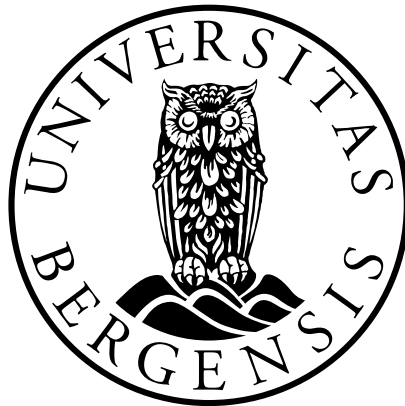


# Klassifiseringen av ikke-norske transparente selskaper for norske skatteformål

*En analyse av klassifiseringsvurderingens innhold ved klassifiseringen  
av ikke-norske transparente selskaper for norske skatteformål*

Kandidatnummer: 100

Antall ord: 13 908



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

20.12.2020

# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	1
1 Innledning.....	4
1.1 Avhandlingens tema og aktualitet .....	4
1.2 Om rettskilder og øvrige avgrensninger.....	5
1.3 Den videre fremstillingen av oppgaven.....	6
2 Skatteplikt og skattesubjektivitet for selskaper etter norsk rett.....	7
2.1 Selskaper med skatteplikt til Norge.....	7
2.1.1 Vilkåret om «hjemmehørende i riket» for alminnelig skatteplikt etter sktl. § 2-2 første ledd.....	7
2.1.2 Begrenset skatteplikt etter sktl. § 2-3 for utenlandske selskaper mv. ....	8
2.2 Skattesubjektivitet for selskaper etter skatteloven .....	10
2.2.1 Innledning.....	10
2.2.2 Selskaper som selvstendige skattesubjekter.....	11
2.2.3 Selskaper som ikke-selvstendige skattesubjekter.....	13
3 Klassifisering av ikke-norske selskaper transparente selskaper.....	18
3.1 Innledning.....	18
3.2 Innledende betraktninger.....	18
3.3 Tilsvarende kriteriet i skatteloven § 2-38.....	21
3.3.1 Ordlyden i sktl. § 2-38.....	21
3.3.2 Forarbeidene angående tilsvarende kriteriet i sktl. § 2-38 .....	22

3.3.3	Høyesterettspraksis vurdering av tilsvarende kriteriet i sktl. § 2-38 – Rt. 2012 s. 1380 (Statoil Holding) .....	23
3.4	Klassifiseringen av ikke-norske transparente selskaper i forvaltningspraksis .....	29
3.4.1	Innledning .....	29
3.4.2	En konkret vurdering basert på norske rettsprinsipper .....	29
3.4.3	Fritak for beskatning i etableringsstaten som moment i klassifiseringsvurderingen .....	31
3.4.4	Skattesubjektivitet i etableringsstaten som et moment I klassifiseringsvurderingen .....	32
3.4.5	Ubegrenset ansvar som forutsetning for deltakerfastsettelse etter norsk rett ...	33
3.4.6	Krav om en selvstendig økonomisk interesse i selskapet .....	33
3.4.7	Innskudd eller eierandel i selskapet – et krav for å anses som deltaker etter norsk rett? .....	35
3.4.8	Selvstendig økonomisk interesse i selskapet uten innskudd eller eierandel ....	36
3.4.9	Deltakelse i selskapets økonomiske virksomhet som krav for deltakerfastsetting etter norsk rett .....	38
3.4.10	Skal klassifiseringsvurderingen bygge på en helhetsvurdering? .....	38
3.5	Klassifiseringsvurderingen for ikke-norske selskaper etter gjeldende rett .....	40
3.6	Kan BEPS tiltak om nøytralisering av hybride enheter utgjøre et moment i helhetsvurderingen etter norsk rett .....	42
3.6.1	Kan BEPS benyttes som tolkningsfaktor I klassifiseringsvurderingen etter norsk rett? .....	43

3.6.2	Kan BEPS bidra til en endring i klassifiseringsvurderingens innhold?.....	44
Litteraturliste .....		46

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema og aktualitet

Temaet for denne oppgaven er beskatningen av deltakere i selskaper med deltakerfastsetting med et internasjonalt fokus. I den nye skatteforvaltningsloven brukes formuleringen «selskaper med deltakerfastsetting» om selskaper som beskattes etter skatteloven (sktl.) §§10-40 til 10-48 jf. skatteforvaltningsloven (sktflv.). § 8-9. Tidligere ble uttrykket «selskaper med deltakerligning» brukt jf. ligningsloven (opphevet).<sup>1</sup>

Et aspekt som faller inn under temaet, er hvordan norske deltakere beskattes ved deltakelse i utenlandske fond. Særlig investeringer i Private Equity-fond har blitt svært utbredt i senere år. Privat Equity er en samlebetegnelse på investeringsfond som investerer i bedrifter som ikke er notert på børs.<sup>2</sup>

Transparente strukturer benyttes særlig i kapitalforvaltningsbransjen, herunder blant annet for fond. Et selskap er transparent når selskapsinntektene skal skattlegges hos deltakeren. De mest sentrale eksemplene på slike selskap i norsk rett er ansvarlige selskap og kommandittselskap. Denne typen investeringer er samfunnsnyttige ved at de gir avkastning både for selskapet og for dets kunder, samt at det tilfører nye og lovende selskaper viktig og nødvendig kapital. Risikoen kan være høy, men med gode sjanser for betydelig avkastning.

Det er særlig det sentrale skillet mellom selskaper som anses som selvstendige og ikke-selvstendige skattesubjekter, som er avgjørende for hvordan deltakerne beskattes. For ikke-norske selskaper som anses som transparente etter utenlandsk rett, er det sentralt om disse klassifiseres som selvstendig skattesubjekter eller ikke etter norsk rett. Bakgrunnen for dette er å klarlegge hvordan den norske deltakeren skal beskattes.

I rettspraksis er det særlige skillet mellom aksjeselskaper og selskaper med deltakerfastsetting som er sentralt når utenlandske selskaper skal klassifiseres for norske skatteformål.

Aksjonærene i et aksjeselskap har begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Selskaper med deltakerfastsetting er i norsk rett gjenkjent ved at minst én av deltakerne har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Utenlandske selskapsformer vil i mange relasjoner være

---

<sup>1</sup> Lov om ligningsforvaltning av 13. juni 1980 nr. 24 (opphevet)

<sup>2</sup> <https://www.finansnorge.no/arkiv/til-sletting---verdipapirer-/Private-equity/>

identisk med selskap i den ene eller andre kategorien. Slike selskaper har gjerne særtrekk som gjør at de har kjennetegn fra begge selskapsformer. En inngående klassifiseringsvurdering er dermed nødvendig for å forstå beskatningen av en eventuell norsk deltaker eller en utenlandsk selskapsdeltaker i et norsk selskap.

Det oppstår flere ulike spørsmål omkring hvordan norske deltakere i denne typen ikke-norske selskaper skal beskattes. Beskatningen avhenger i stor grad av hva slags selskapsform det respektive fondet benytter. Etter Invest Europe sin *Handbook on Professional Standards* er Privat Equity Fond i stor utstrekning organisert som Limited Partnerships.<sup>3</sup> Kort sagt består et slik partnerskap gjerne av en General Partner (GP) og en eller flere Limited Partners (LP).

## 1.2 Om rettskilder og øvrige avgrensninger

Et særtrekk på skatterettens område er at det er en stor mengde myndighetspraksis, samt også administrative uttalelser, skatte-ABC og bindende forhåndsuttalelser. Dette er rettskilder som i utgangspunktet har lav rettskildemessig vekt, men som i kombinasjon med andre rettskilder, eller der det har bygget seg opp en fast praksis, må tillegges en større vekt.

Skattemyndighetene i Norge er, som norsk statsforvaltning generelt, ordnet som et hierarki jf. bl.a. Grunnloven § 3. Det konstitusjonelle ansvaret ligger hos regjeringen, men utenom dette kan myndigheten delegeres nedover i hierarkiet. Det følger i sin alminnelighet av dette systemet at et overordnet organ kan instruere et underordnet organ om lovforståelse, saksbehandling og skjønnsutøving, både generelt og i konkrete saker. Hierarkiet kan slik sett medføre begrensninger i rettsanvendelsen som utøves av underliggende organer, slik som skattekantorene.

Skatteavtaler er også en sentral rettskilde på skatterettens område. I den utstrekning det i fremstillingen vises til skatteavtaleretten, tas det utgangspunkt i OECDs mønsteravtale. Bakgrunnen for det er at denne er generelt utformet, og de aller fleste av Norges skatteavtaler bygger på denne.

---

<sup>3</sup> Invest Europe, Professional Standards, Handbook, 2018

Fremstillingen vil avgrense mot en vurdering av det såkalte hjemmehørende kriteriet i fritaksmetoden i § 2-38, og i hvilken utstrekning transparente selskaper og enheter kan anses å oppfylle dette vilkåret. Det vil være for omfattende for denne fremstillingen å gå inn på dette..

### **1.3 Den videre fremstillingen av oppgaven**

For å analysere klassifiseringen av ikke-norske selskaper med deltakerfastsetting for norske skatteformål, er det nødvendig med en gjennomgang av hva som utgjør et selskap med deltakerfastsetting etter norske regler. Det vil derfor bli redegjort for forskjellen mellom selvstendige og uselvstendige skattesubjekter, samt de sentrale kjennetegnene for subjektene. Redegjørelsen vil knyttes opp mot aksjeselskaper og selskaper med deltakerfastsetting.

I fremstillingens hoveddel skal det analyseres hva som er innholdet i klassifiseringsvurderingen ut fra de foreliggende rettskildene. Videre vil det bli redegjort for noen sentrale problemstillinger knyttet til vurderingens innhold, og disse vil bli analysert. Avslutningsvis sammenfattes innholdet i klassifiseringsvurderingen og vurderes opp mot spørsmålet om nøytralisering av hybrid klassifisering av selskaper – nærmere bestemt OECDs arbeid med BEPS og dens betydning for norske skattemyndigheters klassifisering av utenlandske foretak.

## **2 Skatteplikt og skattesubjektivitet for selskaper etter norsk rett**

### **2.1 Selskaper med skatteplikt til Norge**

Hensikten med dette kapitlet er kort å belyse når et selskap har alminnelig skatteplikt til Norge og hva dette innebærer. Vi skal først se på når et selskap anses å ha alminnelig skatteplikt, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at en slik plikt skal foreligge. Videre skal vi gå nærmere inn på skillet mellom selvstendige og ikke-selvstendige skattesubjekter etter norsk intern rett. Under denne delen skal vi se på hvordan de ulike norske selskapsformene klassifiseres, og hva som er de sentrale kjennetegnene for de ulike sentrale selskapsformene.

For at et selskap eller lignende sammenslutning skal ha alminnelige skatteplikt, må to grunnleggende vilkår være oppfylt. For det første må selskapet utgjøre et selvstendig skattesubjekt. For det andre må selskapet være «hjemmehørende i riket» jf. sktl. § 2-2 første ledd.

Skatteloven § 2-2 regulerer alminnelige skatteplikt for selskaper m.v. Foreligger alminnelig skatteplikt, medfører dette beskatning av samtlige av selskapets inntekter til Norge. I norsk rett opereres det med et globalinntektsprinsipp. Globalinntektsprinsippet innebærer at selskapets inntekter skal beskattes til Norge uavhengig av om inntektene er opptjent i Norge eller i utlandet jf. sktl. § 2-2 sjettede ledd. Det finnes viktige unntak fra den alminnelige skatteplikten, slik som fritaksmetoden i § 2-38.

Vi skal i det videre først kort belyse hjemmehørendevilkåret for alminnelige skatteplikt, deretter belyse begrenset skatteplikt. Avslutningsvis i dette kapitlet skal vi se på når selskaper anses som selvstendige skattesubjekter og ikke.

#### **2.1.1 Vilkåret om «hjemmehørende i riket» for alminnelig skatteplikt etter sktl. § 2-2 første ledd**

Paragraf 2-2 syvende ledd stiller opp to alternative vilkår for at hjemmehørendekriteriet skal anses oppfylt, jf. formuleringen «eller» i bokstav a.



For det første anses selskapet som hjemmehørende når det er stiftet «i henhold til norsk selskapsrett», jf. syvende ledd bokstav a. Villkåret skal dermed uten videre anses oppfylt når selskapet er stiftet etter norsk selskapsrett.<sup>4</sup>

For selskaper som ikke er stiftet i Norge, må man vurdere vilkårene sktl. § 2-2 syvende ledd bokstav b. Det avgjørende er om selskapet har sin «*reelle ledelse*» i Norge. Det skal her forteas en bred konkret helhetsvurdering av hvor ledelse på styrenivå og daglig ledelse utøves, samt også øvrige relevante omstendigheter ved selskapets organisering og virksomhet. Vurderingen skal i stor utstrekning tilsvare OECDs mønsteravtale art. 4 (3). Det er realiteten som skal legges til grunn som det avgjørende.<sup>5</sup>

Selv om et utenlandsk selskap anses som hjemmehørende i Norge etter norsk internrett, kan det også anses som hjemmehørende i en annen stat, typisk etableringsstaten. Skatteloven § 2-2 åttende ledd løser konflikten for de land vi har inngått skatteavtale med. Der står det at et selskap som anses hjemmehørende etter § 2-2 syvende ledd «*likevel ikke anses som hjemmehørende [...] dersom selskapet etter skatteavtale er hjemmehørende i en annen stat*». Det er slik sett et selvstendig vilkår for å anses som hjemmehørende i Norge at selskapet ikke er hjemmehørende i annen stat etter den respektive skatteavtalen. Se OECDs mønsteravtale art. 4.

Såfremt selskapet ikke anses som hjemmehørende i riket etter sktl. § 2-2 første ledd jf. sjette ledd, vil selskapet ikke ha alminnelig skatteplikt til Norge. Dette gjelder både norske og utenlandske selskaper. Selv om et selskap ikke har alminnelig skatteplikt til Norge, kan det ha begrenset skatteplikt etter sktl. § 2-3 jf. nedenfor.

### **2.1.2 Begrenset skatteplikt etter sktl. § 2-3 for utenlandske selskaper mv.**

På hvilket tidspunkt den begrensede skatteplikten aktualiseres, følger av oppregningen i sktl. § 2-3 første ledd bokstav a til h. For selskaper er særlig bokstav b av interesse. Bestemmelsen regulerer formue i, og inntekt av, virksomhet. En sentral del av selskapsdefinisjonen både etter aksjeloven/allmennaksjeloven og selskapsloven, er at det drives virksomhet. Dersom virksomhetsbegrepet ikke er oppfylt, faller sammenslutningen utenfor selskapsdefinisjonen

---

<sup>4</sup> Per Helge Stovland, *Norsk Lovkommentar: Skatteloven*, note 47B, Rettsdata.no (lest 14. desember 2020).

<sup>5</sup> Prop. 1 LS (2018-2019) pkt. 8.5.2 side 140.

etter de to lovene, og beskatningen vil således være av en annen karakter. Bestemmelsen har også en sammenkobling med OECDs mønsteravtale art. 5, og begrepet «fast driftssted» som vi skal komme tilbake til.

Det følger av ordlyden at det finnes to grunnleggende vilkår etter sktl. § 2-3 andre ledd bokstav a. Selskapet må utøve eller delta i virksomhet, og denne virksomheten må drives eller bestyres fra Norge. Bestemmelsen avgrenser mot de tilfeller der selskapet er hjemmehørende i Norge.

Virksomhet i skatterettslig forstand krever aktivitet av en viss varighet og et visst omfang, samt at aktiviteten er egnet til å gå med overskudd over tid, og at den drives for skattyters risiko. Videre kreves at den økonomiske virksomheten drives her eller bestyres herfra, altså i Norge, jf. § 2-3 første ledd bokstav b. Bestemmelsen her har nær sammenheng med reglene om stedbunden beskatning i sktl. § 3-3.<sup>6</sup> I de tilfeller der virksomheten er knyttet til fast eiendom eller anlegg i Norge, anses den for å «drives» her. Bestemmelsen rekker imidlertid lengre enn dette og forutsetter ikke at disse vilkårene er oppfylt.

Etter Rt. 2015 s. 1360 kreves det «at aktiviteten faller inn under den sentrale karakteristikken av den utenlandske virksomheten». Det må således være en tilstrekkelig sammenheng mellom den aktiviteten som drives i Norge og den utenlandske virksomheten. Inntektene som skal gi grunnlaget for skatteplikten, må primært være opptjent gjennom aktiviteten som er utøvet i Norge. Utenfor ordlyden faller tilfeller der den norske aktiviteten kun gjelder utøvelse av visse støttefunksjoner.

Et videre spørsmål er hvordan man skal løse beskatningsspørsmål der et utenlandsk selskap etter norsk internrett anses å ha begrenset skatteplikt hit, men der det foreligger en skatteavtale med den aktuelle staten.

OECDs mønsteravtale artikkel 5 gjelder «permanent establishment». Den norske oversettelsen er «fast driftssted», og begrepet er antakelig et av de viktigste i internasjonal skatterett.<sup>7</sup> Bakgrunnen for begreps sentrale rolle er at det trekker grensen for når en skattyter bosatt (bostedsstaten) i en stat og som driver virksomhet i en annen (kildestaten), kan beskattes i kildestaten for denne virksomheten.

---

<sup>6</sup> Per Helge Stoveland, *Norsk Lovkommentar: Skatteloven*, note 51, Rettsdata.no (lest 14. desember 2020)

<sup>7</sup> Se eksempelvis Thommessen, *Norsk internasjonal skatterett*, 2. utgave, 2017, s. 337

Bakgrunnen er at når vilkårene for fast driftssted er oppfylt, foreligger en så sterk tilknytning mellom virksomheten og kildestaten at virksomhetsinntektene burde skattlegges der. Det er her en nær sammenheng med begrenset skatteplikt etter sktl. § 2-3 første ledd bokstav b, selv om bestemmelsen ikke benytter formuleringen «fast driftssted». I de aller fleste tilfeller skal det mindre til for å oppfylle skattelovens krav til å delta eller utøve virksomhet enn for å oppfylle skatteavtalens vilkår om fast driftssted.<sup>8</sup> Forutsatt at skattyter er hjemmehørende i en skatteavtalestat, avgjøres spørsmålet om inntektsbeskatning fra virksomhet i Norge gjerne på grunnlag av en tolkning av begrepet «fast driftssted» og ikke av skattelovens virksomhetsbegrep.

I de tilfeller der selskapet verken har alminnelig eller begrenset skatteplikt til Norge etter skatteloven eller skatteavtalen med den respektive staten, er spørsmålet hvordan utdelinger fra dette skal beskattes når det kommer til en norsk deltaker. Det er denne typen selskaper som i denne fremstillingen kategoriseres som ikke-norske.

I det videre skal vi gå kort inn på hvordan norske selskapsformer klassifiseres etter norsk rett. Det vil bli redegjort for hvilke selskapsformer som utgjør henholdsvis selvstendige og ikke-selvstendige skattesubjekter, og hva som kjennetegner disse.

## **2.2 Skattesubjektivitet for selskaper etter skatteloven**

### **2.2.1 Innledning**

Kunnskap om reguleringen av skattesubjektivitet er sentral for å forstå hvordan beskatningen av selskapet skal gjennomføres, og hvilke skatterettslige regler som kommer til anvendelse. Reglene vil kunne ha ulik anvendelse avhengig av om sammenslutningen anses som et selvstendig skattesubjekt eller ikke.

Selskaper som anses som selvstendige skattesubjekter, skal selskapsfastsettes. Dette innebærer at selskapet skattlegges for sine inntekter, og at deltakerne bare skattlegges for utdelinger fra selskapet. Selskaper som ikke anses som selvstendige skattesubjekter,

---

<sup>8</sup> Se for eksempel Thommessen, Norsk internasjonal skatterett, 2. utgave, 2017 s. 338 og Zimmer, Internasjonal inntektsskatt, 5. utgave, 2017 s. 192

deltakerfastsettes. Her fastsettes deltakerne i henhold til deres respektive andel av selskapets resultat, uavhengig av om utdelingen skjer eller ikke, og typisk uten ny skattlegging ved utdeling fra selskapet.<sup>9</sup> Selskapets resultat beregnes på selskapets hånd før nettoresultatet fordeles på deltakerne. Se nærmere fremstillingens pkt. 2.4.4 om nettometoden ved deltakerfastsetting.

De lege lata har grensedragningen tradisjonelt sett knyttet seg til skillet mellom ulike selskapstyper slik man kjenner fra privatretten.<sup>10</sup> I privatretten er inndelingen basert på deltakernes heftelsesform for selskapets gjeld. Det avgjørende er om heftelsen er begrenset til deltakerens innskudd, eller om deltakerne hefter ubegrenset for selskapets forpliktelser, enten solidarisk eller proratarisk. Den første type selskaper er gjerne omtalt som kapitalselskaper og den andre typen som personalselskaper.<sup>11</sup>

Klassifiseringen av et ikke-norsk selskap som selvstendig eller ikke-selvstendig skattesubjekt vil ha betydning i flere relasjoner. Klassifiseringen vil blant annet ha betydning i relasjon til fritaksmetoden i sktl. § 2-38 og for reguleringen av kildeskatt etter skatteavtaler. Vi må derfor vurdere/redegjøre for hvilke norske selskapsformer som utgjør henholdsvis selvstendige og ikke-selvstendige skattesubjekter, og hva som er de sentrale kjennetegnene ved disse.

## 2.2.2 Selskaper som selvstendige skattesubjekter

For det første er det klart at fysiske personer er selvstendige skattesubjekter jf. sktl. § 2-1 første ledd. Videre trekker sktl. § 2-2 opp skillet mellom sammenslutninger som er selvstendige skattesubjekter, og sammenslutninger som ikke er selvstendige skattesubjekter. Hvilke sammenslutninger som er selvstendige skattesubjekter, følger av sktl. § 2-2 første ledd. Første ledd har en kasuistisk oppregning jf. bokstav e. En særlig sentral selskapsform som utgjør et selvstendig skattesubjekt etter skatteloven, er aksjeselskap.

Sammenslutningen anses som et selvstendig skattesubjekt i de tilfeller deltakerens ansvar for selskapets forpliktelser "*er begrenset til selskapets [...] kapital*" jf. sktl. § 2-2 første ledd bokstav e. Det avgjørende for å anses som et selvstendig skattesubjekt er at deltakernes forpliktelser er begrenset til innskutt kapital. Dette bekrefter at skillet mellom

---

<sup>9</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, 8. utgave, 2018, side 115

<sup>10</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, 8. utgave, 2018, side 116

<sup>11</sup> Woxholth, Selskapsrett, 5. utgave, 2014, side 31

sammenslutninger som er selvstendige skattesubjekter, og de som ikke er det, er avgjort ut fra heftelsesform, i likhet med i privatretten.

Skatteloven § 2-2 første ledd bokstav e vil også være avgjørende for om selskaper som er stiftet i henhold til andre lands rett, anses som skattesubjekter for norske skatteformål.<sup>12</sup> Med andre ord får skatteloven anvendelse for ikke-norske selskaper og sammenslutninger – uavhengig av hvordan de er klassifisert i henhold til utenlandsk rett jf. Rt. 2012 s. 1380.<sup>13</sup>

### **2.2.2.1 Aksjeselskaper som selvstendige skattesubjekter**

Aksjeselskap defineres i aksjeloven § 1-1 annet ledd jf. tredje ledd. En sammenslutning hvor samtlige deltakerne har begrenset ansvar kan etableres som et aksjeselskap etter aksjeloven. Bestemmelsens anvendelsesområde avgrenses etter ansvarsformen «*begrenset ansvar*». Med andre ord vil selskaper der deltakerne har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, falle utenfor aksjeloven jf. § 1-1 annet ledd.

Ansvarsformen medfører at kreditorene ved konkurs og enkeltforfølgning må holde seg til selskapsmidlene.<sup>14</sup> Kreditorene kan som utgangspunkt ikke kreve sine krav dekket med annet enn selskapsmidlene, med mindre særskilt grunnlag foreligger, som eksempelvis styreansvar. Selskapets totale gjeldsansvar er begrenset til et bestemt beløp. I praksis utgjør dette beløpet aksjonærenes kapitalinnskudd jf. asl. § 1-2 annet ledd. Aksjonærens ansvar er begrenset til deres respektive kapitalinnskudd.

For å kunne avgjøre om selskapet er et aksjeselskap blir det derfor avgjørende å bringe ansvarsformen på det rene. I all hovedsak er det selskapsavtalen som definerer ansvarsformen. I de tilfeller selskapsavtalen ikke regulerer ansvarsformen, må man falle tilbake på hovedregelen i norsk rett om at personer som i fellesskap driver økonomisk virksomhet, hefter personlig og ubegrenset for selskapets forpliktelser. Dette følger av sikker rett og høyesterettsdom inntatt i Rt. 1983 s. 1401 (Tøttavang-dommen) der førstevoterende uttrykker at:

---

<sup>12</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, 8. utgave, 2018, side 116

<sup>13</sup> Per Helge Stoveland, *Norsk Lovkommentar: Skatteloven*, Note 38A, Rettsdata.no (lest 14. desember 2020)

<sup>14</sup> Woxholth, Selskapsrett, 6. utgave, 2018, side 38

*"Utgangspunktet må være at de som i fellesskap driver slik næringsvirksomhet, hefter fullt ut for forpliktelser som bedriften pådrar seg. Skal ansvaret være begrenset, må det påvises et særskilt grunnlag for det."*

Aksjeloven gir selv uttrykk for en reservasjon i definisjonen av hva som er et aksjeselskap når det heter at "annet" kan være "fastsatt ved lov" jf. asl. § 1-1 annet ledd. Dette innebærer at et selskap med begrenset ansvar for selskapets forpliktelser kan opprettes som annet enn et aksjeselskap der dette har hjemmel i lov. Slik hjemmel foreligger både i aksjeloven jf. asl. § 1-1 tredje ledd, og i andre lover. Vi skal ikke gå nærmere inne på dette her.

## **2.2.3 Selskaper som ikke-selvstendige skattesubjekter**

### **2.2.3.1 Selskaper som ikke-selvstendige skattesubjekter etter sktl. § 2-2 annet ledd**

Hvilke selskaper som ikke er selvstendige skattesubjekter, er regulert i skatteloven § 2-2 annet ledd. Etter § 2-2 tredje ledd skal denne typen selskaper deltakerfastsettes i medhold av sktl. § 4-40 og §§ 10-40 til 10-45. I motsetning til første ledd bokstav e har ikke annet ledd et generelt kriterium om heftelsesform som forutsetning for deltakerfastsetting. Av annet ledd følger en uttømmende regulering av hvilke selskapsformer som anses ikke å være selvstendige skattesubjekter. Etter bestemmelsen bokstav a til e omfattes ansvarlige selskaper (ANS), herunder ansvarlige selskaper med delt ansvar (DA), kommandittselskaper (KS), indre selskaper, partrederier og andre selskaper som omfattes av ordlyden i selskapsloven § 1-1 første ledd.

### **2.2.3.2 Kort om de ulike selskapsformene**

Det følger av selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav b at et ansvarlig selskap er et selskap hvor deltakerne har et "ubegrenset, personlig ansvar for selskapets samlede forpliktelser". Bestemmelsen stiller to krav for at en sammenslutning skal anses som et ansvarlig selskap. For det første må det foreligge et selskap etter sel. § 1-1 første ledd. For det andre må minst én av deltakerne ha et ubegrenset og personlig ansvar for selskapets samlede forpliktelser. Hva som skal til for å omfattes av selskapslovens selskapsdefinisjon i § 1-1 første ledd, vil behandles nærmere under punkt 2.4.2

For ansvarlige selskaper skilles det mellom ansvarlige selskaper (ANS) og ansvarlige selskaper med delt ansvar (DA) jf. sel. § 1-2 første ledd bokstav b. Skillet trekkes i all hovedsak etter ansvarsform. I et ansvarlig selskap (ANS) har alle deltakerne fullt ut personlig og ubegrenset ansvar for selskapets samlede forpliktelser. Deltakerne i et ANS er med andre ord solidarisk ansvarlige for selskapets forpliktelser. Deltakerne hefter fullt ut for de samlede forpliktelsene med både sin del av selskapsmassen og andre aktiva som deltakeren eier.

I ansvarlige selskaper med delt ansvar (DA) har også deltakerne personlig og ubegrenset ansvar for selskapets samlede forpliktelser. Skillet trekkes ved at deltakerne her kun er ansvarlige for sin ideelle andel av selskapet, med andre ord deltakerens respektive eierandel. Deltakerne i et DA har således et proratarisk ansvar. På samme måte vil deltakernes personlige ansvar øke i takt med selskapets gjeld, begrenset til hver deltakers respektive brøkdel av selskapet.

Selskapsformen kalt kommandittselskap er også omfattet av sktl. § 2-2 annet ledd. Etter selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav e er et kommandittselskap et selskap hvor *"minst en deltaker har et ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser, og minst en annen deltaker har begrenset ansvar ... for selskapets forpliktelser"*. Vi kan dermed se at kommandittselskaper både har trekk som ligner et ansvarlig selskap og trekk som ligner et aksjeselskap. Deltakerne i et kommandittselskap betegnes som enten komplementar eller som kommandittist. Komplementaren er de(n) deltaker(e) som har *"ubegrenset ansvar"* for selskapets forpliktelser jf. sel. § 2-1 første ledd bokstav e. Kommandittist er således deltakeren som *"har begrenset ansvar"* for selskapets forpliktelser jf. sel. § 2-1 første ledd bokstav f.

Med indre selskap menes et selskap som *"ikke opptrer som sådan overfor tredjemann"* jf. sel. § 1-2 første ledd bokstav c. Det indre selskap er et rettsfellesskap der det vesentlige er relasjonen mellom partene jf. Rt. 1989 s. 296 (SAFE Drilling-dommen).<sup>15</sup> Det indre selskapet kan være opprettet med en eller flere hovedmenn. Hovedmannen representerer utelukkende seg selv utad. De stille deltakerne representeres utad gjennom hovedmannen uten at dette skal komme til syne for tredjepersoner. Et indre selskap er ikke et eget rettssubjekt, selskapets rettigheter og plikter tilordnes derfor deltakerne jf. sel. § 2-1 annet ledd.

---

<sup>15</sup> Woxholth, Selskapsrett, 6. utgave, 2018, side 44

### 2.2.3.3 Krav til "selskap" i selskapsloven § 1-1 annet ledd

Som nevnt under punkt 2.2.3.2, stilles det i selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav a jf. § 1-1 første ledd krav til når et rettsfellesskap anses som et "selskap" i lovens forstand. Slik sett må alle de selskapstypene som fremkommer av selskapsloven § 1-2 oppfylle kravene i §1-1 første ledd for å kunne anses som et selskap. Hva skal så til for å materielt sett anses som et selskap i selskapslovens forstand?

Et selskap i selskapslovens forstand foreligger når en "økonomisk virksomhet" utøves for "to eller flere deltakeres felles regning og risiko" og der "minst en av deltakerne har et ubegrenset og personlig ansvar for virksomhetens samlede forpliktelser" jf. sel. § 1-1 første ledd jf. § 1-2 første ledd bokstav a. Virksomhetsbegrepet er et kjent begrep i både selskapsretten og skatteretten og forutsetter en aktivitet med en viss varighet og av et visst omfang. Videre må aktiviteten være egnet til å gå med overskudd over tid, og den skal drives for skattyters regning og risiko. Det er den samlede effekten av den aktiviteten som utøves som er det avgjørende. Virksomhetsbegrepet avgrenses nedover mot arbeidsinntekt utenfor virksomhet, passiv kapitalforvaltning, tilfeldig inntekt og ikke-økonomisk aktivitet.

For det andre må det være minst to deltakere for at virksomheten skal kunne anses som et selskap i selskapslovens forstand. Slik sett faller enkeltpersonforetak utenfor selskapsdefinisjonen i selskapsloven. Videre må virksomheten skje for deltakernes "felles regning og risiko". Dette innebærer ikke stort mer enn at alle deltakerne har rett på andel av overskuddet og er forpliktet til å bære eventuelle tap.<sup>16</sup> Forpliktelsen til å bære eventuelle tap er en referanse til ansvarsformen, som for deltakerfastsatte selskaper går ut på at minst én av deltakerne må ha et ubegrenset og personlig ansvar for selskapets forpliktelser jf. § 1-1 første ledd.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er om det er tilstrekkelig at det materielt sett foreligger et selskap i selskapslovens forstand for at selskapet skal kunne deltakerfastsettes, eller om det er et krav at selskapet formelt registreres. Som utgangspunkt har selskaper med deltakerfastsetting plikt til å registrere seg i Foretaksregisteret i Brønnøysund, dette følger av foretaksregisterloven § 2-1 første ledd nr. 3. Dette kravet gjelder imidlertid ikke for indre selskaper jf. enhetsregisteringsloven § 4 første ledd bokstav b.

---

<sup>16</sup> Woxholth, Selskapsrett, 6. utgave, 2018, side 35



Finansdepartementet har imidlertid i Ot.prp. nr. 92 (2004-2005), under punkt 1.6 om hvilke selskaper som skal omfattes av deltakermodellen, uttrykt at registrering ikke skal være avgjørende for at reglene om deltakerfastsetting i skatteloven skal komme til anvendelse.<sup>17</sup> Det uttales at «*gjeldende skatteregler for deltakerlignede selskaper omfatter ikke bare registreret selskaper, men gjelder for alle materielle deltakerlignede selskaper uavhengig av registrering*».<sup>18</sup> Det er slik sett det materielle som er avgjørende for om selskapet skal deltakerfastsettes eller ikke.

#### **2.2.3.4 Hvem kan være deltaker i et selskap med deltakerfastsetting?**

Selskaper med deltakerfastsetting kan ha både personlige og upersonlige deltakere i medhold av selskapsloven § 2-2 første ledd. Med personlige deltakere menes fysiske personer. Dette gjelder som utgangspunkt alle enkeltpersoner uavhengig av nasjonalitet. Visse reservasjoner gjelder for mindreårige, umyndige og psykisk syke personer.<sup>19</sup> Upersonlige deltakere utgjøres av juridiske personer. En juridisk person er et ikke-fysisk rettssubjekt. De mest sentrale eksemplene på dette er selskaper, som eksempelvis aksjeselskaper, og ansvarlige selskaper. Både norske og ikke-norske juridiske personer kan opptre som deltakere i norske selskaper med deltakerfastsetting.<sup>20</sup>

#### **2.2.3.5 Fastsetting etter en nettometode**

Inntektsoppgjøret for selskaper med deltakerfastsetting kan tenkes gjennomført ved enten en bruttometode eller en nettometode. Fastsetting etter en bruttometode innebærer at deltakeren skal tilordnes sin respektive andel av hver enkelt av selskapets bruttoinntekter og fradragposter. Den nærmere skattemessige vurderingen av hver enkelt post skal skje etter deltakerens forhold.<sup>21</sup> Det vil slik sett være deltakerens forhold som vil være avgjørende i relasjon til skattereglene. Frem til skattereformen i 1992 ble bruttometoden lagt til grunn i norsk rett på ulovfestet grunnlag.<sup>22</sup>

Med hjemmel i sktl. § 10-41 første ledd er gjeldende rett at nettometoden skal anvendes. Det følger av denne bestemmelsens første punktum at deltakeres overskudd eller underskudd på

---

<sup>17</sup> Ot.prp.nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.6.3

<sup>18</sup> Ot.prp.nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.6.3

<sup>19</sup> Se bl.a. Rt. 1938 s. 392.

<sup>20</sup> Geir Woxholt, *Norsk lovkommentar: Selskapsloven*, Note 45, Rettsdata.no (lest 14. desember 2020)

<sup>21</sup> Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 8. utgave, 2018, side 425

<sup>22</sup> Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 8. utgave, 2018, side 426

deltakelsen settes til en andel av selskapets overskudd eller underskudd; *"fastsettes etter reglene i skattelovgivningen som om selskapet var skattyter"*. Det blir foretatt en inntekstberegning som om selskapet var skatteyter. Samtlige skattemessige disposisjoner foretas på selskapets hånd med bindende virkning for deltakerne. Nettoresultatet fordeles så på deltakerne etter deres rett til selskapets overskudd. Ved den skattemessige vurderingen av enkeltposter er det derfor selskapets forhold som er avgjørende, ikke deltakerens.

Denne nettometoden gjelder for alle de ulike selskapstypene som skal deltakerfastsettes. I et skatterettslig perspektiv har det dermed liten betydning å skille mellom de ulike selskapsformene. Det er imidlertid klart at det for visse deltakere gjelder særskilte regler. Dette gjelder særlig regler om begrenset fradragrett for kommandittister og stille deltakere.

Til nå har vi sett på hvilke norske selskapsformer som utgjør selvstendige og ikke-selvstendige skattesubjekter, og hvordan disse klassifiseres etter norsk intern rett. Vi har også sett på hva som skal til for at et selskap skal ha alminnelige eller begrenset skatteplikt til Norge. Vi skal nå gå over til å se på hvordan ikke-norske transparente selskaper skal klassifiseres for norske skatteformål.

# 3 Klassifisering av ikke-norske transparente selskaper

## 3.1 Innledning

Når man skal ta stilling til hvordan et ikke-norsk selskap skal klassifiseres for norske skatteformål, er det flere alternative fremgangsmåter som kan legges til grunn. I fremstillingen skal vi analysere rettskildene for å finne frem til hva som er innholdet i klassifiseringsvurderingen de lege lata.

For å illustrere hvilke spørsmål som kan oppstå ved vurderingen av den skattemessige klassifiseringen, vil jeg innlede fremstillingen med noen betraktninger rundt de forskjellige problemstillingene knyttet til klassifiseringsvurderingen.

## 3.2 Innledende betraktninger

En forutsetning for denne vurderingen er at selskapet anses som ikke-norsk i den betydning som er lagt til grunn i denne fremstillingen. Det innebærer at selskapet verken har alminnelig eller begrenset skatteplikt til Norge, og er hjemmehørende i sin etableringsstat. Norske skattemyndigheters klassifisering av det ikke-norske selskapet er avgjørende for hvilke beskatningsregler som kommer til anvendelse for den norske deltakeren.

Et første spørsmål er hvilket perspektiv, eller hvilken innfallsvinkel, klassifiseringsvurderingen skal ta utgangspunkt i. Skatteloven gir ikke anvisning på en generell vurdering av denne klassifiseringen. Vi kan imidlertid lese ut av loven at det må foretas klassifiseringsvurderinger i tilknytning til den enkelte bestemmelse. Ordlyden i sktl. § 2-38, som gjelder fritaksmetoden, gir anvisning på en klassifiseringsvurdering i relasjon til hvilke inntekter og tap som omfattes av fritaksmetoden. Bestemmelsen gjelder for selskaper som omfattes av § 2-38 første ledd bokstav a til c eller anses som et «*tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet*» jf. § 2-38 annet ledd bokstav a. Ordlyden gir henvisning på en vurdering av om selskapet anses tilsvarende et norsk selskap som faller inn under fritaksmetoden.

Her er den overordnede problemstillingen om selskapet anses å falle inn under fritaksmetoden, med andre ord en konkret problemstilling som i utgangspunktet kun gjelder for den enkelte bestemmelsen.

Et spørsmål i forlengelsen av dette er om innholdet i klassifiseringsvurderingen som følger av tilsvarende kriteriet i § 2-38 annet ledd bokstav a kan gjelde generelt. Med andre ord om vurderingen skal avgjøres på tilsvarende måte også der problemstillingen ikke knytter seg til fritaksmetoden, men til klassifisering på mer generelt nivå.

Hensynet til sammenhengen i loven og forutberegnelighetshensyn taler for at klassifiseringsvurderingen burde foretas likt for alle ikke-norske selskaper. Når loven gir anvisning på den innfallsvinkelen som er illustrert over, burde de samme prinsippene og vurderingstemaene legges til grunn på et generelt grunnlag. Dette vil også bidra til at vurderingen praktisk sett blir enklere å gjennomføre. Noe som kan tale imot dette, er at vurderingen ikke blir tilstrekkelig konkret. Sistnevnte moment må likevel sies å komme i skyggen av de tidligere nevnte hensynene. En generell vurdering som er lik for hele loven, synes å være mer hensiktsmessig selv om små individuelle forskjeller kan være utslagsgivende.

Som nevnt ligner skillet mellom selvstendige og uselvstendige skattesubjekter på det privatrettslige skillet mellom de to hovedgruppene av selskaper. Selskapsrettslige regler om selskapsformenes struktur og organisasjon vil utgjøre en del av den skatterettslige klassifiseringen, i større eller mindre grad. Et spørsmål er om den selskapsrettslige klassifiseringen isolert sett er tilstrekkelig, eller om det kreves at denne blir vurdert i kombinasjon med den skattemessige klassifiseringen.

Et videre spørsmål er hvor langt man skal inn i den selskapsrettslige materien ved vurderingen av den skattemessige klassifiseringen. Skal man gå detaljert inn i de enkelte reglene og se på likheter og ulikheter i loven generelt, eller skal man trekke ut de sentrale kjennetegnene for de ulike selskapstypene og gjøre en bredere helhetsvurdering av disse. Den skatterettslige vurderingen skal som klar hovedregel skje ut fra realiteten. Realiteten må imidlertid i mange tilfeller fastsettes etter de formelle forholdene.

Det er klart at det kan være vesentlige ulikheter mellom ikke-norske selskapsformer og norske selv om de på overordnet nivå har store likheter. Et spørsmål som oppstår, er hva som

eventuelt skal utgjøre de sentrale kjennetegnene for de ulike selskapsformene. Et tenkelig perspektiv er å ta utgangspunkt i de sentrale egenskapene som fremkommer av de lovregulerte definisjonene av de ulike selskapstypene. Her kan skillet mellom selskaper som faller inn under selskapsloven og de som faller inn under asl/asal tenkes å være sentralt. De sentrale punktene i definisjonen av selskap etter både asl/asal. og sel. går særlig på heftelsesform for selskapets forpliktelser, antall deltakere og arten av virksomheten. Etter norsk rett er det særlig heftelsesformen som er det avgjørende avgrensningskriteriet.<sup>23</sup> Det vil derfor være naturlig at dette også utgjør en sentral del av den skatterettslige klassifiseringen av ikke-norske selskaper. Dette underbygges igjen av at den bakenforliggende selskapsretten, samt tolkningen og subsumeringen av denne, vil utgjøre et faktum i skatteretten.

Videre vil det også være et spørsmål om, og i så fall i hvilken grad, man skal ta i betraktning supplerende kilder som utfyller lovreguleringen som selskapet har etter intern rett, også i vurderingen for norske formål. Her siktes det særlig til vedtekter og selskapsavtaler. Dette er kilder som kan gi nyttig og utfyllende informasjon om selskapets struktur og organisering.

Et annet aktuelt spørsmål er om klassifiseringen av selskapet i etableringsstaten skal ha relevans i vurderingen etter norsk rett. Skal dette i så fall få ha avgjørende vekt som moment i vurderingen, eller skal det kun komme inn som et supplerende moment i tvilstilfeller. En klassifisering for norske skatteformål som sammenfaller med den som følger av etableringsstatens rett, vil bidra til, blant annet, å unngå hybrid klassifisering.

Avslutningsvis blir det et spørsmål om hvordan de relevante forholdene skal vektes mot hverandre. Et første alternativ er at det defineres ett eller flere absolutte vilkår som i seg selv er nødvendige og tilstrekkelig for den gitte klassifiseringen. Ett annet alternativ er å se de ulike momentene som en del av en bredere helhetsvurdering. Her er det mulig å utfylle de sentrale momentene ved å trekke inn mindre vektige momenter som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. En kombinasjon av de to ovenfor nevnte alternativene er en siste mulighet.

På bakgrunn av praktisk gjennomførbarhet og forutberegnelighet vil en stringent vurdering med absolutte vilkår være det klart enkleste alternativet. Men med det store spekteret av selskapsstrukturer vil dette kunne skape urimelige resultater. Mindre justeringer i selskapsstrukturen kan gjøre at man faller innenfor eller utenfor den gitte klassifiseringen, alt

---

<sup>23</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, 8. utgave, 2018, side 115-116

etter ønske. Dette kan fremstå som uheldig. En mer åpen vurdering med de sentrale kjennetegnene som retningslinje, men med mulighet for å trekke inn andre forhold, synes fornuftig.

For å kartlegge innholdet i klassifiseringsvurderingen er det nødvendig å se på kilder både relatert til "tilsvarende"-vurderingen i sktl. § 2-38 og generelt til spørsmålet om et ikke-norsk selskap anses som et selskap med deltakerfastsetting etter norsk rett jf. sktl. § 10-40 jf. § 2-2 annet ledd. I det videre vil vi derfor først ta for oss de kilder som relaterer seg til vurderingen etter sktl. § 2-38, ettersom dette er et av få steder i loven der klassifiseringsvurderingen kommer direkte til uttrykk.

## **3.3 Tilsvarende kriteriet i skatteloven § 2-38**

### **3.3.1 Ordlyden i sktl. § 2-38**

Skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a omfatter aksjeinntekter fra *"eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd bokstav a til c eller tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet"*. En slik formulering foreligger også på fritaksmetodens subjektside, se første ledd bokstav a. Den indre sammenhengen i bestemmelsen taler for at vurderingen skal være den samme både der selskapet som vurderes er på subjektiden og der selskapet er på objektsiden.

Ordlyden *"tilsvarende selskap"* gir anvisning på at det skal gjennomføres en sammenligning av det ikke-norske selskapet med de kvalifiserende subjektene etter fritaksmetoden. De kvalifiserende selskapene etter fritaksmetoden er alle selvstendige skattesubjekter etter sktl. § 2-2 første ledd. Kriteriet kan slik sett tolkes utvidende til å omfatte alle selvstendige skattesubjekter, ettersom de andre selvstendige skattesubjektene etter § 2-2 første ledd anses tilsvarende et aksjeselskap i stor utstrekning.

Hverken ordlyden i § 2-38 annet eller første ledd, eller ordlyden i § 2-2 gir anvisning på hvilke momenter eller vilkår som skal inngå i vurderingen av tilsvarende-kriteriet.

Henvisningen til de selvstendige skattesubjektene taler for at det ikke-norske selskapet må være tilsvarende et norsk selskap som anses som et selvstendig skattesubjekt. Videre er dette en henvisning til den selskapsrettslige reguleringen av de ulike selskapene. Det er helt klart en nær sammenheng mellom den selskapsrettslige klassifiseringen av selskapsformene og den skatterettslige klassifiseringen som selvstendig eller uselvstendig skattesubjekt.

Ordlyden gir utover dette ingen særlig veiledning. Vi må derfor se hen til andre rettskilder for å kartlegge vurderingens innhold.

### **3.3.2 Forarbeidene angående tilsvarende kriteriet i sktl. § 2-38**

I forarbeidene til fritaksmetoden omtaler departementet hvilke selskaper mv. som skal omfattes av bestemmelsen, se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1. I underpunkt (iv) omtaler departementet retningslinjer for hvordan tilsvarende kriteriet skal gjennomføres ved vurderingen av selskaper mv. som er hjemmehørende i utlandet. For det første legger departementet til grunn at fritaksmetoden også skal gjelde for grenseoverskridende inntekter.

Videre fastslås det at tilsvarende kriteriet for utenlandske juridiske personer skal vurderes "*konkret*". Dette tyder på at vurderingen skal gjøres isolert og spesifikt for det enkelte selskapet.

Departementet uttrykker videre at utenlandske selskaper normalt ikke vil være underlagt identiske regler som norske. Om departementet her sikter til den skatterettslige reguleringen, eller om dette er en mer generell henvisning til reguleringen av selskaper etter norsk rett, er uklart. Men når formuleringen er såpass vid, må det kunne antas at henvisningen er til den mer generelle reguleringen av norske selskaper. Konsekvensen av dette blir at både selskapsrettslige og skatterettslige regler vil være relevant for vurderingen.

Det faktum at reglene for utenlandske selskaper etter etableringslandets interne rett ikke er identisk med norske regler, er ikke til hinder for at ikke-norske selskaper kan anses tilsvarende et kvalifisert selskap. Dette gjelder imidlertid kun "*såfremt lovgivningen i utlandet ikke på sentrale punkter gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for den norske selskapsformen som det sammenlignes med*" jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1, underpunkt (iv). Hva som her menes med "*sentrale punkter*" er ikke nærmere bestemt. Formuleringen kan trekke i den retning at det er særlig de sentrale kjennetegnene, etter norsk rett, som selskapets form og struktur, som skal vektlegges. Dersom det er store forskjeller mellom disse, vil utgangspunktet måtte være at tilsvarende-kriteriet ikke er oppfylt. Bortsett fra at de sentrale punkter etter lovgivningen utgjør kjernen av vurderingen, sier ikke forarbeidene særlig mye mer om innholdet i tilsvarende-vurderingen.

Videre fremkommer det at i tillegg til den generelle lovgivningen må det *"tas i betraktning hvordan den utenlandske enheten faktisk opererer og er organisert"*. En naturlig tolkning av formuleringen er at man kan legge vekt på selskapets vedtekter og eventuelle selskapsavtaler. Hvor langt man skal gå i en vurdering av de faktiske forholdene i det ikke-norske selskapet, sier ikke forarbeidene noe om. Det hviler derfor tvil om man kun skal ta stilling til de formelle forholdene ved selskapet, eller om man i tillegg må vurdere de bakenforliggende realitetene.

Det som imidlertid kommer klart frem, er at dersom det ikke-norske selskapet ville blitt deltakerfastsatt etter norske regler jf. § 10-40 flg., må det *"legges til grunn at selskapet ikke anses som et eget skattesubjekt"* i relasjon til fritaksmetoden.<sup>24</sup> Uttalelsen her tyder på at man ønsker er klart skille mellom egne og uegne skattesubjekter, slik at kun de selskapene som anses som egne skattesubjekter skal omfattes. Slik sett er dette en henvisning til sktl. § 2-2 som regulerer hvilke selskaper som er egne skattesubjekter og ikke.

Samlet sett gir forarbeidene anvisning på en konkret vurdering av det enkelte ikke-norske selskapet. Vurderingen skal gjøres på bakgrunn av generell lovgivning og de faktiske omstendigheter som knytter seg til selskapet.

### **3.3.3 Høyesteretts vurdering av tilsvarende-kriteriet i sktl. § 2-38**

Det finnes ikke mye rettspraksis om tilsvarende-kriteriet i sktl. § 2-38 og dets innhold. En helt sentral dom er imidlertid høyesterettsdom inntatt i Rt. 2012 s. 1380 (Statoil Holding).

Dommen tar konkret stilling til om andeler i et tysk kommandittselskap kvalifiserer som objekt under fritaksmetoden jf. sktl. § 2-38 annet ledd bokstav a. Det sentrale spørsmålet var om kommandittselskapet tilsvarte et norsk aksjeselskap eller ikke.

Norsk Hydro Deutschland GmbH & Co (NHD) var etter tysk intern rett klassifisert som et kommandittselskap. NHD var organisert med Norsk Hydro Holding AS (NHH) som kommandittist og Norsk Hydro Deutschland Verwaltung GmbH (HAH) som komplementar. Både kommandittisten og komplementaren inngikk i Hydro-konsernet. Kommandittisten var også eier av komplementaren. Eierforholdene i NHD var slik at NHH som kommandittist eide

---

<sup>24</sup> Ot.prp.nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1, underpunkt (iv).



100% av selskapet. HAH, som komplementar, hadde 0% eierandel, men var fullt ut ansvarlig for selskapets forpliktelser.

Videre hadde HAH ikke andel i NHDs over- eller underskudd. HAH fikk kompensasjon for de utlegg som ble foretatt i NHDs interesse. HAH fikk også tildelt en fast og årlig godtgjørelse av egen innbetalt kapital i NHD. Det var også HAH som var NHDs representant utad, som drev den daglige ledelsen av selskapet, og som i stor utstrekning organiserte selskapets styrefunksjoner.

Den utløsende faktoren for sakens aktualitet var en konsernintern transaksjon av kommandittandelen i NHD, som utløste et tap. Skattyter, NHH, som selger av kommandittandelen, krevde fradrag for tapet i ligningen for 2005. Kravet ble avslått ved både ordinær ligningsbehandling og av skatteklagenemda. Begrunnelsen for avslaget var at NHD for norske skatteformål ble ansett å tilsvare et aksjeselskap – ikke et kommandittselskap – slik at transaksjonen var omfattet av fritaksmetoden, og fradrag ble således nektet.

Skattyter fikk ikke medhold i tingretten som opprettholdt resultatet fra forvaltningsorganene. I lagmannsretten fikk imidlertid skattyter medhold i at NHD ikke tilsvarte et norsk AS. For Høyesterett ble NHD klassifisert som et aksjeselskap, og fradragskravet ble således enstemmig avslått.

### **3.3.3.1 Høyesteretts vurdering i Rt. 2012 s. 1380**

Førstevoterende har et omfattende og nokså komplisert votum. Førstevoterende har delt vurderingen inn i en generell del og en spesiell del.<sup>25</sup> Hensikten med oppdelingen synes for det første å være en analyse av hva vurderingstemaet er, eventuelt temaene, og deretter å anvende dette i den konkrete vurderingen, se avsnitt 42 og avsnitt 64.

Førstevoterende viser til ordlyden og slår fast at denne ikke gir noen veiledning jf. avsnitt 46. Han siterer videre forarbeidene i avsnitt 46 og senere etterarbeider i avsnitt 47, uten at dette synes å gi noe klart svar på hva som menes med tilsvarende i bestemmelsens ordlyd.

I avsnitt 48 til 50 legger førstevoterende til grunn at klassifiseringsvurderingen av det utenlandske selskapet må baseres på norsk rett. Skattyteren anfører forgjeves at

---

<sup>25</sup> Se Zimmer, Høyesterettsdommen i skattesaker 2012,

komplementaren etter tysk rett er å anse som deltaker i kommandittselskapet. Heller ikke det at selskapet etter tysk rett ble ansett som transparent kan vektlegges i tilsvarende-vurderingen. Førstevoterende anså dette som uforenelig med "at klassifiseringen skal skje etter norsk rett" jf. avsnitt 50. Tysk rett vil imidlertid ha betydning når man skal ta stilling til partenes posisjoner i selskapet jf. avsnitt 48:

*«Klassifiseringen må bygges på de ulike involverte parters deltakelse i ledelsen av selskapet, ansvaret for selskapets forpliktelser og deltakelse i overskudd og underskudd, og denne avklaringen av partenes posisjoner skjer i med bakgrunn i tysk rett.»*

Førstevoterende er inne på noen administrative uttalelser som taler for at klassifiseringen etter tysk rett har en del i tilsvarende-vurderingen, og at det var et vilkår om at det utenlandske selskapet etter etableringsstatens rett ble ansett som et selvstendig skattesubjekt. Her understrekes det imidlertid at det er tatt avstand fra dette utgangspunktet. Førstevoterende viser her til Aberdeen-saken (C-303/07) som uttrykker at det ikke kan vektlegges at selskapet ikke blir skattlagt i etableringsstaten. Dette ble senere fulgt opp i Utv. 2011 s. 1494.

I avsnitt 53 uttaler førstevoterende, under henvisning til proposisjonen (avsnitt 46 og 47), at det skal foretas en "konkret" vurdering. Det er ikke tilstrekkelig med en vurdering av den generelle lovgivningen, men det må legges vekt på partenes valg innenfor lovens rammer og forholdet mellom partene etter selskapsavtalen. Henvisningen synes å sikte til at selskapets faktiske styring og organisasjon er av betydning. Førstevoterende påpeker imidlertid at anvisningen på en konkret vurdering ikke skal være en "oppfordring til å foreta en nærmere vurdering av de økonomiske og styringsmessige realiteter i det utenlandske selskapet" jf. avsnitt 53 siste setning. Standpunktet begrunnes i avsnitt 54 med henvisning til EFTA- og EU-domstolenes praksis.

Førstevoterende kommer videre inn på særreguleringen av kommandittselskaper og særlig bestemmelsen i sel. § 3-1 tredje ledd, som fastsetter krav om minst ti prosent eierandel i selskapet fra komplementarens side. Førstevoterende påpeker at dette er uten interesse ettersom det utenlandske selskapet må sammenlignes "direkte med det norske aksjeselskap". Om det ikke er et gyldig kommandittselskap er således uten betydning.

I avsnitt 59 til 63 referer førstevoterende til en rekke kilder som gjelder praksis forut for selskapslovens spesifikke krav til komplementarens deltakelse. Det kommer ikke helt klart frem hva drøftelsen skal anvendes til.<sup>26</sup>

Førstevoterende går videre over i den spesielle delen av dommen jf. avsnitt 64. Det vises innledende til ordlyden i asl. § 1-1 andre ledd som definerer aksjeselskap. Dette er et naturlig utgangspunkt ettersom førstevoterende bemerket at det sentrale spørsmålet er om det tyske selskapet anses som et aksjeselskap etter norsk rett.

Som komplementar har HAH et ubegrenset ansvar. Det sentrale spørsmålet er om HAH kan anses som deltaker i selskapet, vurdert etter norsk rett. Konklusjonen etter en kort drøftelse er at spørsmålet må besvares negativt. HAH utgjør en nødvendig del av selskapskonstruksjonen. Det avgjørende synes imidlertid å være at HAH ikke anses å ha noen selvstendig økonomisk interesse i selskapet. Begrunnelsen synes å være at HAH ikke har eierandel eller andel i overskudd, underskudd eller likvidasjonsutbytte.

Inntektene for HAH er begrenset og i liten utstrekning styrt av selskapets resultat. Det er klart at HAH har fullt ut ansvar for selskapets forpliktelser. Men førstevoterende fremhever at dette ikke kan sies å være "*utslag av en deltakerinteresse*" jf. avsnitt 67. Zimmer mener at dette uttrykket er ment å forstås slik at komplementarens ansvar ikke har tilknytning til en økonomisk interesse.<sup>27</sup> Tilstrekkelig økonomisk interesse i selskapet synes å være avgjørende for deltakerstatus. En slik interesse er styrt primært av en andel i overskudd og forpliktelse ved underskudd. Hvor stor andelen må være for å anses tilstrekkelig, er ikke nevnt. Dette avhenger av en konkret vurdering, slik som forutsatt i den generelle delen.

Førstevoterende anser risikoen for at ansvaret til HAH skal aktualiseres som liten ettersom det først kommer etter at selskapets egenkapital er tapt. Førstevoterende uttrykker imidlertid at momentet ikke er «*avgjørende for resultatet*», og slik sett får lite relevans for vurderingen. Om momentet kan ha vekt i tvilstilfeller utelukkes ikke. Det som konstateres, er at det i utgangspunktet har liten vekt i de tilfeller der risikoen for at ansvaret aktualiseres er liten. Om dette kun gjelder i det enkelte tilfellet, eller om det kan legges til grunn som et utgangspunkt mer generelt, sies det ikke noe om.

---

<sup>26</sup> Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, Rt. 2012 s. 1380

<sup>27</sup> Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, Rt. 2012 s. 1380

Delkonklusjonen er at HAH ikke er deltaker. I det tilfellet har selskapet kun én deltaker og denne har et begrenset ansvar. Så langt anses selskapet som tilsvarende et AS etter norsk rett. Lagmannsretten mente ulikheter i styringsstrukturen mellom selskapet og et norsk aksjeselskap var så grunnleggende at det på tross av det tidligere nevnte ikke kunne tilsvare et norsk aksjeselskap. Førstevoterende er ikke enig i dette standpunktet.

Førstevoterende viser til forarbeidene og at etter omstendighetene kan selskapets organisering og ledelse vektlegges. Vekten av dette momentet trekkes imidlertid noe i tvil og førstevoterende fremhever at det ikke skal tillegges betydelig vekt i vurderingen. Det vises til Aberdeen-dommen. Ifølge førstevoterende må dommen forstås dithen at ulikheter må ha relevans *"i forhold til den aktuelle regel"*.

De følgende avsnittene skal belyse at forskjellen mellom reglene om styring og organisering ikke er så stor jf. avsnitt 71-74. Førstevoterende bygger opp under den formelle styringen med den reelle kontrollen og oppsummerer dette i avsnitt 75:

*«Når den reelle kontroll på tvers av de formelle strukturer er det ordinære, kan de formelle ulikheter i den formelle styringsstruktur etter mitt skjønn ikke tillegges stor vekt ved tilsvarende-vurderingen».*

Førstevoterende oppsummerer med at HAHs styring av kommandittselskapet *"heller ikke fører til at selskapet (HAH) kan anses som deltaker"* jf. avsnitt 76. Denne konklusjonen kom førstevoterende også frem til i avsnitt 68. Et spørsmål er derfor hva førstevoterende egentlig drøfter etter avsnitt 68 og frem til konklusjonen i avsnitt 76. Drøftelse kan forstås som en videre drøftelse av om HAH kan anses som deltaker i selskapet. Alternativet er en selvstendig drøftelse av om styringsstrukturen kan medføre at NHD ikke kan anses som tilsvarende et norsk selvstendig skattesubjekt, på tross av at HAH ikke anses som deltaker. Det fremstår som uklart om det er en videre drøftelse av deltakerbegrepet, eller om dette er en problemstilling som kommer i tillegg til drøftelsen av deltakerbegrepet.

Zimmer mener den siste løsningen har de beste grunner for seg, og at man skal se bort fra konklusjonen om deltakerbegrepet i avsnitt 76.<sup>28</sup> Dette synes å virke som en naturlig forståelse av førstevoterendes votum. Det er kommandittselskapets struktur og ledelse som drøftes isolert sett, og ikke hvordan dette virker inn på HAHs eventuelle økonomiske interesse

---

<sup>28</sup> Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, Rt. 2012 s. 1380

i selskapet. Slik sett fremstår det som en ytterligere problemstilling. Lagmannsretten hevder i sitt votum at når ulikhetene er helt grunnleggende, vil dette medføre at selskapet ikke kan anses tilsvarende et norsk aksjeselskap. Høyesterett mener at slike grunnleggende ulikheter ikke foreligger i dette konkrete tilfellet. Om selskapets struktur og ledelse kan være avgjørende mer generelt, sier ikke Høyesterett noe om. Slik sett kan det ikke utelukkes at det kan bli avgjørende i et konkret tilfelle.

### **3.3.3.2 Hva kan man trekke ut av Høyesteretts vurdering av tilsvarende kriteriet?**

Klassifiseringen av utenlandske selskaper må bygge på en konkret vurdering av det enkelte selskapet. I denne vurderingen vil ikke den skatterettslige klassifiseringen av selskapet etter etableringsstatens rett være relevant jf. Aberdeen-saken. Klassifiseringen skal skje etter norsk rett. For tilsvarende-vurderingen er det avgjørende om selskapet anses som et aksjeselskap, ikke om selskapet anses som et gyldig kommandittselskap, eller annen type selskap, etter norsk rett. Men etableringsstatens rett er ikke uten betydning for vurderingen. Det legges vekt på hvordan selskapet er organisert og hvordan forholdet mellom partene er strukturert etter den interne retten i etableringsstaten og i selskapsavtalen mellom partene.

Det sentrale etter dommens innhold er om den som har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser kan anses som deltaker i selskapet etter norsk rett. Om deltakeren anses som deltaker etter norsk rett, avhenger av at den har en selvstendig økonomisk interesse i selskapet. En slik interesse må strekke seg utover en årlig fastsatt godtgjørelse, som gjelder uavhengig av selskapets resultat. For å ha selvstendig økonomisk interesse kreves det at deltakeren har en andel i overskuddet og en forpliktelse ved underskuddet.

Selskapets styring og kontroll kan vektlegges, men det vil ha lite betydning i de fleste tilfeller. At komplementaren kan si opp selskapsavtalen, skal heller ikke vektlegges jf. avsnitt 77. Det avgjørende synes å være om det utenlandske selskapet oppfyller kravene i asl. § 1-1 annet ledd. Slik sett trer dommen noe vekk fra tidligere rettskilder som mener avgjørelsen beror på en helhetsvurdering. En slik drøftelse vil skape mer forutberegnelighet og forutsigbarhet på området, men det er klart at det kan medføre urimelige resultater i konkrete tilfeller.

## **3.4 Klassifiseringen av ikke-norske transparente selskaper i forvaltningspraksis**

### **3.4.1 Innledning**

I det videre skal vi gå inn på de relevante vurderingsmomentene som legges til grunn i forvaltningspraksis. Praksisen angår både fritaksmetoden spesielt og mer generell praksis angående når ikke-norske transparente selskaper anses som selskaper med deltakerfastsetting for norsk rett. Praksisen vil knytte seg til tidspunktet før Rt. 2012 s. 1380 og den etterfølgende utviklingen i lys av dommen.

Det overordnede spørsmålet i det videre blir hva som er det sentrale innholdet i vurderingen av når et ikke-norsk transparent selskap skal klassifiseres som henholdsvis selvstendig eller ikke-selvstendig skattesubjekt for norske skatteformål.

### **3.4.2 En konkret vurdering basert på norske rettsprinsipper**

Det som kommer frem av praksis både fra Høyesterett og forvaltningen, er at vurderingen skal være konkret for det enkelte selskap jf. bl.a. Rt. 2012 s. 1380 og Utv. 2018 s. 398.

Utgangspunktet om en konkret vurdering gjelder uavhengig av om selskapet inngår i en konsernstruktur eller ikke. Høyesterett har i flere saker fremhevet at «*det enkelte selskap i et konsern må undergis en selvstendig vurdering uavhengig av konserntilknytning*» jf. Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 55 jf. Rt. 2002 s. 465 (Hydro Canada).

Det avgjørende er om det ikke-norske selskapet materielt sett anses å være et selskap etter sktl. § 2-2 første eller annet ledd jf. Utv. 2015 s. 1345. For at dette skal oppfylles, må selskap anses som et selskap etter definisjonen i enten aksjeloven § 1-1 annet jf. tredje ledd eller selskapsloven § 1-1 første ledd.

I en uttalelse fra Skattedirektoratet inntatt i Utv. 2006 s. 1757 synes Skattedirektoratet å legge til grunn en vurdering der klassifiseringen etter svensk rett skal sammenlignes med de norske regler om tilsvarende selskaper. Med andre ord en sammenligning av reguleringen av tilsvarende selskapsform etter svensk og norsk rett. Direktoratet tar utgangspunkt i den selskapsrettslige lovgivningen i de to statene og sammenligner det de anser som de sentrale punktene.

I en senere uttalelse angående fritaksmetoden inntatt i Utv. 2011 s. 1494, tar man et steg vekk fra det som var lagt til grunn i utvalget fra 2006. Rettstidende 2012 s. 1380 uttrykker at vurderingen skal baseres på norsk rett, noe som er stadfestet av etterfølgende praksis både i tilknytning til fritaksmetoden og klassifiseringen som selskap med deltakerfastsetting. Ved vurderingen av om et selskap skal deltakerfastsettes eller ikke etter norsk rett, må det tas "utgangspunkt i den prinsipielle avklaringen av grensen mellom ansvarlige selskaper og aksjeselskaper" jf. Utv. 2018 s. 1730 og Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 63. Dette taler klart for at vurderingens innhold er like uavhengig av om vurderingen knytter seg til fritaksmetoden eller klassifisering mer generelt. Rettstekniske hensyn som sammenheng i regelverket og praktisk gjennomførbarhet taler også for denne løsningen. Ut fra rettskildene er det ingen særlige momenter eller hensyn som taler mot en slik løsning.

Det er de selskapsrettslige, strukturelle og skatterettslige kjennetegn som skal sammenlignes med de respektive subjektene etter norsk rett og deres kjennetegn jf. Utv. 2011 s. 1494. Med andre ord er vurderingen; i tilfelle selskapet var opprettet etter norsk rett, hvilken klassifisering ville selskapet da hatt?

Som nevnt trekker rettskildene samlet i retning av at klassifiseringen skal baseres på norske rettsprinsipper, og at det er realiteten som skal legges til grunn. Et spørsmål er om vurderingen kan baseres utelukkende på norsk rett, eller om etableringsstatens rett får betydning for vurderingen.

I Rt. 2012 s. 1380 fremkommer det at vurderingen må baseres på «*den faktiske posisjonen de ulike partene har*» til det konkrete selskapet jf. avsnitt 48. I Utv. 2015 s. 1345 uttales det at den faktiske posisjonen de ulike partene har «*i eller overfor selskapet*» må ta utgangspunkt i «*selskapsretten i det landet selskapet er registret, samt hvilke posisjoner som følger av avtalen mellom partene*». Noe som er i tråd med det som følger av videre av Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 48, der det uttales at «*avklaringen av partenes posisjoner skjer med bakgrunn i tysk rett*».

At partenes posisjoner i og overfor selskapet skal legges til grunn for klassifiseringen av norsk rett, er også lagt til grunn i senere praksis.<sup>29</sup> Kort sagt skal vurderingen baseres på norsk rett

---

<sup>29</sup> Se bl.a. Utv. 2018 s. 398 og Utv. 2018 s. 1730

med utgangspunkt i de faktiske posisjoner partene har i og overfor selskapet etter etableringsstatens rett og selskapsavtalen.

Oppsummert skal klassifiseringsvurderingen etter gjeldende rett bygge på en konkret vurdering av det enkelte selskap. Vurderingen skal baseres på norske rettsprinsipper, med utgangspunkt i partenes faktiske posisjoner i og overfor selskapet i henhold til etableringsstatens rett og selskapsavtalen.

### **3.4.3 Fritak for beskatning i etableringsstaten som moment i klassifiseringsvurderingen**

Et skatterettslig kjennetegn som er blitt vektlagt i forvaltningspraksis, er om selskapet er fritatt for inntektsbeskatning i etableringsstaten. I tidligere praksis ble det lagt stor vekt på dette momentet, se Utv. 2006 s. 1757. I senere praksis trekkes det et skille mellom selskaper etablert innenfor og utenfor EU/EØS.<sup>30</sup> Bakgrunnen for at dette momentet utelukkende kan ha relevans for selskaper utenfor EU/EØS, er avgjørelsen i den såkalte Aberdeen-dommen.<sup>31</sup> I en uttalelse fra finansdepartementet datert 29. september 2009 vurderes Aberdeen-dommens virkning for norsk rett. Uttalelsen viser til at EU-domstolen kom frem til at det er «*i strid med etableringsretten å avgrense et skattefritak for utbytte med den begrunnelse at selskapet er unntatt fra selskapskatt etter internretten i EU-staten der selskapet er hjemmehørende*».<sup>32</sup>

At de skattemessige forholdene i det ikke-norske selskapets etableringsstat ikke kan tjene som grunnlag for å behandle selskapet annerledes i beskatningsstaten, er også lagt til grunn i Rt. 2012 s. 1380, se avsnitt 52. Aberdeen-dommen medførte en endring i rettstilstanden fra tidligere praksis. Tidligere ble skattefritak i etableringsstaten tillagt stor vekt uavhengig av EU/EØS tilknytning.<sup>33</sup>

For selskaper utenfor EU/EØS er synspunktet «*at et utenlandsk selskap som på generelt grunnlag er fritatt for skatteplikt, er så vesensforskjellig fra et norsk aksjeselskap mv. at det ikke burde kvalifisere under fritaksmetoden.*» jf. Meld.St.11 (2010-2011) pkt. 9.8.3 (i).

Synspunktet er i overenstemmelse med det som er lagt til grunn i tidligere praksis jf. Utv.

---

<sup>30</sup> Se Utv. 2011 s. 1494 og Rt. 2012 s. 1380

<sup>31</sup> Sak C-303/07 Aberdeen

<sup>32</sup> Se Utv. 2009 s. 1280, tredje avsnitt fra toppen.

<sup>33</sup> Se Utv. 2006 s. 1757



2006 s. 1757. Synspunktet synes ikke å være fraveket senere verken i rettspraksis eller forvaltningspraksis.

### **3.4.4 Skattesubjektivitet i etableringsstaten som moment i klassifiseringsvurderingen**

Et annet skatterettslig kjennetegn som trekkes frem i forvaltningspraksis, er skattesubjektivitet. Et spørsmål er om det med skattesubjektivitet menes skattesubjektivitet i etableringsstaten eller skattesubjektivitet etter norsk rett. Dersom det sistnevnte alternativet er aktuelt, må det bli en vurdering av om det ikke-norske selskapet blir ansett som et selvstendig skattesubjekt etter sktl. § 2-2 første ledd.

I Utv. 2011 s. 1494 synes det å bli lagt til grunn at skattesubjektivitet i etableringsstaten er av relevans for vurderingen. Et slikt utgangspunkt er også lagt til grunn i tidligere praksis om tilsvarende kriteriet jf. bl.a. Utv. 2006 s. 1757. Det må trekkes et skille mellom beskatning i etableringsstaten og skattesubjektivitet etter etableringsstatens rett. Det er ikke nødvendigvis en automatikk i at selskapet blir inntektsbeskattet selv om selskapet er et selvstendig skattesubjekt i etableringsstaten.

Skattesubjektiviteten har med selskapets status som sådan å gjøre, ikke hvorvidt selskapet faktisk er underlagt beskatning. Et skille mellom disse kjennetegnene vil da være særlig relevant når man har med selskaper etablert innenfor EØS å gjøre. Er selskapet etablert utenfor EØS, kan begge momentene ses både i sammenheng og separat.

Skattesubjektivitet etter etableringsstatens rett kan således vektlegges i en viss utstrekning. Momentet synes imidlertid å være noe svekket ettersom skattemessige forhold i etableringsstaten ikke kan begrunne en annerledes behandling i beskatningsstaten.<sup>34</sup> I en uttalelse fra finansdepartementet datert 3. november 2011 fremheves det at det ikke er et selvstendig vilkår for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse at selskapet ikke anses som et selvstendig skattesubjekt i etableringsstaten.<sup>35</sup> Det avgjørende er skattesubjektiviteten vurdert etter norske rettsprinsipper. Dette utelukker imidlertid ikke at skattesubjektiviteten i

---

<sup>34</sup> Se Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 52 og Utv. 2009 s. 1280.

<sup>35</sup> Se UFIN-2011-1679 og Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 52.

etableringsstaten kan ha relevans i vurderingen etter norsk rett. Det er i juridisk teori tatt til orde for at dette momentet vil være særlig relevant i tvilstilfeller.<sup>36</sup>

### **3.4.5 Ubegrenset ansvar som forutsetning for deltakerfastsettelse etter norsk rett**

Det er klart ut fra det samlede rettskildebildet at heftelsesformen for selskapets deltakere er et sentralt kriterium i klassifiseringsvurderingen. For at det transparente selskapet skal deltakerfastsettes for norske skatteformål, må minst én deltaker ha et "*ubegrenset personlig ansvar*" for selskapets samlede forpliktelser. Dette følger av selskapslovens § 1-1 som er utgangspunktet for uttalelsen inntatt i Utv. 2015 s. 1345 og Utv. 2018 s. 398. I Rt. 2012 s. 1380 uttaler Høyesterett at samtlige deltakerne i det ikke-norske selskapet må ha begrenset ansvar for selskapets forpliktelser dersom det skal anses som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett. Dette følger av aksjeloven § 1-1, som Høyesterett tar utgangspunkt i.

Det avgjørende for denne vurderingen er den faktiske posisjonen de ulike partene har i eller overfor selskapet jf. Rt. 2012 s. 1380 og Utv. 2015 s. 1345. Spørsmålet om partenes faktiske posisjoner må avgjøres i henhold til selskapsavtalen og reguleringen av dette etter internretten i registreringsstaten, se pkt. 3.3.1.

At minst én av deltakerne må ha et ubegrenset ansvar, er en nødvendig forutsetning for deltakerfastsettelse, men det er ikke i seg selv tilstrekkelig. Rt. 2012 s. 1380 er et eksempel på at ubegrenset ansvar i seg selv ikke er tilstrekkelig, det kreves noe mer. Parten med ubegrenset ansvar anses også som deltaker i selskapet. I selskapsloven kreves det deltakelse for felles regning og risiko for å anses som deltaker. Vi ser at deltakerbegrepet er avgjørende også i praksis tilknyttet fritaksmetoden jf. bl.a. Rt. 2012 s. 1380. I praksis tilknyttet fritaksmetoden er dette gjerne formulert som at deltakeren må ha en selvstendig økonomisk interesse i selskapet. Spørsmålet er derfor hva som skal til for at den med ubegrenset ansvar anses som deltaker etter norsk rett.

### **3.4.6 Krav om en selvstendig økonomisk interesse i selskapet**

I tråd med selskapsloven § 1-1 første ledd stilles det et krav om deltakelse for «*felles regning og risiko*» for å anses som deltaker etter norsk rett. I praksis angående spørsmålet om når

---

<sup>36</sup> Thommessen, Norsk internasjonal skatterett, 2. utgave, 2017 side 175

ikke-norske selskaper skal deltakerfastsettes etter norsk rett, er det tatt utgangspunkt i selskapslovens formulering jf. Utv. 2015 s. 1345 og Utv. 2018 s. 398. Spørsmålet er hva som skal til for å anses som deltaker etter selskapsloven § 1-1.

I Utv. 2018 s. 398 vises det til NOU 1980: 19 som omtaler deltakerbegrepet i selskapsloven. I formuleringen «*felles regning og risiko*» ligger at deltakeren «*må være forpliktet til å dekke underskudd på driften av virksomheten og underbalanse i virksomhetens formuesstilling*».<sup>37</sup> Den andre siden av dette blir at deltakeren har rett til andel i overskuddet på driften og overbalanse på virksomheten jf. Utv. 2018 s. 398, side 437. I Ot.prp. nr. 47 (1984-1985) s. 14 slutter departementet seg til denne forståelsen. Det avgjørende for å anses som deltaker for «*felles regning og risiko*» synes dermed å være om deltakeren har andel i overskudd og forpliktelse ved underskudd.

I rettspraksis tilknyttet fritaksmetoden er det ikke tatt utgangspunkt i selskapslovens formulering. Problemstillingen er i likhet med selskapsloven formulert som et spørsmål om parten anses som deltaker etter norsk rett. Det avgjørende for å anses som deltaker er at parten har en selvstendig økonomisk interesse i selskapet jf. Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 66-67. Hva som ligger i formuleringen «*selvstendig økonomisk interesse*», er vurdert i dommens avsnitt 66. Høyesterett kommer frem til at HAH ikke anses som deltaker i NHD. Dette begrunnes med at HAH ikke har «*eierandel, ikke andel i overskudd eller underskudd og ikke andel i noen likvidasjonsverdi*» jf. avsnitt 66. I likhet med det som gjelder etter selskapsloven ut fra Utv. 2018 s. 398 og Utv. 2015 s. 1345, synes det avgjørende å være om deltakeren har andel i overskudd og forpliktelse ved underskudd.

Sammenholdt er det avgjørende om deltakeren har andel i overskudd og forpliktelse ved underskudd i selskapets resultat. En økonomisk interesse i selskapet som utelukkende knytter seg til et krav på betaling uavhengig av resultat, er dermed ikke tilstrekkelig for å anses som deltaker. Det kreves at man har en interesse utover dette. Et særlig sentralt spørsmål er om det er et absolutt vilkår at man har formell eierandel eller innskudd i selskapet for at vilkåret om selvstendig økonomisk interesse skal være oppfylt.

---

<sup>37</sup> NOU 1980: 19 s. 107

### 3.4.7 Innskudd eller eierandel i selskapet – et krav for å anses som deltaker etter norsk rett?

Spørsmålet om eierandel er gjennomgått i Utv. 2018 s. 398. Konklusjonen i det gitte tilfellet var at en eierandel på 0,1 pst eller mer var tilstrekkelig til at GP ble ansett som deltaker for norske skatteformål etter § 2-2 annet ledd jf. § 10-40. Konklusjonen bygger på at GP med en formell eierandel på denne størrelsen anses å ha en selvstendig økonomisk interesse i selskapets, utover den årlige godtgjørelsen. GP har således en andel i overskuddet og en forpliktelse i underskuddet som kan likestilles med resterende deltakere. Det virker ut fra uttalelsen som at en slik grense også kan legges til grunn på et mer generelt grunnlag i lignende tilfeller.

Uttalelsen omhandler PE-fond, og det er ikke nødvendigvis slik at en eierandel på 0,1 pst er tilstrekkelig for alle limited partnerships uavhengig av virksomhetens karakter. I Utv. 2018 s. 398 er det lagt til grunn at 0,1 pst av total kapital i dette tilfellet er et ikke ubetydelig beløp. Bakgrunnen for dette er at PE-fond gjerne har en svært betydelig kapital. I de tilfeller et limited partnership ikke har så betydelig kapital, kan 0,1 pst utgjøre et svært begrenset beløp. Om det i et slikt tilfelle er tilstrekkelig med kun 0,1 pst eierandel uavhengig av virksomhetstype, kan dermed ikke besvares generelt. Men det vil utgjøre et veiledende utgangspunkt for vurderingen av om GP anses som deltaker etter norsk rett.

Hensynet til forutberegnelighet og praktisk gjennomførbarhet kan tale for en veiledende grense. Det gir rom for at ikke-norske selskaper kan justere seg etter reglene. Dette kan være problematisk også ettersom selskapet kan justere den formelle eierandelen til GP etter selskapets ønske, noe som kan medføre uønsket skatteplanlegging.

Et annet spørsmål er hvorfor grensen er på akkurat 0,1 pst. I Utv. 2018 s. 1730 er konklusjonen at det ikke foreligger en kvantifiserbar nedre grense for når GP kan anses som deltaker etter norsk rett. Det finnes på nåværende tidspunkt ingen tilsvarende grense i norsk lovgivning for at vilkåret om å være deltaker for felles regning og risiko skal være oppfylt.

Etter norsk lovgivning må komplementaren ha en eierandel på minst en «*tiendedel*» for at selskapet skal være et KS i selskapslovens forstand jf. sel. § 3-1 tredje ledd. For indre selskaper er det ingen lovfestet nedre grense for eierandelen til hovedmannen. Hovedmannen vil, uavhengig av dette, anses som deltaker i det indre selskapet. Grensen synes slik sett ikke å ha noe grunnlag i de lovfestede grenser for å anses som deltaker etter norsk rett. Det er ikke

godt å si hvorfor grensen er satt akkurat ved 0,1 prosent. Som nevnt over er det ikke slik at en eierandel på 0,1 pst er tilstrekkelig i alle tilfeller, det synes å avhenge av virksomhetens karakter og hvor stor den totale kapitalen er.

Det som er klart, er at eierandel uavhengig av størrelse taler for at det foreligger en selvstendig økonomisk interesse i selskapet og dets resultat. Det kan ikke kvantifiseres en nedre grense for størrelsen på eierandelen jf. Utv. 2018 s. Det følger av praksis at eierandelen kan ha betydning selv om denne er liten, se bl.a. Utv. 2015 s. For de tilfeller der eierandelen er på under 0,1 pst av total kapital, vil det bero på en konkret vurdering der det avgjørende er om den økonomiske interessen er tilstrekkelig. Et videre spørsmål er om deltakervilkåret kan være oppfylt også uten eierandel.

### **3.4.8 Selvstendig økonomisk interesse i selskapet uten innskudd eller eierandel**

Som nevnt er det ikke tilstrekkelig at en deltaker med ubegrenset ansvar har interesser i selskapet, og at disse utelukkende knytter seg til et krav på betaling uavhengig av selskapets resultat. Det er gjerne slik at deltakeren med ubegrenset ansvar har krav på årlig godtgjørelse for det arbeidet som utøves. Når vi i det følgende tar utgangspunkt i limited partnerships som eksempel, er GP deltakeren med ubegrenset ansvar.

I et limited partnerships er det gjerne slik at GP har en rolle som innebærer styring og kontroll av selskapet i en viss utstrekning. I hvor stor utstrekning dette gjelder avhenger av selskapsavtalens innhold. Blir GP kun tildelt en årlig økonomisk godtgjørelse uavhengig av resultat, vil ikke interessen være av en slik karakter at GP anses som deltaker i selskapet.

I Privat equity-sektoren er det gjerne slik at GP også har rett på såkalt «carried interest». Det fungerer som en incentivordning for at GP skal jobbe for et best mulig resultat for fondet. Det innebærer at GP får en andel i fondets eventuelle avkastning. En slik tildeling skjer etter en endelig beregning på aksjene i fondet ved avvikling eller salg.

Ut fra det foreliggende rettskildebildet kreves det ikke eierandel i selskapet for å anses som deltaker i selskapslovens forstand jf. Utv. 2015 s. 1345. Det som er klart er at deltakeren må ha en selvstendig økonomisk interesse i selskapet, utover årlig fastsatt godtgjørelse. Den økonomiske interessen må knytte seg til andel i overskudd og forpliktelse ved underskudd i

selskapet. Det er klart at GP med ubegrenset ansvar har en residualforpliktelse for selskapet. Når selskapets kapital er oppbrukt, er det GP som sitter igjen med ansvaret for de resterende forpliktelsene. Slik sett har GP en klar forpliktelse i selskapets underskudd selv om det skal mye til for at dette aktualiseres. Det at det er liten risiko for at ansvaret aktualiseres synes ikke å være av avgjørende betydning, det avgjørende er at forpliktelsen foreligger, og at GP dermed har en risiko i selskapets underskudd.<sup>38</sup> Spørsmålet er dermed om det er tilstrekkelig med en residualforpliktelse for underskuddet og en andel i overskuddet gjennom carried interest, for å anses som deltaker.

Av Utv. 2015 s. 1345 følger det at GP anses å ha ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser når dette foreligger «i henhold til selskapsavtalen og internretten i registeringslandet». Skatteetaten legger videre til grunn at dersom GP i tillegg til dette ansvaret «også har rett på en andel av overskuddet» er vilkåret oppfylt. I Rt. 2015 s. 1260 (Herkules) er dette vurdert i sammenheng med carried interest. Det vises til uttalelsen, og ut fra en naturlig tolkning fremstår det som carried interest som andel i overskuddet og residualforpliktelser i underskuddet, er tilstrekkelig til at GP anses som deltaker for felles regning og risiko. Det er en selvstendig økonomisk interesse i selskapet resultat og risiko knyttet til det.

Ut fra dette virker det som den med ubegrenset ansvar kan anses som deltaker med selvstendig økonomisk interesse, også i de tilfeller deltakeren ikke har eierandel i selskapet. Det avgjørende er, i tillegg til det ubegrensede ansvaret, og den residualforpliktelsen det representerer, at deltakeren har en andel i overskuddet. Skal man se på dette mer generelt, tyder det på at andre former for incentivordninger med andel i overskudd som resultat, eller andre former for resultatbasert godtgjørelse, kan være tilstrekkelig.

Har deltakeren en slik ordning i tillegg til det ubegrensede ansvaret for selskapets forpliktelser, synes vilkåret å kunne være oppfylt. Hvor stor andelen i overskuddet må være for at det skal anses som en selvstendig økonomisk interesse, kan ikke avgjøres generelt. Det vil avhenge av forholdene i det konkrete tilfellet.

---

<sup>38</sup> Rt. 2012 s. 1380

### **3.4.9 Deltakelse i selskapets økonomiske virksomhet som krav for deltakerfastsetting?**

For limited partnerships og lignende selskapsstrukturer kan vilkåret om økonomisk virksomhet være todelt. Dette på grunn av at den virksomheten GP driver, må ha en tilstrekkelig sammenheng med selskapet. For limited partnerships, spesielt innenfor PE, er det gjerne slik at GP har et ansvar for driften av selskapet i en viss utstrekning. Det blir slik sett et vilkår om at den virksomheten som GP driver, drives for felles regning og risiko, og ikke egen regning og risiko. Spørsmålet om hvorvidt det er tilstrekkelig nærhet, må avgjøres på grunnlag av selskapsavtalen og vedtektene.

Det er gjerne slik at GP i en viss utstrekning har ansvaret for selskapets rådgivning og forvaltning. Slike funksjoner kan for den daglige driften være satt bort, men det sentrale synes å være om GP har det overordnede ansvaret for selskapets investeringsbeslutninger og fondets drift.

Carried interest har gjerne en forretningsmessig begrunnelse og taler også for at det er tilstrekkelig sammenheng mellom GPs virksomhet og selskapet. Hadde det ikke vært en slik forretningsmessig sammenheng mellom GP og selskapet, ville det ikke vært noe poeng for fondet å gi GP muligheten til carried interest. Dette er lagt til grunn i bl.a. Rt. 2015 s. 1345 (Herkules).

### **3.4.10 Skal klassifiseringsvurderingen bygge på en helhetsvurdering?**

Inntatt i Utv. 2011 s. 1494 er en uttalelse angående fritaksmetoden og klassifisering av utenlandske selskaper som hybrider. I uttalelsen er det lagt til grunn at tilsvarende kriteriet skal avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering. I Finansdepartementets stortingsmelding om evaluering av skattereformen 2006 er det også gitt uttrykk for at klassifiseringen skal skje *«etter en konkret helhetsvurdering»*.<sup>39</sup> Rt. 2012 s. 1380 synes også å legge til grunn en helhetsvurdering med henvisning til den nevnte stortingsmeldingen jf. avsnitt 47-49.

Senere praksis synes imidlertid å reise noe tvil ved om vurderingen skal være en bred helhetsvurdering, eller om det skal være en mer konkret vurdering av om vilkårene i enten sel.

---

<sup>39</sup> Meld.St.11 (2010-2011) pkt. 9.8.3

§ 1-1 første ledd eller asl. § 1-1 annet jf. tredje ledd er oppfylt. Zimmer mener her at Rt. 2012 s. 1380 tar et steg vekk fra utgangspunktet om en bred helhetsvurdering som var lagt til grunn i tidligere praksis.<sup>40</sup> Standpunktet underbygges med at det avgjørende ut fra dommens innhold synes å være om det utenlandske selskapet oppfyller aksjeselskapsdefinisjonen i asl. § 1-1.

Prinsipputtalelsen fra Skattedirektoratet om vilkårene for deltakerligning av norske deltakere i utenlandske selskaper inntatt i Utv. 2015 s. 1345 synes også å avvike fra utgangspunktet om en helhetsvurdering. Skattedirektoratet inntar det standpunkt at det avgjørende for deltakerligning av den norske deltaker er om «det utenlandske selskapet oppfyller vilkårene i selskapsloven § 1-1. At oppfyllelse av selskapsdefinisjonen i sel. § 1-1 er avgjørende for deltakerfastsettelse, er også lagt til grunn i Utv. 2018 s. 398. Utviklingen i rettskildebildet tyder på en klassifiseringsvurdering som i større grad bygger på en konkret vurdering av om selskapet oppfyller vilkårene i enten selskapsloven § 1-1 eller aksjeloven § 1-1.

I senere praksis er det ikke uttrykkelig tatt stilling om klassifiseringen skal avgjøres på grunnlag av en helhetsvurdering eller ikke. Men som vist over, trekker rettskildene i retning av at helhetsvurderingen i det minste ikke er like bred som i praksis lagt til grunn før Rt. 2012 s. 1380, se Utv. 2011 s. 1494. Et spørsmål er således om man har tatt steget helt bort fra en helhetsvurdering, og vurderingen utelukkende knytter seg til oppfyllelsen av selskapsdefinisjonen i enten aksjeloven eller selskapsloven.

I praksis både før og etter Rt. 2012 s. 1380 var det lagt til grunn at de sentrale kjennetegnene i skillet mellom selskapsformer som utgjør selvstendige og uselvstendige skattesubjekter, er avgjørende. De særlig sentrale kjennetegnene er heftelsesform og deltakelse med selvstendig økonomisk interesse. De sentrale kjennetegnene er i overensstemmelse med det som er de sentrale kriteriene i selskapsloven § 1-1 og aksjeloven § 1-1. Før Aberdeen-dommen i 2009 sto også skattefritak i etableringsstaten sentralt i vurderingen etter norsk rett jf. Utv. 2006 s. 1494. På grunn av Norges EØS-forpliktelser ble det som følge av Aberdeen-dommen lagt til grunn at skattefritak i etableringsstaten ikke kunne begrunne annen behandling i beskatningsstaten.<sup>41</sup>

De EØS-rettslige forpliktelsene har ikke betydning for selskaper med etableringsstat utenfor EU/EØS. For slike selskaper skal dermed momentet om skattefritak i etableringsstaten som

---

<sup>40</sup> Zimmer, Høyesterettsdommer i skattesaker 2012, Rt. 2012 s. 1380

<sup>41</sup> Se Rt. 2012 s. 1380 avsnitt 52



utgangspunkt kunne tillegges vekt. Det følger av Meld.St.11 (2010-2011) et synspunkt om at *«et utenlandsk selskap som på generelt grunnlag er fritatt for skatteplikt, er så vesensforskjellig fra et norsk aksjeselskap mv. at det ikke burde kvalifisere under fritaksmetoden»*.<sup>42</sup> Relevansen av fritak for beskatning i etableringsstaten i vurderingen av selskap utenfor EU/EØS, er ikke nevnt i Rt. 2012 s. 1380, ettersom dommen gjelder et tysk KS. Momentet synes slik sett å ha stor vekt i de tilfeller momentet anses som relevant.

I Utv. 2015 s. 1345 er derimot ikke beskatningsfritak nevnt som et moment i vurderingen av limited partnerships klassifisering som selskap med deltakerfastsettelse etter norsk rett. Uttalelsen er en generell vurdering av deltakerfastsettelse, og det er ingen forbehold om at uttalelsen kun gjelder selskaper med etableringsstat innenfor EU/EØS. Slik sett kan det tyde på at skattefritak i etableringsstaten ikke skal ha betydning i vurderingen av om et ikke-norsk selskap anses som deltakerfastsatt etter norsk rett. Utv. 2018 s. 398 og Utv. 2018 s. 1730 trekker heller ikke dette inn som moment i vurderingen av deltakerfastsettelse etter norsk rett.

Likevel synes ikke dette å kunne utelukke at også andre momenter enn de som følger av skillet mellom aksjeselskaper og selskaper med deltakerfastsettelse etter norsk rett, kan vektlegges. Det er ut fra de relevante rettskilder heftelsesform for selskapets forpliktelser og deltakelse med selvstendig økonomisk interesse i selskapet som er de særlig sentrale momentene i vurderingen. Imidlertid vil momenter som beskatning i etableringsstaten, skattesubjektivitet i etableringsstatens rett og selskaper struktur og organisasjon kunne være relevant i helhetsvurderingen av om selskapet skal anses som et selvstendig eller ikke-selvstendig skattesubjekt for norske skatteformål.

### **3.5 Klassifiseringsvurderingen etter gjeldende rett**

Klassifiseringsvurderingen som tilsvarende kriteriet gir anvisning på, skal bygge på en konkret vurdering som baseres på norske rettsprinsipper. Det følger av det samlede rettskildebildet at vurderingen skal ta utgangspunkt i partenes faktiske posisjoner i og overfor selskapet i henhold til etableringsstatens interne rett og selskapsavtalen.

Utviklingen i praksis synes å gå vekk fra at klassifiseringen skal bygge på en bred helhetsvurdering. Men utgangspunktet må fortsatt være at det er en helhetlig vurdering, som

---

<sup>42</sup> Meld.St.11 (2010-2011) pkt. 9.8.3 (i)

bygger på de sentrale kriteriene i aksjeloven § 1-1 og selskapsloven § 1-1. Dette er i tråd med Rt. 2012 s. 1380 som uttaler at vurderingen skal ta utgangspunkt i det prinsipielle skillet mellom aksjeselskaper og selskaper med deltakerfastsettelse.

Det grunnleggende vilkåret for vurderingens aktualitet er at det foreligger en deltaker med ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Har ingen av deltakerne i det ikke-norske selskapet ubegrenset ansvar, vil dette tale for at selskapet anses som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett. Ubegrenset ansvar er imidlertid i seg selv ikke tilstrekkelig. Det kreves at deltakeren med ubegrenset ansvar har en selvstendig økonomisk interesse i selskapet. Dette betyr at deltakeren har en selvstendig økonomisk interesse i selskapet som avhenger av selskapets resultat. Selvstendig økonomisk interesse og deltakelse for felles regning og risiko avhenger av andel i overskudd og forpliktelse ved overskudd.

Det er ut fra gjeldende rett ikke et krav om eierandel i selskapet for å anses som deltaker med selvstendig økonomisk interesse. Innenfor fondssektoren kan dette oppfylles ved såkalt carried interest. Ut fra de sentrale rettskildene synes det å være tilstrekkelig at deltakeren har residualforpliktelse for selskapets underskudd for å anses å ha forpliktelse i underskuddet. Tilsvarende incentivordningen kan som utgangspunkt oppfylle vilkåret om andel i selskapets overskudd. Om det anses som en selvstendig økonomisk interesse, vil avhenge av forholdene i det konkrete tilfellet.

Det som taler for andel i overskudd og forpliktelse i underskudd, er at deltakeren med ubegrenset ansvar har en eierandel i selskapet. Hvor stor eierandelen må være for at momentet skal være avgjørende, vil avhenge av andelens størrelse, både i prosent og i kapital. Hvor stort beløp og hvor stor prosent av total kapital som er tilstrekkelig for at det med sikkerhet kan anses som en selvstendig økonomisk interesse, avhenger av de konkrete forholdene. For Privat Equity fond organisert som limited partnerships synes en eierandel på over 0,1 pst å være veiledende.

Det er imidlertid ikke et absolutt krav om eierandel for å anses som deltaker med selvstendig økonomisk interesse. Som vist over, kan vilkåret oppfylles også uten eierandel. Det avgjørende er om deltakeren anses å ha andel i overskudd og forpliktelse ved underskudd. Det er imidlertid klart at eierandel, uavhengig av størrelse, taler for at vilkåret om selvstendig økonomisk interesse er oppfylt.

På bakgrunn av EØS-forpliktelsene kan ikke fritak for beskatning i etableringsstaten vektlegges i helhetsvurderingen der det ikke-norske selskapet har etableringssted innenfor EU/EØS. Har det ikke-norske selskapet etableringsstat utenfor EU/EØS, vil beskatning i etableringsstaten gjerne være et avgjørende moment i helhetsvurderingen.

Skattesubjektivitet i etableringsstaten kan vektlegges i en viss utstrekning, men det avgjørende er som nevnt det som følger av norsk rett. Momentet kan få særlig vekt i tvilstilfeller. Et spørsmål er om dette momentet skal vektlegges ytterligere i lys av BEPS. Ut fra nåværende rettskildebildet er det ikke klart hvilken betydning BEPS kan tillegges i helhetsvurderingen. Det er imidlertid klart at Norge har forpliktet seg til BEPS-tiltakene, og at dette kan komme til å vektlegges i ytterligere grad fremover.

### **3.6 Kan BEPS-tiltak om nøytralisering av hybride enheter utgjøre et moment i helhetsvurderingen etter norsk rett**

BEPS står for Base Erosion and Profit Shifting. Prosjektet ble lansert av OECD i 2013 og hensikten er å forhindre uthuling av skattefundamenter og forflytning av selskapsoverskudd. I BEPS-rapporten er det særlig action 2 som er aktuell for vårt tilfelle. Action 2 angår "neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements". Denne bestemmelsen skal slå ned på, og søker å nøytralisere, de skattemessige effektene av hybride enheter og finansielle instrumenter.

BEPS action 2 gjelder både for hybride finansielle instrumenter og for hybride enheter. I det videre avgrenses det mot hybride finansielle instrumenter, da dette faller utenfor oppgavens tema. Det sentrale i fremstillingen er klassifiseringen av hybride enheter, altså selskaper. Innledningsvis i rapporten om action 2 i BEPS uttales det kort om noe av bakgrunnen for at man ønsker en regulering som nøytraliserer bruken av hybride selskaper:

*“Hybrid mismatch arrangements exploit differences in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to achieve double non-taxation, including long-term deferral. These types of arrangements are widespread and result in a*

*substantial erosion of the taxable bases of the countries concerned. They have an overall negative impact on competition, efficiency, transparency and fairness.* ”<sup>43</sup>

Ifølge OECD innebærer bruken av hybride enheter en utnyttelse av forskjeller i regelverkene som leder til uthuling av landenes skattefundamenter. OECD har, gjennom prosjekt BEPS, beregnet det globale inntektstapet (CIT) til å være på opptil ti prosent, som tilsvarer omtrent USD 100 til 240 millioner– hvert år.<sup>44</sup>

Konsekvensen av bruken av hybride selskaper strekker seg også utover det rent skatterettslige. Slik som det er sitert over, får dette også konsekvenser for konkurranse, effektivitet, transparens og rettferdighet. OECD trekker også frem at hensynet til åpenhet undergraves av hybride strukturer. Resultatene kan også lede til urettferdig fordeling mellom landene og urettferdig beskatning av ellers like skattytere.<sup>45</sup>

### **3.6.1 Kan BEPS benyttes som tolkningsfaktor i klassifiseringsvurderingen etter norsk rett?**

Det er klart at internasjonale kilder kan ha relevans som rettskildefaktor etter norsk lov. BEPS er et prosjekt satt i verk av OECD, og de er utarbeidet etter internasjonale standarder. Fra skatterettens område kan man som et eksempel vise til OECDs mønsterskatteavtale. Svært mange skatteavtaler bygger nå på denne avtalen, og derfor er kommentarer til dette av relevans ved tolkningen av skatteavtaler for norsk rett. Norge er et av medlemslandene i OECD og har vært med på å utarbeide BEPS-prosjektet.

BEPS og de retningslinjene som følger av dette vil kunne ha rettslig relevans ved vurderingen av ikke-norske selskaper for norske skatteformål. Den rettskildemessige vekten av BEPS er enda usikker.

I de tilfeller der vi står overfor et ikke-norsk selskap som klart faller inn under en annen klassifisering etter norsk rett enn etter etableringsstatens rett, vil ikke BEPS ha avgjørende vekt i helhetsvurderingen. Men i de tilfeller der det er tvil om det ikke-norske selskapet skal

---

<sup>43</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2, 2015 Final Report, Page 11

<sup>44</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Explanatory Statement, 2015 Final Reports, page 4

<sup>45</sup> OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2, 2015 Final Report.

anses som selvstendig eller uselvstendig skattesubjekt etter norsk rett, vil det kunne være et moment i helhetsvurderingen. Det vil kunne tale for at man skal unngå å lande på det resultatet som gjør at enheten anses som hybrid. Det er på nåværende tidspunkt ingen rettskilder som tar stilling til denne problemstillingen. Det er klart at en klassifisering som er hybrid, vil ha konsekvenser for selskapet og dets deltakere i flere retninger.

### **3.6.2 Kan BEPS bidra til en endring i klassifiseringsvurderingens innhold?**

Slik klassifiseringsvurderingens innhold er etter gjeldende rett, ser vi at det kan være små forskjeller i selskapets struktur og partenes forhold i og overfor selskapet som kan avgjøre om selskapet anses som selvstendig skattesubjekt eller ikke etter norsk rett. Ut fra hensynet til forutberegnelighet og praktisk gjennomførbarhet kan det være hensiktsmessig med en mer stringent vurdering med klarere holdepunkter.

Et spørsmål er om klassifiseringsvurderingen i større grad burde tilpasses en multinasjonal standard slik at man unngår blant annet hybrid klassifisering på tvers av landegrensene. OECD har gjennom BEPS-tiltakene søkt å unngå slik klassifisering i størst mulig utstrekning. BEPS-tiltakene kom for ikke mange år siden, og i praksis kan man ikke enda helt se resultatet av tiltakene. Når Norge har forpliktet seg til BEPS-prosjektet, burde tiltaket om nøytralisering kunne få en større rolle i klassifiseringen i fremtiden. Dette vil kunne bidra til bedre forutberegnelighet i de skattemessige forholdene ved investeringer på tvers av landegrensene. Samtidig vil det kunne bidra til en retts teknisk enklere vurdering. En mer samlet multinasjonal regulering av klassifiseringen av utenlandske selskaper vil bidra til å minske utfordringene i den interne retten. Det vil også kunne bidra til mindre uønsket skatteplanlegging på et internasjonalt plan.

Hva som skal stå i sentrum for denne vurderingen, vil nok i stor grad bygge på de momentene som i dag er gjeldende rett for vurderingens innhold. Det kan imidlertid bli mer stringente vurderingskriterier. Det kan også være at sentrale momenter i klassifiseringen av selskapet i etableringsstaten vil tillegges større vekt. Et eksempel på dette er at skattesubjektivitet i etableringsstaten blir et moment med større rettskildemessig vekt i den konkrete helhetsvurderingen. Som vist til over kan dette være tilfellet dersom man vektlegger nøytraliseringen av hybride enheter etter BEPS som et moment i klassifiseringen etter norsk rett. På nåværende tidspunkt kan man ikke forutse hva som vil være utfallet av for eksempel

BEPS, men fremover kan det være at man vil se en større vektlegging av en mer samlet multinasjonal standard for klassifisering av selskaper.

# Litteraturliste

## Lover

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven)	L26.03.1999 nr. 14	Sktl.
Lov om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)	L27.05.2016 nr. 14	Sktfvl.
Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) [OPPHEVET]	L13.06.1980 nr. 24	
Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (Selskapsloven)	L21.06.1985 nr. 83	Sel.
Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)	L13.06.1997 nr. 44	Asl.

## Forarbeider mv.

Prop. 1 LS (2018-2019)	Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak og stortingsvedtak) – For budsjettåret 2019 – Skatter, avgifter og toll 2019
Ot.prp. nr 92 (2004-2005)	Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.
Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.
Meld.St. 11 (2010-2011)	Evalueringsrapport av skattereformen 2006
NOU 1980: 19	Lov om selskaper mv.

## Litteratur

Advokatfirma Thommessen	<i>Norsk internasjonal skatterett</i>	2. utgave, 2010
Frederik Zimmer	<i>Internasjonal inntektsskatt</i>	5. utgave, 2017
Frederik Zimmer	<i>Lærebok i skatterett</i>	8. utgave, 2018
Frederik Zimmer	<i>Bedrift, selskap og skatt</i>	7. utgave, 2019
Frederik Zimmer	<i>Høyesterettsdommer i skattesaker 2012</i>	Skatterett, 2013/2
Frederik Zimmer	<i>Høyesterettsdommer i skattesaker 2015</i>	Skatterett, 2016/3
Geir Woxholth	<i>Selskapsrett</i>	5. utgave, 2014
Geir Woxholth	<i>Selskapsrett</i>	6. utgave, 2018
Hilde Widerberg	<i>Behovet for å avgrense fritaksmetoden mot porteføljeinvesteringer</i>	Skatterett, 2010/10
Hilde Widerberg	<i>Fritaksmetoden og salg av andel i deltakerlignet selskap</i>	Skatterett, 2011/1
Hilde Widerberg	<i>Tilsvarende kriteriet i fritaksmetoden – Hva kan vi lære av Luxemburg eller av Storbritannia?</i>	Skatterett 2013/2



## **Domspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 1938 s. 392 (Tøttavang)

Rt. 2002 s. 465 (Hydro Canada)

Rt. 2012 s. 1380 (Statoil Holding)

Rt. 2015 s. 1360 (Herkules)

### **EU-domstolen**

Sak C-303/07

Aberdeen

Sak C-196/04

Cadbury Schweppes og  
Cadbury Schweppes  
overseas

## **Uttalelser og avgjørelser**

Utv. 1986 s. 456  
(UFIN-1986-3)

*Ligningsmåten for et dansk  
kommandittselskap hvor komplementarens  
innflytelse var meget liten*

Finansdepartementet  
Uttalelse 10.09.1986

Utv. 2006 s. 1757 (USKD-2006-27)	<i>Tolkningsuttalelse - fritaksmetoden</i>	Skattedirektoratet Uttalelse 30.10.2006
Utv. 2009 s. 1280	<i>Utenlandske selskaper i EØS som subjekt og objekt under fritaksmetoden</i>	Skattedirektoratet Uttalelse 29.09.2009
Utv. 2011 s. 1494 (UFIN-2011-1679)	<i>Fritaksmetoden og utenlandske selskap – ulik klassifisering av selskapet etter norsk og utenlandsk rett. Skatteloven § 2-38</i>	Finansdepartementet Uttalelse 03.11.2011
Utv. 2012 s. 796 (SKN-2003-83)	<i>Skattemessig behandling av inntekt fra irsk selskap – sktl. §§ 2-2, 10-40 flg., sel. § 1-1, EØS-rett, skatteavtalen mellom Norge og Irland</i>	Skatteklagenemda for storbedrifter – Vedtak 29.09.2011
USKD-2012-77	<i>Høyesteretts dom av 12. september 2012 (Statoil Holding AS)</i>	Skattedirektoratet Domskommentar 29.10.2012
Utv. 2015 s. 721 UFIN-2015-304	<i>Fritaksmetoden – utenlandske selskap. Skatteloven § 2-38</i>	Finansdepartementet Uttalelse 19.03.2015
Utv. 2015 s. 1345 USKD-2015-12	<i>Prinsipputtalelse om vilkårene for deltakerligning av norske deltakere i utenlandske selskap</i>	Skattedirektoratet Prinsipputtalelse 09.04.2015
Utv. 2018 s. 398	<i>Spørsmål om utenlandske selskap oppfyller vilkårene for deltakerfastsettelse – sktl. § 2-2 annet ledd, § 10-40 første ledd, §§ 10-41 til 10-48</i>	Sentralskattekontoret for storbedrifter – Bindende forhåndsuttalelse 16.05.2017
Utv. 2018 s. 1730 (USKD-2018-36)	<i>Klassifisering av utenlandske private equity-fond – veiledende nedre grense for eierandel</i>	Skattedirektoratet Prinsipputtalelse 04.12.2018

## **Internasjonal litteratur**

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project	Explanatory Statement	2015 Final Reports
OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project	Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2	2015 Final Reports
Invest Europe	Professional Standards, Handbook	2018

## **Norsk lovkommentar**

Per Helge Stovland	<i>Norsk Lovkommentar: Skatteloven, note 38A</i>	Rettsdata.no (lest 14. desember 2020).
Per Helge Stovland	<i>Norsk Lovkommentar: Skatteloven, note 47B</i>	Rettsdata.no (lest 14. desember 2020)
Per Helge Stovland	<i>Norsk Lovkommentar: Skatteloven, Note 51</i>	Rettsdata.no (lest 14. desember 2020)
Geir Woxholt,	<i>Norsk lovkommentar: Selskapsloven, Note 45</i>	Rettsdata.no (lest 14. desember 2020)

## **Nettsider**

<https://www.finansnorge.no/arkiv/til-sletting---verdipapirer-/Private-equity/>