

*Bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet
BFU 2/14. Avgitt 29.1.2014*

Er Holding Ltd "reelt etablert" (hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS)
Skatteloven § 10-64 bokstav b

Kjøper AS hadde kjøpt et holdingselskap, Holding Ltd, som lå i et lavskatteland innenfor EØS. Holding Ltd eide aksjer i selskaper i lavskatteland utenfor EØS (DD Ltd). Holding Ltd hadde ikke noen form for operasjonell virksomhet og heller ingen ansatte. Innsender anførte at det ikke forelå skattemotiv bak opprettholdelse av Holding Ltd etter oppkjøpet og at selskapet derfor var reelt etablert. Direktoratet kom til at det forelå betydelige skattemessige fordeler ved å eie Holding Ltd, og at kravet til skattemotiv var oppfylt under reelt etablert-vurderingen etter skatteloven § 10-64 bokstav b).

Innsenders fremstilling av faktum og jus

På bakgrunn av de opplysninger som er gitt i anmodningen, legges det til grunn at Kjøper AS har kjøpt aksjene i selskapet Holding Ltd, hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS og omtalt som "EØS-land".

Holding Ltd har operative datterselskaper i lavskatteland utenfor EØS, omtalt som DD Ltd. Kjøper AS ønsker å restrukturere ved først å overdra aksjene i DD Ltd fra Holding Ltd til et norsk datterselskap, og deretter likvidere Holding Ltd, slik at Holding Ltd sine datterselskaper (DD Ltd) etter restruktureringen eies direkte fra Norge.

Spørsmålet som innsender ønsker avklart er om Holding Ltd er å anse som reelt etablert i EØS-staten iht. skatteloven § 10-64 bokstav b), dog begrenset til spørsmål om det foreligger skattemotiv. Holding Ltd er et ordinært holdingselskap som inngår i en større konsernstruktur. Innsender anfører at det ikke foreligger et skatteomgåelsesmotiv bak opprettholdelsen av selskapet etter oppkjøpet, og at selskapet derfor må anses reelt etablert og således ikke kan være gjenstand for NOKUS-beskatning. Den planlagte restruktureringen kan da gjennomføres uten å utløse norsk skatt. Nedenfor utdypes sakens faktum, og innsenders vurdering av det rettslige spørsmål.

Sakens faktum

I november 2013 ervervet Kjøper AS alle aksjene i Holding Ltd. Avtalen ble inngått med selgere som i hovedsak var hjemmehørende utenfor EØS.

Holding Ltd har flere datterselskaper i land utenfor EØS, DD Ltd. Holding Ltd er et rent holdingselskap med formål å eie aksjene i datterselskapene. All operasjonell virksomhet i konsernet utøves således gjennom datterselskapene. I tillegg til aksjeeie har Holding Ltd ytet lån til DD Ltd.

På bakgrunn av at Holding Ltd er et rent holdingselskap, ønsket Kjøper AS å kjøpe aksjene DD Ltd direkte. Dette aksepterte imidlertid ikke selgerne, siden en slik transaksjonsstruktur ville ha medført negative skattemessige konsekvenser for dem. Kjøper AS måtte således kjøpe aksjene i Holding Ltd. Det har imidlertid hele tiden vært planen å likvidere Holding Ltd etter oppkjøpet. Begrunnelsen for å likvidere Holding Ltd er å redusere kostnader og å forenkle strukturen i konsernet. Denne etterfølgende restruktureringsprosessen inneholder følgende hovedelementer:

- Holding Ltd selger aksjene i DD Ltd til et norsk datterselskap av Kjøper AS
- Konserninterne mellomværende gjøres opp
- Holding Ltd likvideres

Forutsetningen på oppkjøpstidspunktet var å gjennomføre alle ovennevnte steg, herunder å oppløse og avvikle Holding Ltd innen 31. desember 2013. Selgerne forpliktet seg også til å bistå ifm. denne restruktureringsprosessen. Dette er reflektert i et vedlegg til aksjekjøpsavtalen (omtalt som Vedlegget i det følgende). Det fremgår av Vedlegget at Kjøper AS hadde til hensikt å gjennomføre restruktureringen innen 31. desember 2013.

Det viste seg at den formelle likvidasjonsprosessen tok lenger tid enn forutsatt, slik at avvikling før 31.12.13 ikke lot seg gjennomføre. Kjøper AS ønsker å likvidere Holding Ltd for å redusere kostnader og forenkle strukturen i konsernet. Kjøper AS har aldri hatt til hensikt å beholde Holding Ltd. Selv om den formelle likvidasjonsprosessen som nevnt drar ut i tid, er Kjøper AS innstilt på at Holding Ltd så raskt som mulig skal selge aksjene i DD Ltd til et norsk konsernselskap for deretter å starte den formelle likvidasjonsprosessen av Holding Ltd.

Kjøper AS er av den oppfatning at Holding Ltd må ansees reelt etablert fordi det ikke foreligger et skatteomgåelsesmotiv knyttet til kjøpet av aksjene i Holding Ltd. Hvis den planlagte likvidasjonen av Holding Ltd hadde latt seg gjennomføre med endelig virkning før 31. desember 2013, ville det ifølge innsender, i praksis ikke ha oppstått spørsmål om selskapet var reelt etablert.

Da det oppstod usikkerhet om likvidasjonen lar seg gjennomføre innen 31. desember, ble det imidlertid viktig for Kjøper AS å få visshet for at Holding Ltd må anses som reelt etablert.

Dersom Holding Ltd skulle kvalifisere som NOKUS fordi det ikke anses reelt etablert, vil den latente gevinsten på aksjene i DD Ltd bli skattepliktig til Norge ved det planlagte konserninterne salget av aksjene. I denne sammenheng vises det til at det må antas at DD Ltd er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS, med den konsekvens at fritaksmetoden ikke kommer til anvendelse. Landet der Holding Ltd er hjemmehørende er også lavskatteland. Basert på norske skatteregler, knytter det seg en latent skattepliktig gevinst på aksjene i DD Ltd.

På bakgrunn av den etterfølgende utviklingen og usikkerheten med hensyn til muligheten for å få gjennomført oppløsning og avvikling innen 31.12.2013, avventer Kjøper AS den planlagte restruktureringen inntil man har fått en avklaring av skattespørsmålet i form av en bindende forhåndsuttalelse.

Innsender har på spørsmål fra direktoratet gitt følgende tilleggsopplysninger:

Aksjene i Holding Ltd ble kjøpt for 55 mill. Verdien av aksjene i DD Ltd er ca. 40 mill. Grunnen til at verdien er lavere enn kjøpesummen på 55 mill., er at Holding Ltd har fordringer på DD Ltd som vil redusere verdien av DD Ltd. Den potensielle gevinsten på aksjene i DD Ltd er ca. 34 mill.

Holding Ltd har i tillegg til aksjer i datterselskapene, fordringer på datter- og datterdatterselskaper. Holding Ltd har til sammen fordringer til en verdi av ca. 30 mill. på datterselskap. Holding Ltd har ingen andre eiendeler enn aksjene og fordringene som nevnt.

Renteinntekter på disse fordringene var 230 000 i 2012. Det foreligger ikke noen beregninger per idag av forventet renteinntekt 2013/14, da det hele tiden har vært meningen å likvidere Holding Ltd. I forbindelse med en slik restrukturering kan det også være at hele eller deler av fordringen som Holding Ltd har på datterselskapene vil kunne bli konvertert til egenkapital. Renteinntekter beskattes i EØS-landet med 12 %.

Det forventes ikke noe utbytte til Holding Ltd, heller ikke i 2014, da det er akkumulert underskudd i datterselskapene. Et eventuelt utbytte vil være skattefritt for Holding Ltd.

Det kan legges til grunn at gevinst på aksjene i Holding Ltd (34 mill.) er skattefri i EØS-landet. Det er ingen kildeskatt på utbytte fra Holding Ltd til Kjøper AS.

Innsenders vurdering

Spørsmålet som ønskes avklart er om Holding Ltd er å anse som reelt etablert i EØS-landet iht. skatteloven § 10-64 bokstav b). Holding Ltd er et ordinært holdingselskap som inngår i en større konsernstruktur. Det foreligger ikke et skatteomgåelsesmotiv bak opprettholdelsen av selskapet etter oppkjøpet, og det er derfor innsenders oppfatning at selskapet må anses reelt etablert. Nedenfor redegjøres det nærmere for innsenders syn på det rettslige spørsmål.

Skatteloven § 10-64 bokstav b) lyder slik:

Skattlegging etter reglene i §§ 10-61 til 10-68 foretas ikke når

a)...

b) deltakeren dokumenterer at selskapet eller innretningen reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der, og Norge i medhold av skatteavtale eller annen folkerettslig overenskomst kan kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten. Dersom det ikke foreligger slik overenskomst, gjelder tilsvarende når deltakeren legger fram erklæring fra skattemyndighetene i etableringsstaten som bekrefter at dokumentasjonen er riktig.

I henhold til sktl. § 10-64 bokstav b, vil Holding Ltd ikke anses som NOKUS dersom selskapet er "reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der" (heretter omtalt som "reelt etablert kravet").

Videre vil EØS-selskaper på nærmere vilkår være omfattet av fritaksmetoden, både som subjekt og objekt, jf. sktl. § 2-38 (3) (a) og (5). Ett vilkår er at EØS-selskapet er reelt etablert, og dette skal baseres på tilsvarende vilkår som fastsatt i sktl. § 10-64 bokstav b). Kravet til reelt etablert er således det samme etter fritaksmetoden og NOKUS-reglene.

Kravet til reelt etablert ble inntatt i sktl. § 10-64 bokstav b som følge av EU-domstolens avgjørelse i sak C-196/04 Cadbury Schweppes.

Iht. EU-domstolen inneholder hensynet til å forhindre rent kunstige arrangementer et subjektivt og objektivt krav som er definert slik i premiss 64:

"In order to find that there is such an arrangement [i.e. wholly artificial arrangement] there must be, in addition to a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage, objective circumstances showing that, despite formal observance of the conditions laid down by Community law, the objective pursued by freedom of establishment, as set out in paragraphs 54 and 55 of this judgment, has not been achieved (see, to that effect, Case C-110/99 Emsland-Stärke [2000] ECR I-11569, paragraphs 52

and 53, and Case C-255/02 Halifax and Others [2006] ECR I-1609, paragraphs 74 and 75)."

I Cadbury Schweppes premiss 64, er det subjektive kravet definert som "*subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage*". EU-domstolen drøfter ikke nærmere innholdet i det subjektive kravet, men viser til Emsland-Stärke premiss 53 og Halifax premiss 75.

I Emsland-Stärke premiss 53 uttales:

"It requires, second, a subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it. The existence of that subjective element can be established, inter alia, by evidence of collusion between the Community exporter receiving the refunds and the importer of the goods in the non-member country"

Det samme fremgår av Halifax premiss 75:

"Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage. As the Advocate General observed in point 89 of his Opinion, the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax advantages."

Det fremgår av de ovenfor siterte avgjørelsene av EU-domstolen, at det subjektive kravet oppstiller vilkår om at formålet må være å spare skatt gjennom etableringen av et kunstig arrangement, og at dette skal bestemmes ut fra objektive kjensgjerninger. En slik forståelse må også legges til grunn ved fortolkning av "reelt etablert" kravet etter norsk rett, noe som fremgår av uttalelsene sitert nedenfor.

I sitt brev til Skattedirektoratet av 29. september 2009, innfortolker Finansdepartementet for første gang også et skatteomgåelsesmotiv som del av reelt etablert kravet:

"I Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) punkt 14.4.2 er det lagt til grunn at avgjørelsen av om selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet, må baseres på en konkret helhetsvurdering. Formålet med å avgrense anvendelsesområdet til reelt etablerte selskaper/reell økonomisk aktivitet, er å utelukke tilfeller hvor det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye. Det må således foretas en vurdering av de subjektive motiver for arrangementet. For å påvise de subjektive motiver, må det imidlertid ses hen til de objektive karakteristika. Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten."

I uttalelsen inntatt i Utv. 2010 s. 1240 presiserer Finansdepartementet nærmere innholdet i skatteomgåelsesmotivet i forhold til et hollandsk holdingselskap:

"En konklusjon som går ut på at et selskap ikke er reelt etablert/driver reell økonomisk aktivitet i en stat, forutsetter at skattemyndighetene anser at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv. Dersom en samlet vurdering viser at nederlandsk beskatning av det aktuelle selskapet ikke vil kunne bli gunstigere enn norsk beskatning ville vært, vil det

ikke kunne foreligge et slikt skatteomgåelsesmotiv. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom det nederlandske selskapets inntekter utelukkende er oppebåret gjennom aksjer som ville kvalifisert under den norske fritaksmetoden."

Det vises også til Meld. St. 11 (2010-2011) s. 109:

"Etter departementets oppfatning vil det subjektive motivet nødvendigvis måtte tre sterkere fram i slike tilfeller av manglende objektivt konstaterbare fakta. I tilfeller hvor det synes klart at skatteomgåelse er motivet bak en etablering, bør dette etter departementets oppfatning tale imot å anerkjenne et holdingselskap (eller annet selskap som normalt ikke krever noen fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten) som reelt etablert i EØS. Dette gjelder selv om selskapet i utgangspunktet er organisert på samme måte som tilsvarende norske holdingselskaper. Hvis det på den annen side syntes klart at selskapet ikke vil kunne oppnå noen skattebesparelse sammenlignet med hva situasjonen ville vært om etableringen hadde ligget i Norge, vil det ikke kunne sies å foreligge noe fiktivt arrangement for å omgå skattereglene. Dette er også uttalt i Finansdepartements brev av 5. juli 2010, inntatt i Utvalget 2010."

I forhandlingene med selgerne endte Kjøper AS opp med å kjøpe aksjene i Holding Ltd, aksjer som Kjøper AS ikke ønsket å kjøpe eller beholde. På bakgrunn av Vedlegget til aksjekjøpsavtalen, mener innsender at det fremgår at det var intensjonen å restrukturere Holding Ltd konsernet, og således å stille Kjøper AS i samme posisjon som om Kjøper AS hadde kjøpt aksjene i DD Ltd direkte, og at det derfor kan konstateres at det ikke foreligger noe skatteomgåelsesmotiv. Det omtalte Vedlegget er etter innsenders oppfatning nettopp den type objektive omstendigheter som er egnet til å understøtte at det ikke foreligger noe skatteomgåelsesmotiv.

Innsender anfører også at Kjøper AS har benyttet beskattede midler til å finansiere oppkjøpet av aksjene i Holding Ltd. Dersom Kjøper AS skulle ha blitt NOKUS-beskattet av gevinsten på aksjene i DD Ltd, ville det ha oppstått en utilsiktet og urimelig økonomisk dobbeltbeskatning. Inngangsverdien på aksjene i Holding Ltd, tilsvarende kjøpesummen for aksjene, ville da i realiteten bortfalle. Dette er nettopp det motsatte av en skatteomgåelse.

Basert på de konkrete omstendighetene i denne saken, herunder at Kjøper AS overtok en selskapsstruktur som var etablert av selgerne, og hvor det er klart at skatteomgåelse ikke er motivet bak selve oppkjøpet av aksjene i Holding Ltd, og spesielt at det hele tiden har vært forutsatt å likvidere Holding Ltd så raskt som mulig etter oppkjøpet, men hvor gjennomføringen er blitt forhindret på grunn av omstendigheter utenfor selskapets kontroll, så er det innsenders oppfatning at Holding Ltd må anses reelt etablert i EØS-landet.

Innsender har bekreftet at det kun er spørsmålet om det foreligger skattemotiv som ønskes vurdert (under reelt etablert vurderingen i skatteloven § 10-64 bokstav b).

Som opplyst ønsket Kjøper AS å kjøpe aksjene i DD Ltd. Det pågikk forhandlinger mellom partene om dette over lengre tid. Selgerne ville imidlertid ikke akseptere en slik transaksjonsstruktur, og dette ble etterhvert en deal-breaker. Dette var som nevnt begrunnet i at salg av aksjene i DD Ltd ville ha medført høyere skatt for selgerne.

Kjøper AS hadde dermed ikke noe annet valg enn å kjøpe aksjene i Holding Ltd. Det foreligger korrespondanse/dokumentasjon mellom partene som entydig kan bekrefte

dette forholdet. Som en konsekvens av dette, måtte selgerne forplikte seg til å bistå ifm. den planlagte restruktureringsprosessen slik dette er reflektert i Vedlegget.

Kjøper AS har benyttet beskattede midler til å finansiere oppkjøpet av aksjene i Holding Ltd. Dersom Kjøper AS skulle ha blitt NOKUS-beskattet av gevinsten på aksjene i DD Ltd, ville det ha oppstått en utilsiktet og urimelig norsk økonomisk dobbeltbeskatning.

Følgende eksempel vil kunne illustrere poenget med norsk økonomisk dobbeltbeskatning: Kjøper AS kjøper aksjene i et holdingselskap for 300. Holdingselskapet eier et datterselskap som det i sin tid ervervet for 100. Selgerne blir beskattet av verdistigningen i perioden (dvs. 200) ved salg av aksjene i holdingselskapet til Kjøper AS. Umiddelbart etter oppkjøpet gjennomføres det en planlagt omorganisering ved at holdingselskapet selger aksjene i DD Ltd internt til Kjøper AS for 300, for deretter å likvidere holdingselskapet. Dersom Holding Ltd kvalifiserer som NOKUS, vil salget av aksjene i DD Ltd utløse en NOKUS-gevinst på 200, og dermed en norsk skatt på 56. Dette er en skatt på beskattede midler, dvs. på toppen av kjøpesummen på 300. Dette er ingen skatt på verdistigning på aksjene i holdingselskapet/ datterselskapet i Kjøper AS eiertid, men skatt på gevinst som er opparbeidet og beskattet hos selgerne av aksjene i holdingselskapet. Sktl. § 10-68, jfr. sktl. § 2-38 (3) (a), vil ikke forebygge slik norsk økonomisk dobbeltbeskatning. I tillegg kommer beskatning av gevinsten hos selgerne, dvs. trippel beskatning.

Kravet til reelt etablert er begrunnet i omgåelseshensyn og skal unngå at aksjeinvesteringer i utenlandske selskaper, som ikke er omfattet av fritaksmetoden, eies via kunstige holdingselskaper i EU, for dermed å skjerme verdistigning (gevinst) på slike aksjeinvesteringer mot norsk beskatning. Det vises til Ot. prp.nr. 1 (2007-08) kap. 14.4.2:

"Der fritaksmetodens anvendelse avhenger av hvorvidt et selskap mv. er hjemmehørende i EØS, tilsier formålet om å hindre tilpasninger og skatteomgåelse at det bør stilles samme krav til reell etablering/virksomhet i EØS-staten som i NOKUS-tilfellene. Med et slikt krav vil man for eksempel motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten. En slik gjennomstrømning med skattefrihet som virkning ville være i strid med formålet bak fritaksmetoden om å unngå kjedebeskatning og ville også kunne medføre utilsiktet tap av skattegrunnlag til utlandet. Både hensynet til å hindre skatteunngåelse og hensynet til en balansert allokering av beskatningskompetansen tilsier følgelig at fritaksmetodens anvendelsesområde strammes inn i den grad en slik innstramming ikke er i konflikt med EØS-avtalens krav."

Kjøper AS sitt kjøp av aksjene i holdingselskapet og den planlagte etterfølgende reorganiseringen, medfører ikke at Kjøper AS unngår beskatning av verdistigning på aksjene i holdingselskapet/dets datterselskap. Formålet bak bestemmelsen slår derfor ikke til i denne saken.

Grunnen er at det ikke vil være noen verdistigning på investeringene fra oppkjøpet til gjennomført reorganisering. Ved det planlagte konserninterne kjøp av aksjene i datterselskapene og den planlagte likvidasjonen av holdingselskapet, vil kjøpesummen og likvidasjonsvederlaget reflektere samme pris som Kjøper AS betalte for holdingselskapet.

Disse forhold og Vedlegget er etter innsenders oppfatning den type objektive omstendigheter som er egnet til å understøtte at det ikke foreligger noe skatteomgåelsesmotiv, med den konsekvens at Holding Ltd må anses reelt etablert.

Skattedirektoratets vurderinger

1. Innledning

Skattedirektoratet skal i det følgende ta stilling til om det foreligger skatteomgåelsesmotiv, som ledd i reelt etablert-vurderingen i skatteloven § 10-64 bokstav b, første punktum. Øvrige vilkår i bestemmelsen vurderes ikke.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det ikke tas stilling til eventuelle andre skattespørsmål eller problemstillinger som måtte oppstå ved de skisserte transaksjoner ut over de spørsmål som er drøftet i det følgende. Skattedirektoratet forutsetter videre at premissene som er tatt inn over er fullstendige for de spørsmål som drøftes.

2. Rettskilder

Skatteloven § 10-64 bokstav b) første punktum lyder:

"§ 10-64. Begrensning i skatteplikten/fradragsretten som følge av skatteavtale eller EØS-avtalen

Skattlegging etter reglene i §§ 10-61 til 10-68 foretas ikke når

a) ...

b) deltakeren dokumenterer at selskapet eller innretningen reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der, og Norge i medhold av skatteavtale eller annen folkerettslig overenskomst kan kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten..."

I det følgende benyttes betegnelsen "reelt etablert" om vilkåret "reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der".

Bakgrunnen for innføring av reelt etablert-kravet i NOKUS-reglene og fritaksmetoden var Cadbury Schweppes-dommen, sak C-196/04. Dommen la til grunn at CFC-regler bare er berettiget når de har til formål å omfatte rent kunstige arrangementer med formål å unngå den normalt betalbare nasjonale skatt (*«wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally payable»*). Skatteloven § 10-64 bokstav b) tar sikte på å etablere den samme terskel for anvendelsen av NOKUS-reglene som dommen legger til grunn, gjennom vilkåret om at selskapet må være reelt etablert i en EØS-stat.

Formålet med regelendringene fremkommer bl.a. av Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2.

"... Der fritaksmetodens anvendelse avhenger av hvorvidt et selskap mv. er hjemmehørende i EØS, tilsier formålet om å hindre tilpasninger og skatteomgåelse at det bør stilles samme krav til reell etablering/virksomhet i EØS-staten som i NOKUS-tilfellene. Med et slikt krav vil man for eksempel motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten. En slik gjennomstrømning med skattefrihet som virkning ville være i strid med formålet bak fritaksmetoden om å unngå kjedebeskatning og ville også kunne medføre utilsiktet tap av skattegrunnlag til utlandet. Både hensynet

til å hindre skatteunngåelse og hensynet til en balansert allokering av beskatningskompetansen tilsier følgelig at fritaksmetodens anvendelsesområde strammes inn i den grad en slik innstramming ikke er i konflikt med EØS-avtalens krav..."

I Cadbury Schweppes-dommen er kravet til skatteomgåelsesmotiv bl.a. omtalt i dommens premiss 64:

"For at konstatere, at der foreligger et sådant arrangement, kræves det således ud over et subjektivt forhold, der består i hensigten om at opnå en skattemæssig fordel, ..."

Finansdepartementet la i sin uttalelse datert 29.09.2009, Utv. 2009 s 1280, til grunn at vurderingen av skatteomgåelsesmotiv må gjøres ut fra objektive omstendigheter:

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

I evaluering av skattereformen, Meld. St. 11 (2010-2011) kap. 9.8.2, skriver departementet:

"I de tilfellene inntekter til og fra slike selskaper ikke blir beskattet i sin EØS-hjemstat, vil kjedebeskatningssynspunktet som ligger bak fritaksmetoden, ikke være relevant. Videre vil en generell anvendelse av fritaksmetoden for EØS-selskaper åpne for skattemessige tilpasninger ved at skattyter lar inntekter til eller fra selskaper i lavskatteland utenfor EØS gå via mellomliggende selskaper i EØS.

Tilpasninger kan eksempelvis skje ved at inntekter opptjent av et selskap i et lavskatteland utenfor EØS deles ut som utbytte til et selskap hjemmehørende i EØS. Dersom utbyttet ikke skattlegges i EØS-selskapets hjemstat, og utbyttet så videreutdeles til et norsk Kjøperselskap som omfattes av fritaksmetoden, vil inntektene fra investeringen i lavskattelandet utenfor EØS i realiteten bli omfattet av fritaksmetoden.

...

Utover at EU-domstolen i Cadbury/Schweppes fastslo at rene postkasseselskaper ikke kan anses reelle, er premissene i dommen farget av det konkrete tilfellet som ble vurdert. Saken gjaldt et selskap som drev finansiell tjenestevirksomhet i Irland, og det uttales i premissene at det er relevant hvorvidt selskapet har ansatte, lokaler og utstyr til disposisjon i etableringslandet. Disse omstendighetene er likeledes nevnt i de norske forarbeidene som eksempler på karakteristika som kan påvise at realitetskravet er oppfylt. I tilfeller der det aktuelle selskapet driver ordinær forretningsvirksomhet i EØS-staten, vil de nevnte forholdene kunne tilsi at etableringen/aktiviteten der er reell.

Disse kjennetegnene vil imidlertid ikke være like treffende for alle typer virksomhet. Det ble i perioden etter Cadbury/Schweppes truffet enkelte ligningsavgjørelser som mer eller mindre automatisk la til grunn at et selskap i et annet EØS-land måtte ha ansatte, lokaler og utstyr for at det skulle kunne anses reelt etablert der og kvalifisere under fritaksmetoden. Praksisen ble klaget inn for EFTAs overvåkingsorgan, ESA, som igjen tok saken opp med Norge. På bakgrunn av ESAs henvendelse avga Finansdepartementet 29.

september 2009 en uttalelse som blant annet presiserte at det alltid må foretas en helhetsvurdering av om realitetskravet er oppfylt i det konkrete tilfellet. Det avgjørende må ifølge uttalelsen være at det «påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten».

...

Problemstillingen er viktig fordi det nettopp er for selskaper uten krav til fysisk tilstedeværelse mv. at omgåelsesfaren kan være størst. Det vil da koste skattyter lite å lokalisere etableringen i et annet land. Skulle man for eksempel åpne for at alle holdingselskaper skulle godtas som reelt etablerte i EØS fordi de normalt drives uten ansatte, lokaler eller andre fysisk påviselige karakteristika, ville realitetskravet som nå er etablert i fritaksmetoden (og i fellesskapsretten), miste sin effekt. Med en slik fortolkning ville inntekt med opprinnelse/destinasjon i lavskatteland utenfor EØS kunne strømme skattefritt gjennom holdingselskap i EØS-land som er lavskatteland (eller som ikke opererer med samme begrensninger i sine fritaksregler som Norge). Norge ville på sin side ikke ha rett til å beskatte inntekten fordi den kommer fra/utdeles til et EØS-land.

Denne problemstillingen er heller ikke ukjent for EU-/EØS-organene. I en kommisjonsmeddelelse av 10. desember 2007 inviterte Kommisjonen medlemsstatene til et samarbeid om å definere innholdet i EUs anti-misbruksregler, herunder hva som skal kreves for at holdingselskaper og andre selskapstyper uten behov for fysisk tilstedeværelse, skal anses å oppfylle realitetskravet. Det er kommet lite håndfast ut av de få tilbakemeldingene som har blitt gitt. De har i stor grad inneholdt nye formuleringsmåter for begrepet «reell etablering/aktivitet», uten at det har bidratt i vesentlig grad til å gjøre selve innholdet av vilkåret klarere.

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

Hvis det på den annen side synes klart at selskapet ikke vil kunne oppnå noen skattebesparelse sammenlignet med hva situasjonen ville vært om etableringen hadde ligget i Norge, vil det ikke kunne sies å foreligge noe fiktivt arrangement for å omgå skattereglene. Dette er også uttalt i Finansdepartementets brev av 5. juli 2010, inntatt i Utvalget 2010 s. 1240. Saken omhandlet et tenkt tilfelle hvor det utenlandske selskapets inntekter utelukkende kommer fra aksjer som ville falt inn under den norske fritaksmetoden, og hvor det følgelig ikke var noe å oppnå skattemessig ved å ha et holdingselskap utenfor Norge."

Forsåvidt gjelder innsenders anførsler om at en eventuell NOKUS-beskatning ville innebære en "utilsiktet og urimelig norsk økonomisk dobbeltbeskatning" finner direktoratet det nødvendig å ta med noen rettskilder som omhandler dobbeltbeskatning.

Frederik Zimmer skriver i "Internasjonal skatterett", 4. utgave, side 30 bl.a. følgende om begrepet internasjonal dobbeltbeskatning:

"For det første må det dreie seg om sammenlignbare skatter. Normalt er det klart hva som er sammenlignbart med de norske inntektsskattene, men ofte har man funnet det nødvendig med presiseringer i avtalene, og en gang i blant kan det oppstå tvil om fortolkningen.

For det annet er definisjonen begrenset til tilfeller hvor det er en og samme skattyter som beskattes i to stater. Her kan det oppstå problemer hvor statene har ulike regler om hvem som er skattepliktige. Viktigere er det at definisjonen med dette uttrykk begrenser seg til det som vanligvis kalles juridisk dobbeltbeskatning. Det hender imidlertid at to skattepliktiges forhold er så nært forbundet med hverandre at det vil bli oppfattet som dobbeltbeskatning om én og samme inntekt blir beskattet hos dem begge. Det sentrale eksempelet er skattlegging både av selskapsoverskudd og aksjeutbytte hos hhv. aksjeselskap og aksjonær. Dette kalles ofte for økonomisk dobbeltbeskatning. Som fremstillingen vil vise, er det stort sett bare den juridiske (internasjonale) dobbeltbeskatningen som skatteavtalene og norsk intern rett beskjeftiger seg med. Men dobbelt- eller kjedebeskatning av selskapsoverskudd er et viktig problemområde også for internasjonal skatterett.

For det tredje må det være den samme fordel som beskattes i de to statene. Dette er naturligvis en grunnleggende forutsetning for all tale om dobbeltbeskatning.

For det fjerde regner definisjonen det bare som dobbeltbeskatning dersom beskatningen gjelder samme tidsrom. ..."

Direktoratet finner det ikke nødvendig å gjenta rettskilder vist til av innsender, men er enig i at de er relevante her.

3. Skattemotiv

Direktoratet legger til grunn at ved vurderingen av skattemotiv må man se hen til objektive karakteristika. Avgjørende er om det kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten.

Innsender opplyser at Kjøper AS ikke ønsket å kjøpe Holding Ltd, men de underliggende selskapene DD Ltd. Det opplyses at selgeren av skattemessige grunner kun ønsket å selge Holding Ltd som eide datterselskapene DD Ltd. Bakgrunnen var at gjennom salg av aksjene i Holding Ltd ville skattebelastningen bli lavere enn ved salg av aksjer i DD Ltd med påfølgende likvidasjon av Holding Ltd.

Partene avtalte derfor at Kjøper AS kjøpte Holding Ltd, som igjen eier DD Ltd. DD Ltd har flere datterselskaper.

Det er således overdragelse av aksjene i Holding Ltd partene har forhandlet seg frem til og dette selskapet Kjøper AS har kjøpt, og det er dette kjøpet som er utgangspunktet for vurderingen.

Holding Ltd er et rent holdingselskap i EØS-lavskatteland med formål å eie datterselskaper. All operasjonell virksomhet utøves gjennom datterselskapene, og i det vesentlige gjennom DD Ltd og dets datterselskaper. Holding Ltd utøver således ingen operasjonell virksomhet. Selskapet har heller ingen ansatte.

Holding Ltd eier aksjene i DD Ltd. Det ligger en latent gevinst på disse aksjene på ca. 34 mill. En slik gevinst er ikke skattepliktig i EØS-landet.

Holding Ltd har fordringer på DD Ltd og datterselskapene på ca. 30 mill. Renteinntektene i 2012 var på 230 000. For 2013/14 er det ikke beregnet renter. Renteinntekter beskattes med 12 % i EØS-landet.

Det er ingen kildeskatt på utbytte fra Holding Ltd til norsk Kjøper AS.

Innsender anfører at det ikke foreligger skatteomgåelsesmotiv for Kjøper AS og at Vedlegget er en type objektive omstendigheter som er egnet til å understøtte dette.

Vedlegget sier at kjøper ved omorganiseringer før 31.12.13 skal konsultere selger og søke å ivareta selgerens, såvel som kjøperens, skatteinteresse; "... *any such restructuring in a manner that is tax efficient for both Buyer and its Affiliates and X, ...*". Vedlegget sier bare at begge parters skatteinteresse skal hensyntas ved en omorganisering innen 31.12.13. Direktoratet legger til grunn at Vedleggets innhold ikke tilsier at det ikke forelå skatteomgåelsesmotiv.

Videre anfører innsender at "*Kjøper AS har benyttet beskattede midler til å finansiere oppkjøpet av aksjene i Holding Ltd. Dersom Kjøper AS skulle ha blitt NOKUS-beskattet av gevinsten på aksjene i DD Ltd, ville det ha oppstått en utilsiktet og urimelig norsk økonomisk dobbeltbeskatning.*" Deretter gis et regneeksempel. I eksemplet forutsettes at vilkårene for kjøp av aksjene i Holding Ltd og DD Ltd ville vært identiske.

Direktoratet bemerker først at det Kjøper AS har forhandlet seg frem til og kjøpt er aksjene i Holding Ltd, og i det selskapet ligger en ubeskattet latent gevinst på 34 mill. på aksjene i DD Ltd. At Kjøper AS egentlig ønsket å kjøpe aksjene i DD Ltd er ikke avgjørende fordi det ikke var dette de forhandlet seg frem til, og ikke det de betalte for. Det er hva de faktisk har kjøpt og konsekvensene av dette kjøpet som skal vurderes.

Innsender anfører at Kjøper AS har benyttet beskattede midler til å finansiere oppkjøpet, og at dersom de da blir NOKUS-beskattet vil det innebære en urimelig og utilsiktet norsk økonomisk dobbeltbeskatning.

Et oppkjøp kan være finansiert på en rekke forskjellige måter. Direktoratet legger imidlertid til grunn at det skatterettslig er uten betydning hvordan kjøpesummen (inngangsverdien) er finansiert.

Direktoratet legger videre til grunn at økonomisk dobbeltbeskatning som hovedregel faller utenfor det man tar sikte på å forhindre i skatteavtaler og interne regler. Det er juridisk dobbeltbeskatning man ønsker å forhindre gjennom skatteavtaler og bestemmelser i skatteloven. Skatteloven § 10-68, om at aksjens inngangsverdi skal opp- eller nedreguleres med endring i selskapets beskattede inntekt gjennom deltakerens eiertid, er et eksempel på en bestemmelse som tar sikte på å forhindre dobbeltbeskatning.

En gevinst på DD Ltd-aksjene vil ikke bli beskattet i EØS-landet ved realisasjon. Hvis Holding Ltd undergis NOKUS-beskatning vil gevinsten blir gjenstand for norsk skatt. Ved senere likvidasjon av Holding Ltd vil den NOKUS-beskattede gevinsten igjen øke inngangsverdien som Kjøper AS har på aksjene i Holding Ltd i overensstemmelse med reglene i skatteloven § 10-68. Derved unngås dobbeltbeskatning.

Videre vil eventuelle renteinntekter bare beskattes med 12 % i EØS-landet, og et utbytte fra EØS-landet vil i utgangspunktet være skattefritt for Kjøper AS.

Ved å eie aksjene i Holding Ltd, kan Kjøper AS i utgangspunktet bl.a. ta ut en eventuell gevinst ved salg av aksjene i DD Ltd (på 34 mill) skattefritt. Slik direktoratet ser det kan Kjøper AS oppnå betydelige skattemessige fordeler ved å eie aksjene i Holding Ltd. Det nevnte Vedlegget tilsier etter vår mening ikke at det ikke foreligger skatteomgåelsesmotiv. Direktoratet finner ikke at måten kjøpet er finansiert på kan tillegges vekt, og heller ikke at det vil oppstå en relevant dobbeltbeskatning ved eventuell NOKUS-beskatning. Direktoratet legger etter dette til grunn at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv.

Konklusjon

Direktoratet legger til grunn at det foreligger skatteomgåelsesmotiv ved vurderingen av om Holding Ltd er reelt etablert etter skatteloven § 10-64 bokstav b).