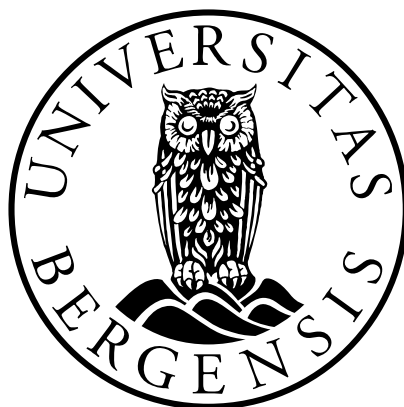


Kan holdingselskaper være reelt etablert  
og drive reell økonomisk aktivitet, jf.  
skatteloven § 10-64 bokstav b?

Kandidatnummer: 137

Antall ord: 12872



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2021



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Innledning</b>	<b>4</b>
1.1	Problemstilling og aktualitet	4
1.2	Oppgavens struktur	5
1.3	Juridisk metode	5
1.4	Rettskildebildet	6
1.5	Relevante avgrensninger	7
<b>2</b>	<b>Cadbury Schweppes-dommen</b>	<b>7</b>
2.1	Innledning	7
2.2	Rettslige avklaringer	8
2.2.1	Etableringsfriheten etter EU-traktaten og restriksjoner av den	8
2.2.2	Hensynet til å bekjempe skatteomgåelse og «abuse of rights»-doktrinen	9
2.2.3	“Wholly artificial arrangements”-vurderingen	11
2.2.4	Oppsummering	12
<b>3</b>	<b>Realitetskravet i sktl. § 10-64 bokstav b</b>	<b>13</b>
3.1	Innledning	13
3.2	Ordlyden i sktl. § 10-64 bokstav b	14
3.3	Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)	15
3.4	Holdingselskaper og realitetskravet som en proporsjonal regel	17
3.5	Oppsummering	17
<b>4</b>	<b>Særlig om etableringer med liten eller ingen fysisk tilstedeværelse</b>	<b>18</b>
4.1	Innledning	18
4.2	Aberdeen-dommen og verdipapirfond	19
4.2.1	Etterfølgende tolkningsuttalelser fra Finansdepartementet	20
4.3	Holdingselskaper	21
4.3.1	Finansdepartementets uttalelser om holdingselskaper i Stortingsmelding	22
4.4	Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser (BFU) om holdingselskaper	24
4.4.1	BFU 4/2015	25
4.4.2	BFU 2/2017	26
4.5	Oppsummering	27
<b>5</b>	<b>Er anvendelsen av realitetskravet mot holdingselskaper i tråd med EU/EØS-retten?</b>	<b>28</b>

5.1	Er realitetskravet anvendt mot holdingselskaper sammenfallende med «wholly artificial arrangements»-vurderingen? .....	28
5.2	Kan holdingselskaper utøve genuin økonomisk aktivitet? .....	29
5.2.1	Deister Holding/Juhler Holding-dommen .....	31
5.3	Må holdingselskapets økonomiske aktivitet foregå i etableringsstaten?.....	32
5.4	Oppsummering .....	33
<b>6</b>	<b>Realitetskravet i lys av BEPS, ATAD og de danske beneficial ownership-sakene...</b>	<b>34</b>
6.1	Innledning .....	34
6.2	OECDs BEPS-prosjekt og PPT-regelen i mønsterskatteavtalen .....	35
6.3	Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD).....	36
6.3.1	ATADs betydning for realitetskravet .....	36
6.4	De danske beneficial ownership-dommene .....	38
6.5	Oppsummering .....	40
<b>7</b>	<b>Avslutning .....</b>	<b>41</b>
	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>43</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling og aktualitet

Oppgavens tema er vilkårene «reelt etablert» og «reell økonomisk aktivitet» (realitetskravet) som gjelder innenfor EØS og kommer frem i NOKUS-reglene (Norsk-kontrollert utenlandsk selskap) i skatteloven (sktl.) § 10-64 bokstav b. Realitetskravet fremgår også i reglene om fritaksmetoden i sktl. §§ 2-38 (3) og (5) om grenseoverskridende aksjeutbytte. Realitetskravet går også igjen i reglene om grenseoverskridende fusjon og fisjon i sktl. § 11-11 (7) og i reglene om exit-beskatning i sktl. § 9-14 (12). I de nye reglene om kildeskatt på renter, royalty og leiebetalinger som trer i kraft 1. juli 2021 går nok en gang det samme realitetskravet igjen. Realitetskravet står med andre ord sentralt når det foretas disposisjoner og transaksjoner mellom skattytere i forskjellige medlemsstater i EU/EØS. Det legges til grunn at innholdet i realitetskravet er det samme, uavhengig av hvilken situasjon det får anvendelse i. Dette støttes av at alle regelsettene der realitetskravet går igjen henviser videre til sktl. § 10-64 bokstav b. Denne bestemmelsen vil følgelig stå helt sentralt videre i oppgaven.

Skatteomgåelse bygger på at en skattyter foretar disposisjoner som har til formål å oppnå en skattefordel som strider imot gjeldende skattelovgivning.<sup>1</sup> Samtidig står en skattyter fritt til å velge former, fremgangsmåte og tidspunkt for sine disposisjoner som gir den minste skattebyrden for ham. Langt på vei må dermed slik skatteplanlegging aksepteres, men på et punkt vil skatteplanleggingen bli så aggressiv at den kommer i et spenningsforhold med skattereglenes formål at skattemyndigheter kan gripe inn i disposisjonen.<sup>2</sup> EU-domstolen har gjennom sin praksis utviklet en egen omgåelsesregel som bygger på at tvingende reelle hensyn kan legitimere en diskriminerende regel som utgjør en restriksjon i de fire frihetene. Realitetskravet skal reflektere et slikt reelt og tvingende hensyn, og må følgelig betraktes som en EU/EØS-rettslig omgåelsesregel som Norge har tatt inn i skatteloven for å overholde forpliktelsene etter EØS-avtalen.

---

<sup>1</sup> NOU 2016: 5, s. 10

<sup>2</sup> Ibid., s. 10

Sentralt i grensdragningen mellom uakseptabel skatteomgåelse og legitim skatteplanlegging, både i og utenfor EØS, står en utstrakt bruk av holdingselskaper. Slike selskaper kjennetegnes ved at de gjerne ikke trenger egne ansatte eller lokaler. På eiersiden i mange norske virksomheter finner man holdingselskaper hjemmehørende i lavskattejurisdiksjoner i bl.a. Luxembourg, Irland og Nederland. Utbyttebetalinger fra de norske virksomhetene til holdingselskapene skal som utgangspunkt kildebeskattes etter sktl. § 10-13. Etter sktl. § 2-38 (5), jf. § 10-64 bokstav b er holdingselskaper i Luxembourg, Irland eller Nederland imidlertid fritatt for slik skatteplikt om de er «reelt etablert» og «driver reell økonomisk aktivitet».

Oppgavens problemstilling er av den grunn om holdingselskaper som ikke trenger en fysisk tilstedeværelse kan oppfylle vilkårene i realitetskravet, og forutsatt et bekreftende svar, hva som kreves. Sagt på en annen måte, så er spørsmålet hvor grensen går mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel skatteomgåelse for holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse i form av egne ansatte og lokaler.

## **1.2 Oppgavens struktur**

I første del vil den juridiske metoden, rettskildebildet og relevante avgrensninger bli presentert. Oppgaven vil videre presentere det rettslige grunnlaget i realitetskravet slik det fremgår av EU-domstolen og Cadbury Schweppes-dommen.<sup>3</sup> Videre vil realitetskravet slik det kommer frem av sktl. § 10-64 bokstav b presenteres, før vilkårene «reelt etablert» og «reell økonomisk aktivitet» forsøkes anvendt på holdingselskaper i lys av både norske og EU/EØS-rettslige rettskildefaktorer. Det vil også undersøkes om nyere internasjonal utvikling på dette området, særlig i lys av OECDs BEPS-prosjekt (Base Erosion and Profit Shifting), EUs direktiv mot skatteomgåelse og nyere rettspraksis fra EU-domstolen og andre utenlandske domstoler, har medført en vesentlig endring av realitetskravet i norsk rett.

## **1.3 Juridisk metode**

---

<sup>3</sup> *Cadbury Schweppes* [GC] C-196/04

Realitetskravet er inntatt i norsk rett etter EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-dommen, for å overholde Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og etableringsfriheten.<sup>4</sup> Realitetskravet i norsk rett må dermed tolkes og anvendes i lys av denne dommen. Det følger av presumsjonsprinsippet en formodning om at lovgiver har ment at realitetskravet skal samsvare med EU/EØS-retten. Både etableringsfriheten etter EU-traktaten og EØS-avtalen, samt Cadbury Schweppes-dommen, står følgelig sentrale som rettskildefaktorer i denne oppgaven, og må tolkes etter EØS-rettslig metode. Denne skiller seg fra norsk juridisk metode ved at det er større fokus på en kontekstuell og formålsrettet tolkning.<sup>5</sup> Andre rettskildefaktorer fra EU/EØS-retten vil være forslag til avgjørelse fra generaladvokater, som ofte er grundigere og mer utfyllende enn EU-domstolens egne avgjørelser. Disse forslagene til avgjørelser er imidlertid ikke bindende for EU-domstolen og har liten rettskildemessig vekt, særlig der EU-domstolen ikke følger generaladvokatens forslag. For å kartlegge innholdet i realitetskravet i norsk rett vil det bli anvendt alminnelig norsk juridisk metode, men det vil også bli sett hen til sammenhenger og systematikk for å tolke realitetskravet i lys av EU/EØS-retten.

#### **1.4 Rettskildebildet**

Rettskildebildet i skatteretten særpreges av at skattlegging innebærer et inngrep i borgernes rettigheter og plikter, og skattlegging krever dermed hjemmel i formell lov, jf. Grunnloven (GrL.) § 113.<sup>6</sup> Dette gjelder naturligvis også for både norske og utenlandske holdingselskaper. Sktl. § 10-64 bokstav b står dermed sentralt, og vil bli gjenstand for en ordlydstolkning. Også andre rettskildefaktorer som forarbeid og rettspraksis må betraktes før konklusjoner kan trekkes i skatteretten. I denne oppgaven vil særlig relevante forarbeider og Finansdepartementets etterfølgende tolkningsuttalelser tillegges mye rettskildemessig vekt. Særlig i lys av mangelen på rettspraksis fra norske domstoler knyttet til realitetskravet, vil administrativ praksis, herunder skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser, bli anvendt som en rettskildefaktor for å få en helhetlig tilnærming av den norske tolkningen av realitetskravet. Øvrige rettskilder fra EU/EØS, herunder skattedirektiver og EU-domstolens avgjørelser knyttet til disse vil også trekkes frem. Den rettskildemessige vekten av disse

---

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008), s. 57

<sup>5</sup> Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* (2018), s. 298

<sup>6</sup> Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019), s. 47

rettskildedefaktorene vil vurderes etter hvert som de trekkes frem. Det er med andre ord ingen mangel av norske og EU/EØS-rettslige rettsfaktorer på området. En del av utfordringen blir dermed å trekke ut det som er relevant og har mest vekt for å besvare problemstillingen.

## **1.5 Relevante avgrensninger**

Problemstillingen retter seg mot omgåelsesspørsmål i en avgrenset gruppe saker. Følgelig må det gjøres avgrensninger i problemstillingen. Det finnes flere tilgrensede problemstillinger som ikke vil bli drøftet av hensyn til ordgrense og tidsbruk. Blant annet avgrenses det mot lavskattelandvurderingen og skattemessig hjemmehørende-vurderingen. Det avgrenses også mot de øvrige vilkårene for NOKUS-beskatning eller for å komme under fritaksmetoden. Skatteomgåelse etter skatteavtalene og andre omgåelsesregler vil bare drøftes på et overfladisk nivå der det anses nødvendig.

## **2 Cadbury Schweppes-dommen**

### **2.1 Innledning**

12. september 2006 avsa EU-domstolen en avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken. Cadbury Schweppes var et selskap hjemmehørende i Storbritannia med datterselskaper etablert i Irland, andre EU-stater og i tredjeland. Dette inkluderte to datterselskaper, Cadbury Schweppes Treasury Services og Cadbury Schweppes Treasury International, som begge ble etablert i Irland. Disse datterselskapene var underlagt en effektiv selskapsskatt på 10 % og hadde som formål å bidra med finansieringstjenester innad i Cadbury Schweppes-konsernet. Et annet formål med etableringen i Irland var å redusere kildeskatten på aksjeutbytter utbetalt mellom konsernselskapene etter mor-datterselskapsdirektivet.<sup>7</sup>

Britiske controlled foreign company-regler (CFC) tillot britiske skattemyndigheter å skattlegge datterselskapene i Irland for overskudd opptjent der. Dette var fordi det britiske morselskapet kontrollerte minst 25 % av aksjekapitalen i de irske selskapene, og fordi

---

<sup>7</sup> Rådskildedirektiv 90/435/EF om mor- og datterselskaper



skattenivået i Irland var mindre enn tre fjerdedeler av skattenivået i Storbritannia.<sup>8</sup> Det ble anført at slik beskatning var i strid med etableringsfriheten etter EU-traktaten. EU-domstolen kom likevel frem til at nasjonale regler som utgjør en restriksjon på etableringsfriheten kan legitimeres der den nasjonale regelen spesifikt retter seg mot «wholly artificial arrangements».<sup>9</sup> Dette begrepet har i tidligere avgjørelser blitt stadfestet å være et allment tvingende hensyn som kunne legitimere en restriksjon i etableringsfriheten, men i Cadbury Schweppes-dommen ble begrepet for første gang utdypet i detalj.<sup>10</sup> Dette omtales i norske rettskilder som «rent kunstige arrangementer».<sup>11</sup>

Cadbury Schweppes-dommen gir dermed et grunnleggende bidrag til å forstå og anvende realitetskravet i sktl. § 10-64 bokstav b, og presenteres dermed tidlig i masteroppgaven. En tidlig presentasjon av dommen gir også et godt bilde av bakgrunnen og utvikling av realitetskravet.

## **2.2 Rettslige avklaringer**

### **2.2.1 Etableringsfriheten etter EU-traktaten og restriksjoner av den**

Bevegelsesfriheten for juridiske personer etter art. 49 TFEU<sup>12</sup> og EØS-avtalen art. 34 jf. art. 31 innebærer en fri selskapsetablering innad i EU/EØS, og dermed også at det ikke skal være noen restriksjoner på etableringsfriheten for selskaper som har sitt hovedkontor i EU/EØS. Cadbury Schweppes-dommen gjaldt en britisk skatteregel som utgjorde en restriksjon i etableringsfriheten for et britisk konsern som ønsket å etablere datterselskaper i Irland, og spørsmålet var i hvilken grad dette likevel kunne legitimeres. Avgjørelsen er ikke enestående i den grad at den dreier seg om forholdet mellom nasjonale skatteregler og en av de fire friheter etter EU-traktaten, men avgjørelsen er likevel svært retningsvisende når det gjelder selskapsetableringer i andre EØS-land og restriktive grenseoverskridende skatteregler.

EU-domstolen gjorde flere sett med vurderinger. Det første domstolen vurderte var om en selskapsetablering i en lavskattejurisdiksjon for å dra nytte av lavere skattesatser i seg selv utgjorde misbruk av etableringsfriheten. Domstolen slo imidlertid fast at å etablere seg i en

---

<sup>8</sup> *Cadbury Schweppes* [GC] C-196/04, avsnitt 7

<sup>9</sup> *Ibid.*, avsnitt 51

<sup>10</sup> NOU 2016: 5, s. 55

<sup>11</sup> Se blant annet Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.3, s. 57

<sup>12</sup> Traktaten om den Europeiske Unions virkemåte (TFEU)

medlemsstat for å dra nytte av en mer gunstig lovgivning ikke vil være tilstrekkelig for å stadfeste misbruk av etableringsfriheten.<sup>13</sup> Likevel presiserer domstolen først at en skattyter ikke skal kunne bruke etableringsfriheten til å omgå nasjonal skattelovgivning, på en sviskefull måte eller ved misbruk.<sup>14</sup>

Det neste domstolen vurderte var om britiske CFC-regler utgjorde en restriksjon av etableringsfriheten. Domstolen fulgte et etablert argumentasjonsmønster som bygger på utgangspunktet om at selv om inntektsskatt er et nasjonalt anliggende, kan ikke medlemsstater vedta regler som strider imot de fire frihetene, og dermed også etableringsfriheten.<sup>15</sup> Skal en nasjonal skatteregel være i strid med etableringsfriheten må regelen innebære en forskjellsbehandling av en grenseoverskridende transaksjon, sammenlignet med en tilsvarende innenlandsk transaksjon. CFC-reglene innebærte at morselskapet ble løpende beskattet for datterselskapenes overskudd, noe som medførte at det ble skattemessig ugunstig for morselskapet å etablere datterselskaper i EØS-stater med et skattenivå lavere enn tre fjerdedeler av det som gjaldt i Storbritannia, slik at CFC-reglene fikk anvendelse.

På bakgrunn av at CFC-reglene fikk anvendelse på de irske datterselskapene kom domstolen frem til at det forelå forskjellsbehandling. Dette ble slått fast til tross for at CFC-regler ikke nødvendigvis innebærte en høyere samlet beskatning av konsernet, sammenlignet med om etableringene av datterselskapene var blitt gjort i Storbritannia fremfor Irland.<sup>16</sup> Det sentrale var ikke at skattleggingen til konsernet under ett ble det samme, men at morselskapet ble skattlagt for profitten til datterselskapene, som var selvstendige juridiske personer. De britiske CFC-reglene var etter dette en restriksjon av etableringsfriheten.<sup>17</sup>

### **2.2.2 Hensynet til å bekjempe skatteomgåelse og «abuse of rights»-doktrinen**

Det siste og mest prinsipielle som domstolen vurderte, var om en restriksjon i etableringsfriheten kunne legitimeres. Det uttales at en slik forskjellsbehandling bare kan legitimeres etter et allment tvingende hensyn, omtalt av domstolen som «overriding reasons of public interest».<sup>18</sup> Som domstolen tidligere har stadfestet, vil forebyggelse av

---

<sup>13</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 36, med videre henvisning til *Centros C-212/97*, avsnitt 27

<sup>14</sup> *Ibid.*, avsnitt 35

<sup>15</sup> *Ibid.*, avsnitt 40, med videre henvisning til bl.a. *Royal Bank of Scotland C-311/97*, avsnitt 19

<sup>16</sup> *Ibid.*, avsnitt 45

<sup>17</sup> *Ibid.*, avsnitt 46

<sup>18</sup> *Ibid.*, avsnitt 47

skatteomgåelse være et allment tvingende hensyn.<sup>19</sup> Men dette gjelder bare i den grad en nasjonal regel spesifikt retter seg mot «*wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned*».<sup>20</sup>

Domstolen presiserer videre at vurderingen av om det foreligger et slikt arrangement må gjøres i lys av etableringsfrihetens formål, som er at EU/EØS-borgere har en rett til å etablere en filial eller datterselskap for å utøve næringsvirksomhet i andre medlemsstater innen EU/EØS.<sup>21</sup> Etableringsfriheten forutsetter dermed en faktisk etablering i en annen medlemsstat og «*the pursuit of genuine economic activity there*».<sup>22</sup> En restriksjon i etableringsfriheten må ut fra dette rette seg mot rent kunstige arrangementer som ikke har en reell økonomisk aktivitet. Dette presiserer domstolen som at:

«(...) *the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory*».<sup>23</sup>

For at de britiske CFC-reglene kunne legitimeres måtte de dermed rette seg spesifikt mot rent kunstige arrangementer.

Videre uttaler EU-domstolen at:

«*In order to find that there is such an arrangement there must be, in addition to a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage, objective circumstances showing that, despite formal observance of the conditions laid down by Community law, the objective pursued by freedom of establishment, as set out in paragraphs 54 and 55 of this judgment, has not been achieved*».<sup>24</sup>

Dette er også en henvisning til «abuse of rights»-doktrinen etter Emsland-Stärke- og Halifax-dommene, kjent som «abuse of rights»-doktrinen. Doktrinen er like gammel som de fire

---

<sup>19</sup> Se bl.a. Marks & Spencer [GC] C-446/03, avsnitt 57

<sup>20</sup> Cadbury Schweppes [GC] C-196/04, avsnitt 51, med videre henvisning til bl.a. Marks & Spencer, C-446/03 [GC], avsnitt 57

<sup>21</sup> Ibid., avsnitt 53, med videre henvisning til bl.a. Gebhard, C-55/94

<sup>22</sup> Ibid, avsnitt 54

<sup>23</sup> Ibid, avsnitt 55

<sup>24</sup> Ibid, avsnitt 64, med videre henvisning til bl.a. Emsland-Stärke, C-110/99 og Halifax and Others [GC], C-255/02

frihetene, og har sitt utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelse i Van Binsbergen-dommen.<sup>25</sup> Premisset er at de fire frihetene etter EU-traktaten ikke skal kunne påberopes av EU-borgere i misbrukssituasjoner. Emsland-Stärke-dommen var første gang «abuse of rights»-doktrinen ble anvendt på skatteområdet, som på den tiden ikke var ansett å være et harmonisert rettsområde i EU-retten. Etter denne dommen kan misbruk av de fire friheter påvises etter en konkret vurdering som bygger på en subjektiv og objektiv test. Den subjektive testen bygger på å påvise at skattyteren har hatt til formål å oppnå en skattefordel, mens den objektive testen handler om å bekrefte at formålet til de fire frihetene ikke er ivaretatt.<sup>26</sup> I en slik sak ligger i tillegg bevisbyrden på de nasjonale skattemyndighetene.<sup>27</sup> I Cadbury Schweppes-dommen blir det referert til «abuse of rights»-doktrinen, og underforstått innebærer dette at opprettelse av rent kunstige arrangementer med skatteomgåelse til formål utgjør misbruk av etableringsfriheten. Et slikt synspunkt fremgår også av generaladvokat Léger i hans forslag til avgjørelse. Han uttaler her at «wholly artificial arrangement»-vurderingen henter sine premisser fra «abuse of rights»-doktrinen, og at konklusjonen dermed ville blitt den samme, uavhengig av om man benytter omgåelsesvurderingen i «wholly artificial arrangements» eller «abuse of rights»-doktrinen.<sup>28</sup> Et unntak er imidlertid at bevisbyrden snus i Cadbury Schweppes-dommen, og det ligger til skattyteren å dokumentere at vilkårene for realitetskravet er oppfylt.

### 2.2.3 “Wholly artificial arrangements”-vurderingen

Den konkrete vurderingen av om det foreligger et rent kunstig arrangement baseres etter dette på et subjektivt- og objektivt element, som er kumulative. Etter Cadbury Schweppes-dommen består det subjektive elementet i at skattyteren har som formål å oppnå en skattefordel. I Emsland-Stärke-dommen er det subjektive elementet utformet som at skattyteren har hatt som intensjon å kunstig fremkalle forholdene slik at det oppstår en skattefordel.<sup>29</sup> Det subjektive elementet i Cadbury Schweppes-dommen innebærer dermed ikke bare et formål om å oppnå en skattefordel – denne skattefordelen skal oppnås gjennom skatteomgåelse.

Å påvise et subjektivt skatteformål vil ikke være tilstrekkelig i seg selv. Det kreves i tillegg et objektivt element som understøtter at formålet med etableringsfriheten ikke er oppnådd. Altså

---

<sup>25</sup> *Van Binsbergen*, C-33/74

<sup>26</sup> *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsnitt 39

<sup>27</sup> *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsnitt 39

<sup>28</sup> Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i *Cadbury Schweppes*, C-196/04, avsnitt 118

<sup>29</sup> *Emsland-Stärke*, C-110/99, avsnitt 53

at det foreligger observerbare indikasjoner på at etableringen ikke utøver reell økonomisk aktivitet i etableringsstaten, men at hovedformålet har vært å oppnå en skattefordel. I Halifax-dommen presiserer domstolen dette slik:

*«Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage. As the Advocate General observed in point 89 of his Opinion, the prohibition of abuse is not relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax advantages».*<sup>30</sup>

I generaladvokatens forslag til avgjørelse i avsnitt 89 uttales det at:

*“The prohibition of abuse, as a principle of interpretation, is no longer relevant where the economic activity carried out may have some explanation other than the mere attainment of tax advantages against tax authorities”.*

Dersom det kan påvises objektive momenter i form av en økonomisk aktivitet vil det altså ikke foreligge misbruk av etableringsfriheten. Objektive momenter må følgelig understøtte at etableringen fordrer økonomisk aktivitet. Det uttales videre i Cadbury Schweppes-dommen at de relevante objektive momentene må være observerbare av en tredjeperson. Særlig vil relevante objektive momenter være om etableringen fysisk eksisterer i etableringsstaten ved at de har kontorer, ansatte og utstyr der.<sup>31</sup> Det kreves i tillegg at de objektive faktorene viser at etableringen utøver «(...) any genuine economic activity in the territory of the host Member State».<sup>32</sup> Ut fra premissenes ordlyd må dette likevel ikke anses som en uttømmende liste av relevante momenter i en slik vurdering, jf. særlig uttrykket «in particular» i avsnitt 64. De objektive momentene må dermed vurderes i lys av etableringsfrihetens formål og kravet om «genuine economic activity». Samtidig viser uttalelsene at det er fysisk eksistens i etableringsstaten som er det sentrale i vurderingen.

#### **2.2.4 Oppsummering**

Cadbury Schweppes-dommen oppstiller etter denne delen et krav til at nasjonal skattelovgivning må rette seg mot «wholly artificial arrangements» for at en skatteregel skal være legitimert og dermed ikke være i strid med etableringsfriheten. I vurderingen av om en

---

<sup>30</sup> *Halifax and Others [GC], C-255/02, avsnitt 75*

<sup>31</sup> *Cadbury Schweppes [GC], C-196/04, avsnitt 67*

<sup>32</sup> *Ibid, avsnitt 68*

selskapsetablering er et slikt arrangement må det påvises et subjektivt element i at skattyteren har hatt som intensjon å oppnå en skattefordel. Dette subjektive elementet må understøttes av objektive momenter som viser at formålet med etableringsfriheten ikke er oppnådd, altså at etableringen ikke utøver en genuin økonomisk aktivitet. Vurderingen av om en selskapsetablering utøver genuin økonomisk aktivitet baseres på objektive faktorer, herunder om selskapsetableringen eksisterer fysisk i etableringsstaten i form av ansatte, lokaler og utstyr.

«Wholly artificial arrangements»-vurderingen må antas å rette seg mot enhver selskapstype, og det tolkningsmomentet som kan trekkes ut av denne avgjørelsen er at et holdingselskap som fysisk eksisterer gjennom ansatte, lokaler og utstyr i etableringsstaten utgjør genuin økonomisk aktivitet, og er dermed ikke et «wholly artificial arrangement».

### **3 Realitetskravet i sktl. § 10-64 bokstav b**

#### **3.1 Innledning**

I denne delen presenteres sktl. § 10-64 bokstav b og relevante forarbeider til denne bestemmelsen. Dette er gjennomføringen av «wholly artificial arrangements»-vurderingen fra Cadbury Schweppes-dommen i norsk rett, og dermed det rettslige grunnlaget for anvendelse av realitetskravet i norsk rett. Koblingen til EU/EØS-retten og Cadbury Schweppes-dommen er grundig redegjort for i Ot.prp. nr. 1 (2007-2008). Disse forarbeidene må ved siden av ordlyden antas å være den norske rettskildedefaktoren med mest vekt for forståelse av realitetskravet. Etterfølgende tolkningsuttalelser i lys av senere praksis fra EU-domstolen anses også å være av stor rettskildemessig betydning for å få en fullstendig forståelse av realitetskravet i norsk rett.

For å vurdere om holdingselskaper med liten eller ingen fysisk tilstedeværelse kan oppfylle vilkårene i realitetskravet, må disse rettskildene naturligvis grundig gjennomgås, med utgangspunktet fra Cadbury Schweppes-saken om at hensynet til å forebygge skatteomgåelse bare kan legitimeres om det retter seg mot rent kunstige arrangementer som et bakteppe.

### 3.2 Ordlyden i sktl. § 10-64 bokstav b

Ordlyden i § 10-64 bokstav b, første punktum lyder:

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

Etter ordlyden kan det leses ut et vilkår til reell etablering og et vilkår til reell økonomisk aktivitet for at realitetskravet skal være oppfylt. Det kan også leses ut fra ordlyden at det kreves at skattyteren dokumenterer at etableringen og aktiviteten er reell. Skattyteren skal dermed få muligheten til å dokumentere at realitetskravet er oppfylt. Dette skjer enten ved at skattyteren søker om forhåndsgodkjennelse eller at det søkes om refusjon av kildeskatt på aksjeutbytte etter fritaksmetoden.

En naturlig språklig forståelse av «reelt etablert» gir anvisning på at det kreves noe mer enn en formell selskapsrettslig etablering i en EØS-stat sitt foretaksregister. Postkasseselskaper kjennetegnes gjerne ved at de kun er formelt etablert. Som nevnt i *Cadbury Schweppes-dommen* er ikke denne type selskaper beskyttet av etableringsfriheten.<sup>33</sup>

En tilsvarende tolkning av «reell økonomisk aktivitet» gir anvisning på en inntektsbringende virksomhet på et visst nivå. Det kan imidlertid ikke utledes noen krav om et faktisk overskudd. Selv om ordlyden gir anvisning på to separate vilkår, vurderes ikke disse separat, men vurderingen av disse overlapper hverandre.<sup>34</sup> Det kan for eksempel vanskelig tenkes at et selskap som driver reell økonomisk aktivitet, ikke er reelt etablert, og vice versa.

Vurderingstemaet etter ordlyden er om en etablering er reell og driver reell økonomisk aktivitet, altså om realitetskravet er oppfylt. I juridisk litteratur er dette også kjent som et krav til substans.<sup>35</sup> Etter sin ordlyd er realitetskravet en tilnærming av «wholly artificial arrangement»-vurderingen etter *Cadbury Schweppes-dommen*. En etablering som oppfyller vilkårene i realitetskravet etter sktl. § 10-64 bokstav b er dermed ikke et rent kunstig arrangement. Det kan da blant annet ikke foretas NOKUS-beskatning, fritaksmetoden kommer til anvendelse overfor aksjeutbytter og det kan i tillegg ikke ilegges kildeskatt på

---

<sup>33</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 68

<sup>34</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) avsnitt 14.4.1, side 57

<sup>35</sup> Brænd (2012), avsnitt 2

renter og royalty fra og med 1. juli 2021. Incentivene for å oppfylle realitetskravet er med andre ord store. Det er likevel ikke en ordrett tilnærming.

En nærmere redegjørelse for hva som ligger i de norske vilkårene «reelt etablert» og «driver reell økonomisk aktivitet» er dermed relevant, og særlig i hvilken grad vilkårene kan anses å være oppfylte for holdingselskaper.

### **3.3 Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)**

Realitetskravet er utførlig redegjort for i Ot.prp.nr. 1 (2007-2008) kap. 14, som gjaldt endringer i anvendelsesområdet for NOKUS-reglene og for fritaksmetoden. EU-domstolen gir i denne avgjørelsen ingen direkte anvisning på hvordan en nasjonal omgåelsesregel skal utformes for å ikke være i strid med etableringsfriheten, og i forlengelse av dette, være i samsvar med EU/EØS-retten. Finansdepartementets forarbeider må på dette punkt anses som selvstendige.<sup>36</sup>

Finansdepartementet har i forarbeidene gitt uttrykk for sin forståelse av «reelt etablert» og «driver reell økonomisk aktivitet». Departementet skriver at kravene til reell etablering og reell økonomisk aktivitet har til formål å forebygge tilpasninger og skatteomgåelse.<sup>37</sup>

Bakgrunnen for realitetskravet er EU-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes selv om de norske NOKUS-reglene ikke er helt sammenfallende med de britiske CFC-reglene. Det trekkes likevel frem i forarbeidene at NOKUS-reglene innebærer en forskjellsbehandling mellom skattytere som etablerer selskaper i Norge og andre EØS-stater der NOKUS-reglene ikke får anvendelse.<sup>38</sup> At NOKUS-reglene får anvendelse på selskapsetableringer i lavskattejurisdiksjoner i EU/EØS innebærer en restriksjon av etableringsfriheten etter EØS-avtalen. Innføringen av et realitetskrav var dermed nødvendig for å ivareta forpliktelsene etter EØS-avtalen.

NOKUS-reglene innebærer at eiere av selskaper som omfattes av reglene behandles mindre gunstig enn norske skattytere som etablerer selskaper i Norge eller i andre skattejurisdiksjoner hvor disse reglene ikke kommer til anvendelse. Lovtekstens formuleringer i «reelt etablert» og «driver reell økonomisk aktivitet» presiseres nærmere som:

---

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) avsnitt 14.4.1, side 57

<sup>37</sup> Ibid, avsnitt 14.4.1, side 57

<sup>38</sup> Ibid, avsnitt 14.4.1, side 57



«For at etableringen og virksomheten skal anses reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en **konkret vurdering**, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner må det påvises at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for andre selskaper i konsernet».<sup>39</sup>

(mine uthevninger)

Forarbeidene gir uttrykk for en konkret vurdering, som innebærer at realitetskravet må vurderes etter hver enkelt sak og hver enkelt etablering. Det gis også anvisning på at det kreves en viss substans der vurderingsmomentene er om selskapet disponerer lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, i tillegg til at det stilles konkrete krav til ledelse og ansatte. De konkrete momentene er klart hentet fra vurderingstemaet fra Cadbury Schweppes-dommen.<sup>40</sup> For at en etablering skal være beskyttet av etableringsfriheten kreves det at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv, noe som er sammenfallende med domstolens uttalelse om at et selskap er beskyttet av etableringsfriheten dersom etableringen «*involves the pursuit of an economic activity*», som forutsetter «*actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine economic activity there*».<sup>41</sup>

Momentene i forarbeidene er Finansdepartementets oppfatning av realitetsvilkåret når Cadbury Schweppes-dommen og generaladvokatens forslag til avgjørelse leses i sammenheng.<sup>42</sup> Kravet til de ansattes kompetanse kan for eksempel ikke leses ut fra dommen, men ut fra generaladvokatens forslag til avgjørelse.<sup>43</sup> EU-domstolen uttaler at de objektive momentene som er relevante er «in particular, to the extent to which the CFC physically

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) avsnitt 14.4.1, s. 57

<sup>40</sup> Ibid, avsnitt 14.4.1, s. 57

<sup>41</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 54 og 66

<sup>42</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) avsnitt 14.4.1, s. 58

<sup>43</sup> Generaladvokaten Légers forslag til avgjørelse, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, avsnitt 113

exists in terms of premises, staff and equipment».<sup>44</sup> Selv om krav til ansattes kompetanse ikke kan leses ut fra dommen, er de objektive momentene som fremgår av dommen heller ikke ment å være uttømmende, jf. uttrykket «in particular» i ordlyden.

Forarbeidene gir klare retningslinjer som er enkle å forholde seg til for ordinære etableringer. Om et norsk selskap etablerer et datterselskap i utlandet som skal produsere motordeler, vil denne etableringen «delta på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv», noe som understøttes av at etableringen har et produksjonslokale, utstyr og kompetente ansatte. Forarbeidene er imidlertid egent til å skape usikkerhet hva gjelder holdingselskaper som ikke har behov for egne ansatte og lokale.<sup>45</sup>

### **3.4 Holdingselskaper og realitetskravet som en proporsjonal regel**

Forarbeidene gir anvisning på at det sentrale vurderingstemaet er hvorvidt en etablering fysisk eksisterer i etableringsstaten. Av den grunn taler også forarbeidene for at holdingselskaper og andre selskaper som fysisk eksisterer ikke kan oppfylle realitetskravet. I den grad holdingselskaper og andre etableringer faktisk utøver en reell økonomisk aktivitet i EØS, kan det argumenteres for at forarbeidene gir anvisning på en for streng terskel for at realitetskravet er oppfylt. Også etableringer uten fysisk tilstedeværelse, men som likevel utøver en reell økonomisk aktivitet bør ha et vern etter etableringsfriheten. For at realitetskravet skal være proporsjonalt, og med det ikke gå lengre enn hva som er nødvendig, må det rette seg mot rent kunstige arrangementer der formålet til etableringsfriheten ikke er oppnådd.

Det kan tenkes at holdingselskaper, investeringsstrukturer og internettselskaper utøver en genuin økonomisk aktivitet, selv om de ikke eksisterer fysisk der de driver sin aktivitet. Ut fra en slik forutsetning, kan det legges til grunn at realitetskravet etter disse forarbeidene ikke er en proporsjonal regel fordi realitetskravet slik det kommer frem her kan ramme etableringer som ikke er rent kunstige.

### **3.5 Oppsummering**

Ordlyden og i stor grad forarbeid gjennomfører «wholly artificial arrangements»-vurderingen fra Cadbury Schweppes-dommen i skatteloven. Dette illustreres også gjennom at forarbeidene

---

<sup>44</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 67

<sup>45</sup> Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019), s. 351

viser til konkrete og objektive vurderingsmomenter for å understøtte at en etablering driver virksomhet på en fast og varig måte i etableringsstaten. Det kreves bl.a. kompetente ansatte, lokaler og utstyr, i tillegg til økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet. Henvisningen må forstås dithen at det kreves en operasjonell virksomhet.

Det uttales samtidig i forarbeidene at holdingselskaper etablert i EU/EØS som driver finansaktiviteter innen et konsern eller forvalter immaterielle eiendeler normalt vil anses å ha inntekter av hovedsakelig passiv karakter, men at slike etableringer fortsatt kan være reelle og drive reell økonomisk aktivitet.<sup>46</sup> Men departementet forutsetter også at selv om inntektene er passive, må selskapet uttøve sine funksjoner via egne lokaler og egne ansatte.<sup>47</sup>

Holdingselskaper som ikke eksisterer fysisk kan følgelig ikke oppfylle vilkårene etter realitetskravet dersom ordlyd og forarbeider legges til grunn. En slik tolkning av realitetskravet må imidlertid innebære at den ikke er proporsjonal og dermed i strid med EU/EØS-retten.

## **4 Særlig om etableringer med liten eller ingen fysisk tilstedeværelse**

### **4.1 Innledning**

De opplistede momentene i Cadbury Schweppes-dommen er vurdert i lys av det konkrete tilfellet som domstolen vurderte, og er dermed farget av dette. De samme momentene er som nevnt inntatt i forarbeidene, og vil ikke være treffende for alle typer virksomheter. Det er for eksempel ikke uvanlig at selskaper og innretninger, som ulike verdipapirfond og holdingselskaper, ikke har kontorer, utstyr eller ansatte i etableringsstaten. Det samme kan sies om virksomheter som i hovedsak eksisterer digitalt. I perioden etter at realitetskravet ble

---

<sup>46</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008), avsnitt 14.4.1, s. 58

<sup>47</sup> Ibid., avsnitt 14.4.1, s. 58

inntatt i skatteloven ble det imidlertid fattet ligningsavgjørelser som tilnærmet automatisk la til grunn at etableringer i et annet EØS-land måtte ha ansatte, lokaler og utstyr for at det skulle kunne anses «reelt etablert» og «drive reell økonomisk aktivitet» der.<sup>48</sup> I det følgende vil oppgaven redegjøre for om et holdingselskap med liten eller ingen fysisk tilstedeværelse likevel kan oppfylle vilkårene i realitetskravet og dermed ikke utgjøre et rent kunstig arrangement.

Samtidig er det presisert i forarbeidene at faren for skatteomgåelse er størst i etableringer uten noen fysisk tilstedeværelse.<sup>49</sup> Det er nettopp hensynet til å forebygge skatteomgåelse som realitetskravet bygger på og det er her grensedragninen mellom legitim skatteplanlegging og uakseptabel skatteomgåelse blir særlig sentral.

## **4.2 Aberdeen-dommen og verdipapirfond**

Aberdeen-dommen gjaldt spørsmålet om finske skattemyndigheter kunne ilegge kildeskatt på utbyttebetalinger til et SICAV-fond (société d'investissement à capital variable) som var skattemessig hjemmehørende i Luxembourg, etter den finske fritaksmetoden.<sup>50</sup> Et SICAV-fond er en konstruksjon bestående av flere verdipapirfond, på norsk gjerne omtalt som et paraplyfond.<sup>51</sup> Denne selskapstypen var ukjent i finsk internrett og kvalifiserte følgelig ikke som subjekt etter den finske fritaksmetoden. SICAV-fondet ble dermed ilagt kildeskatt, noe som også ble begrunnet med at SICAV-fondet ikke betalte selskapsskatt i Luxembourg. Imidlertid kom EU-domstolen til at det var i strid med etableringsfriheten å avgrense et skattefritak for utbytte etter fritaksmetoden, med begrunnelse om at selskapsformen var ukjent i Finland og dermed ikke eksplisitt omfattet av den finske fritaksmetoden.

Det avgjørende for om det forelå en restriksjon i etableringsfriheten var om SICAV-fondet var i en sammenlignbar situasjon med et tilsvarende fond etablert i Finland.<sup>52</sup> Dersom et slikt fond hjemmehørende i Finland ville vært et kvalifiserende subjekt for den finske fritaksmetoden etter finsk internrett, ville det være en restriksjon i etableringsfriheten å ikke gi et tilsvarende utenlandsk fond det samme skattefritaket. Det avgjørende var følgelig hvordan

---

<sup>48</sup> Meld. St. 11 (2010–2011), 9.8.3 s. 107

<sup>49</sup> Ibid, 9.8.2 s. 107

<sup>50</sup> *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, C-303/07

<sup>51</sup> Skatte-ABC 2020/2021 Verdipapirfond, pkt. 1.3

<sup>52</sup> *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, C-303/07, avsnitt 50

en etablering av et slikt verdipapirfond ville blitt vurdert etter internretten. Det hadde heller ikke betydning hvorvidt aksjefondet var underlagt selskapsskatt i etableringsstaten.<sup>53</sup>

#### 4.2.1 Etterfølgende tolkningsuttalelser fra Finansdepartementet

Etter den norske fritaksmetoden var det av betydning om det utenlandske selskapet eller aksjefondet var undergitt selskapsskatt. Fritaksmetoden er begrunnet i formålet om å forebygge kjedebeskatning.<sup>54</sup> Når selskapsinntekten ikke skattlegges i utlandet, kommer heller ikke dette formålet til anvendelse. Norske skattemyndigheter nektet dermed utenlandske aksjefond skattefritak etter fritaksmetoden om det ikke ble betalt selskapsskatt i etableringsstaten.<sup>55</sup> Etter Aberdeen-dommen var en slik anvendelse i strid med etableringsfriheten. I den grad norske aksjefond kunne få skattefritak etter fritaksmetoden, måtte dette også antas å gjelde for utenlandske aksjefond.

Vurderingen av om slike aksjefond kunne komme innunder fritaksmetoden måtte dermed bero på om de oppfylte realitetskravet. Etter norsk lov kunne ikke aksjefond ha egne ansatte og hadde dermed heller ikke behov for å disponere egne lokaler. Driften i slike aksjefond gjøres gjerne av forvaltningsselskaper. Dermed kom spørsmålet om slike etableringer kunne oppfylle vilkårene i realitetskravet på spissen. I relasjon til dette avsa Finansdepartementet en tolkningsuttalelse i brev av 29. september 2009.<sup>56</sup>

Tolkningsuttalelsen gjaldt spørsmålet om et aksjefond uten egne ansatte i Luxembourg var reelt etablert og drev reell økonomisk aktivitet. Finansdepartementet viser til forarbeidene og at vurderingen om reell etablering og reell økonomisk aktivitet må baseres på en konkret helhetsvurdering. Det presiseres så at formålet med realitetskravet er «å utelukke tilfeller hvor det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye»,<sup>57</sup> altså å forebygge tilpasninger og skatteomgåelse. Et formål om å oppnå en skattefordel er dermed en forutsetning for å stadfeste et rent kunstig arrangement. Videre uttales det at for å påvise et slikt formål, må det ses hen til objektive karakteristika. Vurderingstemaet presiseres som at:

---

<sup>53</sup> Ibid. Avsnitt 51

<sup>54</sup> Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt (2019)*, s. 339

<sup>55</sup> Finansdepartementets brev av 25. september 2007, inntatt i Utv. 2007 s. 1568

<sup>56</sup> Finansdepartementets brev av 29. september 2009, inntatt i Utv. 2009 s. 1280

<sup>57</sup> Ibid., pkt. 3

*«Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten».*<sup>58</sup>

Uttalelsen viser at også for aksjefond som ikke kan ha noen fysisk tilstedeværelse må det fortsatt kunne påvises objektive momenter for å underbygge at formålet med etableringen var å oppnå en skattefordel. Samtidig presiserer departementet at de objektive momentene som listes opp i forarbeidene ikke nødvendigvis får relevans og vekt for aksjefond. Relevansen til om etableringen har egne kompetente ansatte, egne lokaler og eget utstyr må vektlegges ut fra hvilken selskapstype som vurderes. Et sentralt moment etter tolkningsuttalelsen er om aksjefondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i EU/EØS-staten og i Norge. For aksjefond, som typisk kjennetegnes ved at de ikke har egne ansatte eller lokaler, men drives av et eget forvaltningsselskap, kan ikke de objektive momentene etter forarbeidene tillegges vekt overhodet. Dette indikerer dermed at utenlandske aksjefond som er organisert og stiftet på samme måte som norske aksjefond dermed kan oppfylle kravet til reell etablering og drive reell økonomisk aktivitet.

### **4.3 Holdingselskaper**

Tolkningsuttalelsen behandlet i avsnittet over gjaldt verdipapirfond, men uttalelsen om at vekten til relevansen av de objektive momentene etter forarbeidene vil variere ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes, kan antas å gjelde generelt, og dermed også for holdingselskaper. I likhet med aksjefond har holdingselskaper ofte svært liten fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten. Det er heller ikke uvanlig at den daglige driften av holdingselskapet utføres av styrets medlemmer eller av ansatte i andre selskaper i samme konsern. Samtidig kan holdingselskaper ha både egne ansatte og egne lokaler. Ut fra dette kan det dermed antas at relevansen til de objektive momentene om egne ansatte, lokaler og utstyr vil ha liten vekt overfor spørsmålet om holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse kan oppfylle vilkårene i realitetskravet, men mer vekt enn hva gjelder aksjefond. Samtidig vil det også være et sentralt moment om holdingselskapet er organisert og driftet på en ordinær måte

---

<sup>58</sup> Ibid., pkt. 3

for holdingselskaper. En slik forståelse av tolkningsuttalelsen fra 2009 anvendt på holdingselskaper finner støtte i juridisk teori, herunder Zimmer.<sup>59</sup>

I Finansdepartementets tolkningsuttalelse i brev av 5. juli 2010 omtales også spørsmålet om utenlandske holdingselskaper kan oppfylle vilkårene i fritaksmetoden, på tilsvarende måte som for utenlandske aksjefond.<sup>60</sup> Uttalelsen går ikke nærmere inn på hvorvidt holdingselskaper kan være oppfylle vilkårene i realitetskravet, men det presiseres igjen at formålet med å avgrense anvendelsesområdet til fritaksmetoden er å utelukke tilfeller der det etableres kunstige arrangementer med unngåelse av skatt for øye. Det uttales at:

*«En konklusjon som går på at et selskap ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet forutsetter at skattemyndighetene anser at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv».*

Eksistensen skatteomgåelsesmotiv tilsvarer det subjektive momentet etter «wholly artificial arrangements»-vurderingen. Et vurderingstema for holdingselskaper er følgelig om det foreligger et skatteomgåelsesmotiv ved etableringen. Videre følger det av tolkningsuttalelsen at det må etter en helhetlig vurdering kunne påvises at det er skattemotivet som er årsaken til etableringen, og ikke forretningsmessige motiver. Det er klart at det etter tolkningsuttalelsen fra 2009 fortsatt må ses hen til objektive karakteristika for å bekrefte at det er skatteomgåelse som er motivet for etableringen, og ikke forretningsmessige grunner. Samtidig er det et relevant moment at holdingselskapet er organisert og driftet på en måte som er ordinær for holdingselskaper i Norge og Europa. Det er ganske ordinært at et holdingselskap ikke eksisterer fysisk gjennom egne ansatte og lokaler, og dermed også at det er svært få objektive karakteristika som kan understøtte at etableringen er forretningsmessig motivert.

#### **4.3.1 Finansdepartementets uttalelser om holdingselskaper i Stortingsmelding**

I melding til Stortinget om evalueringen av skattereformen uttalte Finansdepartementet at i mangel av objektive konstaterbare fakta, må det subjektive skatteomgåelsesmotivet tre sterkere frem.<sup>61</sup> Ved vurderingen av om holdingselskaper som ikke har noen fysisk tilstedeværelse kan oppfylle realitetskravet, uttaler departementet at:

---

<sup>59</sup> Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019), s. 351

<sup>60</sup> Finansdepartementets brev av 5. juli 2010, inntatt i Utv. 2010 s. 1240

<sup>61</sup> Meld. St. 11 (2010-2011), s. 109

*«Etter departementets oppfatning vil det subjektive motivet nødvendigvis måtte tre sterkere fram i slike tilfeller av manglende objektivt konstaterbare fakta. I tilfeller hvor det synes klart at skatteomgåelse er motivet bak en etablering, bør dette etter departementets oppfatning tale imot å anerkjenne et holdingselskap (eller annet selskap som normalt ikke krever noen fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten) som reelt etablert i EØS. Dette gjelder selv om selskapet i utgangspunktet er organisert på samme måte som tilsvarende norske holdingselskaper.»<sup>62</sup>*

I fravær av objektive momenter, kan altså det subjektive motivet trå sterkere frem. I tilfeller der det synes «klart» at det foreligger et skattemotiv, skal det tale imot å anerkjenne at et holdingselskap oppfyller vilkårene i realitetskravet. Opprettelse av et holdingselskap i lavskattejurisdiksjoner i for eksempel Nederland, Luxembourg eller Irland er ofte skattemessig gunstig. Det er også i tråd med etableringsfriheten å etablere et holdingselskap der det er mest skattemessig gunstig.<sup>63</sup> Samtidig kan Finansdepartementets uttalelser i Stortingsmeldingen bidra til at grensen mellom et skattemotiv og et skatteomgåelsesmotiv viskes ut, og det kan se ut til at det allerede kan konstateres et skatteomgåelsesmotiv kun ved etableringen av et holdingselskap i en lavskattejurisdiksjon, samtidig som eventuelle forretningsmessige grunner skal tillegges mindre vekt dersom skattebesparelsen er stor. I denne vurderingen er det følgelig sentralt at det skilles mellom et skattemotiv og et skatteomgåelsesmotiv. For holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse kommer dette spørsmålet helt på spissen og det blir nødvendig å trekke en grense mellom skattemotiv som et anerkjent etableringsmotiv og hensynet til å forebygge skatteomgåelse.

Dersom det kan påvises en forretningsmessig begrunnelse for etableringen av et holdingselskap i en stat med gunstige skattesatser, vil det ikke være «klart» at det foreligger en skattefordel selv om holdingselskapet ikke har egne ansatte eller egne lokaler. Motsetningsvis vil det være tilsvarende «klart» at en slik etablering uten noen forretningsmessige grunner vil indikere et skatteomgåelsesmotiv, og et rent kunstig arrangement sammenlignbart med et postkasseselskap. Essensen ligger dermed i at det må kunne påvises et forretningsmessig motiv med etableringen og dermed en hensikt om å utøve en reell økonomisk aktivitet.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Ibid., 109

<sup>63</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 52, med videre henvisning til bl.a. *Centros C-212/97*, avsnitt 25

<sup>64</sup> Utv. 2009 s. 1280, pkt. 3, 2. avsnitt, siste punktum.



Norske holdingselskaper uten ansatte eller lokaler i en norsk konsernstruktur vil alltid være omfattet av fritaksmetoden, uavhengig av holdingselskapets økonomiske aktivitetsnivå og forretningsmessige begrunnelse. Det er nettopp det å holde verdier i et holdingselskap og reinvestere utbytte og realisasjonsgevinster uten beskatning at holdingselskaper er spesielt gunstige. Når det er et utenlandsk holdingselskap som vurderes må det kunne påvises et forretningsmessig motiv utover skattemotivet. Et relevant spørsmål er dermed hva slags forretningsmessige grunner som i praksis har blitt akseptert for at en etablering oppfyller realitetskravet, og videre er det interessant å undersøke om en slik anvendelse av realitetskravet er i tråd med EU/EØS-retten.

I evalueringen av skattereformen uttaler departementet også at det ikke kan åpnes for at alle holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse skal aksepteres som reelt etablerte i EU/EØS, fordi realitetskravet da ville miste all sin effekt.<sup>65</sup> Finansdepartementets uttalelse kan her indikere en for høy terskel til at et utenlandsk holdingselskap oppfyller vilkårene i realitetskravet. Det er i denne sammenheng viktig at det påpekes at realitetskravet er en EU/EØS-rettslig omgåelsesregel og at det dermed kun er rent kunstige arrangementer som ikke har et vern etter etableringsfriheten. Samtidig tilsier de etterfølgende tolkningsuttalelsene at de objektive momentene om fysisk tilstedeværelse ikke skal tillegges vekt i vurderingen av om holdingselskaper kan være «reelt etablert» og «drive reell økonomisk aktivitet». Spørsmålet retter seg nå mot hva som spesifikt kreves for at realitetskravet er oppfylt for slike holdingselskaper.

#### **4.4 Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser (BFU) om holdingselskaper**

Grensedragningen mellom et skattemotiv og et forretningsmessig motiv på den ene siden og et skatteomgåelsesmotiv på den andre siden har ikke vært gjenstand for vurdering i norske rettsinstanser. Grensedragningen har likevel kommet opp i bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet, og en nærmere analyse av et utvalgt av slike bindende forhåndsuttalelser er egnet til å gi et bilde av skattemyndighetenes rettsanvendelse av realitetskravet. Samtidig er en viktig nyansé i rettskildebildet at skattedirektoratet ikke står fritt til å vurdere om Finansdepartementets tolkningsuttalelser har gode grunner for seg. En bindende forhåndsuttalelse er kun bindende for Skatteetaten i det aktuelle tilfellet som vurderes, og følgelig ikke bindende for Skatteklagenemda eller domstolene som vil stå helt uavhengige.

---

<sup>65</sup> Meld. St. 11 (2010–2011), pkt. 9.8.2, s. 109

Den rettskildemessige vekten er dermed lav, men det kan likevel hentes tolkningsmoment ut fra de.

#### **4.4.1 BFU 4/2015**

BFU 4/2015 gjaldt etablering av et holdingselskap i Luxembourg som ledd i et oppkjøp av et norsk aksjeselskap, og spørsmål om holdingselskapet var unntatt fra kildeskatt på aksjeutbytte fra aksjeselskapet i Norge. Om holdingselskapet i Luxembourg var «reelt etablert» og drev «reell økonomisk aktivitet», ville holdingselskapet være fritatt for kildeskatt, jf. sktl. § 10-13, jf. § 2-38 (5). Direktoratet viste til Finansdepartementets brev av 29. september 2009 og konstaterte at også holdingselskaper uten egne ansatte, lokaler og utstyr kan være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet. Men det ble også innledningsvis vist til at realitetskravet vil miste sin effekt om det åpnes for at alle holdingselskaper uten egne ansatte, lokaler og utstyr kan oppfylle realitetskravet. Skattedirektoratet synes her å gå inn i vurderingen av om realitetskravet er oppfylt med en indikasjon på at terskelen til å oppfylle kravet er forholdsvis høyt.

Skattedirektoratet vurderte først om etableringen gav en skattemessig fordel, slik at det forelå et skattemotiv. Aksjeutbytte fra Norge ville havne under fritaksmetoden om etableringen oppfylte realitetskravet, og investorene ville dermed slippe norsk kildeskatt på utbytte. Det forelå dermed et skattemotiv med etableringen, som betegnes som «ikke ubetydelig». Ettersom det foreligger en skattefordel, var det avgjørende om det kunne påvises forretningsmessige grunner til etableringen. Ved fravær av forretningsmessige grunner, ville skattemotivet alene ha indikert et skatteomgåelsesmotiv.

Dernest vurderte direktoratet om det forelå forretningsmessige grunner til etableringen i Luxembourg, noe som ville indikert at det ble utøvd økonomisk virksomhet i den andre staten. Skattyter anførte at etableringen av holdingselskapet i Luxembourg var kommersielt og forretningsmessig motivert, begrunnet i at Luxembourg er en kjent jurisdiksjon for utenlandske investorer, med et kjent rettssystem og stabile rammevilkår som for investorene innebærer forutberegnelighet, i tillegg til at det i Luxembourg fantes kompetanse og ressurser relevant for denne type 'asset management'.

Skattedirektoratet aksepterte imidlertid ikke skattyterens anførsler. Det vises til at et holdingselskap med en stabil eierpost ikke har behov for administrasjon av et slikt nivå at det

må antas å være mer forretningsmessig gunstig å etablere et mellomliggende holdingselskap i Luxembourg fremfor å investere direkte i Norge. Direktoratet vurderte dermed ikke nærmere om det var en relevant forretningsmessig grunn å etablere et holdingselskap i en stat der investorene er kjente med jurisdiksjonen og finansregulatoriske bestemmelser. Det vurderes heller ikke om det var en relevant forretningsmessig motivasjon å etablere et holdingselskap i Luxembourg for å tiltrekke seg utenlandske investorer. Direktoratet la avgjørende vekt på at holdingselskapet ikke hadde mer aktivitet enn det et postkasseselskap har. Konklusjonen ble følgelig at holdingselskapet ikke var «reelt etablert» og ikke drev «reell økonomisk aktivitet».

Det kan argumenteres her at Skattedirektoratet legger terskelen for å oppfylle realitetskravet forholdsvis høyt, i lys av etableringsfriheten og Cadbury Schweppes-dommen. Det avgjørende i denne BFU-en var blant annet at et holdingselskap med kun en aksjepost ikke «trenger» den type ‘asset management’ man kan utnytte ved å være etablert i Luxembourg. Etableringsfriheten skal likevel tolkes vidt, og det må ligge til skattyter å bestemme hvor det er mest gunstig for ham å utøve sin virksomhet. Argumentet om at det er et forretningsmessig motiv å foreta etableringen i en jurisdiksjon som er attraktiv for investorer, bør aksepteres som et forretningsmessig motiv i den grad det faktisk fører til investeringer og finansiering som ikke ville funnet sted om etableringen av et holdingselskap hadde skjedd i Norge.

I BFU 6/2016, som også gjaldt et oppkjøp av et norsk aksjeselskap, ble det akseptert av Skattedirektoratet at etablering av et holdingselskap i Nederland var forretningsmessig begrunnet, fordi Nederland var en gunstig jurisdiksjon tilrettelagt for investorer både i og utenfor EØS. Den skattemessige fordelene i BFU 4/2015 var forholdsvis større enn i BFU 6/2016, men det er likevel ingen rettskildefaktorer som antyder at den skattemessige fordelene skal veies opp mot den forretningsmessige fordelene ved etableringen. Dette indikerer at Skattedirektoratet satte terskelen for realitetskravet for høyt i BFU 4/2015.

#### **4.4.2 BFU 2/2017**

I BFU 2/2017 kom Skattedirektoratet frem til at et holdingselskap etablert i Irland oppfylte realitetsvilkåret. Det aktuelle holdingselskapet i Irland eide aksjer i et norsk aksjeselskap og var dermed som utgangspunkt ilagt kildeskatt på aksjeutbytte fra det norske datterselskapet. Spørsmålet var dermed om holdingselskapet oppfylte realitetsvilkåret og dermed var fritatt for kildeskatt på aksjeutbytte, jf. sktl. § 2-38 (5), jf. § 10-13. Det aktuelle holdingselskapet i Irland var morselskapet i et større konsern med filialer innenfor og utenfor EØS, med totalt i

overkant av 800 ansatte. Holdingselskapet har selv ingen ansatte, i likhet med holdingselskapet omtalt i BFU 4/2015.

Skattedirektoratet slo først fast at det forelå en skattefordel ved etablering av holdingselskapet i Irland, fordi holdingselskapet unngikk kildeskatt på aksjeutbytte fra Norge. Dernest ble det vurdert om denne skattefordelen var motivet bak etablering og opprettholdelse av holdingselskapet i Irland. Det avgjørende var om det forelå tilstrekkelige objektive omstendigheter som understøttet at det var forretningsmessige motiver som var årsaken til etableringen av holdingselskapet i Irland. De forretningsmessige motivene var at holdingselskapet skulle fungere som et internasjonalt forvaltning- og investeringselskap for konsernets internasjonale morselskap. Direktoratet fant at denne aktiviteten innebar beslutningsmyndighet, håndtering av risiko, behandling av personalrelaterte saker, ressursstyring og lignende. Aktiviteten var nødvendig for funksjonen til konsernet, og skapte således merverdier for andre selskaper i konsernet. Etableringen og opprettholdelsen av holdingselskapet var følgelig basert på forretningsmessige motiver, og ikke utelukkende skattemessige motiver.

Direktoratet uttalte også at siden de subjektive motiver skal trå sterkere frem i fravær av objektive omstendigheter, må dette innebære at for holdingselskaper er det nødvendig å foreta en mer utdypende vurdering av motivet bak etableringen for å fastslå om det er klart at motivet er skatteomgåelse eller at også kan påvises forretningsmessige grunner.

#### **4.5 Oppsummering**

På bakgrunn av rettskildene gjennomgått overfor, viser Finansdepartementets etterfølgende tolkningsuttalelser og bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet at holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse kan oppfylle vilkårene i realitetskravet. Forutsetningen er at skattyteren kan påvise et forretningsmessig motiv for etableringen. Det vil da ikke foreligge et skatteomgåelsesmotiv, og et eventuelt skattemotiv ved etableringen vil dermed være i tråd med etableringsfriheten. Et relevant spørsmål i den sammenheng er da hvorvidt dette sammenfaller med EU/EØS-retten og «wholly artificial arrangements»-vurderingen.

## 5 Er anvendelsen av realitetskravet mot holdingselskaper i tråd med EU/EØS-retten?

### 5.1 Er realitetskravet anvendt mot holdingselskaper sammenfallende med «wholly artificial arrangements»-vurderingen?

Som det ble vist til innledningsvis, så er realitetskravet en EØS-rettslig omgåelsesregel. Det overordnede vurderingstemaet må derfor alltid være om et holdingselskap eller et annet selskap som etableres i en EU/EØS-stat er et rent kunstig arrangement.<sup>66</sup> Etableringsfriheten er en av grunnsteinene i EU og skal bidra til å fremme gode konkurransevilkår og økonomisk vekst i det europeiske samarbeidet. For å sørge for at Norge får ta del i det økonomiske samarbeidet, må etableringsfriheten også gjelde på samme vilkår i Norge som i EU/EØS. Om Norge anvender et realitetskrav som stiller høyere krav til selskapsetableringer enn det etableringsfriheten åpner for, må det antas å foreligge motstrid mellom norske og EU/EØS-rettslige rettskildefaktorer, som igjen indikerer at Norge ikke overholder sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Det er dermed relevant å se hen til om den norske anvendelsen av realitetskravet er i tråd med EU/EØS-retten.

Å legge til grunn de objektive momentene etter forarbeidene og dermed nærmest automatisk utelukke at holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse kan være reelt etablerte og drive reell økonomisk aktivitet er sannsynligvis et inngrep i etableringsfriheten som ikke kan legitimeres etter «wholly artificial arrangements»-vurderingen. En slik praksis vil kunne ramme selskaper som utøver en genuin økonomisk aktivitet og er bidragsytere i økonomien. De etterfølgende tolkningsuttalelsene har imidlertid tydelig trukket rettsutviklingen i en annen retning som er mer i tråd med etableringsfriheten. Samtidig uttales det i Cadbury Schweppes-dommen at etableringsfrihetens formål skal trekkes inn i realitetsvurderingen.<sup>67</sup> Etableringsfrihetens formål er nettopp at EU-borgere skal kunne etablere seg i en annen medlemsstat for å utøve økonomisk virksomhet der og delta i det økonomiske samarbeidet. Dette må også antas å gjelde for holdingselskaper og andre selskaper som ikke har en fysisk tilstedeværelse. Det følger også av forarbeidene at realitetskravet skal implementeres slik regelen fremgår av Cadbury Schweppes-dommen.<sup>68</sup> Etter Cadbury Schweppes-dommen er det som nevnt bare

---

<sup>66</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1, s. 58

<sup>67</sup> *Cadbury Schweppes [GC]* C-196/04, avsnitt 52

<sup>68</sup> Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.1, s. 58

hensynet til å forebygge «wholly artificial arrangements» som kan legitimere en restriksjon i etableringsfriheten.

I Finansdepartementets Stortingsmelding om skattereformen oppsummerer Finansdepartementet vurderingen etter realitetskravet for holdingselskaper. Det uttales at i mangel av objektive karakteristika, må det subjektive komme sterkere frem. For holdingselskaper uten fysisk tilstedeværelse innebærer dette gjerne at grensen mellom et skattemotiv og et skatteomgåelsesmotiv viskes ut, nettopp fordi det er mangel på objektive karakteristika. Et skattemotiv blir dermed til et skatteomgåelsesmotiv ved fravær av objektive omstendigheter. Etablering i en lavskattejurisdiksjon kan dermed i seg selv tilsi at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv, selv om det er anerkjent som fullstendig legitimt å etablere seg der selskapsskatten er lavest, noe denne oppgaven allerede har poengtert. Det fremgår også klart av EU-domstolen i *Cadbury Schweppes* at det subjektive motivet må understøttes av objektive omstendigheter observerbare for tredjepersoner.<sup>69</sup> Å legge mer vekt på det subjektive elementet i fravær av objektive karakteristika fremstår ikke som en proporsjonal regel, og kan dermed ikke anses å være i tråd med etableringsfriheten.

Formålet med etableringsfriheten, altså å utøve en reell økonomisk aktivitet gjennom et fast etablissement på ubestemt tid, er det avgjørende objektive momentet. Objektive omstendigheter som at en etablering har ansatte, lokaler og utstyr, er en måte slik økonomisk aktivitet kan dokumenteres på. Men etter *Cadbury Schweppes*-dommen er ikke dette heller ikke ment å være en uttømmende liste, jf. ordlyden i «in particular».<sup>70</sup> Uttalelsen kan dermed ikke tolkes dithen at det ikke kan påvises andre objektive omstendigheter som kan gi en indikasjon på at formålet til etableringsfriheten er ivaretatt. Samtidig skal ikke etableringsfriheten tolkes for strengt og det er kun rent kunstige arrangementer som skal rammes av realitetskravet. Å vektlegge forskjellige forretningsmessige og økonomiske grunner hos holdingselskaper som Skattedirektoratet har gjort i en rekke BFU-er virker dermed å være i tråd med formålet til etableringsfriheten.

## **5.2 Kan holdingselskaper utøve genuin økonomisk aktivitet?**

Som nevnt må de objektive omstendighetene vurderes i lys av etableringsfrihetens formål, og dermed om etableringen utøver genuin økonomisk aktivitet. Formuleringen etter *Cadbury*

---

<sup>69</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 67

<sup>70</sup> *Ibid*, avsnitt 67

Schweppes-dommen er at etableringen må kunne reflektere den økonomiske virkeligheten.<sup>71</sup> Et slikt vilkår kan også leses direkte ut fra ordlyden til sktl. § 10-64 bokstav b. Aktiviteten til et holdingselskap kan imidlertid variere stort, fra å være et morselskap i et multinasjonalt konsern med hundrevis av ansatte, til å være et selskap uten ansatte der aktivitet består i å passivt motta aksjeutbytte fra andre selskaper. I det at den økonomiske aktiviteten til et holdingselskap kan være så vid, finnes det ingen gode grunner til at holdingselskaper skal være ekskludert fra å kunne utøve reell økonomisk aktivitet. Den økonomiske aktiviteten som holdingselskapet skal utøve må dermed vurderes nærmere. Samtidig bør aktiviteten være mer enn at det kun mottas aksjeutbytte. I et slikt tilfelle vil raskt karakteristikken postkasseselskap fra Cadbury Schweppes-dommen være passende. Holdingselskapet bør dermed delta aktivt i ledelsen av datterselskaper, jf. for eksempel BFU 2/2017. Samtidig vil det at et holdingselskap i Luxembourg brukes for å tiltrekke seg utenlandsk kapital fremstå som et forretningsmessig motiv.

Cadbury Schweppes-dommen gjaldt ikke etablering av holdingselskaper, men datterselskaper som skulle utøve operasjonell drift. I hvilken grad holdingselskaper utgjør et rent kunstig arrangement ble følgelig ikke besvart i denne avgjørelsen. Spørsmålet har imidlertid kommet opp i senere avgjørelser i EU-domstolen, men de har i stor grad rettet seg mot omgåelsesregler i EU-direktiver på skatteområdet, i all hovedsak mor-datterselskapsdirektivet.<sup>72</sup> Dette direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, dermed ikke bindende for Norge. Avgjørelsene rettet mot dette direktivet kan som utgangspunkt dermed ikke ha betydning for norske skatteregler.

I noen av sakene gir EU-domstolen også uttalelser som retter seg direkte mot misbruk av etableringsfriheten. Disse uttalelsene kan få rettskildemessig betydning for tolkningen av realitetskravet, men det må likevel utvises forsiktighet når EU-dommer om misbruk av direktivene brukes som tolkningsmomenter i norsk rett. Det følger blant annet av *Deister Holding/Juhler Holding-dommen*<sup>73</sup> som ble avgitt i 2017 at målet om å forebygge skatteomgåelse vil ha det samme virkeområdet uavhengig av om det vurderes etter et EU-direktiv eller som en restriksjon i en av de fire friheter. Uttalelsene som retter seg mot

---

<sup>71</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 55

<sup>72</sup> Direktiv 2011/96/EU om mor- og datterselskaper

<sup>73</sup> Forente saker *Juhler Holding*, C-504/16 og *Deister Holding* C-613/16, avsnitt 97, med videre henvisning til *Egiom and Enka*, C-6/16, avsnitt 64

skatteomgåelse etter mor-datterselskapsdirektivet gjelder dermed også med hensyn til etableringsfriheten, ut fra EU-domstolens syn.

### 5.2.1 Deister Holding/Juhler Holding-dommen

Deister Holding/Juhler Holding-dommen gjaldt spørsmål om fritak på kildeskatt på aksjeutbytte etter mor-datterselskapsdirektivet. Juhler Holding var et dansk holdingselskap, uten eget kontor og egne ansatte, med aksjer i mer enn 25 datterselskaper, deriblant også noen i Danmark. Et tysk datterselskap utbetalte aksjeutbytte til Juhler Holding, som ble ilagt kildeskatt med begrunnelse om at holdingselskapet ikke hadde tilstrekkelig økonomisk substans etter en tysk omgåelsesregel som tok sikte på å redusere unngåelsen av kildeskatt gjennom bruk av holdingselskaper.

Domstolen vurderte så om de tyske reglene var egnede og proporsjonale og spesifikt rettet mot å forebygge «wholly artificial arrangements».<sup>74</sup> Domstolen uttalte så at etableringen av et holdingselskap i seg selv ikke indikerer eksistensen av et «wholly artificial arrangement».<sup>75</sup> Det uttales i tillegg at det heller ikke er en indikasjon på et «wholly artificial arrangement» om holdingselskapet har et morselskap hjemmehørende utenfor EU/EØS der den økonomiske aktiviteten utelukkende er aksjeutbytter fra holdingselskaper.<sup>76</sup> Relevante faktorer i vurderingen er imidlertid organisatoriske og økonomiske kjennetegn ved konsernet som det aktuelle holdingselskapet tilhører.<sup>77</sup> Avgjørelsen er interessant fordi den gir et argument om at EU-domstolens avgjørelser knyttet til et direktiv som ikke gjelder for norsk rett, likevel kan få betydning fordi avgjørelsen også retter seg mot etableringsfriheten. Avgjørelsen viser også at for holdingselskaper skal «wholly artificial arrangements»-vurderingen løftes ut fra et rent etableringsperspektiv til å også vurdere holdingselskapets økonomiske implikasjoner på konsernet og hvor det er organisatorisk plassert.<sup>78</sup>

Med det vil andre objektive momenter kunne tillegges vekt i vurderingen av om et holdingselskap oppfyller realitetskravet, for eksempel hvor holdingselskaper befinner seg i holdingstrukturen. En lignende argumentasjon ble anvendt i en sak i italiensk høyesterett i

---

<sup>74</sup> Forente saker *Juhler Holding*, C-504/16 og *Deister Holding* C-613/16, avsnitt 64

<sup>75</sup> *Ibid.*, avsnitt 65

<sup>76</sup> *Ibid.*, avsnitt 73

<sup>77</sup> *Ibid.*, avsnitt 74

<sup>78</sup> Bundgaard (2018), s. 139



2016.<sup>79</sup> Spørsmålet i saken var om en italiensk skatteregel som gjennomførte mor-datterselskapsdirektivet kunne anvendes for å nekte et fransk holdingselskap uten ansatte og kontorlokaler fritak for kildeskatt. Italiensk høyesterett fant imidlertid at holdingselskapet ikke kunne nektes skattefordeler basert på at det ikke hadde ansatte eller kontorlokaler, fordi det er normalt at dette er fraværende i holdingselskaper da det ikke trenger å være nødvendig for at et holdingselskap skal utøve økonomisk aktivitet. Domstolen fant andre objektive momenter avgjørende, som at holdingselskapet ikke var forpliktet til å videreutdele utbyttet til andre selskaper i konsernet og at sentrale styringsfunksjoner ble utført i samme stat som holdingselskapet var etablert i. Domstolen fant med andre ord at holdingselskapet hadde rett til å nyte etableringsfriheten fullt ut.

En italiensk høyesterettsdom vil ikke ha stor rettskildemessig vekt når det kommer til tolkning av det norske realitetskravet. Heller ikke EU-domstolens avgjørelser knyttet til et direktiv som ikke er gjeldende for Norge vil kunne anses å ha stor rettskildemessig vekt. Samtidig berører disse avgjørelsene holdingselskaper og den etableringsfrihet som gjelder for slike etableringer, og konklusjonene i disse dommene vil indikere at også holdingselskaper kan utøve en økonomisk aktivitet som er beskyttet av etableringsfriheten.

### **5.3 Må holdingselskapets økonomiske aktivitet foregå i etableringsstaten?**

En annen formulering på denne problemstillingen er om det oppstilles et krav om tilknytning mellom etableringsstaten og etableringen av holdingselskapet.<sup>80</sup> Det følger av sktl. § 10-64 bokstav b at et selskap må være «reelt etablert i en EØS-stat og driver økonomisk aktivitet der». En naturlig språklig forståelse indikerer at både etableringen og den økonomiske aktiviteten skal foregå i samme EØS-stat. En slik forståelse støttes også av forarbeidene, der det uttales at det er en forutsetning at selskapet «gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv», for at en etablering skal anses å oppfylle realitetskravet. Videre følger det av *Cadbury Schweppes*-dommen at selskapet må være «actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities there».<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Sentenza Cassazione Civile, n. 27113/2016

<sup>80</sup> Farstad (2010), avsnitt 1

<sup>81</sup> *Cadbury Schweppes [GC] C-196/04*, avsnitt 75

Spørsmålet kom på spissen i EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i Fred. Olsen-saken fra 2014.<sup>82</sup> Saken gjaldt forholdet mellom norske NOKUS-regler og etableringsfriheten etter EØS-avtalen, og dermed om norske skattemyndigheter kunne skattlegge Olsen-familien, som stod bak etableringen av en trust i Liechtenstein, Ptarmigan Trust, etter NOKUS-reglene. Gjennom trusten i Liechtenstein ble det utøvd ledelse- og styrevirksomhet i flere selskaper i andre stater i EU/EØS. Aktivitetene til trusten foregikk dermed ikke i Liechtenstein, og spørsmålet var dermed om det var i strid med etableringsfriheten å stadfeste at trusten i Liechtenstein ikke drev økonomisk virksomhet der. EFTA-domstolen slo fast at den ledelsesaktiviteten som ble utført i andre selskaper måtte anses å være genuin økonomisk aktivitet og oppfylte dermed realitetskravet. I samme avsnitt slo EFTA-domstolen også fast at det ikke var en forutsetning at denne aktiviteten ble utført i Liechtenstein. Det var tilstrekkelig at aktiviteten ble utført innenfor EØS-området.<sup>83</sup>

Hvorvidt løsningen fra Olsen-saken kan legges til grunn, avhenger av den rettskildemessige vekten avgjørelser fra EFTA-domstolen har i relasjon til EØS-retten. Domstolen vurderer spørsmål etter EØS-avtalen, men EU-domstolen vil neppe føle seg bundet av EFTA-domstolens avgjørelser rettet mot etableringsfriheten. Et relevant poeng er likevel at uttalelsen om at det er tilstrekkelig at aktiviteten foregår i EØS ble gjort av EU-kommisjonen.<sup>84</sup> En slik løsning vil for holdingselskaper innebære et vesentlig større handlingsrom til å velge den mest gunstige skatterettslige jurisdiksjonen i EØS å etablere seg i, uavhengig av holdingselskapets aksjebeholdninger i den aktuelle staten. En slik løsning synes å være lagt til grunn av lovgiver. Ordlyden i de nye reglene om kildeskatt på renter, royalty og leiebetalinger lyder at et selskap må være «reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land», noe som er i tråd med EFTA-domstolens avgjørelse.

#### **5.4 Oppsummering**

Det sentrale er fortsatt at en begrensning av etableringsfriheten bare er berettiget dersom den er rettet mot å hindre etableringen av rent kunstige arrangementer som har til formål å omgå nasjonale skatteregler. Det vil imidlertid være i strid med etableringsfriheten at et holdingselskap med kun passiv inntekt gjennom aksjeinntekter forutsettes å være et slikt

---

<sup>82</sup> Forente saker E-3/13 og E-20/13, *Fred. Olsen m. fl.*

<sup>83</sup> *Ibid.*, avsnitt 99

<sup>84</sup> *Ibid.*, avsnitt 99

arrangement, på bakgrunn av at det ikke har ansatte, lokaler eller utstyr og har kun passiv inntekt. For holdingselskaper indikerer rettskildebildet at det er andre momenter som skal legges til grunn. På bakgrunn av dette kan det også slås fast at Skattedirektoratets BFU 2/2017 er i tråd med EU/EØS-retten.

## **6 Realitetskravet i lys av BEPS, ATAD og de danske beneficial ownership-sakene**

### **6.1 Innledning**

Realitetskravet i skatteloven er som nevnt tidligere i denne oppgaven inntatt for at Norge skal overholde sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Samtidig er ikke skatterett omfattet av EØS-avtalen. EUs skattedirektiver er av den grunn ikke bindende for Norge. Det er de fire frihetene etter EU-traktaten som kan sette begrensninger for norsk skatterettslovgivning. Det er dermed bare når EU-domstolen har vurdert om nasjonale skatteregler har vært i strid med de fire frihetene etter EU-traktaten at dette har hatt direkte betydning for norsk rett. Et slikt utgangspunkt følger også av Fokus Bank-dommen der det heter at:

*«Som en hovedregel er skattesystemet til en EFTA-stat som er part i EØS-avtalen, ikke omfattet av EØS-avtalen. EØS/EFTA-statene må imidlertid utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-avtalen (...).»<sup>85</sup>*

EØS-avtalen setter dermed skranker for norsk skattelovgivning. Det gjør det også viktig for Norges vedkommende å følge med på EU-retten i den grad det er ønskelig at slike regler skal være så strenge og effektive som mulig.<sup>86</sup> I forarbeidene til de nye reglene om kildeskatt på renter og royalty er det også påpekt at realitetskravet er en rettslig standard som vil følge den til enhver tid gjeldende standarden i EU/EØS-retten. Realitetskravet skal dermed forstås dynamisk slik at ny praksis fra EU-domstolen skal innfortolkes i begrepet, i den grad det er nødvendig for at Norge fortsatt skal ivareta sine forpliktelser etter EØS-avtalen. En meget

---

<sup>85</sup> Sak E-1/04 Fokus Bank mot Norge, avsnitt 20

<sup>86</sup> NOU 2014: 13, s. 21

relevant problemstilling i det følgende er hvilken betydning utviklingen i EU/EØS-retten på området har for vurderingstemaet og terskelen i det norske realitetskravet.

## 6.2 OECDs BEPS-prosjekt og PPT-regelen i mønsterskatteavtalen

Når det gjelder skatteomgåelse har utviklingen i EU-retten siden Cadbury Schweppes-dommen vært stor, og aggressiv skatteplanlegging og skatteomgåelse har fått stor oppmerksomhet på et overnasjonalt nivå. I 2015 kom G20/OECD med BEPS-prosjektet som inneholdt 15 tiltakspunkter som skal bidra til å tette de hullene som tillater personer, selskaper og konserner å omgå skatt.<sup>87</sup> Disse er i stor grad inntatt i OECDs mønsteravtale og endrer svært mange av de skatteavtalene som Norge er en del av. Samtidig har også flere av tiltakene blitt gjennomført på EU-nivå gjennom ATAD.<sup>88</sup>

Det finnes bred politisk enighet om å forebygge den aggressive skatteplanleggingen som foregår i multinasjonale konserner. For statene er det et politisk ønske om at verdiskapning skal skattlegges i den staten verdien oppstår. Et stort politisk press kuliminerte i 2015 i G20/OECDs BEPS-prosjekt og 15 ulike tiltakspunkter for å forebygge slik aggressiv skatteplanlegging.<sup>89</sup> Dette medførte blant annet konkrete endringer i skatteavtalene som Norge er en del av, blant annet en antimisbruksregel i OECDs mønsteravtale art. 29 (9), kjent som PPT-regelen (Principal Purpose Test) og en «Beneficial Ownership»-test i skatteavtalenes regler om aksjeutbytte, renter og royalty-betalinger.

PPT-regelen er en omgåelsesregel som innebærer at en skattefordel som følger av en skatteavtale ikke kan gjøres gjeldende dersom det kan antas at å oppnå skattefordelen var «one of the principal purposes» med et arrangement eller en transaksjon, og dette ikke er i samsvar med formålet til de relevante bestemmelsene i skatteavtalen.<sup>90</sup> Etter ordlyden er det dermed tilstrekkelig at et av hovedformålene til skattyteren er å oppnå en skattefordel etter skatteavtalen. OECD kommentarene til mønsteravtalen gir uttrykk for en subjektiv vurdering av skattyterens formål, og det er det som fremstår som mest sannsynlig etter de objektive omstendighetene som skal legges til grunn. En slik forståelse innebærer også at en

---

<sup>87</sup> OECD BEPS 2015 Final Reports

<sup>88</sup> Rådsdirektiv 2016/1164 om regler til bekjempelse av metoder til skatteomgåelse, som direkte påvirker det indre markedets funksjon

<sup>89</sup> Berg-Rolness, *Overkuddsflytting* (2020), s. 318

<sup>90</sup> Prop. 15 S (2018–2019), kap. 3, s. 10

skattefordel etter skatteavtalene kan gjennomkjæres selv om arrangementet eller transaksjonen også har forretningsmessige formål, i tillegg til å oppnå en skattefordel.

PPT-regelen har følgelig en lavere terskel for anvendelse enn det realitetskravet har, der det subjektive vilkåret er å oppnå en skattefordel ved å oppstille rent kunstige transaksjoner. Dermed vil PPT-regelen ramme også ikke rent kunstige arrangementer, noe som i så tilfelle ikke vil være i tråd med etableringsfriheten. Imidlertid er bruksområdet mellom PPT-regelen i skatteavtalene og realitetsvilkåret vidt forskjellig, og det kan ikke hentes ut noe rettskildemessig tolkningsmoment ut fra PPT-regelen, annet enn at det er illustrerende overfor den retningen den internasjonale rettsutviklingen går i.

### **6.3 Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)**

I 2016 vedtok EU et eget skatteomgåelsesdirektiv, ATAD. Direktivet er et direkte resultat av OECDs BEPS-prosjekt og gjennomfører flere av de 15 tiltakene på et EU-nivå. Direktivet får direkte virkning i det indre markedet og gjelder blant annet regler om rentebegrensning, exit-skatt, CFC-regler, i tillegg til en generell omgåelsesregel. I fortalen er det fremhevet at direktivet er blitt til i lys av behovet for at selskapsskatt betales i den staten der overskudd og verdier skapes, og dermed er inspirert av BEPS-prosjektet.<sup>91</sup>

En relevant problemstilling er om dette direktivet kan få betydning for EU-domstolens tolkning av EU-traktaten og de fire friheter, og dermed om det får betydning for norsk anvendelse av realitetskravet.

#### **6.3.1 ATADs betydning for realitetskravet**

ATAD er ikke en del av EØS-avtalen og har derfor heller ikke virkning overfor norske skatteregler. I Prop.1 LS (2018-19) blir direktivets betydning for norsk rett vurdert av Finansdepartementet, og det uttales at direktivet kan gi føringer for hva EUs lovgivende institusjoner anser å være i samsvar med de fire friheter.<sup>92</sup> Dersom direktivet kan anta å gi føringer for hva som utgjør misbruk av etableringsfriheten, vil dette ha stor betydning for realitetskravet i norsk rett, all den tid dette bygger på at det er kun rent kunstige

---

<sup>91</sup> Rådskildedirektiv 2016/1164 fortalen pkt. (1)

<sup>92</sup> Prop. 1 LS (2018-2019) punkt 9.4.2, s. 151

arrangementer som ikke reflekterer økonomisk virkelighet og med skatteformål for øyet som utgjør misbruk.

Om ATAD skal innebære en endring i realitetskravet i norsk rett, innebærer dette at EU-domstolen må anvende direktivet når det vurderer om en restriktiv nasjonal skatteregel er i strid med etableringsfriheten. Et avgjørende spørsmål er da om direktivet kan anses som et fullharmoniseringsdirektiv, slik at medlemsstatene må innføre ATAD ordrett i sin egen lovgivning, og at det dermed er ATAD som skal vurderes opp mot de fire frihetene.<sup>93</sup>

Motsetningsvis, dersom direktivet ikke er et fullharmoniseringsdirektiv kan medlemsstatene vedta enda strengere omgåelsesregler, og hvor restriktive disse er må vurderes opp mot de fire frihetene. ATAD art. 3 slår imidlertid fast at direktivet bare skal sette en minimumsstandard i bekjempningen av BEPS. Det følger her at:

*«This Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions aimed at safeguarding a higher level of protection for domestic corporate tax bases».*

Medlemsstater kan følgelig vedta enda mer restriktive skatteregler enn det direktivet legger opp til, og slike regler vil da vurderes opp mot de fire friheter om det anføres at de er for restriktive. Dette innebærer i sin tur at selv om nasjonale skattemyndigheter finner at en restriktiv omgåelsesregel er i tråd med bestemmelsene i ATAD, må den likevel vurderes opp mot «wholly artificial arrangement»-vurderingen for å være i tråd med etableringsfriheten. I dette ligger det også at når en skattyter benytter etableringsfriheten til å utøve økonomisk aktivitet i et EØS-land er det ingen misbruk av EU-traktaten. Det er dermed liten tvil at de fire frihetene får forrang over ATAD når gyldigheten av en skatteomgåelsesregel skal vurderes, samtidig som at ATAD får liten praktisk betydning overfor realitetskravet i norsk rett.

Ettersom ATAD forplikter medlemsstatene å innføre bl.a. en generell omgåelsesregel og CFC-regler på et minimumsnivå, må en ordrett innføring av disse artiklene antas å ikke være i strid med de fire frihetene. Blant annet følger det av ATAD sine CFC-regler i Art. 7 (2) at reglene ikke skal få anvendelse dersom CFC-et «*carries on a substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises, as evidenced by relevant facts and circumstances*», noe som etter fortalen til ATAD nr. 12 slås fast er inntatt for at artikkelen

---

<sup>93</sup> Hovland (2017) avsnitt 5

skal være i tråd med de fire friheter. Dette er forholdsvis likelydende med realitetskravet slik det er innført i skatteloven og forarbeidene, og det kan nok antas at ATAD ikke gir noen tolkningsmomenter til anvendelsen av realitetskravet i norsk rett, med mindre EU-domstolen slår fast noe annet i fremtiden.

#### 6.4 De danske beneficial ownership-dommene

26. februar 2019 avsa EU-domstolen seks forhåndsavgjørelser oppdelt i to dommer. Alle sakene hadde til felles at de involverte transaksjoner fra danske selskaper til holdingselskaper i lavskattejurisdiksjoner i EU og videre til et morselskap på Bermuda, og gjaldt spørsmål om danske skattemyndigheter kunne ilegge kildeskatt på både rentebetalinger og aksjeutbytte til holdingselskapene i de andre EU-statene. Etter rente- og royaltydirektivet<sup>94</sup> og morderdatterselskapsdirektivet ville disse transaksjonene være fritatt fra dansk kildeskatt dersom holdingselskapene i EU kunne betegnes som beneficial owner av rentebetalinger og aksjeutbytterne. Avgjørelsene gjaldt følgelig begrepet *beneficial owner* i EU-direktiver som Norge ikke er bundet av, og kan som utgangspunkt ikke få direkte betydning for realitetskravet. Avgjørelsene retter seg også mot «abuse of rights»-doktrinen kjent fra Emsland-Stärke-dommen og Halifax-dommen og spesifikt misbruk av etableringsfriheten, som er omtalt under del 2. Domstolen uttaler i begge sakene at det foreligger misbruk av de fire friheter når:

*«economic operators have carried out purely formal or artificial transactions devoid of any economic and commercial justification, with the essential aim of benefiting from an improper advantage».*<sup>95</sup>

En viktig distinksjon mellom beneficial owner-begrepet i skatteavtalene og EU-direktivene mot realitetskravet er at beneficial owner-begrepet retter seg mot å vurdere kunstighet av transaksjonen mellom to selskaper som vurderes, mens realitetskravet vurderer kunstigheten av en selskapsopptelling. Noen forfattere karakteriserer utviklingen i «abuse of rights»-

---

<sup>94</sup> Rådskildirektiv 2003/49(EG)

<sup>95</sup> *N Luxembourg I and Others* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16), avsnitt 125 og *T Danmark*, forente saker C-116/16 og C-117/16, avsnitt 98.

doktrinen i de danske sakene som et skifte fra juridisk substans til økonomisk substans.<sup>96</sup> Med juridisk substans menes her at et holdingselskap fysisk eksisterer i etableringsstaten gjennom at det ansetter kompetente ansatte, disponerer kontorlokaler og utstyr. Etter Cadbury Schweppes-dommen vil dette være etterprøvbare faktorer som understøtter at en etablering har økonomisk aktivitet.

I dette ligger det også underforstått at et holdingselskap som fysisk eksisterer kan utgjøre misbruk av etableringsfriheten dersom den aktiviteten som gjøres i holdingselskapet ikke har forretningsmessige grunner for seg. Dette må også innebære at et holdingselskap som ikke fysisk eksisterer ikke utgjør misbruk av etableringsfriheten dersom holdingselskapet har en økonomisk substans. Samtidig har det ikke blitt slått fast i EU-retten hva som utgjør relevante forretningsmessige grunner for etablering, annet enn at det er gitt uttrykk for en høy terskel hva som utgjør et rent kunstig arrangement.

Domstolen henviser i dette henseendet videre til Cadbury Schweppes-dommen.<sup>97</sup> I de danske sakene er det referert til at kunstige arrangementer der hovedformålet eller ett av hovedformålene har vært å oppnå en skattefordel kan utgjøre misbruk av etableringsfriheten.<sup>98</sup> De danske sakene kan dermed se ut til å utvide terskelen for misbruk av etableringsfriheten sammenlignet med Cadbury Schweppes-dommen, fordi å oppnå en skattefordel ikke trenger å være det eneste formålet med disposisjonene. Det kan dermed konstateres misbruk av etableringsfriheten, selv om et holdingselskap har ansatte, lokaler og utstyr eller at det kan påvises forretningsmessige grunner til etableringen. Samtidig trenger det ikke være misbruk av etableringsfriheten selv om et holdingselskap ikke har ansatte, lokaler eller utstyr.

Etter Emsland-Stärke-dommen foreligger det misbruk etter en subjektiv og objektiv test, og den subjektive testen knytter seg til å ha til formål å opprette et rent kunstig arrangement for å oppnå en skattefordel, jf. avsnitt 2.2.2. Etter de danske beneficial ownership-dommene vil det subjektive momentet knytte seg til intensjonen om å gjennomføre kunstige disposisjoner for å oppnå en skattefordel, og at denne vurderingen beror på om det er fravær av «any economic and commercial justification» i de disposisjonene som gjøres. Domstolen gir videre anvisning på en rekke objektive momenter som kan stadfeste det subjektive motivet om å oppnå en skattefordel. Blant annet om konsernstrukturen er satt på plass for å oppnå en skattefordel, om

---

<sup>96</sup> Baerentzen (2020), s. 25

<sup>97</sup> *N Luxembourg 1 and Others*, C-115/16, avsnitt 96

<sup>98</sup> *T Danmark*, C-116/16, avsnitt 100



selskapets eneste aktivitet er å sende aksjeutbytte eller rentebetalinger videre til konsernselskaper som ikke oppfyller vilkårene for å unngå kildeskatt etter direktivene, og det foreligger en kontraktmessig og omstendelig forpliktelse til å gjøre dette. For å fastslå at holdingselskapets eneste aktivitet er å videresende aksjeutbytte og rentebetalinger skal det videre gjøres en regnskapsmessig analyse av holdingselskapet.

Det er som nevnt viktig å gjøre en distinksjon mellom realitetskravet i skatteloven og beneficial owner-begrepet i EU-direktiver som ikke er bindende for Norges vedkommende. I forarbeidene til de nye reglene om kildeskatt på renter og royalty er ikke de danske dommene nevnt. Det som nevnes er at det må innføres et realitetskrav på bakgrunn av Cadbury Schweppes-dommen med videre henvisning til forarbeidene til sktl. § 10-64 bokstav b i disse reglene for at de skal være i tråd med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.<sup>99</sup> Her vises det også helt avslutningsvis til at realitetskravet er en rettslig standard som er i gradvis utvikling, og hva som ligger i begrepet vil følge den til enhver tid gjeldende standarden i EU-retten.<sup>100</sup> Det som ville bidratt til klarhet i fremtiden hadde vært en dom fra EU-domstolen der utviklingen i «abuse of rights»-doktrinen anvendes i en «wholly artificial arrangement»-vurdering, slik EU-domstolen gjorde i Cadbury Schweppes-dommen.

## 6.5 Oppsummering

Om realitetskravet kan påvirkes av et *beneficial ownership*-begrep i både skatteavtaler, ikke-bindende EU-direktiver og EU-domstolens utvikling av «abuse of rights»-doktrinen er et vanskelig, men viktig, spørsmål. En «wholly artificial arrangements»-vurdering etter standarden i Cadbury Schweppes-dommen» og en vurdering etter «abuse of rights»-doktrinen vil ikke nødvendigvis gi det samme resultatet etter utviklingen i de danske beneficial ownership-dommene. Innfortolkes denne utviklingen inn i «wholly artificial arrangements»-vurderingen, og dermed også realitetskravet, vil det innebære at det kreves mer økonomisk substans for at et holdingselskap oppfyller vilkårene i realitetskravet, enn det at det kun må påvises forretningsmessige motiver for etableringen.

Å hente ut vektige tolkningsmomenter som får praktisk betydning for anvendelsen av realitetskravet på holdingselskaper fra skatteavtalene, ATAD og nyere saker fra EU-domstolen er vrient. Det vil enten innebære en innfortolkning av utviklingen i «abuse of

---

<sup>99</sup> Prop. 1 LS (2020-2021) pkt. 6.11.5, side. 135

<sup>100</sup> Ibid. Side 135

rights»-doktrinen eller at man antar at ATAD får direkte virkning i norsk rett. Finansdepartementet har ikke gitt anvisning på en slik innfortolkning. Finansdepartementet går i forarbeidene til de nye reglene om kildeskatt på renter og royalty ikke nærmere inn på om nyere utvikling har hatt betydning for vurderingstemaet eller terskelen for realitetskravet, annet enn at det henvises til Cadbury Schweppes-dommen.<sup>101</sup> I så måte er det fortsatt «wholly artificial arrangements»-vurderingen som er gjeldende, og forarbeid og etterfølgende tolkningsuttalelser som er retningsgivende. Disse rettskildene har slått fast at også holdingselskaper kan ha rett på å nyte de fordelene som følger av etableringsfriheten. Samtidig kan utviklingen i skatteavtalene og EU vitne om at fremtidens realitetskrav blir sterkere enn dagens.

Det er også i relasjon til holdingselskaper at faren for omgåelse er størst, som nevnt helt innledningsvis i denne oppgaven. Et sterkere realitetskrav kan dermed være egnet til å redusere faren for skatteomgåelse. Samtidig kan dette innebære at det blir mindre gunstig for utenlandske investorer å investere i prosjekter i Norge. Det er dermed også et politisk spørsmål. I NOU 2014: 13 uttales det likevel at det er ønskelig at slike regler skal være så strenge som EØS-retten tillater.<sup>102</sup>

## 7 Avslutning

Som denne oppgaven har vist, er etableringsfriheten en fundamental del av EU/EØS-retten og dermed også norsk skattelovgivning. Det er som nevnt kun rent kunstige arrangementer som ikke har et vern etter etableringsfriheten. Det er dermed åpent for at holdingselskaper kan være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet, jf. sktl. § 10-64 bokstav b. Selv det kan trekkes ut fra de mest sentrale forarbeidene at et holdingselskap uten kompetente ansatte, lokaler og utstyr vanskelig kan være reelt etablert, viser etterfølgende tolkningsuttalelser fra Finansdepartementet og praksis fra Skattedirektoratet at også slike holdingselskaper kan være «reelt etablert» og «drive reell økonomisk aktivitet». At holdingselskaper uten ansatte og lokaer er vernet av etableringsfriheten følger av etterfølgende praksis fra EU-domstolen.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Prop. 1 LS (2020-2021) s. 134

<sup>102</sup> NOU 2014: 13, s. 173

<sup>103</sup> Forente saker *Juhler Holding*, C-504/16 og *Deister Holding* C-613/16

Forutsetningen er at holdingselskapet utøver en økonomisk aktivitet som kan understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til etableringen. En slik forutsetning er i tråd med EU/EØS-retten.

Holdingselskaper etablert i lavskattejurisdiksjoner i EU/EØS kan dermed motta utbyttebetalinger, rentebetalinger og royaltybetalinger fra norske virksomheter uten kildeskatt. Dette gjør det også attraktivt for utlendinger å investere penger i Norge. Blant annet står norske vindkraftsprosjekter høyt oppe på ønskelisten til utenlandske investorer som ønsker å kaste seg på den grønne bølgen. Allerede i 2020 var 60 % av norsk vindkraft eid av utenlandske investorer.<sup>104</sup> Mesteparten av disse er kontrollert fra skatteparadiser i EU. Dermed blir overskuddet fra denne kraftproduksjonen sendt ut av landet, og beskatningsretten likeså. Samtidig som det er gunstig fra perspektivet til en investor, bidrar det dermed også til en uthuling av det norske skattefundamentet.

Tidligere har argumentet om å forebygge slik uthuling av nasjonalt skattefundament, altså å beskytte statenes skatteproveny, blitt kategorisk avvist av EU-domstolen som et reelt tvingende hensyn.<sup>105</sup> Nyere avgjørelser vitner om at dette hensynet i fremtiden tillegges mer vekt. Det er forfatterens mening at et sterkere realitetskrav i tråd med utviklingen i «abuse of rights»-doktrinen ønskes velkomment.

---

<sup>104</sup> NRK.no: <https://www.nrk.no/nordland/utenlandsk-eierskap-kontrollerer-over-60-prosent-av-norsk-vindkraft-1.15059109>, besøkt 07.05.2021

<sup>105</sup> Zimmer, *Internasjonal skatterett*, s. 118

# Litteraturliste

## Norske rettskilder

### Lover

Skatteloven Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (sktl.)

EØS-loven Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-avtalen).

Grunnloven Lov av 17. mai 1814 (Grl.)

### Forarbeider

Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer

NOU 2014: 13 Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi

NOU 2016: 5 Omgåelsesregel i skatteretten — Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten

Meld. St. 11 (2010-2011) Evaluering av skattereformen 2006

Prop. 1 LS (2020-2021) For budsjettåret 2021 — Skatter, avgifter og toll 2021

Prop. 1 LS (2018-2019) Skatter, avgifter og toll 2019

### Etterfølgende tolkningsuttalelser

Finansdepartementets brev av 25. september 2007, inntatt i Utv. 2007 s. 1568

Finansdepartementets brev av 29. september 2009, inntatt i Utv. 2009 s. 1280

Finansdepartementets brev av 5. juli 2010, inntatt i Utv. 2010 s. 1240

### Administrativ praksis fra skattedirektoratet

BFU 4/2015 Spørsmål om et holdingselskap anses for å være reelt etablert i Luxembourg

BFU 3/2016 Spørsmål om et holdingselskap anses for å være reelt etablert i Nederland

BFU 2/2017 Om et holdingselskap anses for å være reelt etablert i Irland

## Internasjonale rettskilder

### EU/EØS-rettslige kilder

TFEU Treaty on the Functioning of the European Union

EØS-avtalen Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde

### Dommer fra EU-domstolen

Cadbury Schweppes	Dom av 12. september 2006 (GC), <i>Cadbury Schweppes</i> , C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544
Centros	Dom av 9. mars 1999, <i>Centros</i> , C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126
Royal Bank of Scotland	Dom av 29. April 1997, <i>Royal Bank of Scotland</i> , C-311/97, ECLI:EU:C:1999:216
Marks & Spencer	Dom av 13. desember 2005, <i>Marks &amp; Spencer</i> , C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763
Gebhard	Dom av 30. November 1995, <i>Gebhard</i> C- 55/94, ECLI:EU:C:1995:411
Emsland-Stärke	Dom av 14. desember 2000, <i>Emsland- Stärke</i> , C-110/99, ECLI:EU:C:2000:695
Halifax and Others	Dom av 21. februar 2006 (GC), <i>Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments</i> , C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121

Van Binsbergen	Dom av 3. desember 1974, <i>van Binsbergen</i> , C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131
Aberdeen	Dom av 18. juni 2009, <i>Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy</i> , C-303/07, ECLI:EU:C:2009:377
Deister Holding og Juhler Holding	Dom av 20 desember 2017, <i>Deister Holding AG and Juhler Holding A/S</i> , C-504/16 og C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009
Equiom og Enka	Dom av 7. september 2017, <i>Equiom SAS, formerly Holcim France SAS and Enka SA</i> , C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641
N Luxembourg 1 and Others	Dom av 26 februar 2019 (GC), <i>N Luxembourg 1 and Others</i> , C-115/16, C-118/16, C-119/16 og C-299/16, ECLI:EU:C:2019:134
T Denmark	Dom av 26. februar 2019 (GC) <i>Skatteministeriet v T Danmark and YDenmark Aps</i> , C-116/16 and C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135

### **Generaladvokatuttalelser**

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-255/02 (*Halifax and Others*) Opinion Advocate generale Poiares Maduro, levert 7. april 2005, ECLI:EU:C:2005:200

Generaladvokatens forslag til avgjørelse i C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) Opinion Advocate generale Lieger, levert 2. mai 2006, ECLI:EU:C:2006:278

### **EU-direktiver**

Rådsdirektiv (EU) 2011/96/EU av 30. november 2011 om en felles beskatningsordning for mor- og datterselskaper fra forskjellige medlemsstater

Rådskonrektiv (EU) 90/435/EF av 23. juli 1990 om en felles beskatningsordning for mor- og datterselskaper fra forskjellige medlemsstater (ikke lenger i kraft)

Rådskonrektiv (EU) 2003/49(EC) av 3. juni 2003 om en felles ordning for beskatning av renter og royalty, som betales mellom assosierte selskaper i forskjellige medlemsstater

Rådskonrektiv (EU) 2016/1164 av 12 juli 2016 om regler til bekjempelse av metoder til skatteomgåelse, som direkte påvirker det indre markedets funksjon

### **Dommer fra EFTA-domstolen**

Fokus Bank

Dom av 23. november 2004, Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet, E-1/04

Fred. Olsen m.fl.

Fred. Olsen m.fl. mot Staten, representert ved Sentralskattekontoret for storbedrifter og Skattedirektoratet, forente saker E-3/13 og E/20/13

## **Litteratur**

### **Bøker**

Zimmer, *Internasjonal Inntektsskatterett* (2017)

Zimmer, Frederik, *Internasjonal Inntektsskatterett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2017

Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt* (2019)

Zimmer, Frederik (red.), *Bedrift, selskap og skatt: skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere*, 7. utg., Universitetsforlaget 2019

- Berg-Rolness, *Overskuddsflytting* (2020) Berg-Rolness, Gregar,  
*Overskuddsflytting: Aggressiv skatteplanlegging i den globale økonomien*, 1. utg., Gyldendal 2020
- Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett* (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathiesen, Gjermund, *EØS-rett*, 3. utg., Fagbokforlaget 2018
- OECD BEPS 2015 Final Reports G20/OECD, *Final BEPS package for reform of the international tax system to tackle tax avoidance*, 2015

### Artikler i tidsskrift

- Farstad (2010): Farstad, Snorre, «Er tilknytningskravet etter sktl. § 2-38 tredje eller femte ledd strengere enn tilknytningskravet i EØS-avtalens regler om etableringsrett? – Forholdet mellom EF-domstolens avgjørelser i Aberdeen og Cadbury Schweppes», i *Skatterett*, nr. 02/2010 (volum 29) (hentet fra Idunn.no)
- Brænd (2012) Bærnd, Solfrid, «Reelle selskapsetableringer – avgrensningen av NOKUS-reglens anvendelsesområde og forholdet til EØS-avtalen», i *Skatterett*, nr. 01/2012 (volum 31) (hentet fra Idunn.no)
- Hovland (2017): Hovland, Øyvind, «Omgåelsesregler på skatteområdet og forholdet til EØS-avtalen», i *Skatterett*, nr.02/2017 (volum 36) (hentet fra Idunn.no)
- Bundgaard (2018): Bundgaard, Jakob, Peter Koerver Schmidt, Michael Tell, m.fl., «When Are Domestic Anti-Avoidance Rules in Breach of Primary and Secondary EU Law? – Comments Based on Recent ECJ Decisions», i *European Taxation*, nr. 4/2018 (volum 58) (siteret fra IBFD Tax Research Platform)



Baerentzen (2020): Baerentzen, Suzi, «Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?», i World Tax Journal, Februar 2020 (sitert fra IBFD Tax Research Platform)

### **Nettsider**

NRK.no «Utenlandske selskap styrer norsk vindkraft»,  
<https://www.nrk.no/nordland/utenlandsk-eierskap-kontrollerer-over-60-prosent-av-norsk-vindkraft-1.15059109>, (besøkt 07.05.2021)