

Del I:

Utenlandske selskaper og fritaksmetoden

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Aleksander Grydeland
Partner Advokatfirmaet Pricewater-
houseCoopers



Advokatfullmektig
Eyvind Sandvik
Advokatfirmaet Pricewater-
houseCoopers

Finansdepartementet og ligningsmyndighetene har i den senere tid oppstilt flere nye vilkår for at utenlandske selskaper skal kunne omfattes av fritaksmetoden. Blant vilkårene som nå stilles, er at utenlandske selskaper må være underlagt alminnelig skatteplikt i sine hjemstater. Etter artikkelforfatternes mening innebærer en slik tolkning at den norske aksjonærbeskatningen nok en gang vil være i strid med EØS-retten.

1 Innledning

Fritaksmetoden har i disse dager femårsjubileum. I løpet av denne tiden har det i stor grad blitt avklart hvilke norske selskapsformer som omfattes av fritaksmetoden.¹ Det hefter derimot fortsatt betydelig usikkerhet ved fritaksmetodens anvendelse på utenlandske selskaper. Sett i lys av den aktiviteten som er utvist av lovgiver og ligningsmyndigheter den siste tiden, kan man trygt slå fast at røyken ennå ikke har lagt seg.

- Finansdepartementet og ligningsmyndighetene krever nå at utenlandske aksjefond må være skattemessig hjemmehørende i den aktuelle hjemstaten etter en eventuell skatteavtale med Norge, være underlagt alminnelig skatteplikt og være den reelle eier av aksjene for å kunne omfattes av fritaksmetoden. Etter vår oppfatning er det ikke

dekning for å stille opp slike krav, og slik vi ser det, må i alle fall utenlandske selskaper som oppfyller følgende vilkår omfattes av fritaksmetoden:

- selskapet er alminnelig skattepliktig i et land innenfor EØS i henhold til dette lands interne regler (og ikke være hjemmehørende i et tredjeland som følge av skatteavtale mellom den aktuelle EØS-staten og et tredjeland),
- selskapet er et eget skattesubjekt for norske skatteformål (dvs. at eiernes ansvar for selskapets forpliktelser er begrenset til den innskutte kapitalen), og
- selskapet må kunne eie aksjer

I denne artikkelen vil vi gjennomgå hvilke selskaper som ligningsmyndighetene etter dagens praksis regner for å omfattes av fritaksmetoden samt redegjøre for vår oppfatning av gjeldende rett. Av plasshensyn tar vi ikke opp enkelte spørsmål som særlig er knyttet til objektsiden, slik som deltagerlignede selskaper, finansielle instrumenter, lavskattlandsdefinisjon og eierkrav og eiertidskrav. Videre går vi heller ikke inn på substanskravene i skatteloven § 2-38 (3) (a) og (5).

I del I av artikkelen tar vi for oss kravet om at det utenlandske selskapet må tilsvare et norsk selskap. I del II vil vi gå nærmere inn på kravene om at det utenlandske selskapet må være hjemmehørende innenfor EØS i henhold til en skatteavtale med Norge samt kravet om at en utenlandsk aksjonær må være reell eier av aksjen for å kunne nyte godt av fritaksmetoden.

2 Kort om fritaksmetoden

Fritaksmetoden innebærer i korte trekk at aksje- og allmennaksjeselskaper, aksjefond og enkelte andre typer selskaper ikke skattlegges for aksjeutbytte og aksjegevinster. Motsatsen er at slike selskaper heller ikke får fradrag for tap på aksjer. I tillegg til aksjer og andeler i aksjefond og enkelte andre

typer selskaper, omfatter fritaksmetoden også finansielle instrumenter som har aksjer omfattet av fritaksmetoden som underliggende objekt. Med virkning fra 7. oktober 2008 er fritaket noe begrenset ved at norske skattytere som omfattes, skal inntektsføre tre prosent av fritatt aksjeinntekt.

Deltagerlignede selskaper er ikke omfattet av fritaksmetoden som subjekter ettersom disse selskapene ikke er egne skattesubjekter. Aksjeinntekter som innvinnes gjennom deltagerlignede selskaper holdes utenfor den løpende overskuddsbeskatningen av deltakeren. Når det deltagerlignede selskapet senere deler ut disse inntektene, vil personlige deltakere beskattes for inntekten mens selskapsdeltakere som omfattes av fritaksmetoden vil være fritatt for beskatning. Andeler i deltagerlignede selskaper er imidlertid omfattet av fritaksmetoden som objekt.²

De vesentligste begrensningene i fritaksmetoden gjelder for investeringer i selskaper som er hjemmehørende i land utenfor EØS-området. Slike aksjeinntekter omfattes ikke av fritaksmetoden dersom investeringen enten er en porteføljeinvestering eller selskapet som det investeres i er hjemmehørende i et lavskattland.

For investeringer i selskaper hjemmehørende innenfor EØS-området, må det skilles mellom investeringer i lavskattland og øvrige investeringer. I førstnevnte tilfelle vil fritaksmetoden bare gjelde dersom selskapet det er investert i er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet i den aktuelle EØS-staten. Dersom selskapet ikke er hjemmehørende i et lavskattland, vil fritaksmetoden gjelde fullt ut innenfor EØS.

Også ved utdeling av utbytte fra norske selskaper til utenlandske selskaper må det skilles mellom selskaper som er hjemmehørende i og utenfor EØS-området. Er et

¹ Vi bruker i denne artikkelen begrepet «selskaper» som en samlebetegnelse for alle selskaper som drøftes, selv om dette språklig sett ikke er helt presist.

² Jf. skatteloven § 2-38 (2) (b)

selskap som mottar aksjeutbytte fra et norsk selskap, hjemmehørende innenfor EØS, vil det utenlandske selskapet kunne omfattes av fritaksmetoden og dermed fritas forplikten til å svare kildeskatt på det mottatte utbyttet. Dette fordrer imidlertid at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet i en EØS-stat. Selskapsaksjonærer hjemmehørende i stater utenfor EØS er ikke fritatt for kildeskatt under fritaksmetoden.

I tillegg til disse eksplisitte lovbestemte begrensningene i fritaksmetoden, har skattytere i praksis også støtt på andre hindringer når det investeres i eller fra et utenlandsk selskap. Disse kravene er etter vår oppfatning ikke tuftet på andre kilder enn én uttalelse fra Finansdepartementet. I punkt 4 til 6 nedenfor vil vi i tillegg til de lovfestede kravene som avgjør hvilke selskaper som omfattes av fritaksmetoden også behandle de ulike kravene som ligningsmyndighetene krever må være oppfylt for at utenlandske selskaper skal omfattes av fritaksmetoden.

3 Formålet med innføringen av fritaksmetoden

3.1 Innledning

De to bærende hensynene ved vedtagelsen av fritaksmetoden var ønsket om å unngå kjedebehandling av aksjeinntekter innenfor selskapssektoren og nødvendigheten av å tilpasse skattesystemet til EØS-avtalens regler om de fire friheter. Begge formålene vil være viktige tolkningsmomenter i forbindelse med avgrensningen av fritaksmetodens anvendelsesområde.

Ved utformingen av reglene ønsket imidlertid Finansdepartementet ikke å gå lenger enn hva som var nødvendig for å sikre at norsk aksjonærbeskatning skulle være i samsvar med EØS-retten.³ Med andre ord kan man si at hensynet til å unngå kjedebehandling på grenseoverskridende inntekter gjaldt bare så langt Norge var forpliktet til ikke å diskriminere grenseoverskridende eierskap i forhold til nasjonalt eierskap. I den konkrete rettsanvendelsen vil dermed EØS-retten ha større betydning som tolkningsfaktor enn hensynet til å unngå kjedebehandling.

3.2 Hovedformål 1: Unngå kjedebehandling

I Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.1 ble hensynet til å motvirke kjedebehandling formulert slik:

3 Jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.1.

«Fritaksmetoden forhindrer at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i eierkjede med norske selskaper (kjedebehandling). Kjedebehandling kan gi incentiver til omorganisering, og kan dessuten svekke kapitalmobiliteten i næringslivet. Fritaksmetoden vil bedre kapitalmobiliteten, sammenlignet med det gjeldende systemet med RISK og godtgjørelse.»

Sammenholdt med aksjonærmodellen skal fritaksmetoden noe forenklet sagt sikre at det gjennomføres beskatning én gang på selskapsnivå og én gang på aksjonærnivå. Selskapsbeskatningen gjennomføres når det underliggende selskapet skattlegges for sin virksomhetsinntekt. Aksjonærbeskatningen gjennomføres når midlene blir hentet ut av selskapssektoren, det vil si når personlig aksjonær selger aksjen eller mottar utbytte. I et rent norsk tilfelle gir dette en total skattebelastning for selskap og aksjonær på mellom 28 og 48,16 % (avhengig av skjerming).

Hensynet til å unngå kjedebehandling ble som nevnt fremhevet som et viktig lovgivningspolitisk prinsipp ved avgrensningen av fritaksmetoden. Inntekter på aksjer i selskaper hjemmehørende i lavskattland utenfor EØS er eksempelvis ikke omfattet av fritaksmetoden fordi disse inntektene ikke reelt sett har vært underlagt et nivå med selskapskatt.⁴ På den annen side er investeringer i lavskattland innenfor EØS i visse tilfeller omfattet av fritaksmetoden, og porteføljeinvesteringer i selskaper utenfor EØS er skattepliktig helt uavhengig av om selskaper lenger ned i eierkjeden beskattes eller ikke. Det er også lite som tyder på at Finansdepartementet og ligningsmyndighetene tillegger dette hensynet noe særlig vekt som en tolkningsfaktor ved anvendelsen av skatteloven § 2-38. Snarere kan den restriktive holdningen som myndighetene nå har inntatt tyde på at grenseoverskridende kjedebehandling tillegges lite vekt i den konkrete rettsanvendelsen.

3.3 Hovedformål 2: Norske beskatningsregler skal ikke være i strid med EØS-retten

Før skattereformen 2004-2006 var aksjeutbytte fra norske selskaper skattepliktige på mottakers hånd, men aksjonærer hjemmehørende i Norge fikk en godtgjørelse for skatt som det utdelende selskapet hadde svart på sitt overskudd. Gjennom godtgjørelsesfradrag ble utbytteskatten eliminert for aksjonærer hjemmehørende i

4 Jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.1 og 6.5.4.3



BEGRENSNINGER: De vesentligste begrensningene i fritaksmetoden gjelder for investeringer i selskaper som er hjemmehørende i land utenfor EØS-området.

Norge. Dette systemet ble som kjent erklært EØS-stridig i Fokus Bank-saken. Heller ikke reglene om regulering av aksjonærens inngangsverdi ved utdelinger (RISK) kunne opprettholdes under EØS-avtalen. Det var derfor nødvendig med endringer som kunne bringe det norske skattesystemet i samsvar med de krav som EØS-avtalens regler om de fire friheter stiller.⁵

I forhold til beskatningen av aksjeutbytter og -gevinster er det særlig rett til fri etablering (EØS-avtalen artikkel 31) og rett til fri flyt av kapital (EØS-avtalens artikkel 40) som er relevante. Etter begge disse bestemmelsene kan det ikke være noen tvil om at selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EUs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som enten har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartens territorium, i utgangspunktet er beskyttet av de ovennevnte friheter i EØS-avtalen.⁶ Restriksjoner i disse friheter kan imidlertid likevel aksepteres hvis de er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, er egnet til å ivareta disse og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta disse. I skattesaker er det imidlertid sjelden at EF-domstolen har akseptert restriksjoner i de fire friheter.

Ved utformingen av fritaksmetoden la departementet derfor til grunn at reglene, både på subjekt- og objektsiden, skal likebehandle selskaper hjemmehørende i Norge og selskaper hjemmehørende innenfor EØS. Regelverket ville dermed være i samsvar med Norges forpliktelser

5 Jf. f.eks. St.mld. nr. 29 (2003-2004) punkt 1.1

6 Jf. EØS-avtalen artikkel 34 (for rett til fri etablering) og Kapitalliberaliseringsdirektivet art. 1 (for rett til fri flyt av kapital).

etter EØS-avtalen.⁷ Den generelle oppfatning på det tidspunktet fritaksmetoden ble vedtatt var da også at den vil oppfylle dette formålet.

Etter vedtagelsen har det imidlertid blitt foretatt en rekke innstramninger i fritaksmetoden. Når det gjelder hvilke utenlandske selskaper som omfattes av fritaksmetoden, er det særlig Finansdepartementets tolkning av reglene som har medført at ligningsmyndighetene praktiserer fritaksmetoden strengere enn det som opprinnelig ble lagt til grunn av lovgiver. Etter vår oppfatning vil flere av disse innstrammningene hver for seg medføre at skattereglene for beskatning av aksjeinntekter i selskapssektoren er i strid med EØS-avtalen. Vi kommer nærmere tilbake til dette i punktene nedenfor.

4 Kravet om at det utenlandske selskapet må tilsvare et norsk selskap

4.1 Innledning

I henhold til skatteloven § 2-38 (1) (k) vil et utenlandsk selskap omfattes av fritaksmetoden såfremt det tilsvare et norsk selskap som omfattes. I dette punktet vil vi drøfte nærmere hva som ligger i dette kravet.

For det første kreves det at det utenlandske selskapet må være et eget skattesubjekt, jf. punkt 4.2.

Finansdepartementet hevder videre at det utenlandske selskapet må være underlagt alminnelig inntektsskatteplikt i sitt hjemland for å kunne anses å tilsvare et norsk selskap. Etter vårt syn kan det ikke oppstilles et slikt vilkår, og vi vil gå nærmere inn på dette i punkt 4.3.

I punkt 4.4.1 vil vi behandle kravet i forarbeidene om at det må vurderes hvorvidt det utenlandske selskapet er underlagt lovgivning som på sentrale punkter er samsvarende med det som norske selskaper er underlagt. I henhold til forarbeidene må det også tas i betraktning hvordan den utenlandske enheten rent faktisk opererer og er organisert. Ved en gjennomgang av praksis rundt dette, jf. punkt 4.4.2, virker det imidlertid som om ligningsmyndighetene kun i begrenset grad legger vekt på dette kravet. På bakgrunn av EØS-retten er det etter vårt syn tvilsomt om dette kravet har noen betydning ut over det som

følger av at selskapet må være et eget skattesubjekt, jf. punkt 4.4.3.

4.2 Eget skattesubjekt

Fritaksmetoden vil kun gjelde for selskaper som er egne skattesubjekter for norske skatteformål.⁸ Det vil normalt være greit å fastslå hvorvidt et utenlandsk selskap skal anses som et eget skattesubjekt (selskapsligning) eller som et selskap hvor det er deltagerne som lignedes for selskapets inntekter (deltagerligning). Løsningen beror på om ansvaret for selskapets forpliktelser er begrenset til selskapets kapital eller, sagt på en annen måte, om selskapets selskaps- eller organisasjonsform innebærer begrenset ansvar for selskapets eiere. Hvis ingen av selskapets eiere har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, vil selskapet lignedes som et eget skattesubjekt. Denne løsningen er i samsvar med oppramsingen i skatteloven § 2-2 av de selskapsformene som skal anses som egne skattesubjekter og de selskapsformene som ikke skal anses som egne skattesubjekter. Løsningen er også lagt til grunn av norske skattemyndigheter, jf. bl.a. Finansdepartementets brev av 4. september 2001 om amerikanske limited liability companies (LLC).⁹ Denne uttalelsen viser at ansvarsbegrensningen er avgjørende også når utenlandske selskapsformer skal klassifiseres for norske skatteformål.¹⁰ Dette må også være utslagsgivende ved tolkningen av skatteloven § 2-38 (1) (k). Den skattemessige klassifiseringen av selskapet i hjemlandet er uten betydning.

I enkelte tilfeller kan ansvaret selskapets eiere har for selskapets forpliktelser være mer indirekte. Eksempelvis har deltageren(e) i et engelsk unlimited-selskap et ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Dette ansvaret er imidlertid indirekte ettersom krav mot selskapet først må dekkes av selskapets eiendeler før man kan gå på den enkelte deltager. I de saker vi kjenner til, har ligningsmyndighetene lagt til grunn at også disse selskapene ville blitt deltagerlignet etter norsk rett, og kan dermed ikke anses omfattet av fritaksmetoden.

4.3 Krav til skattlegging

Finansdepartementet oppstiller i sitt brev av 25. september 2007 et krav om at utenlandske selskaper må være alminnelig skattepliktige i sine hjemstater for å omfattes av fritaksmetoden.

De fleste skatteavtaler Norge har inngått oppstiller et krav om at et selskap må underlegges beskatning (liable to tax) i sin hjemstat for å kunne omfattes av skatteavtalen. Det kan dermed stilles spørsmål ved om Finansdepartementet mener at kravet til skattlegging er et selvstendig krav eller om det kun inngår som en del av vurderingen av om det utenlandske selskapet kan anses som hjemmehørende i en EØS-stat etter skatteavtalen mellom den aktuelle staten og Norge, jf. punkt 5.3. Fordi kravet om at et selskap må være omfattet av en skatteavtale mellom Norge og et EØS-land etter vårt syn må bero på en misforståelse av Finansdepartementets egen uttalelse av 10. mai 2005 og EUs mor-datterselskapsdirektiv,¹¹ jf. punkt 5.3.2 nedenfor, velger vi å omtale kravet til skattlegging som et eget punkt her. I praksis ser det også ut til at ligningsmyndighetene anvender dette kravet på selvstendig grunnlag, jf. punkt 4.4.2.

Finansdepartementet legger til grunn at et utenlandsk selskap må være alminnelig skattepliktig i sin hjemstat for å kunne omfattes av fritaksmetoden. I denne sammenhengen uttaler departementet at det imidlertid ikke er noe i veien for at det utenlandske selskapet er fritatt for skatt på en eller flere inntekter, eller at selskapet rent faktisk ikke er i skatteposisjon som følge av individuelle forhold som uskudd, fradrag og avsetninger e.l. Etter departementets syn kan imidlertid selskaper som ikke er underlagt skatteplikt i sin hjemstat, og som dermed er fullt ut fritatt for skatt, ikke anses å være omfattet av fritaksmetoden.

Finansdepartementets standpunkt er ikke omhandlet i lovteksten eller forarbeidene. Departementets resonnement er tuftet på at bortsett fra kommuner og fylkeskommuner, så er alle norske selskaper som omfattes av fritaksmetoden underlagt alminnelig inntektsskatteplikt til Norge. Dermed må tilsvarende krav stilles til utenlandske selskaper. I og med at norske selskaper som i utgangspunktet er skattefrie fordi de ikke har erverv til formål, jf. skatteloven § 2-32, likevel vil falle inn under fritaksmetoden, svikter antagelig premisset i departementets resonnement.¹² Departementet sier jo også selv gjennom henvisningen til kommuner og fylkeskommuner at ikke alle norske selskaper som omfattes

¹¹ 90/435/EF.

¹² Se Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett 2008 s. 658 som også legger til grunn at norske aksjeselskaper som ikke har erverv til formål vil omfattes som objekt under fritaksmetoden.

⁷ Se f.eks. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.1.

⁸ Jf. Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.9.

⁹ Urv. 2001 side 1641.

¹⁰ Tilsvarende også Aarbakke, Skatt på inntekt, 4. utg. del 1 side 56 flg.

av fritaksmetoden har alminnelig skatteplikt. Det kan dermed heller ikke legges vekt på at begrepet «skattytere» benyttes innledningsvis i § 2-38.

Skillet mellom selskaper som prinsipielt er underlagt alminnelig skatteplikt og selskaper som er helt fritatt for skatt, kan i noen tilfeller være mer av teoretisk interesse. Eksempelvis er norske aksjefond undergitt alminnelig inntektsskatteplikt, men på grunn av fritaksmetoden og skattefritaket for gevinster som er innvunnet utenfor EØS er norske aksjefond bare skattepliktige for utbytteinntekter som innvinnings fra selskaper hjemmehørende utenfor EØS (i tillegg til rente- og valutainntekter). Ettersom fondene har fradragsrett for forvaltningskostnader, er resultatet at de sjelden eller aldri kommer i skatteposisjon. Den nedenfor refererte uttalelsen fra Skattedirektoratet kan tjene til illustrasjon også her. Med unntak for skatt på utbytte fra danske selskaper, er danske akkumulerende foreninger fritatt for inntektsskatt. Vi kan ikke se at det finnes rimelige grunner for å avgrense fritaksmetoden mot slike selskaper alene av den grunn at den danske lovgivningen er utformet som et generelt fri-

tak for skatt (med visse unntak) snarere enn enkeltvis unntak for skatteplikt som gir et tilsvarende resultat.

En hovedbegrunnelse for å innføre en fritaksmetode for aksjeinntekter i selskapssektoren var å unngå kjedebeskatning. Dette kan imidlertid ikke bety at fritaksmetoden kun skal gjelde i situasjoner hvor et utenlandsk selskap faktisk er underlagt skatteplikt i sin hjemstat. Særlig gjelder dette når det for departementet ikke spiller noen rolle om det utenlandske selskapet for praktiske formål er fritatt for skatt på de fleste inntekter. Hensynet til å unngå kjedebeskatning kan ha mindre tyngde der hvor en norsk selskapsaksjonær har aksjeinntekter fra selskaper hjemmehørende i lavskattland innenfor EØS. Da er det mulig at inntekten ikke har blitt beskattet på selskapsnivå før den eventuelt deles ut til personlig aksjonær. Like sannsynlig er det imidlertid at inntekten har vært gjenstand for ett nivå med underliggende selskapsskatt før den ble innvunnet av lavskattlandsselskapet. Særlig gjelder dette for aksjefond, som nesten alltid vil investere i børsnoterte selskaper. Fondets investeringer vil ofte være i selskaper som ikke er

hjemmehørende i lavskattland. Avkastningen på disse investeringene vil som regel reflektere inntekt som har blitt underlagt ett nivå med selskapsskatt. Dersom denne inntekten skal beskattes en gang til når et norsk selskap innvinner den, vil det kunne resultere i kjedebeskatning.

Finansdepartementet begrunner også kravet til skattlegging i EUs mor-datterselskapsdirektiv:

«For så vidt gjelder spørsmålet om faktisk beskatning, legger departementet til grunn at de norske reglene ikke går lenger enn det som følger av [EUs mor-datterselskapsdirektiv]. I forbindelse med direktivets definisjon av hva som er et «selskap i et medlemsland», jf. omtalen ovenfor, er det tatt inn bestemmelser om skatteplikten i artikkel 2 punkt 1 bokstav c. Kravet er at et selskap må være undergitt selskapsskatt i sitt hjemland, uten at selskapet er unntatt fra eller kan velge å være unntatt fra slik beskatning.»

Det er uklart hvorfor Finansdepartementet mener at mor-datterselskapsdirektivet er relevant ved avgrensningen av fritaksmeto-

den. Norge er ikke omfattet av direktivet, og har heller ingen plikt til å inkorporere det i norsk lov. Direktivet ble riktignok brukt to ganger for illustrative formål i forarbeidene,¹³ men det er likevel overraskende at departementet bruker direktivets definisjoner som en målestokk på om norsk intern lovgivning er i samsvar med EØS-retten.

Selv om man skulle mene at direktivet er relevant i denne sammenhengen, må man også ha i mente at mor-datterselskapsdirektivet har et vesentlig snevrere formål og anvendelsesområde enn fritaksmetoden. Formålet med direktivet er å unngå dobbeltbeskatning på visse investeringer. Direktivet griper inn i statenes suverenitet ved å stille opp absolutte begrensninger på retten til kildebeskatning av visse typer utbytteutdelinger, uavhengig av hvordan medlemsstatene beskatter rene innenlandske utbytter. Siden skatt faller utenfor EU-samarbeidet, fikk direktivet et begrenset virkeområde. Dette er vanlig i alle folkerettslige avtaler som griper inn i staters suverenitet. En del selskapsformer og skattytere ble derfor holdt utenfor direktivets anvendelsesområde. Mor-datterselskapsdirektivet kan derfor ikke leses som om det uttømmende regulerte beskatningen av grenseoverskridende aksjeinntekter. At de fire friheter går lenger enn mor-datterselskapsdirektivet, er også uttrykkelig slått fast av EF-domstolen.¹⁴ Medlemsstatene kan dermed ikke skattlegge personer og selskaper som ikke er omfattet av direktivet på en måte som er i strid med de fire friheter. Det er derfor vanskelig å se at mor-datterselskapsdirektivet kan innsnevre rekkevidden av anvendelsesområdet for fritaksmetoden som Finansdepartementet legger opp til uten å komme i konflikt med de fire friheter.

Slik vi ser det har kravet til skattlegging ingen støtte i verken lovteksten eller forarbeidene. Etter vår oppfatning er det heller ingen grunn til å se hen til mor-datterselskapsdirektivet for å finne støtte for et krav om skattlegging som en måte å avgrense fritaksmetoden på. Vi har også vanskelig for å se at beskatningen av et selskap skal kunne ha noe å si for hvorvidt selskapet er beskyttet av EØS-avtalen eller ikke. Selskaper som ikke er underlagt alminnelig skatteplikt, må dermed også nyte godt av den beskyttelse som de fire frihetene gir.¹⁵

13 Jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.4.3 og 6.5.4.5.

14 Jf. bl.a. sak C-379/05 Amurta.

15 Jf. bl.a. Sak C-386/04 Stauffer og Generaladvokatens innstilling i sak C-303/07.

4.4 Ligger det noe mer i begrepet «tilsvarende»?

4.4.1 Utgangspunktet

Dersom ingen eier har ubegrenset ansvar, blir spørsmålet om det ligger noe mer i lovtekstens formulering om at det utenlandske selskapet må tilsvare et norsk selskap som er omfattet av fritaksmetoden.

I forarbeidene til fritaksmetoden besvares dette bekreftende ved at det uttales at utenlandske selskaper bare kan omfattes av fritaksmetoden såfremt de er underlagt lovgivning som «ikke på sentrale punkter gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for den norske selskapsformen som det sammenlignes med.»¹⁶ Uttalelser i forarbeidene gir støtte for at det er den selskapsrettslige reguleringen av selskapsformen som må vurderes,¹⁷ men at det også må «tas i betraktning hvordan den utenlandske enheten rent faktisk opererer og er organisert.»¹⁸

For å kunne vurdere hvilke utenlandske selskaper som skal omfattes av fritaksmetoden, er det nødvendig å se nærmere på hvilke norske selskaper som faller inn under fritaket. Etter skatteloven § 2-38 (1), jf. § 2-2 (1), omfattes de fleste av de vanligste norske selskapsformene, eksempelvis aksjeselskap og allmennaksjeselskap, sparebank og annet selveiende finansieringsforetak, gjensidig forsikringselskap, samvirkeforetak og aksjefond. I tillegg har Finansdepartementet avgitt noen tolkningsuttalelser hvor enkelte andre norske selskapsformers forhold til fritaksmetoden blir avklart.¹⁹

Hvis man ser på de norske selskapsformene som omfattes av fritaksmetoden, så synes det klart at fritaksmetoden omfatter alle norske selskaper som er egne skattesubjekter og som kan eie aksjer. Generelt sett kan man dermed si at alle de norske selskapsformene som omfattes har følgende fellestrekk:²⁰

- ansvaret for selskapets forpliktelser er begrenset til selskapets kapital;
- selskapet har anledning til å eie aksjer.

16 Jf. Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.2.1

17 Se bl.a. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.2.1 pkt. (ii) og (iii) og Innst. O. nr. 10 (2004-2005) punkt 6.1.1. Slik også i Gjems-Onstad, Norsk Bedriftsskatterett 2008 s. 658.

18 Jf. Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.2.1.

19 Se f.eks. Utv. 2005 s. 702 (pensjonskasser likestilt med gjensidig livselskap og dermed omfattet) og Utv. 2005 s. 1245 (bygdeallmenninger ikke omfattet).

20 Det kan muligens oppstilles et tredje fellestrekk, nemlig at selskapet er ikke en fysisk person (eller konkurs- eller administrasjonsbo etter en fysisk person). Slik vi ser det ligger imidlertid dette implisitt i selskapsbetegnelsen.

Ingen norske selskaper som oppfyller disse vilkårene, vil bli ilagt skatt på aksjegevinster og aksjeutbytter fra andre norske selskaper. Etter vår oppfatning bør derfor alle selskaper som er hjemmehørende innenfor EØS og som har de samme egenskapene, omfattes av fritaksmetoden. Dette ville harmonere godt med en av hovedbegrunnelsene for å innføre fritaksmetoden, nemlig å hindre at skattleggingen av aksjeinntekter har en usikker side mot EØS-avtalen.²¹

Som illustrert i punkt 4.4.2 nedenfor, virker det som om ligningsmyndighetene gjennomfører en meget begrenset analyse av det utenlandske selskapets selskapsrettslige regulering. Antagelig er det i denne sammenheng tilstrekkelig at eierne av det utenlandske selskapet har begrenset ansvar. Dersom dette var hele vurderingstemaet, ville fritaksmetoden kunne anvendes i samsvar med EØS-avtalen ettersom norske og utenlandske selskaper ville blitt likebehandlet.

4.4.2 En nærmere gjennomgang av ligningsmyndighetenes avgjørelser

I dette punktet skal vi kort gjennomgå noen av de sakene ligningsmyndighetene har behandlet vedrørende fritaksmetodens anvendelse på utenlandske selskaper og se nærmere på hvilke vurderinger som ligger til grunn for disse avgjørelsene.

Ligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter har kommet frem til at et tysk kommandittselskap var omfattet av fritaksmetoden som objekt.²² Spørsmålet i saken var om et norsk aksjeselskap som hadde realisert en eierandel i det tyske selskapet hadde rett til tapsfradrag. Saken gjelder inntektsåret 2005, altså for gevinst og tap ved realisasjon av eierandel i deltagerlignede selskaper ble inntatt som objekt under fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 (2) (b). Etter ligningsmyndighetenes oppfatning kunne selskapet ikke klassifiseres som et deltagerlignet selskap etter norske regler ettersom ingen av deltagerne hadde ubegrenset ansvar.²³ Det springende

21 Jf. bl.a. St.meld. nr. 29 (2003-2004) punkt 3.4.3.2 og 10.4.1 og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 6.5.2.1.

22 Jf. Utv. 2008 s. 218 punkt 2.3.8. Vi har fått opplyst at saken skal behandles i skatteklagenemnda tidlig i 2009.

23 Et tysk KG må i seg selv anses for å tilsvare et norsk kommandittselskap og dermed klassifiseres som et deltagerlignet selskap for norske skatteformål. Det er imidlertid ganske vanlig at komplementaren er et selskap med begrenset ansvar som heller ikke har rett til en overskuddsandel. Etter ligningsmyndighetenes oppfatning innebærer dette at «komplementaren» ikke er en deltager, og dermed kan ikke selskapet klassifiseres som et deltagerlignet selskap ettersom ingen deltager har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser.

punktet i saken var deretter om det tyske selskapet tilsvarte et norsk aksjeselskap.

I referatet som er inntatt i Utvalget er det bare vist til at nemnda etter en gjennomgang av rettskildene fant at det tyske selskapet «på vesentlige punkter var lovmessig regulert tilsvarende et norsk aksjeselskap». Hvilke egenskaper ved den tyske lovgivningen som nemnda fant å være vesentlig lik, fremgår ikke av referatet.

Utover ansvarsbegrensningen er et sentralt prinsipp i norsk aksjeselskapsrett at deler av selskapets egenkapital er bundet slik at den ikke fritt kan deles ut til eller disponeres av aksjonærer eller deres nærstående. Tysk selskapslovgivning pålegger ikke tyske kommandittselskaper noe krav til bundet egenkapital. I det aktuelle tilfellet var komplementaren et tysk aksjeselskap som selv må tilfredsstillende krav om bundet egenkapital og tyske domstoler har indirekte pålagt kommandittselskapet kapitalkrav ved å pålegge kommandittister tilbakebetalingsansvar for utdelinger som medfører at egenkapitalen i komplementaren synker under kapitalkravet som gjelder for aksjeselskaper. Det er imidlertid ingenting i veien for at et utenlandsk selskap med begrenset ansvar uten noen restriksjoner på egenkapitalen, er komplementar i det tyske kommandittselskapet.

Som nevnt må det i tillegg til en vurdering av den utenlandske lovgivning, også tas i betraktning hvordan det utenlandske selskapet rent faktisk opererer og er organisert. I den ovenfor refererte saken om det tyske kommandittselskapet virker det som om Sentralskattekontoret bare har lagt på vekt at selskapet kunne ha innrettet seg som et norsk aksjeselskap, og ikke om det faktisk hadde gjort det.

Flere europeiske jurisdiksjoner har selskapsformer med begrenset ansvar hvor det ikke stilles minstekrav til bundet egenkapital. Eksempelvis kan man stifte et UK private limited company uten bundet aksjekapital. Dette selskapet har likevel blitt ansett for å være omfattet av fritaksmetoden.²⁴ Fravær av bundet kapital kan derfor ikke anføres som selvstendig grunnlag for å utelukke utenlandske selskaper fra fritaksmetoden.

I en tolkningsuttalelse om svenske aksjefond la Skattedirektoratet eksplisitt til grunn at det ikke hadde betydning at de svenske fondene ikke hadde juridisk per-

sonlighet.²⁵ Foruten ansvarsbegrensningen, la Skattedirektoratet avgjørende vekt på at de svenske fondene i hovedsak var underlagt samme verdipapirettslige regulering som norske fond. Skattedirektoratet la tilsvarende synspunkter til grunn i en tolkningsuttalelse av 15. august 2008 om svenske spesialfond.²⁶

For andre typer av europeiske aksjefond har ligningsmyndighetenes avgjørelser gått i ulike retninger, og med svært varierende begrunnelser. Luxembourgske SICAV har vært ansett som objekt under fritaksmetoden ved Sentralskattekontoret for storbedrifter,²⁷ mens Sentralskattekontoret for utenlandssaker ikke har ansett fondene for å kvalifisere som subjekt som er fritatt for kildeskatt. Disse fondene er i Luxembourg organisert som allmennaksjeselskap og er også underlagt UCITS-direktivene slik at fondene burde sidestilles med norske allmennaksjeselskap eller eventuelt norske aksjefond. Etter hva vi kjenner til, skal ligningsmyndighetene nå være omforment om at SICAV ikke omfattes av fritaksmetoden, verken som subjekt eller objekt. Bakgrunnen skal være at fondene ikke er underlagt alminnelig skatteplikt i Luxembourg og at de dermed ikke tilsvare et norsk selskap eller aksjefond som er alminnelig inntektsskattepliktig i Norge (men som på grunn av fritaksmetoden og fradragsrett for forvaltningskostnader praktisk sett aldri betaler skatt).²⁸

Basert på tilsvarende synspunkter avga Skattedirektoratet tre tolkningsuttalelser angående irske og tyske investeringsfond samt danske investeringsforeninger.²⁹ Det irske («Qualifying Investment Fund») og det tyske fondet ble ikke ansett for å være omfattet av fritaksmetoden fordi ingen av disse fondene var alminnelig skattepliktige. Skattedirektoratet konkluderte også med at en dansk investeringsforening, enten den klassifiseres som utdelende eller akkumulerende, ikke omfattes av fritaksmetoden av samme grunn. Det er verdt å merke seg at begge typer investeringsforeninger er skattepliktige for visse inntekter i Danmark,

25 Utv. 2007 s. 244 punkt 2.3.14.

26 Denne uttalelsen er avgitt etter Finansdepartementets brev av 25. september 2007, og legger derfor til grunn at de svenske fondene også må være alminnelig skattepliktig til Sverige for å kunne tilsvare norske aksjefond.

27 Utv. 2007 s. 244 punkt 2.3.14.

28 Videre vil manglende inntektsskatteplikt i Luxembourg medføre at ligningsmyndighetene ikke vil anse et SICAV for å være hjemmehørende innenfor EØS.

29 Tolkningsuttalelser avgitt henholdsvis 13. desember 2007 (tyske og irske fond) og 4. februar 2008 (danske investeringsforeninger). Alle uttalelsene er tilgjengelige via www.skatteetaten.no.

24 Jf. bla. BFU 25/05.

men det er altså ikke tilstrekkelig for å kunne fastslå alminnelig skatteplikt.³⁰

Flere britiske fondstyper er underlagt alminnelig selskapskatt i Storbritannia. I vedtak om refusjon av kildeskatt for disse fondene har ligningsmyndighetene nøydt seg med å vise til at fondene må anses som egne skattesubjekter etter norsk rett og at de er UCITS-fond, for deretter å konkludere med at de tilsvare norske aksjefond. Dermed har de blitt ansett å være omfattet av fritaksmetoden. Det at fondene var organisert med flere underfond, diskvalifiserte ikke fondene fra å bli ansett å tilsvare et norsk aksjefond.

Basert på gjennomgang av ligningsmyndighetenes praksis, virker det således ikke som om ligningsmyndighetene ved vurderingen av om et utenlandsk selskap tilsvare et norsk selskap foretar noen grundig analyse utover å konstatere at ingen av deltagerne i det utenlandske selskapet har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser.^{31 32}

Det er likevel grunn til å spørre om ligningsmyndighetene bevisst har begrenset seg til å undersøke om eierens ansvar er begrenset til den innskutte kapitalen. Vi er ikke sikre på om det vil være tilfelle når selskapslovgivningen eller annen regulatorisk lovgivning i det aktuelle utland er vesentlig mer deklarasjonsmessig enn hva tilfellet er under eksempelvis den norske aksjeloven. Amerikanske limited liability companies (LLC) kan tjene som illustrerende eksempel. Alle amerikanske delstater har egne regler om slike selskaper, men det er stor variasjon i hvordan lovgivningen er utformet. Likevel er det to trekk som går igjen i de aller fleste stater; (i) deltagerne kan begrense sitt ansvar til den innskutte kapitalen og (ii) de har utover dette meget stor frihet til å organisere selskapet slik de vil. Det vil si at selskapets kapitalstruktur, ledelse og organisering for øvrig kan utformes som et vanlig partnership. Vi antar at ligningsmyndighetene her likevel vil komme til at ansvarsbegrensningen er tilstrekkelig til at LLC'et selskapsrettslig tilsvare et norsk aksjeselskap.

4.4.3 Hvilke begrensninger følger av EØS-retten?

Ovenfor har vi redegjort for hva norske skattemyndigheter legger i kravet om at det utenlandske selskapet må tilsvare et norsk selskap. I dette punktet vil vi kort gjennomgå de begrensninger EØS-retten legger på statenes rett til å forskjellsbehandle innenlandske og utenlandske selskaper.

For at det skal foreligge en diskriminering i strid med EØS-retten, må like tilfeller behandles ulikt eller ulike tilfeller behandles likt. I den grad norske og utenlandske selskaper behandles ulikt med hensyn til norsk beskatning av aksjeinntekter, blir problemstillingen om de norske og utenlandske selskapsaksjonærer er i en sammenlignbar situasjon.

Det forhold at et selskap hjemmehørende i Norge er alminnelig skattepliktig hit, mens et utenlandsk hjemmehørende selskap bare er begrenset skattepliktig til Norge for inntekter som har sin kilde her, er ikke tilstrekkelig til å konstatere at selskapene ikke er i en sammenlignbar situasjon.

Dette ble bl.a. fremhevet av EF-domstolen i Denkavit II-saken.³³ Saken dreide seg om franske skatteregler som påla kildeskatt på utbytte fra franske selskaper til selskapsaksjonærer hjemmehørende i utlandet samtidig som utbytteutdelinger til franske selskapsaksjonærer ikke ble skattlagt. EF-domstolen besvarte spørsmålet om utenlandske og innenlandske aksjonærer var sammenlignbare på følgende måte:

«34 It is true that, in the context of measures laid down by a Member State in order to prevent or mitigate the imposition of a series of charges to tax on, or the double taxation of, profits distributed by a resident company, resident shareholders receiving dividends are not necessarily in a situation which is comparable to that of shareholders receiving dividends who are resident in another Member State (...)

35 However, as soon as a Member State, either unilaterally or by way of a convention, imposes a charge to tax on the income, not only of resident shareholders, but also of non-resident shareholders, from dividends which they receive from a resident company, the situation of those non-resident shareholders becomes comparable to that of resident shareholders (...)

EF-domstolen la ingen vekt på hvordan den utenlandske aksjonæren skatterettslig behandles i hjemstaten. Det eneste relevante for å konstatere sammenlignbarhet var om kildestaten faktisk hadde underlagt det utenlandske selskapet skatteplikt for utbytteinntekten.

Tilsvarende synspunkter har blitt fulgt opp senere, se senest generaladvokatens uttalelse i Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy-saken³⁴. Saken gjelder de finske reglene for beskatning av aksjeutbytte. Utbytter fra finske selskaper til finske selskapsaksjonærer er fritatt for skatt. Hvis aksjonæren er et utenlandsk selskap, skal det ilegges kildeskatt med mindre det utenlandske selskapet eier minst 20 % av det finske selskapet og har en av de selskapsformer som omfattes av EUs mor-datterselskapsdirektiv. Det utenlandske morselskapet var et luxembourgsk SICAV som ikke er omfattet av direktivet. Finske myndigheter anførte at SICAV'et ikke var sammenlignbart med en finsk selskapsaksjonær fordi SICAV'et verken hadde bundet egenkapital, alminnelig skatteplikt til Luxembourg eller var omfattet av EUs mor-datterselskapsdirektiv. Generaladvokaten avviste alle disse anførselene. Med henvisning til Denkavit II-saken, konkluderte han med at så lenge finske myndighetene ila kildeskatt på utbyttet, så var SICAV'et i en sammenlignbar situasjon med en finsk selskapsaksjonær.

Dette er også i tråd med at selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, i utgangspunktet er beskyttet av retten til fri etablering i EØS-avtalen artikkel 31 og av retten til fri flyt av kapital i EØS-avtalen artikkel 40, jf. punkt 3.3.

Etter vår oppfatning vil derfor alle EØS-selskaper som ilegges kildeskatt på utbytter som er utdelt fra norske selskaper være i en sammenlignbar situasjon som norske selskapsaksjonærer. På bakgrunn av EØS-retten kan det dermed heller ikke legges noe annet i begrepet «tilsvarende» enn at det utenlandske selskapet må anses som et eget skattesubjekt etter norske regler, jf. punkt 4.2. EØS-retten utelukker således den fortolkning av innholdet i begrepet «tilsvarende» som Finansdepartementet legger til grunn i sitt brev av 25. september 2007.

30 Det skal imidlertid legges til at vi stiller oss tvilende til at Skattedirektoratets gjengivelse av gjeldende rett i forhold til utdelende investeringsforeninger i Danmark er korrekt.

31 Se tilsvarende synspunkt i Skattedirektoratets brev av 2. mars 2005.

32 Ved utformingen av fritaksmetoden ble ikke selskaper som nevnt i skatteloven § 2-2 (1) (e) omfattet. Slik vi leser Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) var bakgrunnen at Finansdepartementet først og fremst ønsket å avgrense fritaksmetoden mot obligasjonsfond som vil være omfattet av § 2-2 (1) (e).

33 Sak C.

34 C-303/07, avgitt 18. desember 2008.