan tas til inntekt for at det nå er anledning for OECD-statene til å

²⁴ NOU 2006: 4 punkt 8.5.1 s 111.

CFC-beskatte aktive inntekter; i fravær av eksplisitte uttalelser kan det ikke legges til grunn at kommentarene gikk fra den ene ytterlighet (sterkt å fraråde CFC-beskatning av aktive inntekter), som har blitt praktisert i flere tiår, til den annen ytterlighet (ikke å oppstille noen begrensninger for CFC-beskatning av aktive inntekter). Denne forståelsen understrekes av det faktum at flere OECD-stater reserverte seg mot 2003-revisjonene i kommentarene, herunder mot revisjonen i OECDkomm art 1 punkt 26, hvilket vi vil komme nærmere tilbake til nedenfor. Vi viser for øvrig til kommentarene, "Introduction", punkt 36, hvor det sterkt fremheves at endringer i ordlyden i mønsteravtalen eller kommentarene ikke nødvendigvis innebærer noen materiell endring; *"the Committee ... disagrees with any form of a contrario interpretation that would necessarily infer from a change to an Article of the Model Convention or to the Commentaries that the previous wording resulted in consequences different from those of the modified wording"*.

CFC-lovgivning er for øvrig omtalt i samme kontekst i kommentarene etter 2003-revisjonen som før 2003-revisjonen, dvs i hovedavsnitt om *"[i]mproper use of the Convention"* (OECDkomm art 1 punkt 7 flg), som altså omhandler misbrukssituasjoner. Etter 2003-revisjonen er CFC-lovgivning i første rekke omtalt i OECDkomm art 1 punkt 23 og 26 (punkt 24 og 25 er henholdsvis opphevet og flyttet). OECDkomm art 1 punkt 23 innleder med å fremholde at *"[t]he use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions"*. Denne uttalelsen setter rammen for temaet i OECDkomm art 1 punktene 23 og 26. Temaet er altså nasjonale foranstaltninger som har til hensikt å motvirke bruk av basisselskaper og andre arrangementer som kan ha preg av misbruk. Lest i denne kontekst, er det heller ikke etter 2003-revisjonen naturlig å forstå OECDkomm art 1 punkt 26 slik at kommentaren åpner for CFC-beskatning av aktive inntekter, idet etablering av selskaper i utlandet som skal utøve aktiv virksomhet ikke kan betraktes som noe misbruk.

Også forhåndsuttalelse avgitt av Sentralskattekontoret for Storbedrifter ("SfS") den 8. februar 2005 støtter det syn at 2003-revisjonen ikke åpner for CFC-beskatning av aktive inntekter. SfS la her til grunn at NOKUS-beskatning av norske andelshavere i finske investeringsfond ikke ville være i strid med art 7(1) i den nordiske skatteavtalen idet de finske investeringsfondenes inntekter var av passiv karakter:

*Med henvisning til uttalelser i forarbeidene la kontoret til grunn at **dersom de inntekter som det var aktuelt å NOKUS-beskatte var av "passiv karakter" slik dette er definert i sktl. § 10-64, ville NOKUS-beskatningen ikke være i strid med norske skatteavtaleforpliktelser.** Kontoret vurderte inntektene i fondene for å være av passiv karakter, og det ble også vist til at inntektene bar preg av passiv kapitalforvaltning i motsetning til slik aktiv kapitalforvaltning som kjennetegner bankvirksomhet. NOKUS-beskatning av fondene kunne derfor etter kontorets syn ikke anses for å være i strid med forpliktelser etter den nordiske skatteavtalen (uthevet her).*²⁵

I uttalelsen ligger at dersom de inntekter som det var aktuelt å NOKUS-beskatte ikke hadde vært av "passiv karakter", men derimot av "aktiv karakter", ville NOKUS-beskatningen være i strid med norske skatteavtaleforpliktelser. Da uttalelsen er avgitt i 2005, og således etter 2003-revisjonen av kommentarene, innebærer uttalelsen at heller ikke SfS anser 2003-revisjonen av kommentarene for å åpne for CFC-beskatning av aktive inntekter.

I den grad forståelsen av OECDkomm art 1 punkt 26 likevel anses uklar, må denne uklarheten være et argument mot at Norge utvider NOKUS-reglens anvendelsesområde til også å omfatte aktive inntekter på det nåværende tidspunkt. Gitt at rettstilstanden i den internasjonale skatterett er uklar på dette punkt, vil det være langt mer hensiktsmessig at Norge avventer den videre utvikling før NOKUS-reglene endres, for derved å unngå de komplikasjoner som vil oppstå dersom Norge trår feil ved sin tolkning av skatteavtalene..

6.5.3.3 Revisjon av kommentarene utover å presisere tidligere versjoner

6.5.3.3.1 Den internasjonale skatterett

Ved tolkingen av en skatteavtale inngått mellom to OECD-stater, må det legges til grunn at den versjonen av kommentarene som gjaldt på det tidspunkt skatteavtalen ble undertegnet/ratifisert skal tillegges stor betydning ved tolkingen av avtalen, når det tas hensyn til kommentarer som én eller

²⁵ Utv 2006/122 punkt 1.3.4 s 133.

begge stater har reservert seg mot.²⁶ I juridisk teori er det blitt utførlig drøftet hvorledes relevansen til kommentarene kan forankres i fortolkningsreglene i art 31 flg i Wien-konvensjonen om traktatretten, men vi finner ikke grunn til å gå nærmere inn på denne problemstillingen her.

Den interessante problemstilling i denne sammenheng er hvilken vekt man skal tillegge revisjoner av kommentarene etter at en skatteavtale mellom to OECD-stater er inngått. Det er her nødvendig å skille mellom revisjoner av kommentarene som kun innebærer *presiseringer* av tidligere versjoner og revisjoner som innebærer *materielle endringer* av tidligere versjoner.

Når det gjelder revisjoner som kun innebærer *presiseringer* av tidligere versjoner av kommentarene, antar kommentarene at slike presiseringer i utgangspunktet også skal vektlegges ved tolking av skatteavtaler som er inngått forut for revisjonen.²⁷ Formålet med slike revisjoner vil kunne være å presisere noe som, etter OECDs skattekomité's syn, allerede følger av tidligere versjoner av kommentarene, å gjøre språklige forbedringer eller å harmonisere den engelske og den franske versjonen av kommentarene.²⁸ Da slike presiseringer verken har som formål eller virkning at det skal gjøres materielle endringer i kommentarene, er det mindre kontroversielt å legge den presiserende versjonen av kommentarene til grunn ved tolkingen av en skatteavtale inngått før den aktuelle revisjonen av kommentarene fant sted.

Vogel finner likevel grunn til å påpeke at slike presiseringer ikke kan være til hinder for at rettsanvenderen selv vurderer hvorvidt revisjonen kun innebar en presisering eller om den i realiteten innebærer en materiell endring:

*...Nonetheless, they [dvs presiseringene] are mere subsequent comments which were not included in the earlier treaty and therefore cannot be binding for treaty interpretation ... In other words, such "clarifications" do not absolve the interpreting parties from determining to what extent the new version actually only clarified what already had been the correctly understood meaning of the earlier MC and to what extent it in fact attempts to alter the MC.*²⁹
(**uthevet** her).

Når det gjelder revisjoner av kommentarene som innebærer *materielle endringer* av tidligere versjoner av kommentarene, kan disse ikke legges til grunn ved fortolkingen av skatteavtaler inngått før revisjonen fant sted. Vi viser her til kommentarene, som påpeker at endringer av mønsteravtalen og endringer av kommentarene for å reflektere disse endringene, ikke er relevant ved fortolking eller anvendelse av tidligere inngåtte skatteavtaler dersom bestemmelsene i disse skatteavtalene materielt sett avviker fra de endrede bestemmelsene i mønsteravtalen:

*Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles.*³⁰

Det må være like åpenbart at revisjoner av kommentarene, som innebærer materielle endringer i forhold til rettsstilstanden under den tidligere versjonen av kommentarene, ikke kan tillegges vekt ved fortolking av skatteavtaler som er inngått før den aktuelle revisjonen. Virkningen av en gitt materiell endring forpliktelser og rettigheter er de samme enten endringen følger av en revisjon av selve mønsteravtalen eller av en revisjon av kommentarene.

²⁶ Jf f eks Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3. utgave, München 1996) s 44-45.

²⁷ OECDkomm, "Introduction" punkt 33 jf punkt 35.

²⁸ Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3. utgave, München 1996) s 46-47.

²⁹ Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3. utgave, München 1996) s 46.

³⁰ OECDkomm, "Introduction" punkt 35.

6.5.3.3.2 Intern norsk rett

Skatteavtaler er folkerettslige traktater. Kompetansen til å inngå traktater på vegne av Norge er omhandlet i Grunnloven § 26 annet ledd, som bestemmer at traktater angående "*Sager af særlig Vigtighed*" og alle traktater "*hvis Iværksættelse efter Konstitutionen nødvendiggjør en ny Lov eller Storthingsbeslutning*" først blir bindende etter at Stortinget har gitt sitt samtykke til traktatsinngåelsen:

Traktater angaaende Sager af særlig Vigtighed og i alle Tilfælde Traktater hvis Iværksættelse efter Konstitutionen nødvendiggjør en ny Lov eller Storthingsbeslutning, blive først bindende, naar Storthinget har givet sit Samtykke dertil.

Da skatteavtaler gjør unntak fra norsk skattelovgivning, er Stortingets samtykke alltid påkrevd ved inngåelse av skatteavtaler. Det vises til Zimmer, som uttaler følgende:

*Den vanlige fremgangsmåte ved inngåelse og gjennomføring av traktater i norsk rett er at Kongen inngår traktaten etter at Stortinget har gitt sitt samtykke (der dette kreves etter Grl. § 26, 2. ledd). Fordi skatteavtaler gjør unntak fra skattelovgivningen, vil samtykke alltid kreves.*³¹

Som følge av *lex superior*-prinsippet og Norges dualistiske holdning til folkeretten er det nødvendig at skatteavtalen inkorporeres i norsk rett ved særskilt lovvedtak. Det følger av § 1 i lov av 28. juli 1949 nr 15 ("**1949-loven**"), som bestemmer at Kongen med Stortingets samtykke kan inngå overenskomst med fremmed stats regjering om deling av skattefundamentene mv, at skatteavtaler inngått av Kongen med Stortingets samtykke umiddelbart blir en del av norsk rett.³² Ved 1949-loven skjer det således en forhåndsinkorporasjon av skatteavtalene i norsk rett og en delegasjon av lovgivningsmyndighet til Kongen og Stortinget i plenum. Loven endrer (selvfølgelig) ikke Grunnlovens regler om kompetanse til å inngå traktater på vegne av Norge, som altså innebærer at skatteavtaler bare kan inngås av Kongen (dvs regjeringen) og med Stortingets samtykke. Stortingets samtykke til en bestemt skatteavtale begrenser seg til den skatteavtale som faktisk er inngått, slik denne forelå på samtykketidspunktet.

Kommentarene er på sin side kommentarer til OECDs mønsteravtale som er utarbeidet av OECDs skattekomité. OECDs skattekomité er ikke et organ som har kompetanse etter den norske Grunnloven til å inngå skatteavtaler på vegne av Norge. Dersom OECDs skattekomités materielle endringer av kommentarene skulle være bindende for Norge ved tolkingen av Norges skatteavtaler inngått forut for endringen, ville dette *de facto* innebære en partiell overføring av kompetansen til å endre skatteavtaler på vegne av Norge fra den norske regjering og Stortinget til OECDs skattekomité. En slik kompetanseoverføring ville være i strid med kompetansereglene i Grunnloven § 26 annet ledd. Vi viser i denne sammenheng til Vogel, som påpeker de konstitusjonelle betenkelighetene ved å basere tolkingen av en skatteavtale på den til enhver tid gjeldende versjon av kommentarene, idet dette vil gi en utenlandsk institusjon kompetanse til å gi bindende internrettslige foranstaltninger, hvilket sannsynligvis ville være uakseptabelt i forhold til grunnloven i de fleste land:

*Where a treaty would determine explicitly that the current version of the MC [dvs kommentarene] as existing at the time of the treaty application should be controlling, it would have to be examined to what extent the constitutional law of the contracting States permits such a "dynamic" reference. A reference of this type would be a de facto authorization for a **non-domestic institution** – the OECD Committee on Fiscal Affairs – to implement **binding domestic** legal measures. This will most probably not be acceptable to most States (uthevet her).*³³

Det må legges til grunn at norsk statsforfatningsrett er til hinder for at materielle endringer av kommentarene tillegges vekt ved tolkingen av skatteavtaler som Norge har inngått, og som Stortinget har gitt sitt samtykke til, før endringen fant sted.

At så er tilfelle, underbygges for øvrig av flere andre omstendigheter:

³¹ Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett* (3. utgave, Oslo 2003) s 79.

³² Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett* (3. utgave, Oslo 2003) s 80.

³³ Vogel, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3. utgave, München 1996) s 47.

For det første er det nærliggende å trekke parallellen mellom materielle endringer i kommentarene og "etterarbeider" til norske lover. Høyesterett har uttalt at etterarbeider i utgangspunktet må tillegges liten vekt ved tolking av norske lover.³⁴ I motsetning til etterarbeider, som normalt vil fremstå i form av uttalelser fra norske forvaltningsorganer (f eks departementer og direktorater), er materielle endringer i kommentarene utarbeidet av kommentarene, som er et organ i en internasjonal organisasjon.

Høyesterett har for øvrig stilt seg særlig skeptisk til etterarbeider som går utover å klargjøre innholdet av en lov slik den skulle ha vært forstått fra vedtakelsen, og som således reelt sett tar sikte på å endre innholdet av en lov etter at den er vedtatt av Stortinget. Det vises til Høyesteretts avgjørelse i Rt 1983/127 og til Eckhoff/Helgesen som uttaler at "[d]ommen viser at dersom Høyesterett finner det tilstrekkelig klart hvordan en lovbestemmelse fra først av var å forstå, godtar ikke retten at loven endres med tilbakevirkende kraft ved hjelp av etterfølgende lovgiverutsagn".³⁵ Det er derfor likeledes grunn til å stille seg særlig skeptisk til materielle endringer i kommentarene.

For det andre kan det vises til at såkalte "gjensidige avtaler", jf mønsteravtalen art 25, bare kan fortolke en skatteavtale, men derimot ikke endre den gjennom å gi uttrykk for en fortolkning som er i strid med skatteavtalen.³⁶ Årsaken til dette er at gjensidige avtaler inngås av Finansdepartementet, som ikke har kompetanse til å inngå eller endre skatteavtaler. Da Finansdepartementet ikke har kompetanse til å endre det materielle innholdet av Norges skatteavtaler gjennom inngåelse av gjensidige avtaler, må det være desto klarere at heller ikke OECDs skattekommité har kompetanse til å gjøre dette gjennom revisjoner av kommentarene.

For det tredje vil en materiell endring i en skatteavtale både påvirke Norges rettigheter og forpliktelser etter skatteavtalen, og således berøre den gjensidighet som ligger innebygd i skatteavtalen og som er en forutsetning for inngåelse av skatteavtaler i henhold til 1949-loven. Etter omstendighetene vil det i første rekke kunne være Norges rettigheter etter skatteavtalen, i form av skatteavtalemotpartens fraskrivelse av sin beskatningsrett, som berøres og derved innskrenkes av den materielle endring, hvilket understreker viktigheten av at Stortinget samtykker til materielle endringer i Norges skatteavtaler. En utvidelse av adgangen til å anvende CFC-lovgivning vil f eks kunne innebære at andre stater anvender sine CFC-regler på deltakere i norske selskaper som utøver virksomhet innenfor rederibeskatningsregimet og i norske holdingsselskaper som nyter godt av fritaksmetoden, jf sktl § 2-38. Også andre materielle endringer i skatteavtalen vil kunne påvirke Norges rettigheter etter skatteavtalen, herunder innskrenke Norges beskatningskompetanse.

6.5.3.3 Sammenfatning

Vi har nå vist at det i skatteavtaleretten er antatt at revisjoner av kommentarene, som innebærer materielle endringer i forhold til rettstilstanden under den tidligere versjonen av kommentarene, ikke kan tillegges vekt ved fortolkning av skatteavtaler som er inngått før den aktuelle revisjonen. Vi har videre vist at norsk statsforfatningsrett, jf Grunnloven § 26 annet ledd, er til hinder for at materielle endringer av kommentarene tillegges vekt ved tolkingen av skatteavtaler som Norge har inngått før endringen i kommentarene fant sted.

Dersom man skulle legge til grunn at 2003-revisjonen av OECDkomm art 1 punkt 26 innebar en materiell endring i forhold til den tidligere versjonen av OECDkomm art 1 punkt 26 hva angår adgangen til å CFC-beskatte aktive inntekter, kunne den materielle endring ikke ha blitt tillagt vekt ved tolking av Norges eksisterende skatteavtaler som Stortinget har gitt sitt samtykke til før 2003-revisjonen fant sted.

Etter vårt syn innebærer imidlertid ikke 2003-revisjonen av OECDkomm art 1 punkt 26 noen materiell endring i forhold til den tidligere versjonen av OECDkomm art 1 punkt 26, når det gjelder adgangen til å CFC-beskatte aktive inntekter.

³⁴ Rt 2005/1434, *TOTAL*, premiss 34.

³⁵ Eckhoff/Helgesen, *Rettskildelære* (5. utgave, Oslo 2001) s 97.

³⁶ Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett* (3. utgave, Oslo 2003) s 88 og Skaar m fl, *Norsk skatteavtalerett* (Oslo 2006) s 804.

6.5.3.4 Forholdet til stater som har reservert seg mot 2003-revisjonen

Som nevnt reserverte flere OECD-stater seg mot 2003-revisjonene i kommentarene, herunder mot revisjonen i OECDkomm art 1 punkt 26. De aktuelle statene var Belgia, Irland, Luxembourg, Nederland og Sveits. Reservasjonene er inntatt i OECDkomm art 1 punkt 27.4 flg, og vil bli nærmere omtalt i det følgende.

Belgias reservasjon er inntatt i OECDkomm art 1 punkt 27.4, og lyder slik:

Belgium cannot share the views expressed in paragraph 23 of the Commentary. Belgium considers that the application of controlled foreign companies legislation is contrary to the provisions of paragraph 7 of Article 5, paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10 of the Convention. This is especially the case where a Contracting State taxes one of its residents on income derived by a foreign entity by using a fiction attributing to that resident, in proportion to his participation in the capital of the foreign entity, the income derived by that entity. By doing so, that State increases the tax base of its resident by including in it income which has not been derived by that resident but by a foreign entity which is not taxable in that State in accordance with the Convention. That Contracting State thus disregards the legal personality of the foreign entity and therefore acts contrary to the Convention (see also paragraph 40.1 of the Commentary on Article 7 and paragraph 68.1 of the Commentary on Article 10).

I reservasjonen gir Belgia uttrykk for at landet anser CFC-lovgivning for å være i strid med mønsteravtalen art 5(7), art 7(1) og art 10(5). Belgia ser det som særlig problematisk at en skatteavtalestat fiktivt tilordner inntekt oppebåret av et utenlandsk rettssubjekt til en skattyter bosatt i vedkommende stat: Etter Belgias syn innebærer den fiktive tilordning at den hjemmehørende skattyter tilordnes en inntekt som vedkommende skattyter ikke har innvunnet, men som derimot er innvunnet av et utenlandsk rettssubjekt og som vedkommende stat ikke har rett til å beskatte i henhold til mønsteravtalen. Belgia betrakter dette som en tilsidesettelse av det utenlandske rettssubjektets rettssubjektivitet, og mener at dette er i strid med mønsteravtalen. Da Belgia således anser CFC-lovgivning som sådan for å være i strid med mønsteravtalen, må det, basert på en "fra det mer til det mindre"-slutning, være desto klarere at landet anser CFC-beskatning av aktive inntekter for å være i strid med mønsteravtalen.

Irlands reservasjon er inntatt i OECDkomm art 1 punkt 27.5, og lyder slik:

Concerning potential conflicts between anti-abuse provisions (including controlled foreign company – CFC- provisions) in domestic law and the provisions of tax treaties, Ireland considers that it is not possible to have a simple general conclusion that no conflict will exist or that any conflict must be resolved in favour of the domestic law. This will depend on the nature of the domestic law provision and also on the legal and constitutional relationship in individual member countries between domestic law and international agreements and law. Also, Ireland does not agree with the deletion of the language in paragraph 26 (as it read until 2002), which stated: "It would be contrary to the general principles underlying the Model Convention and to the spirit of tax treaties in general if counteracting measures were to be extended to activities such as production, normal rendering of services or trading of companies engaged in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected".

I reservasjonen gir Irland eksplisitt uttrykk for at landet er uenig i at passusen om at CFC-lovgivning ikke kan anvendes på aktive inntekter, som fremgikk av ordlyden i OECDkomm art 1 punkt 26 før 2003-revisjonen, ble strøket.

Luxembourgs reservasjon er inntatt i OECDkomm art 1 punkt 27.6, og lyder slik:

Luxembourg does not share the interpretation in paragraphs 9.2, 22.1 and 23 which provide that there is generally no conflict between anti-abuse provisions of the domestic law of a Contracting State and the provisions of its tax conventions. Absent an express provision in the Convention, Luxembourg therefore believes that a State can only apply its domestic anti-abuse provisions in specific cases after recourse to the mutual agreement procedure.

I reservasjonen gir Luxembourg uttrykk for at i fravær av en uttrykkelig bestemmelse i en skatteavtale som tillater anvendelse av nasjonale misbruksregler, herunder CFC-lovgivning, kan en skatteavtalestat bare anvende sine nasjonale misbruksregler i spesielle tilfelle gjennom anvendelse av prosedyren for inngåelse av gjensidig avtale (jf mønsteravtalen art 25). Da Luxembourg således kun anser anvendelse CFC-lovgivning som berettiget i spesielle tilfelle gjennom anvendelse av prosedyren

for inngåelse av gjensidig avtale, må det, basert på en "fra det mer til det mindre"-slutning, være klart at landet anser CFC-beskatning av aktive inntekter for å være i strid med mønsteravtalen uten inngåelse av slik avtale.

Nederlands reservasjon er inntatt i OECDkomm art 1 punkt 27.7, og lyder slik:

The Netherlands does not adhere to the statements in the Commentaries that as a general rule domestic anti-avoidance rules and controlled foreign companies provisions do not conflict with the provisions of tax conventions. The compatibility of such rules and provisions with tax treaties is, among other things, dependent on the nature and wording of the specific provision, the wording and purpose of the relevant treaty provision and the relationship between domestic and international law in a country. Since tax conventions are not meant to facilitate the improper use thereof, the application of national rules and provisions may be justified in specific cases of abuse or clearly unintended use. In such situations the application of domestic measures has to respect the principle of proportionality and should not go beyond what is necessary to prevent the abuse of the clearly unintended use.

I reservasjonen gir Nederland uttrykk for at landet er uenig i uttalelser i mønsteravtalens kommentarer om at CFC-lovgivning som hovedregel ikke er i strid med skatteavtalenes bestemmelser. Nederland antar at CFC-lovgivningens forenlighet med en skatteavtale vil bero på CFC-lovgivningens karakter og ordlyd, på skatteavtalens ordlyd og formål og på forholdet mellom intern rett og folkerett i den aktuelle stat. Etter Nederlands syn vil anvendelse av CFC-lovgivning kunne være berettiget i spesielle misbrukstilfelle eller tilfelle der skatteavtalen benyttes til klart utilsiktede formål, men altså underforstått ikke i andre tilfelle og kun i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. Påberopelse av skatteavtalebeskyttelse for å unngå dobbeltbeskatning av aktive inntekter oppebåret av et CFC-selskap gjennom reelle industrielle eller kommersielle aktiviteter, kan som hovedregel ikke betraktes som noe misbruk. Nederlands reservasjon innebærer således også at landet anser CFC-beskatning av aktive inntekter for å være i strid med mønsteravtalen.

Sveits' reservasjon er inntatt i OECDkomm art 1 punkt 27.9, og lyder slik:

Switzerland does not share the view expressed in paragraph 7 according to which the purpose of double taxation conventions is to prevent tax avoidance and evasion. Also, this view seems to contradict the footnote to the Title of the Model Tax Convention. With respect to paragraph 22.1, Switzerland believes that domestic tax rules on abuse of tax conventions must conform to the general provisions of tax conventions, especially where the convention itself includes provisions intended to prevent its abuse. With respect to paragraph 23, Switzerland considers that controlled foreign corporations legislation, may, depending on the relevant concept, be contrary to the spirit of Article 7.

I reservasjonen gir Sveits uttrykk for at landet anser CFC-lovgivning, avhengig av hvordan den er utformet, for å være i strid med ånden i OECD art 7(1). Det er rimelig å legge til grunn at landet vil anse vidtgående CFC-lovgivning, som også rammer aktive inntekter, for å være i strid med ånden i OECD art 7(1).

Vi har nå vist at både Belgias, Irlands, Luxembourgs, Nederlands og Sveits' reservasjon mot kommentarene til OECDkomm art 1 innebærer en reservasjon mot anvendelse av CFC-lovgivning på aktive inntekter, i samsvar med den tidligere ordlyden i OECDkomm art 1 punkt 26. Følgelig kan ikke Norge anvende CFC-lovgivning på aktive inntekter oppebåret av belgiske, irske, luxembourgske, nederlandske eller sveitiske selskaper som er kontrollert av skattyter hjemmehørende i Norge, selv om 2003-revisjonen av kommentarene skulle anses å gi hjemmel for det.

6.5.3.5 Forholdet til stater som ikke er medlem av OECD

6.5.3.5.1 Skatteavtaler basert på OECDs mønsteravtale

Et omstridt spørsmål er om kommentarene kan tillegges vekt ved tolkingen av en skatteavtale mellom en OECD-stat, som Norge, og en stat som ikke er medlem av OECD. Stater som ikke er medlem av OECD har normalt ikke deltatt ved utformingen av relevante deler av kommentarene, og har derfor ikke hatt anledning til å komme med innvendinger eller reservasjoner.

At en stat som ikke er medlem av OECD inngår en skatteavtale basert på OECDs mønsteravtale kan til en viss grad anses som en stilltiende aksept av at skatteavtalen skal tolkes i samsvar med gjeldende versjon av kommentarene: Dersom vedkommende stat ikke ønsker at skatteavtalen skal tolkes i samsvar med gjeldende versjon av kommentarene, kan man med en viss rett hevde at staten har en

særskilt oppfordring til å innta bestemmelser om dette i skatteavtalen, enten slik at kommentarene overhodet ikke skal tillegges vekt eller slik at enkelte elementer i kommentarene ikke skal tillegges vekt, eller at avtaleteksten justeres i forhold til mønsteravtalen.

Ikke-medlemsstater har imidlertid ingen oppfordring til å reservere seg mot *fremtidige* revisjoner i kommentarene som statene ikke hadde kjennskap til på det tidspunkt den aktuelle skatteavtalen ble undertegnet. Dette gjelder særlig når revisjonen medfører en materielt sett ny regel. Stater som ikke er medlem av OECD, og som inngikk skatteavtale basert på de eksisterende kommentarene, må forutsettes å ha lagt de eksisterende kommentarene til grunn for avtaleslutningen.

Ved tolkingen av Norges skatteavtaler med stater som ikke er medlem av OECD er det derfor helt nødvendig å basere tolkingen på den versjon av kommentarene som forelå ved undertegningen av skatteavtalen, særlig for å forhindre at vedkommende stat blir "bundet" av fremtidige materielle endringer i kommentarene, som vedkommende stat verken har hatt anledning til å kommentere eller å reservere seg mot, eller kan anses for stilltiende å ha akseptert.

Følgelig kan ikke Norge, uavhengig av hvorledes 2003-revisjonen skal fortsås, anvende NOKUS-reglene på aktive inntekter oppebåret av en stat som ikke er medlem av OECD og som Norge har undertegnet en skatteavtale med før 2003-revisjonen i OECDkomm art 1 punkt 26. Dette må i særlig grad gjelde, idet det i stor grad er stater som ikke er medlem av OECD som betraktes som "lavskatteland" etter de norske reglene (jf sktl § 10-63), med den følge av norsk-kontrollerte selskaper hjemmehørende i vedkommende stater rammes av de NOKUS-reglene.

6.5.3.5.2 Skatteavtaler basert på FNs mønsteravtale

Skatteavtaler inngått mellom en OECD-stat og en stat som ikke er medlem av OECD vil ofte være basert på FNs mønsteravtale. Gjeldende versjon av FNs mønsteravtale og gjeldende kommentarer til FNs mønsteravtale skriver seg fra 2001. I motsetning til OECDkomm art 1 punkt 26, ble motstykket i FNkomm, dvs FNkomm art 1 punkt 11, ikke endret i 2003, og viser således til OECDkomm art 1 punkt 26 i den skikkelse den forelå før 2003-revisjonen. Den relevante del av FNkomm art 1 punkt 11 foreskriver således fremdeles eksplisitt at CFC-lovgivningen ikke skal anvendes på aktive inntekter:

"The majority of Member countries accept counteracting measures as a necessary means of maintaining equity and neutrality of national tax laws in an international environment characterised by very different tax burdens, but believe that such measures should be used only for this purpose. It would be contrary to the general principles underlying the Model Convention and to the spirit of tax treaties in general if counteracting measures were to be extended to activities such as production, normal rendering of services or trading of companies engaged in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected. Counteracting measures should not be applied to countries in which taxation is comparable to that of the country of residence of the taxpayer."

Skatteavtaler basert på FNs mønsteravtale, herunder relevante skatteavtaler mellom Norge og stater som ikke er medlem av OECD, er derfor til hinder for CFC-beskatning av aktive inntekter.

Vi viser i denne sammenheng også til NOKUS-reglenes forarbeider, hvor det nettopp er påpekt at CFC-beskatning av industrivirksomhet o.l. vil kunne ha en uheldig virkning på investeringer i utviklingsland med gunstig skatteregime:

*Det finnes visse andre hensyn som kan tale mot at en undergir utenlandske industriinvesteringer o.l. løpende norsk beskatning selv om de er lavt lokalt beskattet. ... **Slik beskatning av industrivirksomhet o.l. vil ... kunne ha en uheldig virkning på investeringer i utviklingsland med gunstig skatteregime (uthevet her).***³⁷

6.6 Norsk administrativ praksis

Spørsmålet om CFC-beskatning kan komme i konflikt med Norges forpliktelser etter skatteavtalene har i noen grad blitt berørt i nyere norsk administrativ praksis.

³⁷ Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.7 s 75.

Det vises for det første til forhåndsuttalelse avgitt av SfS den 8. februar 2005,³⁸ som også er omtalt ovenfor. Saken gjaldt altså NOKUS-beskatning av norske andelshavere i finske investeringsfond. De finske fondenes inntekter ser i det vesentlige ut til å ha bestått av renter og kapitalgevinster (kapitaltap). SfS var spurt om NOKUS-beskatning av de norske andelshaveren ville være i strid med art 7(1) i den nordiske skatteavtalen, som bestemmer at virksomhetsinntekter bare kan skattlegges der det aktuelle foretaket er hjemmehørende (med mindre foretaket har et fast driftssted i en annen avtalestat). SfS konkluderte med at NOKUS-beskatningen i den aktuelle sak ikke var i strid med den nordiske skatteavtalen, idet de finske investeringsfondenes inntekter var av passiv karakter.³⁹

Det vises for det andre til påklaget vedtak fattet av ligningsnemnda ved SfS i mai 2005.⁴⁰ Saken gjaldt NOKUS-beskatning for en trust etablert i staten X. Det er opplyst at trusten eide flere holdingselskaper i staten Y. Formodentlig var trustens inntekter hovedsakelig inntekter av passiv karakter. Ligningsnemnda viste innledningsvis til forarbeidene til NOKUS-reglene, der det var uttalt at NOKUS-beskatning ikke vil være i strid med skatteavtalen fordi reglene kun rammet aksjonærer i selskaper med inntekter av hovedsakelig passiv karakter:

*Nemnda la til grunn at det lå som en forutsetning i sktl. § 10-64, og i lovens forarbeider jf. Ot.prp. 16 (1991-92) at NOKUS-reglene kunne anvendes i skatteavtaletilfeller. **Det var antatt i forarbeidene at det ikke forelå noen motstrid med skatteavtaler, ved kun å NOKUS-beskatte inntekter av hovedsakelig passiv karakter.** Dette gjaldt selv i det tilfelle artiklene ga eksklusiv beskatningsrett til den andre stat (jf.Ot.prp. nr. 16 (1991-92) s. 82) (uthevet her).*

Også i denne saken måtte ligningsmyndighetene vurdere om NOKUS-beskatning ville være i strid med art 7(1) i den aktuelle skatteavtale. Nemnda antok først at subjektet som var beskyttet av skatteavtalen art 7(1) var trusten (CFC-selskapet), og ikke de norske aksjonærene, som den aktuelle saken gjaldt, og dernest at økonomisk dobbeltbeskatning av deltaker og selskap ikke var omfattet av skatteavtalen art 7. Videre viste nemnda til franske *Conseil D'Etats* dom av 28. juni 2002, der retten kom til at de franske CFC-reglene kom i konflikt med art 7 i skatteavtalen mellom Franrike og Sveits, og til finske *Högsta Forvaltningsdomstolens* dom av 20. mars 2002, der retten avviste en anførsel om at de finske CFC-reglene kom i konflikt med skatteavtalen mellom Finland og Belgia. Avgjørelsene er nærmere omtalt nedenfor.

Nemnda antok at den finske dommen måtte tillegges størst vekt, idet de finske CFC-reglene blant annet var basert på de norske NOKUS-reglene. Denne slutningen er etter vårt syn uholdbar: Det var det samme aspektet ved de franske og de finske CFC-reglene som ble vurdert i de to dommene; hvilken vekt dommene skal tillegges må derfor i stedet baseres på argumentasjonens godhet. Under enhver omstendighet bygget også den finske dommen på at CFC-beskatning av aktive inntekter ikke vil være i samsvar med skatteavtalene.

Ligningsnemnda konkluderte på dette grunnlag med at art 7(1) i skatteavtalen mellom Norge og X ikke var til hinder for NOKUS-beskatning av de norske deltakerne i trusten som var hjemmehørende i X:

*Det var etter dette ikke nødvendig å vurdere om objektet for NOKUS-beskatningen måtte anses som virksomhetsinntekter. Nemnda kom til at det ikke forelå motstrid mellom art. 7 (1) i avtalen og NOKUS-beskatning av de norske deltakerne.*⁴¹

Det kan således konstateres at spørsmålet om NOKUS-beskatning av aktive inntekter ikke er blitt direkte berørt i den foreliggende norske praksis. Av forhåndsuttalelsen til SfS, som ble avsagt etter 2003-revisjonen av OECDkomm art 1 punkt 26, følger imidlertid implisitt at CFC-beskatning av aktive inntekter ikke vil være i samsvar med en skatteavtalebestemmelse tilsvarende mønsteravtalen art 7(1), idet den passive karakteren til inntektene til det aktuelle NOKUS-selskapet ble benyttet som hovedargument mot at NOKUS-beskatningen i den aktuelle sak var i strid med art 7(1) i den nordiske

³⁸ Utv 2006/122 punkt 1.3.4 s 132.

³⁹ Utv 2006/122 punkt 1.3.4 s 133.

⁴⁰ Utv 2006/122 punkt 2.3.15 s 167.

⁴¹ Utv 2006/122 punkt 2.3.15 s169.

skatteavtalen, som bygger på mønsteravtalen art 7(1). Det er også verdt å merke seg at ligningsnemnda ved SfS innledningsvis i sitt vedtak fant grunn til å påpeke sondringen mellom passive og aktive inntekter, og at CFC-beskatning av passive inntekter ikke anses å være i strid med skatteavtalene. Alt i alt innebærer dette at norsk administrativ praksis kan tas til inntekt for at CFC-beskatning av aktive inntekter ikke vil være i samsvar med Norges forpliktelser etter skatteavtalene.

6.7 Rettspraksis og administrativ praksis fra andre OECD-stater enn Norge

6.7.1 Innledning

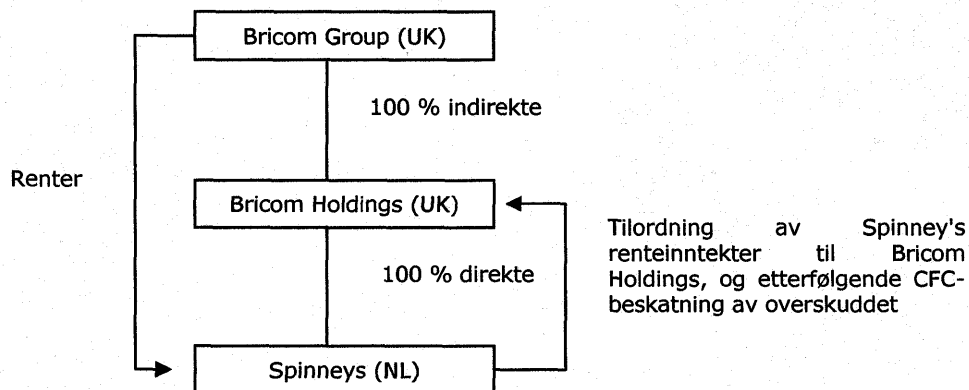
Rederiskatteutvalget drøfter spørsmålet om skatteavtalene er til hinder for CFC-beskatning av aktive inntekter.⁴² I drøftelsen viser utvalget til en dom av 28. juni 2002 fra Frankrikes *Conseil d'Etat* (høyeste instans i skattesaker), som konkluderte med at skatteavtalen mellom Frankrike og Sveits var til hinder for at franske CFC-regler kunne anvendes i forhold til Sveits, og til en dom av 20. mars 2002 fra *Högsta Forvaltningsdomstolen* i Finland, som konkluderte med at anvendelse av finsk CFC-lovgivning overfor et selskap etablert i Belgia (koordineringssenter) ikke var i strid med skatteavtalen mellom Finland og Belgia. Vi er også kjent med at den britiske *Court of Appeal* og den svenske Skatterättsnämnden har vurdert om CFC-reglene i disse landene var i strid med en skatteavtale.

I det følgende vil vi gjøre nærmere rede for denne praksisen og dens betydning for spørsmålet om hvorvidt CFC-beskatning av aktive inntekter er i strid med skatteavtaler som bygger på OECDs mønsteravtale.

6.7.2 Britiske *Court of Appeals* dom av 25. juli 1997

Den britiske dommen gjaldt et tilfelle der det britiske selskapet Bricom Holdings Limited ("**Bricom Holdings**") ble CFC-beskattet for en inntekt som tilsvarte renteinntekten til selskapets nederlandske datterselskap; Spinneys International BV ("**Spinneys**"), som var et investeringsholdingselskap. Spinneys hadde oppebåret de aktuelle renteinntektene på et lån til Bricom Group Limited ("**Bricom Group**"), som var morselskapet til Bricom Holdings (Bricom Holdings var 100 % indirekte eiet av Bricom Group). Lånebeløpet bestod av overflødig kapital som Spinneys hadde disponibel etter salget av sin Singaporske filial, og var således en rent passiv kapitalplassering.

Saksforholdet kan fremstilles slik:



I det aktuelle inntektsåret (formodentlig 1996) ble Bricom Holdings CFC-beskattet for en inntekt som tilsvarte Spinneys renteinntekt på lånet til Bricom Group i det aktuelle året, gjennom anvendelse av de britiske CFC-reglene. Det er verdt å merke seg at de britiske CFC-reglene var inntatt i kapittel IV i del XVII av den britiske skatteloven; *the Income and Corporation Taxes Act 1988* ("**ICTA**"), som omhandler skatteomgåelser. Dette er også presisert i dommen fra *Court of Appeal*. At formålet med de britiske reglene var å ramme omgåelser av britisk skattelovgivning kom til uttrykk ved at det gjaldt en rekke unntak fra reglene. Unntakene hadde til å hensikt å sikre at lovgivningen kun rammet typiske misbrukstilfeller, og er nærmere omtalt i forslaget til avgjørelse i *Cadbury Scwheppes*, som verserer for EF-domstolen. Unntakene for inntektsåret 1996 innebar at CFC-lovgivningen ikke fikk anvendelse

⁴² NOU 2006: 4 punkt 8.5.1 s 109 flg.

hvis datterselskapet (CFC-selskapet) hadde en akseptabel utbyttepolitikk, utøvet aktiv forretningsvirksomhet, var børsnotert med en viss spredning på aksjene, hadde et overskudd som ikke oversteg £ 50.000 (*de minimis*-unntak) eller at etableringen av CFC-selskapet ikke var skattemotivert.⁴³

Det er også verdt å merke seg at Spinneys inntekter bestod av renteinntekter hvilket er et kjerneeksempel på passive inntekter, og at *Court of Appeal* således verken hadde foranledning for å ta stilling til eller *de facto* tok stilling til om CFC-beskatning av aktive inntekter er i samsvar med skatteavtalene.

Det spørsmål *Court of Appeal* måtte ta stilling til var om CFC-beskatning av Bricom Holdings i den aktuelle saken ville være i strid med art 11 i skatteavtalen mellom Storbritannia og Nederland, som bestemte at renter betalt av en debitor hjemmehørende i Storbritannia til en kreditor hjemmehørende i Nederland, bare kunne beskattes i Nederland. Det springende punkt i saken var om den inntekt Bricom Holdings ble CFC-beskattet for måtte anses å være renteinntektene til Spinneys. Skattyter anførte at den inntekt som ble tilordnet Bricom Holdings og beskattet i henhold til ICTA section 747 (3) og (4) ikke var et beløp *tilsvarende* overskuddet til Spinneys, men derimot *selve* overskuddet til Spinneys:

The taxpayer lays stress on the fact that what is apportioned under Section 747(3) is not "a sum equal to the chargeable profits" but the chargeable profits themselves; and that the subject of the charge to tax in Section 747 (4) (a) is not a "sum equal to the apportioned part of the chargeable profits" but the apportioned part of the chargeable profit itself (uthevet her).

Court of Appeal så det imidlertid slik at den inntekt som Bricom Holdings ble CFC-beskattet på grunnlag av var en rent abstrakt sum, og således verken utgjorde overskuddet til eller noen betaling mottatt av Spinneys. I følge *Court of Appeal* var CFC-inntekten kun resultatet av en matematisk beregning, og den CFC-inntekt som ble tilordnet Bricom Holdings kun en abstrakt sum som var resultatet av en kunstig beregning:

They [dvs CFC-inntekten som ble tilordnet Bricom Holdings] are merely the product of a mathematical calculation made on a hypothetical basis and making counterfactual assumptions. The "chargeable profits" which are defined by Section 747 (6) (a) exist only as a measure of imputation. What is apportioned to the taxpayer and subjected to tax is not Spinneys' actual profits but a notional sum which is the product of an artificial calculation.

Court of Appeal antok derfor at Bricom Holdings ikke hadde blitt skattlagt for Spinneys' renteinntekter, med bare for et "abstrakt" beløp som ble beregnet på grunnlag av Spinney's renteinntekt:

The correct analysis is that the interest received by Spinneys is not included in the sum apportioned to the taxpayer on which tax is chargeable. It merely provides a measure by which an element in a conventional or notional sum is calculated, and it is that conventional or notional sum which is apportioned to the taxpayer and on which tax is charged.

Court of Appeal konkluderte derfor med at CFC-beskatningen i den aktuelle sak ikke var gjennomført i strid med art 11 i skatteavtalen mellom Storbritannia og Nederland, idet den inntekt som ble CFC-beskattet i Storbritannia altså ikke ble ansett å være renteinntekten til Spinneys.

Rettsanvendelsen til *Court of Appeal* har et sterkt preg av formalisme, hvilket er i tråd med den anglo-amerikanske rettstradisjon. Rettsanvendelsen vil imidlertid fremstå som noe fremmed med bakgrunn i den kontinentale rettstradisjon, noe som illustreres av dommen til franske *Conseil d'Etat*, som vi vil komme tilbake til i neste underavsnitt.

Det sentrale i denne sammenheng er imidlertid at *Court of Appeal* verken hadde foranledning for å ta stilling til eller *de facto* tok stilling til om CFC-beskatning av aktive inntekter er i samsvar med skatteavtalene. De britiske CFC-reglene var utformet som en anti-omgåelses foranstaltning, idet reglene (som følge av unntakene) i først rekke rammet passive inntekter. Inntektene til Spinneys var av passiv karakter (renteinntekter oppebåret på en passiv kapitalplassering).

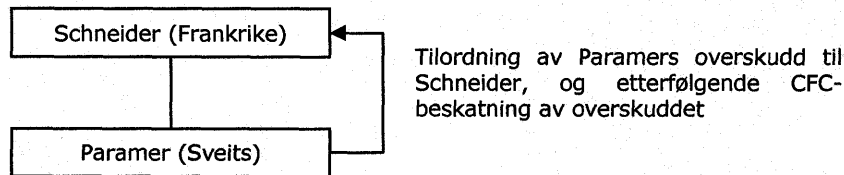
Dommen har derfor liten eller ingen relevans i forhold til spørsmålet om skatteavtalene er til hinder for CFC-beskatning av aktive inntekter.

⁴³ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 16-18.

6.7.3 Franske *Conseil d'Etats* dom av 28. juni 2002

Den franske dommen, som er gjengitt i engelsk oversettelse i tidsskriftet "*International tax law reports*"⁴⁴, gjaldt et tilfelle der det franske selskapet Société Schneider Electric ("**Schneider**") i inntektsåret 1986 ble CFC-beskattet for overskuddet til sitt sveitsiske datterselskap; Paramer. Datterselskapet synes å ha vært et rent holdingselskap med utbytteinntekter fra selskaper som drev virksomhet utenfor Frankrike.

Saksforholdet kan fremstilles slik:



Conseil d'Etat måtte ta stilling til om CFC-beskatning av Paramers overskudd på Schneiders hånd var i strid med art 7(1) i skatteavtalen mellom Frankrike og Sveits, slik som antatt av Paris' administrative ankesdomstol. Art 7(1) i den fransk-sveitsiske skatteavtalen var identisk med mønsteravtalen art 7(1). *Conseil d'Etat* vurderte først om den "*fortjeneste*" som Schneider hadde blitt beskattet for var identisk med den "*fortjeneste*" som Paramer hadde oppbåret, og som derfor kun var skattepliktig i Sveits i henhold til art 7(1) i den den fransk-sveitsiske skatteavtale (Paramer hadde intet fast driftssted i Frankrike). Retten konstaterte raskt at det forelå slik identitet:

*...It follows that the court below did not make an error in law in deciding that there is an identity in nature between the business profits [bénéfices] of the Paramer company, the taxation of which is attributed to Switzerland by art 7(1) of the Franco-Swiss tax treaty, and the profitable results [résultats bénéficiaires] of the Paramer company which are taxed in France in the name of the Schneider company on the basis of art 209B of the CGI.*⁴⁵

Conseil d'Etat la dernest til grunn at skatteavtalen art 7(1) var til hinder for at Frankrike beskattet overskuddet til Paramer, som var hjemmehørende i Sveits og som ikke hadde noe fast driftssted i Frankrike, og understreket i denne sammenheng at den formelle omstendighet at overskuddet til Paramer ble beskattet på Schneiders hånd ikke rettferdiggjorde beskatning av overskuddet i strid med skatteavtalen art 7(1):

*The objective of elimination double taxation which is attributed to this tax treaty does not justify a misapplication of the provisions quoted above on the sole ground that the taxation in France of the profits of the Paramer company is not carried out in the name of the Swiss company but in that of its parent company which is a separate legal entity and to whom these profits have not in fact been distributed. It follows that the court below did not commit an error of law in deciding that the provisions of art 7 of the Franco-Swiss tax treaty prevent the application of the provisions of art 209B of the CGI.*⁴⁶

Conseil d'Etat stadfestet derfor dommen til Paris' administrative ankesdomstol, der det ble lagt til grunn at CFC-beskatning av Paramers overskudd på Schneider hånd var i strid med art 7(1) i skatteavtalen mellom Frankrike og Sveits.

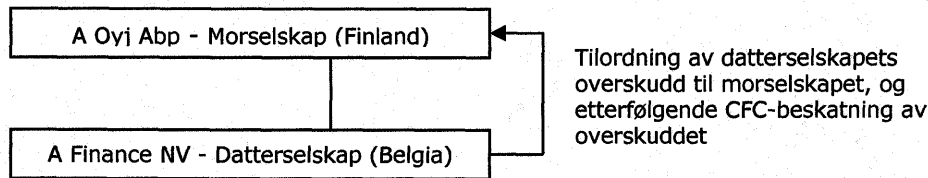
⁴⁴ International tax law reports, part 6, 2002, s 1077 flg.

⁴⁵ International tax law reports, part 6, 2002, s 1108.

⁴⁶ International tax law reports, part 6, 2002, s 1108.

6.7.4 Finske Högsta Forvaltningsdomstolens dom av 20. mars 2002

Den finske dommen, som også er gjengitt i engelsk oversettelse i tidsskriftet "*International tax law reports*"⁴⁷, gjaldt et tilfelle der et finsk morselskap (A Oyj Abp) ble CFC-beskattet for overskuddet til sitt heleide belgiske datterselskap (A Finance NV). Saksforholdet kan fremstilles slik:



Högsta Forvaltningsdomstolen måtte blant annet ta stilling til om CFC-beskatning av morselskapet var i strid med skatteavtalen mellom Finland og Belgia.

Den konkrete foranledning for saken for Högsta Forvaltningsdomstolen var en forhåndsuttalelse avgitt av den finske sentralskattenemnda vedrørende beskatning av A Oyj Abp i 1999 og 2000. I forhåndsuttalelsen hadde sentralskattenemnda lagt til grunn at skatteavtalen mellom Finland og Belgia ikke var til hinder for CFC-beskatning av A Oyj Abp på bakgrunn av eierskapet i A Finance NV, under slike omstendigheter som beskrevet i anmodningen om forhåndsuttalelse.⁴⁸ A Oyj Abp påklaget forhåndsuttalen til Högsta Forvaltningsdomstolen, og anmodet domstolen om å avgi en ny forhåndsuttalelse der domstolen konkluderte med at CFC-beskatning ville være i strid med den finsk-belgiske skatteavtale.

Datterselskapet, A Finance NV, var et såkalt "koordineringssenter", som hadde fordel av gunstige belgiske skatteregler for denne type selskaper. Datterselskapets virksomhet bestod i å yte finansielle og andre tjenester til konsernets europeiske datterselskaper, herunder innenfor forskning og utvikling, informasjonsteknologi og regnskap.⁴⁹ Den CFC-inntekt som ble tilordnet A Oyj Abp på bakgrunn av overskuddet i A Finance NV, ble klassifisert som fortjeneste ved forretningsvirksomhet etter finsk rett (og således ikke som utbytte), og ble av Högsta Forvaltningsdomstolen klassifisert som passiv inntekt og basisselskapsinntekt.⁵⁰ Det var på det rene at A Finance NV ikke hadde noe fast driftssted i Finland i henhold til den finsk-belgiske skatteavtale.⁵¹

I sin dom vurderte Högsta Forvaltningsdomstolen først hvorvidt CFC-inntekten skulle klassifiseres som fortjeneste ved forretningsvirksomhet; skatteavtalen art 7(1), utbytte; skatteavtalen art 10(5) eller annen inntekt; skatteavtalen art 21.⁵² Basert på klassifikasjonen i intern finsk rett, terminologien og strukturen i den finsk-belgiske skatteavtalen og kommentarene konkluderte domstolen med at CFC-inntekten måtte klassifiseres som fortjeneste ved forretningsvirksomhet (og således ikke som utbytte) også ved anvendelse av skatteavtalen.

Etter Högsta Forvaltningsdomstolens syn var derfor sakens spørsmål hvorvidt CFC-beskatningen av A Oyj Abp var i strid med art 7(1) i skatteavtalen mellom Finland og Belgia, som tilsvarte mønsteravtalen art 7(1). Etter å ha gått gjennom og vurdert OECDkomm art 1 punkt 22 flg, konkluderte Högsta Forvaltningsdomstolen med at CFC-beskatningen i den foreliggende sak ikke var i strid med art 7(1) i den finsk-belgiske skatteavtale, men erkjente at konklusjonen ikke hadde støtte i avtalebestemmelsens ordlyd:

⁴⁷ International tax law reports, part 6, 2002, s 1009 flg.

⁴⁸ International tax law reports, part 6, 2002, s 1045.

⁴⁹ International tax law reports, part 6, 2002, s 1043.

⁵⁰ International tax law reports, part 6, 2002, s 1063.

⁵¹ International tax law reports, part 6, 2002, s 1069.

⁵² International tax law reports, part 6, 2002, s 1067-1069.

*Although the wording of art 7(1) of the tax treaty does not itself support such an interpretation, the Supreme Administrative Court considers, on the basis of the above reasoning and after having taken into account that each country determines its own tax base, that the said paragraph of the tax treaty does not prevent the taxation of A under the CFC Act **in the circumstances described** in the application for the advance ruling (uthevet her).⁵³*

Rederiskatteutvalgets flertall ser ut til å ta resultatet i Högsta Forvaltningsdomstolens dom til inntekt for at skatteavtaler basert på OECDs mønsteravtale ikke er til hinder for CFC-beskatning av aktive inntekter.⁵⁴ Ved lesning av Högsta Forvaltningsdomstolens dom er det imidlertid på det rene at Högsta Forvaltningsdomstolen ikke støtter dette synet.

Dette følger for det første allerede av den omstendighet at de finske CFC-reglene, som ble vurdert av Högsta Forvaltningsdomstolen, ikke fikk anvendelse på aktive virksomhetsinntekter. I dommen er det således angitt at et CFC-selskap ikke skulle anses å foreligge dersom:

*the income of the company is proved to have been derived by it in its State of residence mainly from an **industrial activity, any other comparable production activity or shipping activity or from sales or marketing activities** carried out in that State which directly serve a company carrying out an industrial activity, and other comparable production activity or shipping activity which is mainly oriented towards the territory of the company's State of residence, or where the income is derived from contributions paid by a company belonging to the same group of companies, as provided by Chapter 1, Article 3 of the Companies Act (734/1978), which is resident in that same State and which carries on activities in that State of the aforementioned type... (uthevet her).⁵⁵*

Högsta Forvaltningsdomstolen hadde således ingen foranledning for å vurdere om CFC-beskatning av aktive inntekter var forenlig med skatteavtalen.

Til tross for dette, knyttet Högsta Forvaltningsdomstolen likevel kommentarer til CFC-beskatning av aktive inntekter, og kommentarene indikerte klart at domstolen anså slik beskatning for å være i strid med skatteavtalene. For det første viste domstolen til at det internasjonalt aksepterte syn (i 2002) var at CFC-lovgivning skal være rettet mot passive inntekter og basisselskapsinntekter, og ikke mot inntekter fra reelle aktive forretningsaktiviteter:

The internationally accepted view, that taxation of controlled foreign company income should be targeted in particular at income from passive investment and at so-called base company income but not at income from actual active business operations, is manifested in art 2 of the CFC Act. The notion of passive income refers to income that has accrued to its recipient without that recipient itself having participated in the business activity which generated it, such as dividends, interest, rental income, capital gains and royalty payments. In contrast, the notion of active income denotes income which has arisen from a trade, business, profession or other commercial activity. According to the generally accepted view,⁵⁶ passive income may be subjected to more burdensome taxation than actual active income.

Dernest viste domstolen eksplisitt til OECDkomm art 1 punkt 26, slik den lød før 2003-revisjonen, som foreskrev at inntekter fra aktiv forretningsvirksomhet ikke skal CFC-beskattes:

*The application of CFC legislation falls within the category of counteracting measures referred to in this paragraph and in para 7, but para 26 of the Commentary to art 1 excludes certain types of activities from the permissible scope of application of these counteracting measures. These activities comprise production and the normal provision of services or trading of companies engaged in **real industrial or commercial activities**, when they are clearly related to the economic environment of the country in which they are resident where these activities are*

⁵³ International tax law reports, part 6, 2002, s 1072.

⁵⁴ NOU 2006:4 punkt 8.5.1 s 110.

⁵⁵ International tax law reports, part 6, 2002, s 1059.

⁵⁶ International tax law reports, part 6, 2002, s 1063.

*carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected – in other words, the activities are active business operations. **Extending counteracting measures to such operations would, according to the Commentary, be contrary to the spirit and the principles underlying the Model Tax Convention** (uthevet her).⁵⁷*

Videre fant *Högsta Forvaltningsdomstolen* grunn til å presisere at spørsmålet i den aktuelle sak ikke gjaldt CFC-beskatning av aktiv forretningsvirksomhet, og således underforstått at spørsmålet om forholdet til skatteavtalene ikke kom på spissen i den aktuelle sak.

*In accordance with what has been determined above, the Commentary to the OECD Model Tax Convention only expresses doubts in so far as the income from active business operations is included in the category of income subject to tax as controlled foreign company income. **In the application for the advance ruling it was not considered that the question at issue in the present case concerned such an uncertain situation.** In any event, the fact that the expression of doubt in question was only later introduced into the Commentary to the Model Tax Convention does not prevent the use of the Commentary as an auxiliary source of interpretation*⁵⁸ (uthevet her).

Endelig konkluderte *Högsta Forvaltningsdomstolen* kun med at skatteavtalen art 7(1) ikke var til hinder for CFC-beskatning under de omstendigheter som var beskrevet i anmodningen (passive inntekter og basisselskapsinntekter). Underforstått konkluderte domstolen med at de finske CFC-reglene ikke kunne benyttes på aktive inntekter.

6.7.5 Svenske Skatterättsnämndens forhåndsuttalelser av 4. april 2005

Den svenske Skatterättsnämnden har i to forhåndsuttalelser avgitt den 4. april 2005 vurdert om den svenske CFC-lovgivningen var i strid med Sveriges skatteavtaler med henholdsvis Luxembourg og Sveits. Det er opplyst at Skatteverket har påanket den ene forhåndsuttalelsen (vedrørende skatteavtalen med Luxembourg) til Regeringsrätten, idet forhåndsuttalelsen konkluderte med at de svenske CFC-reglene var i strid med EF-traktaten. Vi formoder at også den andre forhåndsuttalelsen er påanket, selv om dette ikke eksplisitt er opplyst.

Det er hensiktsmessig med en innledende redegjørelse for de svenske CFC-reglene, inntatt i kapittel 39 a i den svenske inkomstskattelagen ("IL")^{59 60}. I likhet med NOKUS-reglene, er det også et vilkår for å anvende de svenske CFC-reglene at det ikke-hjemmehørende CFC-selskapet er eid med en viss andel av svenske skattytere og at CFC-selskapets inntekter er lavt beskattet. Hva angår spørsmålet om CFC-selskapets inntekter er lavt beskattet, fremgår den formelle hovedregelen av IL kapittel 39 a § 5 første ledd, som innebærer at CFC-selskapets inntekter skal anses lavt beskattet dersom skatten på selskapets inntekter er lavere enn 55 % av det svenske skattenivået, noe som vil gi en skatteprosent i lavskattelandet på: $55 \% \times 28 \% = 15,4 \%$.

I utgangspunktet sonderer ikke de svenske CFC-reglene mellom inntekter av aktiv og passiv karakter. Hovedregelen i IL kapittel 39 a § 5 utfylles imidlertid av den såkalte "kompletteringsregelen" i IL kapittel 39 a § 7, som *de facto* innebærer at Sverige i liten grad beskatter aktive inntekter oppebåret av selskaper som er omfattet av en av Sveriges skatteavtaler. Kompletteringsregelen bestemmer i første ledd nærmere bestemt at inntektene til en utenlandsk juridisk person ikke skal anses lavt beskattet, selv om inntekten i prinsippet rammes av IL kapittel 39 a § 5 første ledd, dersom den juridiske personen er hjemmehørende og skattepliktig i et geografisk område som omfattes av IL bilag 39 a:

⁵⁷ International tax law reports, part 6, 2002, s 1070.

⁵⁸ International tax law reports, part 6, 2002, s 1071.

⁵⁹ Lov 1999: 1229.

⁶⁰ Da forhåndsuttalelsene ble avsagt i 2005, baserer vi vår innledende redegjørelse for de svenske CFC-reglene på reglene slik de er gjengitt i Gregow, *Sverige Rikes Lag 2005* (Stockholm 2005) s B 1175 – B 1778. Så vidt vi har kunnet se, er reglene imidlertid i liten eller ingen grad endret frem til 2006-utgaven av den svenske lovsamlingen, jf Gregow, *Sverige Rikes Lag 2006* (Stockholm 2006) s B 1689 – B 1692.

Även om nettoinkomsten enligt 5 § är lågbeskattad skall en inkomst hos en utländsk juridisk person inte anses lågbeskattad om den utländska juridiska personen hör hemma och är skattskyldig i ett område som anses i bilaga 39 a och som inte omfattas av där givna undantag.

Teknikken som benyttes i IL bilag 39 a, er en negativ avgrensning av land i Afrika, Asia og Europa, slik at alle land omfattes med unntak av noen land og visse typer inntekter fra bestemte land, og en positiv avgrensning av land i Amerika og Oceania, slik at positivt angitte land omfattes, dog med unntak for visse typer inntekter fra visse land. "Hvitelisten" i IL bilag 39 a omfatter i praksis de fleste av de stater som Sverige har inngått skatteavtale med. Unntakene for visse typer inntekter fra bestemte land omfatter i hovedtrekk inntekter som ikke beskattes med den alminnelige skattesats i vedkommende stat, inntekter som ikke har sin kilde i vedkommende stat og inntekter fra "bank- og finansrørelse, annen finansiell verksamhet og forsäkringsverksamhet", eventuelt i kombinasjon. Når det gjelder de to sistnevnte inntektstypene, er dette altså inntekter som faller inn under den tradisjonell definisjon av basisselskapsinntekter (inntekter som ikke har sin kilde i vedkommende stat) og passive inntekter ("bank- og finansrørelse, annen finansiell verksamhet og försäkringsverksamhet").

Alt i alt innebærer dette at de svenske CFC-reglene i praksis ikke får anvendelse på inntekter oppebåret av en juridisk person som er omfattet av en av Sveriges skatteavtaler, dog med visse unntak, særlig for basisselskapsinntekter og visse passive inntekter. Følgen av dette er at heller ikke den svenske Skatterättsnämnden normalt vil ha foranledning til å ta stilling til om CFC-beskatning av aktive inntekter er i samsvar med skatteavtalene.

Vi vil nå gå over til å redegjøre for forhåndsuttalelsene, som begge ble avgitt med dissens.

Den ene forhåndsuttalelsen gjaldt forholdet mellom de svenske CFC-reglene og Sveriges skatteavtale med Luxembourg. Situasjonen i saken var at det svenske selskapet X AB ble CFC-beskattet for inntekten til sitt luxembourgske datterselskap. Det luxembourgske CFC-selskapet var et såkalt captive-selskap, hvis formål var å forsikre andre konsernselskaper mot produktansvar. Luxembourg står riktignok på hvitelisten i IL bilag 39 a (nr 4). I forhold til Luxembourg gjør hvitelisten imidlertid unntak for forsikringsvirksomhet rettet mot andre konsernselskaper. I Norge vil captive-selskapers inntekter for øvrig som hovedregel bli ansett som passive inntekter, jf f eks forarbeidene til NOKUS-reglene der det heter at "[i]nntekter fra selskaper som er opprettet for å forsikre aksjonærens egne eiendeler, såkalte selvassuranseselskap eller «captives», må som hovedregel antas å være av passiv karakter".⁶¹

Begrunnelse til Skatterättsnämndens flertall er knapp. Flertallet antok at den inntekt som det svenske morselskapet ble CFC-beskattet for i Sverige, ikke var den samme inntekt som den inntekt CFC-selskapet ble beskattet for i Luxembourg i henhold til luxembourgske intern rett. Flertallet antok videre at den relevante bestemmelse i skatteavtalen var art 7(1), om fortjeneste med forretningsvirksomhet, eventuelt art 21 (1) om annen inntekt, som begge allokerte beskatningsretten til skattyters hjemstat. Da Sverige var det svenske morselskapets hjemstat, antok flertallet at Sverige hadde rett til å skattlegge selskapets beregnede CFC-inntekt i henhold til skatteavtalen art 7(1), evt art 21 (1), og således at CFC-beskatningen i den aktuelle sak ikke var i strid med skatteavtalen mellom Sverige og Luxembourg. Flertallet tilføyde at resultatet ikke ville ha blitt et annet dersom det svenske morselskapets CFC-inntekt ble ansett å skrive seg fra selskapets faste driftssted i Luxembourg, idet Sverige anvendt kreditmetoden, og ikke unntaksmetoden, for å unngå dobbeltbeskatning av driftsstedets inntekt.

Den andre forhåndsuttalelsen gjaldt forholdet mellom de svenske CFC-reglene og Sveriges skatteavtale med Sveits. Situasjonen i saken var at det svenske selskapet Y AB ble CFC-beskattet for inntekten til sitt heleide sveitiske datterselskap. Det sveitiske CFC-selskapet var også et captive-selskap. Også Sveits står på hvitelisten i IL bilag 39 a (nr 4), men den gjør unntak for "inkomst från bank- och finansieringsrørelse, annen finansiell verksamhet och försäkringsverksamhet", hvilket omfattet inntekten til det luxembourgske captive-selskapet.

Flertallet i Skatterättsnämnden antok at CFC-beskatningen i den aktuelle sak ikke var i strid med skatteavtalen mellom Sverige og Sveits, og viste i sin helhet til flertallets begrunnelse i forhåndsuttalelsen vedrørende skatteavtalen med Luxembourg

⁶¹ Ot prp no 16 (1991-92) punkt 6.12 s 83.

Det kan således konstateres at den svenske Skatterettsnämnden verken hadde noen foranledning for å ta stilling til eller *de facto* tok stilling til om CFC-beskatning av aktive inntekter er i samsvar med skatteavtalene, idet Sveriges CFC-lovgivning i liten grad rammer aktive inntekter oppebåret av en juridisk person som er omfattet av en av Sveriges skatteavtaler og idet inntektene til CFC-selskapene i de konkrete sakene under enhver omstendighet var av passiv karakter

6.7.6 Sammenfatning

Vi har nå vist at den ene av de to utenlandske dommene som Rederiskatteutvalgets flertall viste til konkluderte med at all CFC-beskatning som sådan vil være i strid med skatteavtalebestemmelser som tilsvarer mønsteravtalen art 7(1), og at den andre dommen som flertallet viste til klart bygger på at CFC-beskatning av inntekt fra aktiv forretningsvirksomhet vil være i strid med skatteavtalebestemmelser som tilsvarer mønsteravtalen art 7(1). Videre kan vi slå fast at verken britiske *Court of Appeal* eller den svenske Skatterettsnämnden har akseptert CFC-beskatning av aktive inntekter i forhold til skatteavtalestater, idet den britiske/svenske CFC-lovgivning i liten eller ingen grad rammer aktive inntekter oppebåret av en juridisk person omfattet av landenes skatteavtaler og idet inntekten til CFC-selskapet i de konkrete saker under enhver omstendighet var av passiv karakter.

Praksis fra andre OECD-stater enn Norge kan således ikke tas til inntekt for at CFC-beskatning av inntekt fra aktiv forretningsvirksomhet vil være i samsvar med skatteavtalene, men trekker tvert i mot i retning av at slik beskatning vil være i strid med skatteavtalene, herunder skatteavtalebestemmelser tilsvarende mønsteravtalen art 7(1).

6.8 Formålsbetraktninger

6.8.1 Generelt om CFC-regler formål

CFC-regler kan i prinsippet benyttes som middel til å oppnå ulike formål.

For det første kan CFC-regler benyttes som en spesiell anti-omgåelses foranstaltning, som skal forhindre svindel og misbruk som består i at skattyterne oppretter selskaper uten økonomisk substans i lavskattejurisdiksjoner utelukkende for å redusere konsernets totale skattebyrde.⁶² I denne relasjonen vil CFC-reglene ha et anti-skattesvik formål, et formål som i prinsippet kan nås også med andre typer anti-skattesvikregler (proforma- og gjennomskjæringsregler).

For det andre kan CFC-regler benyttes som et middel for å forhindre skattemotivert kapitalflukt. Formålet er å unngå at det nasjonale skattefundamentet undergraves ved at mobile inntektsgrunnlag flyttes til andre stater uten at flyttingen er forretningsmessig begrunnet.⁶³ Dette er det typiske CFC-formålet, og vil normalt kreve regler av CFC-type for å kunne nås. Langt på vei synes det å være internasjonal konsensus om at en lovgivning rettet mot denne type skatteplanlegging ikke strider mot skatteavtalene, selv om reglene kan ha negative konsekvenser for skattyterne i form av byrdefulle etterlevelseskrev, likviditetsproblemer og problemer relatert til ulik periodisering av CFC-skatten og korresponderende kredit for kildeskatt på senere utbytteutdelinger.⁶⁴

For det tredje kan CFC-regler benyttes som et middel for å oppnå *kapitaleksportnøytralitet*, dvs. å gjennomføre en skattelovgivning som sørger for at alle skattytere bosatt i f. eks. Norge skattlegges med samme skattesats som i Norge, uansett om skattyterens investering skjer i eller utenfor Norge. Motsatsen til prinsippet om kapitaleksportnøytralitet, *kapitalimportnøytralitet*, tilstreber at skattleggingen innenfor et land skal være den samme, uansett om vedkommende investor i siste instans er hjemmehørende i et annet land eller ikke. Hovedargumentet til fordel for *kapitalimportnøytralitet* er at utstrakt bruk av CFC-regler for å oppnå *kapitaleksportnøytralitet* vil kunne skade konkurransevnen til norske selskaper som driver internasjonal virksomhet og som rammes av lovgivningen. *Kapitaleksportnøytralitet* i ekstrem form kan føre til at én stats skattefundamenter trekkes inn som grunnlag for beskatning i en annen stat, uavhengig av om

⁶² Fontana, "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1", *European Taxation* (2006) s 261.

⁶³ Jf OECDkomm art. 1 pkt 23.

⁶⁴ Jf Fontana, "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1", *European Taxation* (2006) s 261.

skattefundamentet har noen reell eller legitim tilknytning til den annen stat. En CFC-lovgivning som sikter mot å gjennomføre en ekstrem kapitaleksportnøytralitet, dvs. utover de to typetilfellene som er nevnt ovenfor, ligger utenfor det typiske CFC-formålet, som er å hindre at en stats skattefundamenter undergraves.

I forarbeidene til skattelovgivningen i Norge er det stort sett alltid ment *kapitaleksportnøytralitet* når uttrykket "nøytralitet" benyttes i forarbeider, utredninger mv.

En konsekvent gjennomføring av kapitaleksportnøytralitet vil medføre at aktiv virksomhet som f. eks. industrivirksomhet og salg og tjenesteyting til tredjemann kan bli omfattet av CFC-lovgivningen. En slik CFC-lovgivning vil imidlertid kunne være i strid med skatteavtalene. Først og fremst skyldes dette at skatteavtalene avverger dobbeltbeskatning nettopp ved i en viss utstrekning å fordele beskatningskompetansen mellom bostedsstat og kildestat slik at bostedsstatens beskatningsrett (kapitaleksportnøytraliteten) brytes. Når dette er skatteavtalens essens, og det ikke foreligger reelle grunner som proforma og erosjon av en stats skattefundamenter som grunnlag for CFC-lovgivningen, kan det ikke være akseptabelt at en stat gjennomfører CFC-lovgivning som fører til et annet resultat enn det som er avtalt i skatteavtalen.

For å unngå denne effekt sonderer mange CFC-regimer nettopp mellom aktive og passive inntekter, slik at kun sistnevnte inntektstype rammes.⁶⁵

For det fjerde kan CFC-regler også benyttes som et middel for å sikre lik beskatning av ulike typer sekundæretableringer, nærmere bestemt slik at datterselskaper blir skattlagt på samme måte som faste driftssteder og deltakerlignende selskaper.

I de følgende underavsnitt vil vi vise at de norske CFC-reglene kun har som formål å forhindre skattemotivert kapitalflukt fra Norge, jf de to førstnevnte formål ovenfor, at CFC-regler også betraktes som en anti-omgåelsesforanstaltning i den internasjonale skatterett og at utvidelse av NOKUS-reglernes anvendelsesområdet til også å omfatte aktive inntekter vil fullstendig endre reglernes karakter og medføre at NOKUS-reglene rammer langt videre enn reglernes tradisjonelle formål gir grunnlag for.

6.8.2 Intern norsk rett

NOKUS-reglene ble varslet av regjeringen Syse i Revidert nasjonalbudsjett for 1990. Allerede her er det påpekt at formålet med NOKUS-reglene skulle være å forhindre skattemotivert kapitalflukt til lavskatteland, slik at reglene rammet etablering av selskaper i skatteparadiser utelukkende eller hovedsakelig for å unngå norsk beskatning:

*I Revidert nasjonalbudsjett 1990 s. 22 varslet regjeringen Syse nye regler for beskatning av nordmenn som eier andeler i selskap etablert i land med ingen eller lav beskatning. Valutaliberaliseringen gjorde det ønskelig å gi skatteregler som hindrer en **skattemotivert kapitalflukt** til slike selskaper. Det er først og fremst selskaper som er **etablert i «skatteparadiser» utelukkende eller hovedsakelig for å unngå norsk beskatning** det siktes til her (uthevet her).⁶⁶*

NOKUS-reglernes formål er også viet oppmerksomhet i bestemmelsenes forarbeider, der det er fremhevet at formålet er å motvirke skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i lavskatteland:

*Hovedbegrunnelsen for å innføre norske særregler for selskaper hjemmehørende i lavskatteland er å **motvirke skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer** i slike land (uthevet her).⁶⁷*

Også Rederiskatteutvalget viet oppmerksomhet til NOKUS-reglernes formål i sin utredning. Etter utvalgets syn bør den nærmere avgrensning av hvilke typer inntekter som skal rammes av NOKUS-

⁶⁵ Fontana, "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union – Part 1", *European Taxation* (2006) s 261-262..

⁶⁶ Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.1 s 67.

⁶⁷ Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.7 s 75.

reglene skje på bakgrunn av hvor utsatt de ulike inntektstypene er for skattetilpasninger i form av kapitalflukt, med andre ord på bakgrunn av NOKUS-reglernes formål:

*Den nærmere avgrensning av hvilke inntekter som skal omfattes av definisjonen av passive inntekter og basisselskapsinntekter må skje blant annet på bakgrunn av en vurdering av **hvor utsatt de ulike inntektstypene er for skattetilpasninger i form av kapitalflukt, og på bakgrunn av eventuelle begrensninger i skatteavtaler (uthevet her).***⁶⁸

Som tidligere nevnt foreslo flertallet at NOKUS-reglernes anvendelsesområde i første omgang skulle utvides noe, men ikke gjøres helt uavhengig av inntektstype. Bakgrunnen for denne begrensningen i den foreslått utvidelse var nettopp å sikre at reglene bevarte sin karakter av å være regler som beskytter mot skattetilpasninger i form av utflytting av særlig mobile skattegrunnlag:

*Flertallet antar likevel at en praktisk tilnærming kan være at NOKUS-reglernes anvendelsesområde i forhold til eiere av selskaper og innretninger som omfattes av en skatteavtale i første omgang utvides noe, men ikke gjøres helt uavhengig av inntektstype. NOKUS-reglene **kan da i større grad bevare sin karakter av å være regler som beskytter mot skattetilpasninger i form utflytting av særlig mobile skattegrunnlag.** Dette kan også gjøre det lettere å tilpasse reglernes anvendelsesområde i forhold til mulige begrensninger som følge av skatteavtaler (jf. nærmere under avsnitt 8.5 om dette). Denne tilnærmingen innebærer den gjeldende definisjonen av passive inntekter i skatteloven § 10-64 erstattes med en ny definisjon av passive inntekter og basisselskapsinntekter (**uthevet her**).*⁶⁹

Det kan således konstateres at NOKUS-reglene formål er å forhindre kapitalflukt i form av skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i lavskatteland. Dette formålet har kommet til uttrykk gjennom begrensningen i NOKUS-reglernes anvendelsesområdet, som innebærer at skattlegging etter NOKUS-reglene ikke skal foretas dersom det norsk-kontrollerte selskapet eller den norsk-kontrollerte innretningen er omfattet av en skatteavtale, med mindre selskapets eller innretningens inntekter "*hovedsakelig er av passiv karakter*"⁷⁰. Formålet er også tillagt vekt i Rederiskatteutvalgets utredning.

NOKUS-reglernes formål tilsier derfor ikke at Norge skal skattlegge virksomhet etablert i utlandet av forretningsmessige grunner. Etablering av aktiv forretningsvirksomhet i utlandet vil normalt være begrunnet i andre hensyn enn skattemessige hensyn, som f.eks. tilgang på råvarer, priser på energi og arbeidskraft, etableringslandets infrastruktur og av markedsforhold (nærhet til markedene).

6.8.3 Skatteavtaleretten

Også i skatteavtaleretten er CFC-regler, som NOKUS-reglene er et eksempel på, betraktet som et middel for å forhindre skattemotivert kapitalflukt og uønskede tilpasninger til skatteavtalenettverket.

At så er tilfelle følger allerede av den omstendighet at kommentarene i første rekke drøfter CFC-lovgivning i kommentarene til mønsteravtalen art 1, under overskriften "*Improper use of the Convention*".⁷¹ Det problemet som drøftes er nærmere bestemt at "[t]axpayers may be tempted to **abuse the tax laws of a State by exploiting the differences between various countries' laws**" (**uthevet her**).⁷² Som et eksempel på slikt "misbruk" nevner kommentarene situasjoner hvor en person "*acts through a legal entity created in a State **essentially** to obtain treaty benefits that would not be available directly*" (**uthevet her**).⁷³

⁶⁸ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 106.

⁶⁹ NOU 2006:4 punkt 8.3.3 s 106.

⁷⁰ Sktl § 10-64.

⁷¹ OECDkomm art 1 punkt 7 flg.

⁷² OECDkomm art 1 punkt 7.1.

⁷³ OECDkomm art 1 punkt 9.

At skatteavtaleretten betrakter CFC-lovgivning som et middel til å bekjempe misbruk av skatteavtalenettverket er også påpekt i OECD-rapporten "*Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income*" fra 1996. Det fremheves her at de fleste land betrakter CFC-lovgivning som et middel for å bekjempe omgåelser (misbruk) i form av allokering av passive inntekter og visse typer basisselskapsinntekter inn i CFC-selskaper:

*For most countries, the legislation [dvs CFC-lovgivningen] fulfils an anti-avoidance objective – to prevent the diversion of passive income and certain "base company" income to CFCs otherwise allowed by AL/SA [AL/SA = arm's length, separate accounting basis for taxation].*⁷⁴

CFC-lovgivningens rolle som et middel for å bekjempe misbruk av skatteavtalenettverket, understrekes også av at nevnte rapport omtaler de inntektstyper som rammes CFC-lovgivning som "tainted income".⁷⁵

6.8.4 Forslaget i NOU 2006: 4 vil innebære at NOKUS-reglene rammer videre enn sitt formål

I sin utredning tar Rederiskatteutvalget til ordet for at også inntekter fra *aktiv* norsk-kontrollert virksomhet i utlandet skal kunne rammes av NOKUS-reglene. En slik utvidelse vil innebære at NOKUS-reglenes anvendelsesområde vil favne langt videre enn reglenes tradisjonelle formål tilsier. Utvidelse av NOKUS-reglene til også å omfatte aktive inntekter vil således medføre at reglene fjerner seg fra sitt formål og at reglene fjerner seg fra den type CFC-lovgivning som det er internasjonal konsensus om. Reelt sett vil en slik utvidelse medføre at NOKUS-reglene går over fra å være en foranstaltning som skal forhindre skattemotivert kapitalflukt fra Norge til å være en foranstaltning som har til formål å sikre kapitaleksportnøytralitet, og vil således medføre at NOKUS-reglene fullstendig endrer karakter.

Som nevnt vil norske skattyteres etablering av aktiv forretningsvirksomhet i utlandet normalt være begrunnet i annet enn skattemessig hensyn. Aktiv virksomhet etablert i lavskattelend vil regelmessig ha karakter av å være typisk *stedbunden virksomhet* som er etablert i vedkommende land fordi landet, ut fra rent kommersielle/forretningsmessig hensyn, anses spesielt godt egnet som vertsstat for den aktuelle type virksomhet eller til og med er den eneste tenkelige vertsstat for den aktuelle type virksomhet.

Et første typetilfelle er norske skattyteres etablering av en virksomhet i et bestemt land fordi formålet med den aktuelle virksomhet er å utvinne en *naturressurs* som befinner seg i vedkommende land, f.eks. petroleumsforekomster eller mineraler. Valget vil ikke i slike situasjoner stå mellom å utøve virksomheten i utlandet eller i Norge. Alternativene er derimot å utøve virksomheten i utlandet eller ikke å utøve virksomheten overhodet. Denne type utenlandsetablering kan derfor åpenbart ikke betraktes som noen form for skatteflukt, men er tvert imot både kommersielt nødvendig og kommersielt begrunnet. Normalt vil slik virksomhet være høyt beskattet.

Et annet, og beslektet, typetilfelle er norske skattyteres etablering av en virksomhet i et bestemt land fordi de råvarer som inngår i vedkommende virksomhet er spesielt godt tilgjengelig eller kanskje bare finnes i vedkommende land, det være seg jordbruksprodukter, råvarer, etc.

Et tredje eksempel er norske skattyteres etablering av en virksomhet i et bestemt land fordi en viktig innsatsfaktor i virksomheten er mindre kostbar der enn i Norge. De typiske eksemplene her er energi og arbeidskraft. Undertiden vil situasjonen kunne være den at den aktuelle innsatsfaktor er så kostbar i Norge at den aktuelle virksomhet ikke vil være kommersielt drivverdig og konkurransedyktig dersom den etableres her. Ved å etablere virksomheten i utlandet kan virksomheten redusere sitt kostnadsnivå for derved å sikre videre drift. Også i slike tilfelle vil valget stå mellom å utøve virksomheten i utlandet eller ikke å utøve virksomheten overhodet.

Et fjerde eksempel er norske skattyteres etablering av virksomhet i et bestemt land av markedsrelaterte hensyn. For en rekke virksomheter er det nødvendig å ha fysisk tilstedeværelse i det markedet virksomheten operer, blant annet for å sikre nærhet til kundene. Fysisk tilstedeværelse i markedet vil dessuten spare kostnader til transport og logistikk. Et stilisert eksempel: En norsk skattyter planlegger en virksomhet med formål å fremstille et produkt og å selge det i Asia. Gitt at alle innsatsfaktorer i produksjonen har samme kostnad i Norge som i et av de aktuelle asiatiske landene,

⁷⁴ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 11.

⁷⁵ OECD, *Controlled foreign company legislation – studies in taxation of foreign source income* (Paris 1996) s 46.

en forutsetning som ikke er realistisk, vil det normalt være kommersielt irrasjonelt å gjennomføre produksjonen i Norge for deretter å frakte produktene til Asia og selge dem der.

Et femte eksempel er norske skattyteres etablering av virksomhet i et bestemt land fordi landets infrastruktur legger til rette for den aktuelle virksomhet, f. eks infrastruktur som legger særskilt til rette for høyt teknologiske virksomheter.

Et sjette typetilfelle er situasjoner hvor en virksomhet, som allerede er etablert i et annet land, blir kjøpt opp av norske skattytere. Situasjonen kan være den at den oppkjøpte virksomhet har pågått i mange tiår, at det til virksomheten er knyttet kostbare fabrikkanlegg mv som vil gå tapt dersom virksomheten flytter til Norge, at virksomheten gjennom mange tiår har bygget opp en god dialog med lokale myndigheter og at virksomheten er tilpasset lokaler lover og regler. I en slik situasjon vil det være kommersielt utelukket å flytte virksomheten til Norge, og unnlatsen av å foreta slik "hjemflytting" er åpenbart ikke skattemessig motivert.

Det kan også tenkes en rekke andre kommersielle grunner til at norske skattytere etablerer virksomhet i utlandet fremfor i Norge.

Felles for typetilfellene som er nevnt ovenfor er at de stikkord som normalt benyttes for å betegne arrangementer som CFC-lovgivning skal ramme, passer svært dårlig: Det kan ikke betegnes som noe "misbruk" eller noen "skattemotivert kapitalflukt" å etablere en petroleumsvirksomhet i det land der petroleumsforekomsten er beliggende. Videre kan det heller ikke betegnes som noen "utnyttelse" av Norges skatteavtaler å etablere en virksomhet i et land som har et lavere kostnadsnivå enn Norge, for derved å besørge at virksomheten blir lønnsom. Reelt sett vil skattemessige hensyn spille en helt underordnet rolle (om noen overhodet) for valget av etableringssted i slike tilfelle, med den følge at skattereglene derfor heller ikke bør motvirke denne type etableringer.

Formålet med NOKUS-reglene er å forhindre en undergravning av norske skattefundamenter som følge av *illojale* tilpasninger til Norges skatteavtalenettverk ved å utnytte det lave skattenivået i enkelte andre land. Dersom NOKUS-reglene også gis anvendelse på inntekter innvunnet gjennom aktiv virksomhet i utlandet, vil dette derimot medføre en uberettiget *økning* i norske skattefundamenter, ved at virksomhet som etter kommersielle vurderinger utøves mer effektivt i et annet land blir skattlagt i Norge. Det er i disse tilfellene ikke tale om å hindre skatteflukt, men derimot å henføre inntekter fra aktiv virksomhet i utlandet til beskatning i Norge, til tross for at inntektene ikke kan anses som noen naturlig del av det norske skattegrunnlaget.

Et slikt tiltak går ut over det legitime formål å beskytte det nasjonale skattefundament ("*legitimate instrument to protect the domestic tax base*"⁷⁶), og kan i verste fall føre til at påtenkt virksomhet ikke etableres og at etablert virksomhet nedlegges. Formålsbetraktninger taler derfor imot å la NOKUS-reglene få anvendelse på inntekter innvunnet gjennom aktiv virksomhet.

6.9 Hensynet til norskeide virksomheters internasjonale konkurranseevne

Tatt i betraktning at de fleste stater som har CFC-lovgivning unnlater å CFC-beskatte aktive inntekter, vil norskeide virksomheters konkurranseevne svekkes dersom Norge vedtar regler som innebærer at den norske CFC-lovgivningen får anvendelse på aktive inntekter. Norskeide virksomheter som etablerer seg i et land med f. eks gunstig råvaretilgang, nærhet til markedet, mv, vil normalt oppleve at de mest betydningsfulle konkurrentene også etablerer seg i samme eller lignende jurisdiksjoner. Hvis det i slike land f. eks er innført "*tax holidays*", vil den norskeide aktive virksomheten, som blir gjenstand for NOKUS-beskatning, i så fall måtte konkurrere med utenlandskeide, aktive virksomheter, som ikke rammes av CFC-lovgivning. Hensynet til å bevare konkurranseevnen til norskeide, aktive virksomheter i lavskattland taler derfor mot å vedta regler som innebærer at NOKUS-reglene får anvendelse på aktive inntekter. Dette hensynet er for øvrig vektlagt også i NOKUS-reglenes forarbeider:

*Det finnes visse andre hensyn som kan tale mot at en undergir utenlandske industriinvesteringer o.l. løpende norsk beskatning selv om de er lavt lokalt beskattet. **Løpende***

⁷⁶ OECDkomm art 1 pkt 23.

beskatning vil kunne innebære at norske investorer stiller svakere i konkurransen med andre aktører i det utenlandske markedet (uthevet her).⁷⁷

6.10 NOKUS-reglernes forhold til reglene om tilordning av inntekt mv

6.10.1 Forholdet til den generelle tilordningsregelen i norsk skatterett

Hovedregelen om tilordning i norsk skatterett er at en inntekt skal tilordnes det subjekt som etter det underliggende forhold (privatrettslige, trygderettslige, osv) er direkte berettiget til inntekten, mens en kostnad skal tilordnes det subjekt som etter det underliggende forhold er forpliktet.⁷⁸ Hovedregelen om tilordning i norsk skatterett vil nok av mange betraktes som den eneste naturlige – og nokså innlysende – regel for tilordning av inntekter og kostnader. Regelen har gode grunner for seg, idet den blant annet sikrer at skatteplikten pålegges det skattesubjekt som har oppbåret en inntekt og derfor har økonomisk evne og normalt også likviditet til å bære skatten på inntekten.

Hovedregelen om tilordning i norsk skatterett innebærer at aksjeselskaper og andre juridiske personer som er selvstendige skattesubjekter skal tilordnes inntekt innvunnet gjennom den virksomhet selskapet mv selv utøver: Inntekt innvunnet gjennom arbeid utført av selskapets ansatte skal tilordnes selskapet, inntekt innvunnet på eiendeler tilhørende selskapet skal tilordnes selskapet, mv. Regelen innebærer f eks at inntekter innvunnet gjennom virksomheten til et selskap med hovedkontor i Bergen, som er datterselskapet til et selskap med hovedkontor i Oslo, skal skattlegges på datterselskapets – og ikke på morselskapets – hånd. Denne tilordning er for øvrig også en konsekvens av at norsk skatterett bygger på selskapsligning, og ikke konsernligning, med den følge at det enkelte selskap i et konsern anses som et selvstendig skattesubjekt.⁷⁹

NOKUS-reglene innebærer et markert brudd med de alminnelige tilordningsreglene. Reglene innebærer at *aksjonærer* i et selskap tilordnes inntekt innvunnet gjennom *selskapets* virksomhet, til tross for at selskapets overskudd ikke er utdelt som utbytte til aksjonærene. Følgelig innebærer NOKUS-reglene at overskudd (nettoresultatet av inntektsposter og fradragposter) tilordnes et skattesubjekt som etter det underliggende rettsforhold ikke er direkte berettiget til overskuddet og derfor i utgangspunktet ikke har økonomisk evne og kanskje heller ikke likviditet til å bære skatten på overskuddet (før det eventuelt utdeles utbytte). For å dekke NOKUS-skatten, vil det kunne være nødvendig at NOKUS-selskapet deler ut utbytte til sine aksjonærer. Ofte vil det imidlertid være kommersielt uheldig å utdele utbytte til aksjonærene. Aktive CFC-selskaper vil ofte ha behov for å finansiere sin egen virksomhet, herunder for å dekke finansieringskostnader relatert til lånefinansierte investeringer, utvide virksomheten, eller for å ha en egnekapitalreserve i perioder med dårlige konjunkturer. For aktiv næringsvirksomhet vil en tvungen utbytteutdeling, for å kunne dekke NOKUS-skatten, derfor være hemmende.

Det forhold at NOKUS-reglene innebærer et markert brudd med de alminnelige tilordningsreglene i norsk skatterett, med de negative konsekvenser dette har for likviditeten til skattytere som rammes av reglene, taler sterkt imot at reglernes anvendelsesområde utvides utover det som er påkrevet i henhold til reglernes formål. Da reglernes formål som nevnt er å forhindre skattemotivert kapitalflukt, bør reglene ikke utvides til å ramme inntekter fra aktiv forretningsvirksomhet i utlandet.

6.10.2 Forholdet til tilordningsreglene for virksomhetsinntekter i den internasjonale skatterett

I motsetning til intern rett, inneholder ikke skatteavtaleretten klart definerte tilordningsregler. I samsvar med art 31(1) i Wien-konvensjonen om traktatretten må de forskjellige inntektstyper tilordnes til skattytere basert på ordlyden i den skatteavtalebestemmelse som fordeler retten til å beskatte de respektive inntektstyper.

Når det gjelder virksomhetsinntekter må tilordningen ta utgangspunkt i ordlyden i mønsteravtalen art 7(1). Der bestemmes det at "*[t]he profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a*

⁷⁷ Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.7 s 75.

⁷⁸ Zimmer, *Lærebok i skatterett* (5. utgave, Oslo 2005) s 105.

⁷⁹ F eks Ot prp nr 16 (1979-80) s 21 annen spalte og Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett* (6. utgave, Oslo 2003), s 579.

permanent establishment situated therein (**uthevet** her). Begrepet "[t]he profits of an enterprise" må rimeligvis forstås som fortjeneste oppebåret gjennom virksomheten til et bestemt foretak. Det følger videre av sitatet at for skattemessige formål skal denne fortjenesten nettopp tilordnes *dette* foretaket, og ikke til andre skattytere som ikke har oppebåret denne inntekten. At dette er den naturlige forståelse av ordlyden, vil nok de fleste være enige i. I utgangspunktet bryter derfor CFC-beskatning av aktive inntekter med tilordningsprinsippet i OECD art 7(1), fordi "[t]he profits of an enterprise" ikke tilordnes "[the] enterprise", men derimot til aksjonærene i "[the] enterprise", i tillegg til at også "[the] enterprise" i en del tilfeller vil bli skattlagt (men lavt).

På et rent teoretisk plan kan man riktignok argumentere med at den inntekt som tilordnes deltakere i et CFC-selskap gjennom anvendelse av CFC-lovgivning er en *annen inntekt* enn den inntekt som CFC-selskapet har oppebåret gjennom sin virksomhet. Riktignok vil denne "annen inntekt" normalt fullt ut være identisk med (en forholdsmessig andel av) inntekten til CFC-selskapet, men man kan altså argumentere for at denne "annen inntekt" i prinsippet ikke er den inntekt som CFC-selskapet har oppebåret.

En slik argumentasjon er imidlertid svært anstrengt, og fremstår nærmest som en konstruksjon. Dersom den inntekt som deltakerne i CFC-selskapet tilordnes gjennom anvendelse av CFC-lovgivning fullt ut er identisk med (en forholdsmessig andel av) inntekten til CFC-selskapet, er det vanskelig å komme bort fra den realitet at inntekten som tilordnes aksjonærene er "[t]he profits of an enterprise". Dette fremtrer for øvrig klart av ordlyden i NOKUS-reglene, hvor det i sktl § 10-61 første punktum heter at deltaker i NOKUS-selskaper "*er skattepliktig for sin forholdsmessige andel av selskapet eller innretningens overskudd*" (**uthevet** her), jf også sktl § 10-65 første ledd. Dette følger også av NOKUS-reglenes forarbeider, der det uttales at "[e]tter forslaget skal de norske aksjonærene beskattes for sin forholdsmessige andel av overskuddet i det utenlandske selskapet" (**uthevet** her).⁸⁰

Den norske CFC-modellen, som innebærer at man ser bort fra NOKUS-selskapet som et selvstendig retts- og skattesubjekt, kan betegnes som en "tilsidesettelsesmodell" ("*look-through model*"), i motsetning til en "fingert-utbytte modell" ("*deemed-dividend model*"), som fingerer at aksjonærene i CFC-selskapet har mottatt et utbytte fra selskapet til tross for at ingen utbytteutdeling har funnet sted. At NOKUS-reglene ikke kan betraktes som en "fingert-utbytte modell" understrekes blant annet av at NOKUS-reglene etter sin ordlyd også kan få anvendelse på CFC-selskaper hjemmehørende i andre EØS-stater. Dersom CFC-inntekten skulle betraktes som en utbytteinntekt, ville det ikke være naturlig å beskatte inntekten dersom den norske aksjonæren er et selskap, idet slikt utbytte er fritatt for beskatning etter fritaksmetoden, jf sktl § 2-38.

I juridisk teori er det påpekt at CFC-regler av typen "tilsidesettelsesmodell" er lite i samsvar med tilordningsregelen i mønsteravtalen art 7(1):

*... Regarding look-through models, however, this assertion is more contentious. The tax burden still falls entirely on the shareholder but, as the shareholder is being taxed on a portion of the CFC's income, the tax does reduce the CFC's income, albeit only in the hands of one of the persons who are taxable in respect of the income. Art. 7 assumes that a company's income belongs only to that company, but the point of a look-through regime is specifically to superimpose a different attribution rule. It is therefore not surprising that other authors have stated that look-through models are more likely to be found contrary to the provision of treaties*⁸¹ (**uthevet** her).

Det er således klart at ordlyden i mønsteravtalen art 7(1) forutsetter at fortjeneste som oppebæres av et foretagende bare skal tilordnes vedkommende foretak ved anvendelse av en skatteavtale. Da NOKUS-reglene bryter med dette tilordningsprinsippet, bør Norge være varsom med å utvide NOKUS-reglenes anvendelsesområde.

Vi vil i denne sammenheng påpeke at en åpenbar fare ved å akseptere re-tilordning av inntekter som omfattes av skatteavtaler, er at slik re-tilordning kan benyttes som et middel for statene til å omgå sine forpliktelser etter skatteavtalene, og derved sette nettverket av skatteavtaler i fare. Av

⁸⁰ Ot prp nr 16 (1991-92) punkt 6.10.1 s 80.

⁸¹ Wheeler, "The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes", *Bulletin (IBFD)* (2005) s 486. Forfatteren av artikkelen er formann i det akademiske rådet i IBFD (International Bureau of Fiscal Documentation).

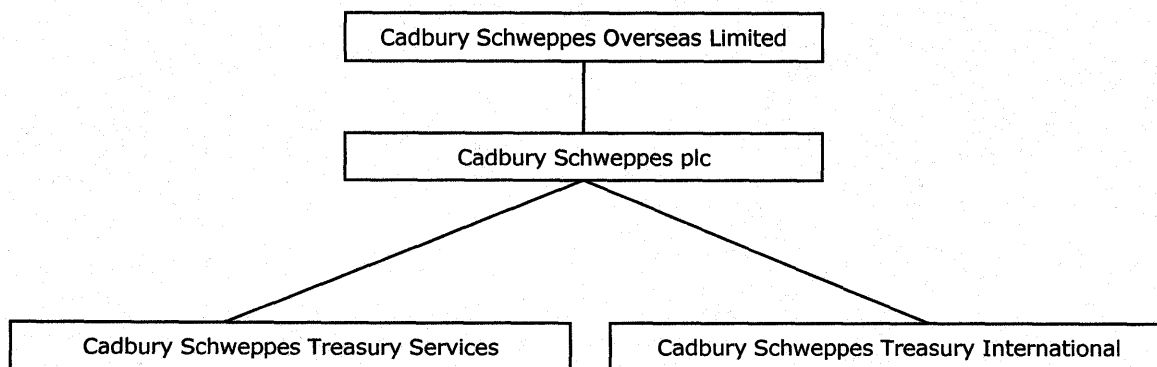
provenyehensyn vil det f eks kunne være fristende for en stat å tilordne inntekter, som etter skatteavtalen skal tilordnes ikke-hjemmehørende skattytere, til skattytere som er hjemmehørende i vedkommende stat. På denne måten kan en stat utvide sin beskatningsrett i strid med skatteavtalen. Slik re-tilordning vil bryte ned det system som er bygget opp gjennom skatteavtalene.

6.11 Forholdet til EØS-retten

6.11.1 CFC-lovgivning som anvendes utenfor rent kunstige omgåelsesarrangementer vil være i strid med EØS-retten

En utvidelse av anvendelsesområdet for NOKUS-reglene må skje under overholdelse av Norges forpliktelser etter EØS-retten, herunder bestemmelsene om etableringsretten i EØS art 31 flg, som får anvendelse dersom en norsk skattyter eier en kontrollende andel i et selskap etablert i en annen EØS-stat,⁸² og bestemmelsene om fri bevegelighet av kapital i EØS art 40 flg, som får anvendelse dersom en norsk skattyter eier andel i et selskap etablert i en annen EØS-stat uten at andelene er kontrollende. Basert på EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis på området for de fire friheter og⁸³ direkte beskatning generelt og generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Cadbury Schweppes*⁸⁴ spesielt, må det legges til grunn at EØS-retten ikke åpner for at Norge utvider anvendelsesområdet for sine NOKUS-regler på selskaper hjemmehørende i andre EØS-stater. Tvert imot kreves at Norge innskrenker anvendelsesområdet for sine NOKUS-regler på selskaper hjemmehørende i andre EØS-stater, slik at reglene kun får anvendelse på rent kunstige omgåelsesarrangementer med formål å omgå norsk skattelovgivning. Realiteten er at EØS-retten kun åpner for at Norge anvender den ulovfestede omgåelsesnormen for å forhindre slike kunstige arrangementer.

Det er i denne sammenheng nødvendig å gå nærmere inn på den verserende saken for EF-domstolen i *Cadbury Schweppes*⁸⁴. Selv om forslaget til avgjørelse i saken var svært prinsipielt og generelt utformet, og således i noe mindre grad var knyttet opp⁸⁵ mot sakens faktum, er det likevel hensiktsmessig med en innledende redegjørelse for faktum. Saken involverer selskaper i den britiske og irske delen av *Cadbury Schweppes*-konsernet: Cadbury Schweppes Overseas Limited ("**Overseas**"), hjemmehørende i Storbritannia, var i det aktuelle inntektsår (1996) morselskapet til Cadbury Schweppes plc ("**Cadbury**"), som igjen hadde to indirekte heleide datterselskaper hjemmehørende i Irland: Cadbury Schweppes Treasury Services ("**Treasury Services**") og Cadbury Schweppes Treasury International ("**Treasury International**"). Den relevant del av konsernet kan fremstilles slik:



Treasury Services og Treasury International var etablert i det såkalte "International Financial Service Centre" i Dublin, og hadde fordel av et gunstig skatteregime med 10 % skattesats. De irske

⁸² Jf f eks sak C-251/98, *Baars*, premiss 21.

⁸³ Sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁸⁴ Sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

⁸⁵ Se forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, del II premiss 19-26.

selskapenes virksomhet bestod utelukkende av å yte finansieringstjenester til andre konsernselskaper, og selskapene var således det man i den internasjonale skatterett betegner som basisselskaper. Som følge av at den irske skattesatsen var lavere enn tre fjerdedeler av den britiske skattesatsen i det aktuelle inntektsåret, ble Overseas CFC-beskattet for overskuddet til Treasury International (Treasury Services gikk med underskudd det aktuelle inntektsår). EF-domstolen er blitt forelagt spørsmål om CFC-beskatningen av Overseas var i strid med EF-traktatens bestemmelser om fri bevegelighet; den aktuelle frihet var nærmere bestemt etableringsretten knesatt i EF art 43.⁸⁶

I forslaget til avgjørelse vurderte generaladvokaten først om et morselskaps etablering av datterselskaper i en annen EU-stat utelukkende for å nyte godt av et gunstigere skatteregime der, i seg selv innebar et *misbruk* av etableringsretten, med den følge at morselskapet ikke kunne påberope seg den beskyttelse som ligger i reglene om etableringsretten.⁸⁷ Generaladvokaten avviste bestemt at slik etablering innebar misbruk:

*At this stage, however, I think I can state that the fact that Cadbury decided to establish its subsidiaries in Ireland solely so that those subsidiaries are subject to the very favourable tax regime applicable in the International Financial Services Centre does not, in itself, constitute an abuse of the right of establishment.*⁸⁸

Generaladvokatens standpunkt er fullt ut i samsvar med EF-domstolens tidligere praksis, som generaladvokaten også viste til. Det vises således til EF-domstolens uttalelse i *Inspire Art*, hvor EF-domstolen uttalte at et rettighetssubjekt kan påberope seg reglene om etableringsretten for å etablere et selskap i bestemt EU-stat uavhengig av hva som er årsaken til etableringen, kun med unntak av svindel-situasjoner:

*The reasons for which a company chooses to be formed in a particular Member State are, save in the case of fraud, irrelevant with regard to application of the rules on freedom of establishment.*⁸⁹

I forslaget til avgjørelse i Cadbury Schweppes fant generaladvokaten for øvrig grunn til å presisere at problemet med skattekonkurransen mellom statene, som følge av manglende harmonisering av skattesatser og skattesystemer for øvrig, er et politisk problem, og underforstått at det ikke kan begrunne at det gjøres inngrep i de grunnleggende traktatfriheter:

*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 (uthevet her).***⁹⁰

Generaladvokaten konkluderte derfor med at Overseas og Cadbury kunne påberope seg reglene om etableringsretten. Han vurderte dernest om de britiske CFC-reglene innebar en restriksjon for etableringsretten, som følge av at reglene bare fikk anvendelse dersom britiske skattytere etablerte datterselskaper i lavskatteland, men ikke dersom datterselskapet ble etablert i Storbritannia eller i høyskatteland.⁹¹ Generaladvokaten fant det lite tvilsomt av forskjellsbehandlingen innebar en restriksjon for etableringsretten:

⁸⁶ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 37.

⁸⁷ Se forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 39-61.

⁸⁸ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 50.

⁸⁹ Sak C-167/01, *Inspire Art*, premiss 95.

⁹⁰ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 55.

⁹¹ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 62-84.

*The difference in treatment provided for by the United Kingdom legislation on CFCs depending on the tax rate of the Member State of establishment suffices, in my opinion, for that system to be regarded as constituting a **hindrance to freedom of establishment**, so that its compatibility with the rules of the Treaty must necessarily be subject to review by the Court (uthevet her).*⁹²

På bakgrunn av EF-domstolens tidligere praksis, var generaladvokatens konklusjon på dette punkt som forventet og lite kontroversiell.

Som følge av at den britiske CFC-lovgivningen innebar en restriksjon for etableringsretten, vurderte generaladvokaten endelig om restriksjonen var berettiget som begrunnet i et tvingende allment hensyn, nærmere bestemt hensynet til å bekjempe omgåelser av skattelovgivningen.⁹³ Hensynet til å bekjempe omgåelser av skattelovgivningen er akseptert som et relevant allment hensyn av EF-domstolen, som i prinsippet kan berette restriksjoner for en av de grunnleggende friheter. Generaladvokaten presiserte imidlertid at hensynet bare kan begrunne restriksjoner innenfor snevre rammer, nærmere bestemt slik at en restriktiv nasjonal lovgivning bare kan være berettiget dersom den er utformet spesielt med sikte på å hindre at rent kunstige arrangementer, hvis formål er å omgå nasjonal skattelovgivning, fra å nyte godt av skattefordeler:

*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** (uthevet her).*⁹⁴

Generaladvokaten presiserte dette slik at det ikke er tilstrekkelig at en nasjonal lovgivning viser til en gitt situasjon i generelle vendinger, for at den skal være berettiget i hensynet til å bekjempe skattomgåelser. Det er derimot nødvendig at lovgivningen kun åpner for at domstolene, etter en konkret vurdering i den enkelte sak, kan nekte visse skattytere å nyte godt av fellesskapsretten dersom de har benyttet seg av rent kunstige arrangementer, hvis formål er å omgå nasjonal skattelovgivning:

*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.*⁹⁵

Videre presiserte generaladvokaten at eksistensen av et rent kunstig arrangement ikke kan utledes av subjektive forhold som at morselskapet har etablert datterselskap i et lavskatteland i den hensikt å spare skatt:

*On the other hand, like the Commission and unlike the United Kingdom, I do not believe that the motives for establishing a subsidiary and for the choice of country in which to establish it can constitute a relevant criterion. In other words, the existence of a wholly artificial arrangement cannot be inferred from the parent company's avowed purpose of obtaining a reduction of its taxation in the State of origin.*⁹⁶

Etter generaladvokatens syn kunne skattemyndighetenes vurdering av om de stod ovenfor et rent kunstig arrangement, bare baseres på objektive omstendigheter som datterselskapets fysiske

⁹² Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 83.

⁹³ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 85-152.

⁹⁴ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 87.

⁹⁵ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 92.

⁹⁶ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 115.

tilstedeværelse i etableringsstaten (generaladvokaten ønsket således ikke å anerkjenne rene "postkasse-selskaper"), hvorvidt datterselskapet utøvet en reell aktivitet og verdien av datterselskapets aktiviteter.⁹⁷

På bakgrunn av disse vurderingene konkluderte generaladvokaten med at en CFC-lovgivning som den britiske bare ville være forenlig med reglene om etableringsretten dersom den utelukkende får anvendelse på "fullstendig kunstige arrangementer med formål å omgå nasjonal skatterett":

*Articles 43 EC and 48 EC do not preclude national tax legislation which provides for inclusion in the tax base of a resident parent company profits of a controlled foreign company established in another Member State where those profits are subject in that State to a much lower level of taxation than that in effect in the State of residence of the parent company, **if that legislation applies only to wholly artificial arrangements intended to circumvent national law.** Such legislation must therefore enable the taxpayer to be exempted by providing proof that the controlled subsidiary is genuinely established in the State of establishment and that the transactions which have resulted in a reduction in the taxation of the parent company reflect services which were actually carried out in that State and were not devoid of economic purpose with regard to that company's activities.*⁹⁸

Da generaladvokaten ikke hadde tilstrekkelig informasjon om den britiske CFC-lovgivningen til å vurdere om den utelukkende fikk anvendelse på "fullstendig kunstige arrangementer med formål å omgå [britisk] skatterett", overlot den til den nasjonale domstolen å foreta den konkrete vurdering av dette.⁹⁹

6.11.2 NOKUS-reglenes anvendelsesområdet må innskrenkes for å være i samsvar med EØS-rettens krav

Det er etter vårt syn grunn til å tro at EF-domstolen vil følge generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Cadbury Schweppes*. Bakgrunnen for vårt syn er at forslaget til avgjørelse er direkte basert på generelle prinsipper og konkrete uttalelser fra EF-domstolens tidligere praksis, og at det derfor var få overraskelser i generaladvokatens forslag:

- Hva angår spørsmålet om etablering av et selskap i en annen medlemsstat enn opprinnelsesstaten, utelukkende for å nyte godt av gunstigere lovgivning i etableringsstaten enn i opprinnelsesstaten, innebærer misbruk av etableringsretten, er dette allerede besvart benektende av EF-domstolen. I sine avgjørelser i *Centros*¹⁰⁰ og *Inspire Art*¹⁰¹ la således EF-domstolen til grunn at etablering av et selskap i en annen stat enn opprinnelsesstaten, utelukkende for å unngå tyngende selskapslovgivning i opprinnelsesstaten (f eks regler om minstekrav til aksjekapital), ikke innebærer misbruk av etableringsretten, selv om det etablerte selskap kun skal benyttes til å utøve virksomhet i opprinnelsesstaten. I *Inspire Art* uttalte EF-domstolen endog at årsaken til at en person har valgt å stifte et selskap i en bestemt medlemsstat ikke har noen konsekvenser for anvendelsen av reglene om etableringsfriheten, bortsett fra tilfelle av svindel/svik.¹⁰²
- Hva angår spørsmålet om de britiske CFC-reglene innebar en restriksjon for etableringsretten, var det lite kontroversielt at generaladvokaten besvarte dette spørsmålet bekreftende: EF-domstolen har i en rekke saker lagt til grunn at negativ særbehandling av selskaper som

⁹⁷ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 112-114.

⁹⁸ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 152.

⁹⁹ Forslag til avgjørelse i sak C--196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 149-150.

¹⁰⁰ Sak C-212/97, *Centros*, og sak C-167/01, *Inspire Art*.

¹⁰¹ Sak C-167/01, *Inspire Art*.

¹⁰² Sak C-167/01, *Inspire Art*, premiss 95.

etablerer datterselskaper i utlandet innebærer en restriksjon for etableringsretten, hvilket er nokså åpenbart.

- Hva endelig angår spørsmålet om restriksjonen var berettiget som begrunnet i et tvingende allment hensyn, antok altså generaladvokaten at dette ville bero på om den nasjonale CFC-lovgivning utelukkende fikk anvendelse på "*fullstendig kunstige arrangementer med formål å omgå nasjonal skatterett*". Den rettslige standard generaladvokaten her bygger på er formulert og benyttet i en rekke av EF-domstolens dommer på området for de fire friheter og direkte beskatning,¹⁰³ hvilket også ble påpekt av generaladvokaten selv. Anvendelsen av denne rettslige standarden, for å avgrense i hvilken grad CFC-lovgivning kan være berettiget som begrunnet i hensynet til å bekjempe omgåelser av skattelovgivningen, er derfor også lite kontroversiell.

Spørsmålet er så hvilken betydning en dom i samsvar med forslaget til avgjørelse vil ha for de norske CFC-reglene.

Det er verdt å merke seg at det gjaldt en rekke alternative unntak fra den britiske CFC-lovgivningen som hadde til å hensikt å sikre at lovgivningen kun rammet typiske misbrukstilfelle,¹⁰⁴ herunder at datterselskapet hadde en akseptabel utbyttepolitikk, at datterselskapet utøvet handelsvirksomhet (dvs aktivt forretningsvirksomhet), at datterselskapet var børsnotert med en viss spredning på aksjene, at datterselskapets overskudd ikke oversteg £ 50.000 (*de minimis*-unntak) og at etableringen av datterselskapet ikke var skattemotivert. Den norske CFC-lovgivning inneholder derimot kun ett unntak; unntaket for CFC-selskaper som er omfattet av en av Norges skatteavtaler og hvis inntekter ikke hovedsakelig er av passiv karakter (jf sktl § 10-64). Den britiske lovgivningen var således i langt større grad enn de norske CFC-reglene rettet mot misbrukstilfelle, med den følge at den britiske lovgivningen lettere vil tilfredsstille proporsjonalitetsprinsippet i EU-/EØS-retten enn de norske reglene. Proporsjonalitetsprinsippet innebærer altså et krav om forholdsmessighet mellom et formål og den foranstaltning som nasjonalstaten benytter for å ivareta formålet, hvilket blant annet innebærer at en restriksjon for en av de grunnleggende traktatfriheter, som etableringsretten, som er begrunnet i et tvingende allment hensyn, bare vil være forenlig med EF-traktaten/EØS-avtalen dersom den ikke går ut over det som er nødvendig for å ivareta formålet.¹⁰⁵ I den grad de målrettede britiske CFC-reglene finnes å være i strid med reglene om etableringsretten må det, ut fra en "fra det mer til det mindre"-slutning, være desto klarere at de vidtrekkende norske CFC-reglene vil være i strid med reglene om etableringsretten.

Under enhver omstendighet vil det avgjørende kriterium for vurderingen av de norske CFC-reglene uansett være hvorvidt reglene utelukkende får anvendelse på "*fullstendig kunstige arrangementer med formål å omgå [norsk] skatterett*". Denne rettslige standarden har store likhetstrekk med den ulovfestede omgåelsenormen i norsk skatterett, som setter langt snevrere grenser for sin anvendelse enn NOKUS-reglene.

Etter vårt syn må det være klart at etablering av et datterselskap som skal utøve aktiv forretningsvirksomhet i en annen EØS-stat ikke kan betegnes som et "*fullstendig kunstig... arrangement... med formål å omgå [norsk] skatterett*". Som ovenfor nevnt vil slike etableringer normalt være begrunnet i helt andre enn skattemessige hensyn, f eks tilgang på råvarer, priser på energi og arbeidskraft, etableringslandets infrastruktur og av markedsforhold (nærhet til markedene f eks). Dersom NOKUS-reglens anvendelsesområde utvides slik at reglene også kan få anvendelse på norsk-kontrollerte selskaper hjemmehørende i en annen EØS-stat som skal utøve aktiv forretningsvirksomhet i denne EØS-stat, vil NOKUS-reglene derfor være i strid med reglene om etableringsretten (kontrollerende eierandeler)/reglene om fri bevegelse av kapital (eierandeler som ikke er kontrollerende).

Etter vårt syn kan heller ikke etablering av et datterselskap som kun vil oppebære passive inntekter i en annen EØS-stat, eller etablering av et basisselskap i en annen EØS-stat, uten videre kunne

¹⁰³ Sak C-264/96, *ICI*, premiss 26, Sak C-436/00, *X og Y mot Riksskatteverket*, premiss 61, sak C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, premiss 37 og sak C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, premiss 50.

¹⁰⁴ Forslag til avgjørelse i sak C-196/04, *Cadbury Schweppes*, premiss 16-18.

¹⁰⁵ Se f eks sak C-250/95, *Futura*, premiss 26 med henvisninger til tidligere praksis.

betegnes som et "fullstendig kunstig... arrangement... med formål å omgå [norsk] skatterett". Dette må vurderes konkret fra sak til sak, og etablering av et slikt selskap i en annen EØS-stat (f eks et holdingselskap), kan åpenbart ha en realitet, med den følge at etableringene ikke kan betegnes som et slikt fullstendig kunstig arrangement. EØS-retten er således i større grad et hinder for å anvende CFC-regler enn skatteavtalene, som i følge kommentarene åpner for CFC-beskatning av passive inntekter og basisselskapsinntekter. Følgelig fordrer EØS-retten at Norge *innskrenker* NOKUS-reglens anvendelsesområdet, og åpner således ikke for en *utvidelse* av anvendelsesområdet.

I den grad Norges skatteavtaler overhoder åpner for at Norge CFC-beskatte aktive inntekter, vil det således være nødvendig å etablere et delt NOKUS-skatteregime – ett som får anvendelse på EØS-stater og et annet som får anvendelse på (visse) stater som ikke er part i EØS-avtalen – hvilket vil være kompliserende. Hensynet til å unngå slike kompliserende elementer i skattesystemet taler derfor også for at Norge avstår fra å CFC-beskatte aktive inntekter.

7. NOKUS-BESKATNING AV INNTEKT INNVUNNET AV FASTE DRIFTSTEDER SOM ER UNNTATT FRA BESKATNING I NORGE

7.1 Forslaget

I punkt 8.3.2 i Rederiskattutvalgets utredning uttaler Rederiskattutvalgets flertall at det er grunn til å vurdere om Norge bør NOKUS-beskatte inntekter innvunnet av faste driftssteder i utlandet, til tross for at driftsstedets inntekt er unntatt fra beskatning i Norge i henhold til den aktuelle skatteavtale:

Etter flertallets oppfatning er det imidlertid grunn til å vurdere om NOKUS-reglene også skal gjelde for eiere av selskaper og innretninger som er hjemmehørende i Norge. Dette blant annet fordi Norge i enkelte skatteavtaler anvender unntaksmetoden for virksomhetsinntekter, slik at fortjeneste fra et fast driftssted i den annen stat etter skatteavtalen ikke kan beskattes i Norge. Videre følger det av flere av våre skatteavtaler at internasjonal sjøfart bare skal kunne beskattes i den stat der selskapets «virkelige ledelse» befinner seg.

7.2 Forholdet til skatteavtalene

NOKUS-beskatning av inntekten til et fast driftssted vil være klart i strid med Norges skatteavtaleforpliktelser dersom driftsstedets inntekt er unntatt fra beskatning i Norge. Det kan i denne sammenheng vises til mønsteravtalen art 23 A, som er grunnlaget for de fleste unntaksbestemmelsene i Norges skatteavtaler. Art 23 A(1) bestemmer at skattyters hjemstat, med forbehold for bestemmelsene i nr 2 og nr 3, skal unnta inntekt med kilde i den annen avtalestat, og som kan skattlegges der, fra beskatning. Art 23 A(2) bestemmer at kreditmetoden likevel skal anvendes på utbytte- og renteinntekter, mens art 23 A(3) knesetter det såkalte "progresjonsforbeholdet", som innebærer at skattyters hjemstat likevel kan medregne unntatt inntekt ved beregningen av hvilken skattesats som skal anvendes på andre inntekter som er skattepliktige i hjemstaten. Art 23 A(4) bestemmer dessuten at unntaksmetoden, jf nr 1, ikke skal anvendes på inntekt oppebåret av en person hjemmehørende i en stat, dersom den annen stat (dvs kildestaten) unntar inntekten fra beskatning i henhold til bestemmelsene i den aktuelle skatteavtale, eller dersom den annen stat illegger kildeskatt på inntekten i henhold til mønsteravtalen art 10(2) og art 11(2).

Motsetningsvis åpner mønsteravtalen art 23 A, og de fleste unntaksbestemmelser i Norges skatteavtaler, ikke for at skattyters hjemstat anvender kreditmetoden i stedet for unntaksmetoden eller CFC-beskatte den unntatte inntekt, dersom kildestaten beskatter inntekten med lavere satser enn skattyters hjemstat. Norge vil derfor opptre i strid med forpliktelsene etter skatteavtalene, dersom Norge NOKUS-beskatte inntekt innvunnet av fast driftsteder som er unntatt fra beskatning i Norge.

7.3 Forholdet til EØS-retten

7.3.1 Strid med EØS-retten

I *Columbus Container Services-saken*¹⁰⁶ har EF-domstolen blitt forelagt spørsmål om CFC-beskatning av inntekter innvunnet av et fast driftssted er i strid med EF-traktatens regler om etableringsretten/fri bevegelse av kapital, dersom driftsstedets inntekter i henhold til den relevante skatteavtale er unntatt fra beskatning i hjemstaten til det selskap som har etablert driftstedet. Konkret gjelder saken et tysk selskap, som hadde opprettet et fast driftssted i Belgia. Driftstedets inntekter var unntatt fra

¹⁰⁶ Sak C-298/05, *Columbus Container Services*.

beskatning i Tyskland i henhold til skatteavtalen mellom Tyskland og Belgia. Det er verdt å merke seg at den domstol som forela spørsmålet for EF-domstolen, Finanzgericht Münster, var av den oppfatning at CFC-beskatningen ville være i strid med skatteavtalen mellom Tyskland og Belgia. Dette fremgår av ordlyden i det prejudisielle spørsmål som ble forelagt EF-domstolen:

*Is it contrary to the provisions of Article 52 of the EC Treaty (now Article 43 EC) and Article 73(b) to 73(d) of the EC Treaty (now Articles 56 to 58 EC) for the legislation contained in Paragraph 20(2) and (3) of the Außensteuergesetz (Foreign Transaction Tax Law, hereinafter: the 'AStG') as amended by the Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz (Law combating abuse and streamlining taxation) of 21 December 1993 (BGBl 1993 I, p. 2310) to exempt from double taxation the designated passive income of a foreign permanent establishment of a party with unlimited liability to tax in Germany, which would be liable to tax as controlled-foreign-corporation (CFC) income if the permanent establishment were a foreign corporation, by offsetting the foreign tax on earnings levied on the income rather than by exempting the income from taxation in Germany **contrary to the double taxation convention between the Federal Republic of Germany and the Kingdom of Belgium of 11 April 1967** (uthevet her)?*

7.3.2 NOKUS-beskatning av faste driftssteder i utlandet vil ikke eliminere NOKUS-regelens diskriminerende karakter

I sin utredning peker Rederiskatteutvalget på at det kan ha betydning for NOKUS-regelens forhold til EØS-avtalen dersom reglene også gjelder for selskaper hjemmehørende i Norge:

*En endring slik at NOKUS-reglene også skal gjelde for eiere av selskaper og innretninger som er hjemmehørende i Norge kan også ha betydning for reglens forhold til Norges EØS-rettslige forpliktelser.*¹⁰⁷

Gjennom følgende uttalelse synes flertallet å indikere at NOKUS-reglens diskriminerende effekt vil elimineres dersom NOKUS-reglene også får anvendelse på selskaper hjemmehørende i Norge.

*Flertallet legger for øvrig til grunn at lovligheten av Norges og andre lands CFC-regler sett i forhold til EØS-avtalen vil avhenge av den konkrete utformingen av reglene. Utvalgets flertall viser til at det i avsnitt 8.3.2 er gitt uttrykk for at det kan vurderes om nye regler for beskatning av eiere i lavbeskattede selskaper også skal gjelde for eiere av selskaper hjemmehørende i Norge.*¹⁰⁸

Flertallets forslag går ut på at NOKUS-reglene også skal få anvendelse på norske selskaper med faste driftssteder i lavskattelands, dersom den relevante skatteavtale foreskriver anvendelse av unntaksmetoden. Forslaget innebærer således at NOKUS-reglens anvendelsesområde utvides fra å omfatte én type sekundæretablering i utlandet; datterselskaper, til også å omfatte en annen type sekundæretablering i utlandet; faste driftssteder. Forslaget vil således innebære at NOKUS-reglene vil ramme flere grenseoverskridende situasjoner enn det reglene gjør i dag. En slik utvidelse vil derfor ikke eliminere NOKUS-reglens diskriminerende karakter, men snarere øke den.

For å eliminere NOKUS-reglens diskriminerende karakter, måtte NOKUS-reglene også fått anvendelse på norske selskaper som har foretatt sekundæretableringer i Norge ("**innenlandske situasjoner**"), dvs på norske selskaper som har opprettet datterselskaper i Norge og på norske selskaper som har opprettet filialer ("faste driftssteder") i Norge. Flertallet foreslår ikke å utvide NOKUS-reglens anvendelsesområde til også å omfatte slike rent innenlandske situasjoner. Fravær av forslag om dette er for øvrig nokså naturlig, idet et slik forslag ville innebære at man i stor grad gikk bort fra prinsippet i norsk skatterett om at selskaper er selvstendige skattesubjekter.

NOKUS-regelene vil derfor fremdeles innebære en forskjellsbehandling av grenseoverskridende og innenlandske situasjoner dersom flertallets forslag blir vedtatt, og dessuten i større grad enn etter någjeldende regler. Hensynet til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er derfor ikke et relevant argument for å gjennomføre flertallets forslag.

¹⁰⁷ NOU 2006:4 punkt 8.3.2 s 104-105.

¹⁰⁸ NOU 2006:4 punkt 8.4 s 109.