

Verdipapirfond og etableringsvilkåret

En forutsetning for fritaksmetoden og avskjæring av NOKUS-beskatning, er at selskapet er «reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der». Norske myndigheter står her ikke fritt, men er bundet av EØS-avtalen. Skattedirektoratet har i en bindende forhåndsuttalelse benyttet et annet vurderingstema enn det som følger av relevant praksis fra EU-domstolen.

Artikkelen er forfattet av:



Advokat
Peter Hammerich
BA-HR
Han er partner og leder BA-HRs markedsgruppe for kapitalforvaltning og private equity.



Senioradvokat
Vibeke K. Svendsby
BA-HR
Hun er senioradvokat og nestleder av BA-HRs markedsgruppe for kapitalforvaltning og private equity.

Legges dette til grunn, vil det etter forfatterens vurdering innebære brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Har Skattedirektoratet glemt EØS-retten?

I henhold til skatteloven¹ § 10–64 bokstav b vil inntektene til et selskap eller en innretning hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS ikke kunne tas opp til såkalt NOKUS-beskatning² dersom selskapet er «reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der» (heretter benevnt **Etableringsvilkåret**). Oppfyllelse av Etableringsvilkåret er også en forutsetning for at selskap mv. hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS skal kunne omfattes av fritaksmetoden som investeringsobjekt, jf. skatteloven § 2–38 (3) bokstav a.

Det at NOKUS-reglene kommer til anvendelse og/eller at investeringen ikke omfattes av fritaksmetoden, vil rent faktisk kunne begrense retten til fri flyt av kapital,

¹ Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14.

² Særlig beskatning av eiere av norskkontrollerte selskaper mv. hjemmehørende i lavskatteland.

alternativt etableringsfriheten, slik disse grunnleggende rettighetene kommer til uttrykk i EØS-avtalen. Norske myndigheter står derfor ikke fritt med hensyn til hvordan Etableringsvilkåret skal anvendes, men er bundet av EØS-avtalen, jf. EØS-loven³ §§ 1 og 2.

En bindende forhåndsuttalelse avgitt 10. juni 2013 (heretter benevnt BFU 13/13) aktualiserer problemstillingen. Skattedirektoratet konkluderte her med at en planlagt etablering av et kombinasjonsfond i Luxembourg forvaltet av en norsk forvalter, ikke ville oppfylle Etableringsvilkåret. Med det faktum som ligger til grunn for BFU 13/13, er ikke nødvendigvis konklusjonen feil. BFU 13/13 er likevel grunnleggende problematisk fordi Skattedirektoratet legger til grunn at forvaltningen vil være fondets eneste relevante økonomiske aktivitet. Når denne skal settes bort til en norsk forvalter, konkluderer Skattedirektoratet med at det ikke vil bli bedrevet noen relevant økonomisk aktivitet i Luxembourg, og Etableringsvilkåret er følgelig ikke oppfylt.

Det er vår vurdering at Skattedirektoratet i BFU 13/13 anvender et vurderingstema som det ikke er grunnlag for i relevant rettspraksis fra EU-domstolen og innebærer et brudd på EØS-loven.

Etableringsvilkåret i norsk lov

Oppfyllelse av Etableringsvilkåret som forutsetning for fritaksmetoden og avskjæring av NOKUS-reglene ble innført i 2007 som følge av EU-domstolens avgjø-

relse i den såkalte Cadbury Schweppes-saken⁴.

Cadbury Schweppes-saken gjaldt om man med hjemmel i britiske regler tilsvarende NOKUS-reglene, kunne beskatte et britisk selskap for inntekter som stammet fra et datterselskap i Irland. Kjernen i Cadbury Schweppes-saken er at restriktive skatte-regler ikke alene kan begrunnes i hensynet til å forhindre skatteomgåelse og tap av skattegrunnlag. Det kreves i tillegg at to kumulative krav oppfylles – et objektivt og et subjektivt. Det subjektive kravet innebærer at formålet med arrangementet utelukkende eller i alle fall alt hovedsakelig må være å unngå skatt. Det objektive kravet innebærer at det må være snakk om et helt kunstig arrangement.

Helt kunstig arrangement

Begrepet «helt kunstig arrangement» er et EØS-rettslig begrep. Begrepet skal således forstås i overensstemmelse med EØS-avtalen slik innholdet er fastlagt ved EU-domstolens rettspraksis. En medlemsstat kan derfor ikke ved nasjonal lovgivning gi begrepet «helt kunstig arrangement» et annet innhold.

Av premiss 68 i avgjørelsen i Cadbury Schweppes-saken fremgår det at unntaket for helt kunstige arrangementer skal forstås snevert:

«If checking those factors leads to the finding that the CFC is a fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity in the territory of the host Member State, the creation of that CFC

³ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. av 27. november 1992 nr. 109.

⁴ Sak C-196/04 (Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue), [2006] ECR I-7995.

must be regarded as having the characteristics of a wholly artificial arrangement. That could be so in particular in the case of a «letterbox» or «front» subsidiary (see Case C-341/04 Eurofood IFSC [2006] ECR I-0000, paragraphs 34 and 35.)

Som et «postkasse-selskap» anses i EU-rettslig henseende et selskap, «som ikke udøver nogen form for virksomhed i den medlemsstat, hvor dets hjemsted er beliggende», jf. Eurofood-saken⁵, premiss 34. Også i juridisk litteratur er det lagt til grunn at det her er snakk om et snevert unntak. Vi viser her til European Tax Law, 6. utgave 2012, som på side 1012, med henvisning til Cadbury-dommens premiss 65–69, konkluderer:

«From this it may be inferred that genuine relocation of economic activity (however volatile, mobile or passive) is no abuse of rights, but on the contrary a legitimate use of the internal market for purposes of which it was intended. Thus, not only profits from captive financing, licensing, leasing, insurance and other easy-to-move around group activities may be relocated to a convenient jurisdiction, but the proceeds of passive investment may also be shifted elsewhere, as long as the subsidiary, however thin is equipped commensurably to its task, even if that is passive investment and that the day to day management decisions are left to a local employee or trust office, even where the local head office determines general (portfolio) investment policy. The same holds true for passive holding, for the exercise of which not much physical presence is required either.»

Finansdepartementet har i et brev til Skatteministeriet datert 29. september 2009 om utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden presisert hvordan Etableringsvilkåret skal forstås for verdipapirfond, jf. side 4:

«Når det gjelder aksjefond, har det vært reist spørsmål om slike fond kan anses som reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet selv om de ikke har ansatte, egne lokaler mv. Det følger av verdipapirlovgivningen at norske aksjefond ikke kan ha ansatte, men at fondet skal ha et forvaltningsselskap som står for forvaltningen. Dette vil normalt også være tilfelle for utenlandske aksjefond som anses å tilsvare norske aksjefond. Aksjefond kjennetegnes således ofte ved at de ikke har egne

ansatte, lokaler mv., og at det er egne selskaper som står for forvaltningen. Etter departementets syn kan de nevnte momentene derfor ikke være avgjørende ved vurderingen av om et slikt fond er reelt etablert og driver reell aktivitet i et EØS-land. Et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge.»

At det ikke stilles strenge krav til den økonomiske aktivitet som forekommer, er også antatt i juridisk litteratur. Vi viser i denne sammenheng til Peter Koerver Schmidt, Dansk CFC-beskatning, Karnov Group, 2013, som på side 448 uttaler følgende:

«Domstolens anvendelse af betegnelsen 'rent' foran kunstige arrangementer synes dog at trække i retning af, at der næppe skal meget til for at undgå, at et datterselskab kan kvalificeres som sådant. Da finansieringsvirksomhed, virksomhed med asset management eller virksomhed som holdingselskab mv. ofte ikke forudsætter noget større setup, synes det således mest nærliggende at tage dommen til indtægt for, at også disse former for aktivitet som udgangspunkt vil kunne henlægges til et datterselskab i en anden medlemsstat, uden at CFC-lovgivning kan gribe ind heri, da det ikke generelt kan antages, at sådanne former for datterselskaber udgør rent kunstige arrangementer.»

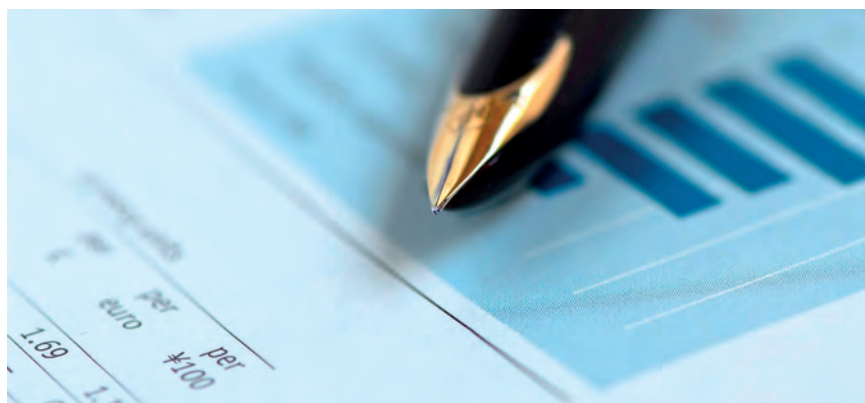
Om verdipapirfond

Verdipapirfond kan grovt inndeles i UCITS-fond, det vil si fond som er etablert i henhold til UCITS-direktivet¹, og spesialfond, det vil si fond som ikke er underlagt de investeringsrestriksjonene som følger av UCITS-direktivet. Dette skillet følger også av verdipapirfondloven².

Formålet med UCITS-direktivet er å legge til rette for et europeisk marked for regulerte investeringsprodukter for ikke-profesjonelle investorer. Regelverket inneholder visse ufravikelige krav til investeringsrammene for UCITS-fond. UCITS-direktivet krever at alle EØS-landene åpner for at forvaltningsselskaper for UCITS-fond kan forvalte fond etablert i andre EØS-land.

Spesialfond er fra 22. juli 2013 regulert i EU gjennom AIFM-direktivet³. Regelverket for Spesialfond har fellestrekk med UCITS-regelverket, men til forskjell fra UCITS-direktivet inneholder AIFM-direktivet ikke regler som begrenser fondenes investeringsmandat. AIFM-direktivet krever, tilsvarende som UCITS-direktivet, at alle EØS-landene åpner for at en forvalter med konsesjon etter direktivet kan forvalte fond etablert i andre EØS-land.

For begge fondstypene gjelder altså EØS-regler som oppstiller krav til medlemsstatene om at forvaltningen skal kunne skje i et annet land enn fondets etableringsstat. Det er også den vanlige organiseringen i fondsverden at fondet etableres i en typisk fondsjurisdiksjon, for eksempel Irland eller Luxembourg, mens forvaltningsselskapet etableres der forvaltningsteamet holder til.



1 Direktiv 2009/65/EC – Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities Directive.
2 Lov om verdipapirfond av 25. november 2011 nr. 44.
3 Direktiv 2011/61/EU – Alternative Investment Fund Managers Directive.

5 Sak C-341/04.

Hva er vurderingstemaet i BFU 13/13?

Skattedirektoratet oppstiller i BFU 13/13 et skille mellom potensielt inntektsskapende aktiviteter og aktiviteter som «bare» utgjør kostnader for fondet. For Skattedirektoratet er det kun aktivitetene til forvalteren som er potensielt inntektsskapende, mens alle andre aktiviteter, herunder kontrollfunksjoner, kun er kostnader for fondet.

Dette skillet er det etter vår vurdering ikke grunnlag for i Cadbury Schweppes-saken, eller i etterfølgende avgjørelser i EU-domstolen. Tvert imot tilsier avgjørelsen at det skal tas hensyn til all økonomisk aktivitet, også det som eventuelt bare er kostnader. Det er også vår vurdering at det sjelden vil være praktisk mulig eller hensiktsmessig å skille mellom de ulike elementene av en virksomhets inntektsgrunnlag på den måten Skattedirektoratet har gjort i BFU 13/13.

Hvordan blir dette for regulerte virksomheter?

For både UCITS og spesialfond gjelder EØS-regler som oppstiller krav til medlemsstatene om at forvaltningen skal kunne skje i et annet land enn fondets etableringsstat. Dersom Skattedirektoratets vurderingstema i BFU 13/13 blir lagt til grunn, medfører det for alle praktiske formål at man må se bort fra dette, og fra markedsmessig organisering av fondsvirksomhet. Det er vår vurdering at det ikke er grunnlag i EØS-retten for dette.

Vi nevner her også at både UCITS og spesialfond, etablert i en typisk fondsjurisdiksjon som Irland eller Luxembourg, vil være underlagt et omfattende regelverk for etablering og løpende virksomhet. Herunder vil fondene og deres sentrale tjenesteytere være underlagt konsesjonskrav og løpende tilsyn. Typisk vil regelverket også tilsa at sentrale funksjoner skal utføres i etableringsstaten. Dette gjelder for eksempel for administratoren for en irsk fondsstruktur. Oppgavene inkluderer praktisk håndtering av tegninger og innløsninger, føring av andelseierregister, rapportering til investorene i fondet, føring av fondets regnskaper samt beregning av netto andelsverdi (NAV) for fondet, hver enkelt andelsklasse og hver enkelt investor, samt beregning og utbetaling av honorarer. Sett på bakgrunn av Cadbury Schweppes-saken er det vår vurdering at fondsstruktur som er etablert i henhold til slikt regelverk og løpende følger de krav som stilles, per definisjon ikke kan være rent kunstige arrangementer.

Avsluttende bemerkninger

Vurderingstemaet etter Cadbury Schweppes-saken er om det foreligger et helt kunstig arrangement hvor det ikke forekommer «*any genuine economic activity*». Vurderingstemaet i BFU 13/13 er noe annet – nemlig hvor den potensielt inntektsskapende aktiviteten utføres. Etter vår vurdering er det ikke grunnlag i Cadbury Schweppes-saken eller etterfølgende avgjørelser fra EU-domstolen for å gå inn i denne vurderingen. Tvert imot skal det tas hensyn til alle økonomiske aktiviteter.

Slik de tilgjengelige rettskildene beskriver vurderingstemaet, er det etter vår vurdering heller ikke mulig å tenke seg at man kan komme i en situasjon hvor en regulert virksomhet, etablert og drevet i samsvar med det aktuelle regelverket, kan anses for et rent kunstig arrangement i etableringssta-

ten. Etablering av både UCITS-fond og spesialfond er eksempler på slik virksomhet.

Uansett om den blir lagt til grunn av ligningsmyndighetene som uttrykk for gjeldende rett, har BFU 13/13 skapt usikkerhet i markedet. Slik usikkerhet gir seg fort utslag i konkrete, kommersielle beslutninger i form av at investorer trekker ut sine investeringer eller lar være å gjennomføre planlagte investeringer. Det kan etter vår vurdering ikke utelukkes at Norge kan ha et potensielt erstatningsansvar for økonomisk tap som følge av at Etableringsvilkåret tolkes og anvendes i strid med relevant praksis fra EU-domstolen. Det er ikke lenger siden enn 2005 at Høyesterett i plenum⁶ slo fast at det følger av EØS-avtalen og EØS-loven at staten kan bli erstatningsansvarlig for uriktig gjennomføring av et direktiv.

6 Rt. 2005 s. 1365 – Finnanger II.

Skattemessig behandling av aksjefond og obligasjonsfond

Inntektsbeskatningen av verdipapirfond følger i utgangspunktet reglene for beskatning av aksjeselskaper, jf. skatteloven § 10–1 første ledd og § 2–2 første ledd bokstav e.

Det gjelder enkelte særregler som gjør det nødvendig å skille mellom aksjefond og obligasjonsfond. Et aksjefond er definert som et verdipapirfond som eier minst én aksje, jf. skatteloven § 10–1 (3). Fond som ikke faller inn under definisjonen av aksjefond, vil skattemessig bli behandlet som obligasjonsfond.

Aksjefond omfattes av fritaksmetoden som subjekt. Dette betyr at et aksjefond ikke er skattepliktig for gevinst og lovlig mottatt utbytte på aksjer i selskaper/andeler i aksjefond hjemmehørende i EØS-området. Aksjefond er i tillegg generelt fritatt for skatteplikt på gevinst ved realisasjon av aksjer i selskaper utenfor EØS (såkalt utvidet fritaksmetode).

Obligasjonsfond er skattepliktige for sine renteinntekter, likevel slik at det gis fradrag for eventuelle utdelinger til investorene. Har et aksjefond renteinntekter, beskattes disse med en sats på 28 %, uten noen rett til fradrag for utdelinger til investorene.

Fond hjemmehørende i typiske fondsjurisdiksjoner i EØS, for eksempel Irland eller Luxembourg, er fritatt for beskatning. Dette gjelder både for aksjeinntekter og renteinntekter. Selskapsinvestorer i et irsk aksjefond som også har en andel renteinntekter, vil derfor få en skattefordel knyttet til renteinntektene sammenlignet med en investering i et tilsvarende norsk fond. Selskapsinvestorer i et irsk obligasjonsfond vil på sin side oppnå en periodiseringsfordel sammenlignet med en investering i et tilsvarende norsk fond. I tillegg til de allmenngyldige forretningsmessige fordelene ved etableringen i for eksempel Irland eller Luxembourg, vil derfor slike fond ha en skattefordel knyttet til renteinntekter som følge av etableringen.

