

Skatterettslig omgåelse

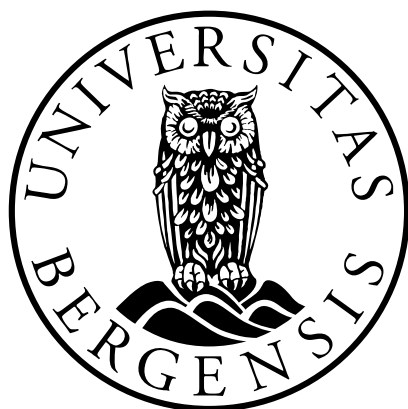
En sammenligning av omgåelsesnormen og PPT-regelen

Kandidatnummer:

104

Antall ord:

31164



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

INNHALDSFORTEGNELSE.....	3
FORORD.....	5
1 PRESENTASJON AV EMNET	6
2 AKTUALITET: HVORFOR ER DET INTERESSANT Å SAMMENLIGNE OMGÅELSESNORMEN OG PPT-REGELEN?.....	10
3 PRESENTASJON AV NORMFORMULERINGENE: BEGGE REGLER FORUTSETTER EN SAMMENLIGNING ...	12
4 DE RETTSLIGE UTGANGSPUNKTENE	15
4.1 SKATTYTER MÅ HA OPPNÅDD EN SKATTEFORDEL	15
4.2 KORT OM TOLKNING AV SKATTELOVEN, HERUNDER HØYESTERETTSPRAKSIS	15
4.3 KORT OM TOLKNING AV TRAKTATER, HERUNDER SKATTEAVTALER	17
5 DEN LEGISLATIVE BEGRUNNELSEN: HVILKE HENSYN IVARETAR OMGÅELSESNORMEN OG PPT-REGELEN?	21
5.1 INNLEDNING	21
5.2 PROVENY- OG FORDELINGSHENSYN	21
5.3 LIKHETSHENSYNET OG HENSYNET TIL Å VERNE OM SKATTEREGLERNES LEGITIMITET	22
5.4 NØYTRALITETSHENSYNET OG SAMFUNNSØKONOMISKE BETRAKTNINGER	25
5.5 BESKYTTELSE AV LOVGIVERS FORMÅL OG FORUTSETNINGER	27
5.6 HENSYNET TIL SKATTYTERS FORUTBEREGNELIGHET	28
5.7 SÆRLIG OM FORUTBEREGNELIGHETSHENSYNET I SKATTEAVTALERETTEN	30
6 SAMMENLIGNING AV MOTIVASJONSVURDERINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN OG PPT-REGELEN .	32
6.1 HVA ER «PERSPEKTIVET» I MOTIVASJONSVURDERINGEN?	32
6.2 MOTIVASJONSVURDERINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN	35
6.2.1 <i>Innledning</i>	35
6.2.2 <i>Normformuleringens ordlyd</i>	35
6.2.3 <i>Høyesteretts praktisering av grunnvilkåret</i>	37
6.2.3.1 Innledning	37
6.2.3.2 Dommer hvor det ble konstatert omgåelse.....	37
6.2.3.3 Dommer hvor disposisjonen sto seg	42
6.2.3.4 Oppsummering av Høyesteretts praktisering av grunnvilkåret.....	44
6.2.4 <i>Oppfatninger om terskelen for skattemotivasjon i juridisk litteratur</i>	45
6.2.5 <i>Konklusjon: Disposisjonen må være skattebetinget</i>	47
6.3 NATURLIG HELHET-KRITERIET	48
6.4 MOTIVASJONSVURDERINGEN UNDER PPT-REGELEN	53

6.4.1	<i>Innledning</i>	53
6.4.2	<i>Grunnvilkårets ordlyd</i>	53
6.4.3	<i>Nærmere om problemstillingen</i>	56
6.4.4	<i>OECDs kommentarer</i>	59
6.4.4.1	<i>Innledning</i>	59
6.4.4.2	<i>Kommentarene som gjelder «the guiding principle»</i>	60
6.4.4.3	<i>Kommentarene som gjelder PPT-regelen</i>	61
6.4.5	<i>OECDs eksempler</i>	65
6.4.5.1	<i>Innledning</i>	65
6.4.5.2	<i>Eksempler der grunnvilkåret er oppfylt</i>	65
6.4.5.3	<i>Eksempler der grunnvilkåret ikke er oppfylt</i>	68
6.4.6	<i>Oppsummering og konklusjon: Grunnvilkåret kan tolkes innskrenkende</i>	74
6.5	EN ALTERNATIV FREMGANGSMÅTE FOR Å TOLKE GRUNNVILKÅRET INNSKRENKENDE: «THE FRAME GAME».....	75
7	OPPSUMMERING AV MOTIVASJONSVURDERINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN OG PPT-REGELEN..	80
8	SAMMENLIGNING AV FORMÅLSVURDERINGEN UNDER DE TO REGLENE	81
8.1	INNLEDNING	81
8.2	FORMÅLSVURDERINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN	81
8.2.1	<i>Innledning</i>	81
8.2.2	<i>Vurderingen av disposisjonens virkninger</i>	83
8.2.2.1	<i>Innledning</i>	83
8.2.2.2	<i>Hvordan foretas formålsvurderingen og hvorfor følges denne fremgangsmåten?</i>	83
8.2.2.3	<i>Eksempler fra høyesterettspraksis</i>	87
8.3	FORMÅLSVURDERING UNDER PPT-REGELEN.....	90
8.3.1	<i>Innledning</i>	90
8.3.2	<i>Oppfatninger om formålsvurderingen i juridisk litteratur</i>	92
8.3.3	<i>Hvorfor bør PPT-regelens formålsvurdering avgjøres gjennom en substansvurdering?</i>	101
9	OPPSUMMERING AV FORMÅLSVURDERINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN OG PPT-REGELEN.....	109
10	SAMMENLIGNING AV RETTSVIRKNINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN OG PPT-REGELEN.....	110
10.1	INNLEDNING	110
10.2	RETTSVIRKNINGEN UNDER OMGÅELSESNORMEN.....	110
10.3	RETTSVIRKNINGEN UNDER PPT-REGELEN	113
11	ENDELIG OPPSUMMERING OG KONKLUSJON: STOR GRAD AV SAMMENFALL.....	118
	LITTERATURLISTE:	121

Forord

I denne avhandlingen skriver jeg om regler som retter seg mot omgåelse av skattereglene. I 1976 skrev prof. dr juris Magnus Aabakke følgende om dette emnet:

«Det dreier seg stort sett om ordninger som det krever både fantasi, innsatsvilje og kunnskaper å arbeide seg frem til. Det dreier seg kort sagt om profesjonelt arbeid, utført av personer som har inngående kjennskap til skattematerien, som er trent i skatteplanlegging, og som har gjort det til et yrke å utvikle og omsette omgåelses-transaksjoner. Men da blir rettssikkerhet i den nevnte forstand nærmest bare en forutsetning for at disse «varer og tjenester» skal kunne utvikles og omsettes. Og spørsmålet om denne rettssikkerhetens gjennomslagskraft blir – noe satt på spissen – et spørsmål om det er domstolenes sak å sørge for at skattekonsulentene skal ha slike varer å selge. For meg virker svaret enkelt: Det er neppe domstolenes sak å opprettholde dette marked.»¹

Rettspraksis i årene etter 1976 har vist at det «markedet» som Aarbakke omtaler fortsatt fungerer som før, og at aktiviteten slett ikke har avtatt siden 1976. Jeg våger meg med følgende spådom: Aktivitet vil nok heller ikke avta i årene som kommer.

¹ Magnus Aarbakke, «Hvorledes bør domstolene stille seg til omgåelsesproblemene?», *Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie*, Kringgående av skattelag, nr. 3, 1976, s. 137 flg. på s. 140.

1 Presentasjon av emnet

I denne avhandlingen skal jeg sammenligne den generelle, ulovfestede *omgåelsesnormen*² i norsk skatterett, med den nye, generelle skatterettslige omgåelsesregelen i OECDs mønsteravtale³ artikkel 29, den såkalte «Principal Purpose Test», heretter omtalt som *PPT-regelen*.

I både norsk og internasjonal skatterett godtas det i utgangspunktet at skattyterne tilpasser seg skattelovgivningen for å redusere skattebelastningen. Selv om såkalt skatteplanlegging altså aksepteres, må det likevel trekkes en grense mellom legitime og illegitime tilpasninger. Der skattyter krysser denne grensen, brukes uttrykket *omgåelse* av skattereglene.⁴

Omgåelsesdisposisjoner kjennetegnes ved at skattyteren foretar en *skattemotivert* tilpasning til skattelovgivningen, som innebærer at han oppnår en skattefordel *i strid* med den aktuelle skattelovgivningens formål. Tilsvarende kjennetegnes generelle skatterettslige omgåelsesregler⁵ ved at de vanligvis krever at disposisjonen må være *skattemotivert*, og gi en *formålsstridig* skattefordel.⁶ Både omgåelsesnormen og PPT-regelen oppstiller slike vilkår.

² I denne avhandlingen bruker jeg konsekvent uttrykket *omgåelsesnormen*. Andre uttrykk som også brukes i norsk litteratur er *gjennomskjæringsregelen* og *omgåelsesregelen*. Jeg bruker også ordene «skattyter» og «aksjonær», i stedet for «skattepliktig» og «aksjeeier».

Begrunnelsen er ganske at ordene «skattyter» og «aksjonær» er innarbeidet, og etter mitt skjønn ligger de nærmere dagligtale, i tillegg til at de «klinger» bedre.

³ I det følgende omtales OECDs mønsteravtale *oftest* som OECD MC. Se for øvrig *OECD Model Convention on Income and Capital 2017*.

⁴ I engelskspråklig litteratur tales det ofte om «tax avoidance», «avoidance» og tidvis også «circumvention».

⁵ I engelskspråklig litteratur brukes uttrykket «general anti avoidance rules» eller «GAARs».

⁶ Se Henrik Skar, *Den ulovfestede omgåelsesnormen i skatteretten*, Bergen 2017, s. 91, med videre henvisninger.

Generelle skatterettslige omgåelsesregler særpreges også av sin *rettsvirkning*: De fungerer som «unntaksregler», og fraviker det resultatet som følger av en alminnelige tolkning av de ordinære skattebestemmelsene. Konsekvensen der slike regler anvendes blir nemlig at skattyters disposisjon enten subsumeres under den tyngende regel som er forsøkt omgått, eller at disposisjonen unntas fra den begunstigende regelen som er forsøkt utnyttet, og det på tross av at den aktuelle bestemmelsens ordlyd ikke åpner for dette. Kort sagt medfører slike regler at den oppnådde skattefordelen bortfaller. Dette gjelder også omgåelsesnormen og PPT-regelen.

Hvilke av de to reglene norske skattemyndigheter skal anvende mot en tilpasning, avhenger av det rettslige grunnlaget for den omstridte skattefordelen. Hvis skattefordelen er oppnådd gjennom en tilpasning til skatteloven⁷ skal omgåelsesnormen anvendes. Hvis skattefordelen derimot er oppnådd ved en tilpasning til en norsk skatteavtale, skal PPT-regelen anvendes. Grunnen til at omgåelsesnormen *ikke* kan anvendes mot slike skattefordeler, er ganske enkelt at omgåelsesnormen *ikke* er inntatt i selve skatteavtalen.

Jeg skal nå gi to eksempler som illustrerer tilfeller der reglene typisk vil kunne bli anvendt, og hva som kan være begrunnelsen for at skattemyndighetene mener at skattefordelen må nektes innvilget.

En norsk, personlig skattyter har kjøpt aksjer i et børsnotert norsk aksjeselskap. Som følge av et kursfall, reduseres aksjenes verdi. For å oppnå tapsfradrag, men uten å gi endelig avkall på aksjene, inngår skattyteren en kombinert salg- og tilbakekjøpsavtale med sin lokale bank. Avtalen gjennomføres i løpet av én dag: Først selger skattyteren aksjene til banken med tap, deretter kjøper han de tilbake til en pris som partene har avtalt på forhånd, og som innebærer at banken mottar et «vederlag» for sin rolle i omgåelsesarrangementet.

Siden det dreier seg om en tilpasning til skatteloven § 6-2, er det omgåelsesnormen som må anvendes hvis skattefordelen skal kunne nektes innvilget. I omgåelsesvurderingen kan synspunktet blant annet være at siden disposisjonen gjennomføres på én dag, og kun gir virkninger av skattemessig art, må den anses som fullt ut skattemotivert. Og videre: Siden skattyter bare gav *midlertidig* avkall på eiendomsretten til aksjene, gav disposisjonen bare i begrenset grad

⁷ Se lov 26. mars 1999 nr 14. om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

de ikke-skattemessige virkninger lovgiver har forutsatt at slike transaksjoner skal ha.⁸ Og når skattyters faktiske og rettslige stilling ikke endres slik bestemmelsen forutsetter, fremstår det som stridende mot bestemmelsens formål å innvilge skattefordelen. Når jeg i det følgende taler om *tapsfradragsopplegget*,⁹ er denne tilpasningen jeg sikter til.

Jeg skal nå se på et tilfelle der PPT-regelen typisk vil kunne bli anvendt.

Skattyteren er hjemmehørende i stat X og eier aksjer i et norsk selskap, som heretter omtales som AS 1. I skatteavtalen med stat X har Norge gitt avkall på retten til å ilegge kildeskatt på realisasjonsgevinster. Samtidig er det avtalt at utbytteoverføringer til aksjonærer hjemmehørende i stat X skal ilegges 35 % kildeskatt.

Siden utbytteoverføringer og realisasjonsgevinster skattlegges med ulike skattesatser oppstår det tilpasningsmuligheter. Ved å inngå en salg- og tilbakekjøpsavtale med et annet norsk selskap¹⁰, heretter omtalt som AS 2, kan aksjonæren «omdanne» det *skattepliktige* utbyttet til en *skattefri* realisasjonsgevinst. Denne avtalen gjennomføres i løpet av 3 dager: Først selger aksjonæren aksjene i AS 1 til AS 2, deretter mottar AS 2 utbyttet fra AS 1, før AS 2 så selger aksjene i AS 1 tilbake til den utenlandske aksjonæren, til en pris partene har avtalt på forhånd.

Siden det dreier seg om en tilpasningen til en norsk skatteavtale, er det PPT-regelen som må anvendes. I dette tilfellet kan synspunktet være at siden disposisjonen kun gir skattemessige virkninger, er den utelukkede skattemotivert. Og videre: Siden disposisjonen bare i begrenset grad gav de virkninger som kjennetegner en realisasjon av aksjer, og snarere ligger nærmere

⁸ Se Bettina Banoun, *Omgåelse av skattereglene*, Oslo 2003, s. 334.

⁹ Grunnen til at jeg omtaler dette som *tapsfradragsopplegget*, og ikke for eksempel *salg- og tilbakekjøpsopplegget* som muligens er en vanligere terminologi i norsk skatterett, er todelt. For det første oppfatter jeg det som mer presist: Det gir en mer nøyaktig beskrivelse av hva som er kjernen i den aktuelle tilpasningen. For det andre – og dette er det viktigste – også ved *dividende stripping* utarbeides det en *salg- og tilbakekjøpsavtale*. Av den grunn blir det mitt syn *noe* misvisende å tale om *salg- og tilbakekjøpsopplegg* på den ene siden og *dividende stripping* på den andre siden; begge tilfeller er jo *varianter* av et *salg- og tilbakekjøpsopplegg*.

¹⁰ På grunn av fritaksmetoden kan AS 2 motta utbyttet skattefritt, jf. skatteloven § 2-38.

et regulært utbytte, fremstår det som stridende mot realisasjonsgevinstregelens formål å fritta overføringen fra kildeskatt. Når jeg i det følgende taler om *dividende stripping*, er det denne tilpasningen jeg sikter til.

2 Aktualitet: Hvorfor er det interessant å sammenligne omgåelsesnormen og PPT-regelen?

Et av de største problemene i verdensøkonomien er såkalte «BEPS-problemer». «BEPS» er et akronym for «Base Erosion and Profit-Shifting», og brukes som en samlebetegnelse på ulike skatteplanleggingsstrategier. Felles for disse strategiene er at selskapsoverskudd flyttes ut av kildestaten («profit shifting»), slik at kildestatens skattefundament uthules («base erosion»).

Det anslås at det årlig flyttes mer enn 500 milliarder dollar på dette viset,¹¹ og at det samlede provenytapet på verdensbasis er mellom 100 og 240 milliarder dollar.¹² Videre antas det at «BEPS» rammer u-land hardere enn i-land, slik at de globale forskjellene øker.¹³ «BEPS» er med andre ord et stort og alvorlig *samfunnsproblem*, ikke bare en interessant juridisk problemstilling.

For å motvirke «BEPS» har OECD – etter forespørsel fra G20-møtet i 2012 – utarbeidet en «Action plan», hvor det gjennom 15 «Actions» pekes på svakheter ved den internasjonale skattelovgivningen. Emnet for denne avhandlingen er ett av forslagene i «Action 6», nemlig den *generelle omgåelsesregel* som kalles PPT-regelen.¹⁴ I følge OECDs kommentarer,¹⁵ skal PPT-regelen kodifisere det såkalte «guiding principle». Dette er en ulovfestet omgåelsesregel som uttrykkes i kommentarene til OECD MC artikkel 1.¹⁶

¹¹ Tax Justice Network antar at mer enn 660 milliarder dollar ble flyttet på denne måten i 2012. (Se <https://www.taxjustice.net/scalebeps/>)

¹² Se OECD 2017, *Background Brief, Inclusive Framework on BEPS*, s. 9.

¹³ Se OECD 2017, *Background Brief, Inclusive Framework on BEPS*, s. 9.

¹⁴ I engelskspråklig litteratur tales det om «the PPT», eventuelt «the PPT-rule».

¹⁵ Se kommentar 169 til OECD MC art. 29.

¹⁶ Se kommentar 61, 76 og 80 til OECD MC art.1.

PPT-regelen er nokså nylig inkorporert i OECDs mønsteravtale, i artikkel 29.¹⁷ Siden PPT-regelen altså er en «ny» og «ukjent» regel, er tolkningen også usikker. En effektiv måte for å lette forståelse av en ukjent regel, er å sammenligne den med *en lignende regel* med en sikrere tolkning. For å lette forståelse av PPT-regelen er det nærliggende å sammenligne den med den norske omgåelsesnormen.

Gjennom en slik sammenligning kan det nemlig avgjøres *om* de to reglene legger opp til like eller ulike vurderinger. Hvis de legger opp til like vurderinger, kan det videre undersøkes *i hvilken grad* de to reglenes vurderings- og argumentasjonsmønstre sammenfaller. I den grad de gjør det, vil tolkningen av PPT-regelen bli sikrere, fordi «norske» synspunkter vil kunne overføres. Tolkningen blir imidlertid også sikrere selv om argumentasjonsmønsteret ikke sammenfaller, ganske enkelt fordi rettsanvenderen da vet hvordan han *ikke* skal gå frem.

Avhandlingens hovedspørsmål er med andre ord: *Om* – og eventuelt *i hvilken grad* – de to reglenes argumentasjons- og vurderingsmønstre sammenfaller, og hvis de gjør det, om de også gir samme rettsvirkning.

Kort om formatering: I denne avhandlingen har jeg på enkelte punkter «brutt» med hva som er vanlig når det gjelder sitering, henvisninger til dommer og bruk av kursivering i juridiske tekster. Fordi jeg siterer nokså mye, har jeg valgt å rykke inn alle sitater¹⁸ for å gjøre teksten mest mulig oversiktlig. Av hensyn til konsekvens har jeg derfor *også* rykket inn sitater som er så korte at de vanligvis *ikke* rykkes inn. Hvis jeg har gjentatt deler av et sitat i brødteksten, har jeg imidlertid *ikke* rykket det inn. For så vidt angår domshenvisninger, har jeg brukt dommens populærnavn kombinert med en fotnotehenvisning til års- og sidetall i Retstidende. Dette valget er tatt av estetiske årsaker. Kursivering har jeg brukt til å utheve/fremheve deler av teksten. Hvis jeg har kursivert deler av et sitat, har jeg av estetiske grunner, lagt inn en merknad om «Mine uthevninger.» i fotnote, i stedet for å markere det med (mine uthevninger.) etter sitatet, slik det vanligvis gjøres.

¹⁷ En PPT-regel med en *lignende* utforming er også nylig inkorporert i den nordiske skatteavtalen artikkel II, se Prop. 114 S (2017-2018).

¹⁸ Jeg har riktignok gjort to unntak, et på s. 56 og et på s. 82.

3 Presentasjon av normformuleringene: Begge regler forutsetter en sammenligning

I dette kapittelet skal jeg helt kort presentere de to normformuleringene og komme med noen innledende betraktninger. Deretter skal jeg fremheve et viktig særtrekk ved de to reglens vurderingstemaer, som vil stå sentralt i senere drøftelser.

I høyesterettspraksis, for eksempel i *Hex*,¹⁹ er den norske omgåelsesnormen formulert slik:

«Den ulovfestede gjennomskjæringsregel [...] består [...] av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglens formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen.».

I mønsteravtalens artikkelen 29 beskrives PPT-regelen slik:

«Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.».

De to reglene har ulik forankring: Mens omgåelsesnormen er en norsk, ulovfestet og generell omgåelsesregel, er PPT-regelen en internasjonal, traktatfestet, generell omgåelsesregel. På

¹⁹ Jf. Rt. 2007 s. 209 (avsnitt 39).

tross av den ulike forankringen, følger reglene samme struktur: Det oppstilles et vilkår knyttet til skattyters motivasjon med disposisjonen. Begge regler krever en bestemt grad av skattemotivasjon. Hvis motivasjonsvilkåret er oppfylt, leder begge regler over i en vurdering av den aktuelle skattefordelens forhold til skattelovgivningens formål. Kravet til skattemotivasjon er med andre ord et rent minstekrav. For begge reglers vedkommende ligger «selve omgåelsesvurderingen» i formålsvilkåret. Det er gjennom dette vilkåret at grensen mellom den legitime og den illegitime skattetilpasningen trekkes opp.²⁰

I nyere juridisk litteratur har blant annet Henrik Skar analysert omgåelsesnormen.²¹ Et grunnleggende poeng i Skars avhandling er at omgåelsesnormens to vurderingstemaer er *relative*: Disse vurderingstemaene kan *kun* besvares gjennom sammenlignede vurderinger.²² Det samme kan sies om PPT-regelens to vurderingstemaer. Fordi dette er et *helt* sentralt poeng i Skars analyse – og som jeg langt på vei baserer mine drøftelser på – har jeg her valgt å sitere ham i fulltekst:

«Sentrale vurderingstemaer under omgåelsesnormen er om disposisjonen er forretningsmessig eller skattemessig motivert, og om den medfører virkninger eller realiteter utover skattefordelen [...]

Fellestrekket er at de nevnte vurderingstemaene er relative. De lar seg ikke besvare uten å sammenligne den gjennomførte disposisjonen med en alternativ disposisjon. Motivene bak en disposisjon er motiver for å velge denne disposisjonen fremfor en annen. Virkningene av en disposisjon er virkninger av at man har valgt denne disposisjonen i stedet for en annen. Det samme gjelder vurderingen av om disposisjonen er uhensiktsmessig, ufornuftig, tungvint eller

²⁰ Tilsvarende for PPT-regelens vedkommende: Blazej Kuzniacki, «The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application», *World Tax Journal*, Mai 2018, s. 233-294, på s. 261-262.

²¹ Omgåelsesnormen er også nylig utredet av Frederik Zimmer, se NOU 2016:5. Se også Einar Harboe, *Skattemessig gjennomskjæring*, Oslo 2012.

²² Se Skar s. 73-80.

representerer en unødvendig omvei o.l. Skal en disposisjon være tungvint, må det finnes et enklere alternativ. Den alternative disposisjon (sammenligningsgrunnlaget) kan også være at skattyter kunne ha videreført den opprinnelige situasjonen (status quo).».²³

²³ Se Skar s. 73, med videre henvisninger.

4 De rettslige utgangspunktene

4.1 Skattyter må ha oppnådd en skattefordel

Som nevnt i delkapittel 1, gir omgåelsesnormen og PPT-regelen et rettslig grunnlag for bortfall av skattefordeler oppnådd gjennom skattemotiverte tilpasninger til skattelovgivningen. Forutsetningen for å anvende de to reglene er med andre ord at skattyter faktisk *har* oppnådd en skattefordel. Hvorvidt han har gjort det, avgjøres gjennom en tolkning av den aktuelle skattelovgivningen: Det tas utgangspunkt i den bestemmelsen som utløser skattefordelen, deretter tolkes de vilkår den oppstiller, før det vurderes om disse er oppfylt. Hvis konklusjonen blir at skattyter *ikke* oppfyller vilkårene – slik at han ikke *har* oppnådd skattefordelen – blir det heller ikke aktuelt å anvende omgåelsesnormen eller PPT-regelen.

Anvendelsen av de to omgåelsesreglene er således *det andre steget* i en to-steps-prosess, hvor *det første steget* er å avklare om skattyter faktisk har krav på den omstridte skattefordelen ut fra en alminnelig tolkning av den aktuelle bestemmelsen. I det følgende skal jeg derfor kort redegjøre hvordan skatteloven og skatteavtaler tolkes. Jeg skal også se på enkelte «sætrekk» ved de nevnte kildene, som står sentralt i denne avhandlingen. Ettersom rettspraksis utgjør det *primære rettsgrunnlaget* for utpenslingen av domgøelsesnormen, kommer jeg også til å si litt om de prinsipper som gjelder for tolkning av norsk høyesterettspraksis.

4.2 Kort om tolkning av skatteloven, herunder høyesterettspraksis

Ved tolkning av skatteloven følges vanlig, norsk juridisk metodelære. Det tas utgangspunkt i lovtekstens ordlyd; denne tolkes så i tråd med vanlig språkforståelse. I denne avhandlingen er det særlig to trekk ved skatteloven som står sentralt.

For det første: Skattevedtaket er et inngrep i borgernes rettssfære. Lovtolkningen er derfor underlagt legalitetsprinsippet, jf. Grunnloven § 113. Av den grunn står lovens ordlyd, og hensynet til skattyters forutberegnelighet, særlig sentralt.²⁴ Jeg skal si mer om hensynet til skattyters forutberegnelighet i delkapittel 5.7. Her nøyer jeg meg med å understreke at en viktig konsekvens av dette hensynet, er at det opereres med følgende utgangspunkt:

²⁴ Se Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 7. utgave, Oslo 2014 s. 49, i samme retning Henning Naas m.fl., *Norsk internasjonal skatterett*, 2. utgave, Oslo 2017 s. 76.

*Hvis skattyter tilpasser seg lovteksten, slik at han oppfyller de vilkår som kreves for å oppnå skattefordelen ut fra naturlig forståelse av bestemmelsens ordlyd, har han som den klare hovedregel også krav på å få denne skattefordelen innvilget.*²⁵

For det andre: Skatteretten er sammenkoblet med privatretten.²⁶ Vanlige privatrettslig former – det vil si ord og uttrykk hentet fra privatretten – er i stor utstrekning gjort til skatterettslige lovvilkår. Grunnen til skatteretten er koblet til privatretten på dette viset, er for å gjøre *skattesystemet* så enkelt som mulig. Synspunktet er at forutberegneligheten styrkes hvis skatteretten bygger på privatretten.²⁷ En konsekvens av dette synspunktet er at der privatrettslige former gjøres til skatterettslige lovvilkår, skal den *skatterettslige tolkningen* i utgangspunktet baseres på ordets *privatrettslige forståelse*.²⁸ Hvor langt dette utgangspunktet rekker kan ikke besvares generelt, men må i stedet avgjøres konkret, blant annet ut fra hvor sikker den privatrettslige begrepsdannelsen er, og om skatterettslige hensyn tilsier at den gis et *særlig skatterettslig innhold*.

I de alminnelige rettskildeframstillingene er det inngående drøftet hvordan høyesterettspraksis skal, kan eller bør tolkes og brukes.²⁹ Dette beror på en sammensatt vurdering av den enkelte dom, og det er vanskelig å oppstille generelle retningslinjer av stor rekkevidde. Det som imidlertid er helt sikkert, er at høyesterettspraksis ikke skal «fintolkes» på samme måte som lovttekster. Synspunktet er i første rekke at høyesterettsuttalelser er mindre gjennomarbeidet og veloverveid enn det lovttekster er. Domspremissene er med andre ord ikke utformet for at borgerne skal kunne forutberegne sin rettsstilling ved å «nærlese» ordene på samme måte. Høyesterettsuttalelser må derfor leses i lys av hva som antas å ha vært intensjonen med den

²⁵ Det er med andre ord ikke tradisjon for å vektlegge *omgåelsesbetraktninger* allerede på tolkningsstadiet.

²⁶ Se Zimmer 2014 s. 41 og særlig s. 51.

²⁷ Se i samme retning Skar s. 51.

²⁸ Se Zimmer 2014 s. 51.

²⁹ Se blant annet Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009, s. 81-94.

aktuelle uttalelsen.

4.3 Kort om tolkning av traktater, herunder skatteavtaler

Skatteavtaler er mellomstatlige avtaler – *traktater* – hvor to eller flere stater fordeler beskatningsretten til inntekter som krysser landegrensene. Selv om Norges skatteavtaler er gjort til norsk lov ved dobbeltbeskatningsloven,³⁰ tolkes de likevel i tråd med prinsippene som er nedfelt i Wienkonvensjonen.^{31 32}

Synspunktet er at skatteavtaler formelt sett er traktater.³³ Dette er også lagt til grunn i høyesterettspraksis, blant annet i *Alphawell*.³⁴

«Skatteavtalen må som traktattekst tolkes på bakgrunn av de folkerettslige regler om tolkning av traktater.»

I juridisk litteratur er det oppstilt tre teorier for tolkning av traktater: Den objektive, den subjektive og den teleologiske.

Den objektive tolkningsteorien bygger på suverenitetsprinsippet, og legger opp til at traktatteksten skal tolkes objektivt: Suverenitetsavståelsen rekker ikke lenger enn hva en objektiv forståelse ordlyden kan begrunne.³⁵ Dette er den tolkningsteorien som tillegger ordlyden størst vekt. Motsatsen til den objektive tolkningsteorien er den subjektive,

³⁰ Se lov 28. juli 1949 nr. 15 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebygging av dobbeltbeskatning m.v. (dobbelbeskatningsloven).

³¹ United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, 23. Mai 1969.

³² Norge har riktignok ikke ratifisert konvensjonen, men fordi tolkningsprinsippene som uttrykkes der anses som folkerettslige sedvanerett, kommer indirekte til anvendelse. Se tilsvarende Naas m.fl. s. 88, Arvid Aage Skaar m.fl., *Norsk skatteavtalerett*, Oslo 2006, s. 54, samt Rt 2011 s. 1581 *Dell* avsnitt 41, med videre henvisninger til annen høyesterettspraksis.

³³ Se Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, 2. utgave, Oslo 2011, s. 59.

³⁴ Jf. Rt 1994 s. 752, på s. 762.

³⁵ Se Naas m.fl. s. 89 og Skaar m.fl. s. 49.

hvor traktatens ord og uttrykk tolkes i tråd med avtalestatenes *intensjoner* med traktaten.³⁶ Den subjektive tolkningsteorien er derfor nært beslektet med den teleologiske. Her søkes meningsinnholdet som best ivaretar traktatens formål.³⁷ Det anlegges altså et slags effektivitetssynspunkt.³⁸ Måten EMD tolker Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen,³⁹ er et godt eksempel på en teleologisk tolkningsstil.

Hovedregelen om traktattolkning i Wienkonvensjonen artikkel 31 (1) bygger på det objektive tolkningsprinsipp,⁴⁰ og lyder slik:

«Article 31 – General rule of interpretation

A treaty shall be interpreted in good faith and in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»

Som ordlyden her indikerer er metoden for traktattolkning nokså lik norsk juridisk metode for lovtolkning. Det er likevel visse forskjeller, hvorav den fremste er «good faith»-kravet. Dette *tolkningsprinsippet* pålegger avtalestatene en plikt til å tolke traktaten lojalt overfor motparten.⁴¹ Dette ser ut til å være et utslag av avtaletolkningssynspunkter, herunder at traktater er mellomstatlige *avtaler*, og må sees i sammenheng med prinsippet om at avtaler skal holdes.⁴² Det er likevel noe uklart hva prinsippet *egentlig* innebærer i tolkningsøyemed,⁴³

³⁶ Se Naas m.fl. s. 89 og Skaar m.fl. s. 49.

³⁷ Se Naas m.fl. s. 89-90 og Skaar m.fl. s. 49.

³⁸ Se Skaar m.fl. s. 50.

³⁹ Se Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).

⁴⁰ Se Naas m.fl. s. 89 og Skaar s. 50.

⁴¹ Se Skaar m.fl. s. 50 samt Naas m.fl. s. 88.

⁴² Se Skaar m.fl. s. 50 («*pacta sunt servada*»).

⁴³ Se Naas m.fl. s. 88, samt Skaar s. 50.

skjønt det er antatt at det omfatter et forbud mot maktmisbruk.⁴⁴ Det understrekes også at det innebærer statenes felles intensjoner skal vektlegges ved tolkningen, men kun der dette er uttrykt i selve traktatteksten.⁴⁵

Selv om Wienkonvensjonen altså bygger på den objektive tolkningsteorien, skal det likevel ikke foretas en ren bokstavtolkning.⁴⁶ Ordenes alminnelige betydning («*ordinary meaning*») skal i stedet fastlegges lys av deres kontekst («*their context*») og traktatens formål («*object and purpose*»). Kort sagt søkes ordenes alminnelige betydning i den konkrete traktaten.

En viktig konsekvens av at traktater, herunder skatteavtaler, skal tolkes etter objektive prinsipper, er at traktatens ordlyd, og hensynet skattyters forutberegnelighet, står helt sentralt ved tolkningen. Også ved tolkning av skatteavtaler er utgangspunktet derfor at skattyter har krav på de skattefordeler som oppnås gjennom bevisste tilpasninger til skatteavtalens ordlyd. Sagt med andre ord:

Hvis skattyter tilpasser seg skatteavtalens ordlyd, slik at han oppfyller de vilkår som etter naturlig forståelse av ordlyden må være oppfylt for å oppnå skattefordelen, skal denne i utgangspunktet også innvilges.

Når det gjelder skatteavtaler antas det at henvisningen til «*the object and purpose*» sikter til skatteavtalenes overordnede formål, ikke statens egne intensjoner med avtalen.⁴⁷ Tradisjonelt har skatteavtalenes formål vært å motvirke dobbeltbeskatning.⁴⁸ Mønsteravtalens fortale er imidlertid blitt endret: Nå fremgår det eksplisitt at skatteavtalene *også* har til formål å motvirke dobbel ikke-beskatning, skatteunndragelse og omgåelse.⁴⁹

⁴⁴ Se Skaar m.fl. s. 50.

⁴⁵ Se Skaar m.fl. s. 50.

⁴⁶ Se Skaar m.fl. s. 50.

⁴⁷ Se Naas m.fl. s. 90.

⁴⁸ Se Naas s. 89 og Skaar m.fl. s. 55.

⁴⁹ Dette er interessant; for tidligere har vært omdiskutert om skatteavtalene også har hatt som formål å motvirke dobbel ikke-beskatning. Se blant annet Eivind Furuset, «Sammenligning

For så vidt angår henvisning til «*their context*», er dette definert i WK art. 31 (1). I første rekke omfattes selve traktatteksten, preamblet og protokoller. Konteksten dekker imidlertid også annet skriftlig materiale utferdiget i forbindelse med traktatinnngåelsen, forutsatt at det er godtatt av alle avtaleparter.⁵⁰

I denne avhandlingen står OECDs *kommentarer* til mønsteravtalen sentralt. I den forbindelse kan være nødvendig å si noe om kommentarenes rettskildemessige vekt, herunder forhold til Wienkonvensjonen. Spørsmålet om hvilken vekt kommentarene kan tillegges, og hvordan de bør innpasses i Wienkonvensjonens «system» er nemlig noe omdiskutert i internasjonal litteratur.

Fra et norsk ståsted er denne diskusjonen imidlertid helst av teoretisk interesse. I høyesterettspraksis tillegges OECDs kommentarer til mønsteravtalen stor vekt.⁵¹ Det er heller ikke nødvendig å redegjøre for de ulike løsninger som har vært lansert i litteraturen.⁵² Det holder å si at jeg baserer meg på Skaars synspunkt om at kommentarene utgjør en del av skatteavtalens kontekst. Hans begrunnelse er ganske enkelt at løsningen er fornuftig: Da blir kommentarene en «primær rettskilde», jf. WK art. 31, slik at de alltid skal vektlegges, hvilket harmonerer med godt den vekt de *faktisk* tillegges.⁵³

av gjennomskjæringsregelen og «principal purposes test»», Skatterett, 2016, s. 291-319, på s. 309, med videre henvisninger.

⁵⁰ Se Naas m.fl. s. 90.

⁵¹ Se blant annet, Rt. 1994 s. 742, *Alphawell*, Rt. 1997 s. 653 *Simens* og Rt. 2004 s. 957 *PGS*.

⁵² Jeg henviser i stedet Skaar m.fl. s. 59-61, med videre henvisninger til litteratur hvor dette drøftes.

5 Den legislative begrunnelsen: Hvilke hensyn ivaretar omgåelsesnormen og PPT-regelen?

5.1 Innledning

Omgåelsesnormen og PPT-regelen er som sagt *generelle skatterettslige omgåelsesregler*. At slike *omgåelsesregler* har som formål å forhindre nettopp *omgåelse av skattelovgivningen* er opplagt, men også lite opplysende. I det følgende skal jeg derfor gi en nokså utførlig redegjørelse for de to reglens legislative begrunnelse. Bakgrunnen for at jeg går såpass grundig til verks er todelt: For det første blir det lettere å forstå den senere sammenligningen av reglene hvis deres legislative grunnlag utredes grundig. Og for det andre – og dette er det viktigste – kommer jeg senere i avhandlingen til å problematisere reglens vilkår i lys av deres legislative begrunnelse. Jeg kommer med andre ord til å reise en rekke problemstillinger som springer direkte ut av de betraktningene jeg fremsetter i dette kapittelet.

Redegjørelse struktureres slik: Jeg tar utgangspunkt i de hensyn omgåelsesnormen tradisjonelt har blitt ansett for å ivareta, og deretter sammenligner jeg fortløpende med PPT-regelen. Fordi begge regler er såkalte generelle skatterettslige omgåelsesregler, ligger det i sakens natur at de *langt på vei* ivaretar de samme hensynene. Til slutt skal jeg se på det fremste argumentet *mot* å anvende slike regler, nemlig hensynet til skattyters forutberegnelighet.

5.2 Proveny- og fordelingshensyn

Skatter og avgifter er statens hovedinntektskilde. Når skattyterne tilpasser seg skattereglene, reduseres skatteprovenyet.⁵⁴ Fordi omgåelsesnormen forhindrer dette provenytapet, ser den ut til å ivareta provenyhensynet, det vil si hensynet til å sikre statenes skatteinntekter.⁵⁵ Siden PPT-regelen har samme virkning, indikerer det at også den ivaretar provenyhensynet.

Til tross for at begge regler således bidrar til å sikre statens skatteinntekter, fremstår likevel ikke provenyhensynet som deres bærende begrunnelse. Selv om skattefordelens størrelse kan

⁵⁴ Se Zimmer i NOU 2016: 5 s. 10. Se også Banoun s. 98.

⁵⁵ Se Skar s. 46 samt Zimmer i NOU 2016: 5 s. 10.

spille en viss rolle under motivasjonsvilkårene, ser det ut til at andre momenter er viktigere.⁵⁶ Nærmere bestemt kan det se ut til at det avgjørende er om disposisjonen kan forsvares rent forretningsmessig; ikke om den gir en stor skattefordel. Dette skal jeg si mer i kapittel 6.

OECD har flere ganger understreket behovet for å sikre at inntekter skattlegges der de skapes. I forordet til «Action 6» sies det således at statene må:

«[...] ensure that profits are taxed where the economic activities take place and value is created».⁵⁷

Dette tyder på at PPT-regelen skal ivareta et slags fordelingshensyn, og at den særlig har til formål å *verne om kildestatens skattefundament*. Etter mitt oppfatning er dette den fremste forskjellen mellom de to reglenes legislative grunnlag; PPT-regelen har *internasjonal dimensjon* som omgåelsesnormen ikke har.

5.3 Likhets hensynet og hensynet til å verne om skattereglernes legitimitet

Likhets hensynet er et sentralt rettslig prinsipp, både i norsk og internasjonal skatterett. For norske forhold er prinsippet nå nedfelt i Grunnloven § 98. Kjernen i likhetsprinsippet er at tilfeller som er like i faktiske henseender, skal gis samme behandling i rettslige henseender.⁵⁸ Eller sagt litt enklere: At like tilfeller skal behandles likt.

Tidligere har Magnus Aarbakke gitt uttrykk for at likhets hensynet er omgåelsesnormens bærende begrunnelse:

«Uten en omgåelsesregel ville enkelte skattytere kunne oppnå resultater som ikke kunne forstås eller godtas av andre. Reelt sett like tilfelle ville blitt behandlet helt

⁵⁶ Se Skar s. 46.

⁵⁷ Se OECD 2015, *BEPS Action 6: 2015 Final Report: Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, s. 3.

⁵⁸ Se Skar s. 40 og Magnus Aarbakke i Ot.prp. nr 16 (1991-1992) s. 43.

forskjellig skattemessig. Den grunnleggende premiss for en omgåelsesregel er nettopp likhetsprinsippet, at økonomisk sett like tilfelle i størst mulig grad skal kunne behandles likt, med mindre lovgivningen av en eller annen grunn hjemler forskjellsbehandling.»⁵⁹

At likhetshensynet er den grunnleggende premissen for «en omgåelsesregel», ser ut til å være riktig. Som jeg påpekte i kapittel 3, er vurderingstemaene under begge de to reglene relative, og de kan derfor *kun* besvares gjennom sammenlignende vurderinger.⁶⁰ For å si noe om hva som motiverte skattyter, må disposisjonen sammenlignes med en annen. Og likeens, for å avgjøre om skattyter har oppnådd en skattefordel i strid med skattereglenes formål, må disposisjonen sammenlignes med en annen. Som jeg skal forklare i kapittel 10, styres også reglenes rettsvirkning av likhetsprinsippet: Skattyters disposisjon gis samme skattemessig behandling som den andre disposisjonen ville blitt gitt. Siden likhetsprinsippet kan spores både på reglenes vilkårs- og virkningsside, indikerer det at et av deres formål å likestille rettslige tilfeller som er faktiske like. Dette viser seg også av de disposisjonstyper reglene primært rammer. Som Skar skriver:

«Typisk for omgåelsesdisposisjoner er at de faktiske virkningene i stor grad sammenfaller med en annen disposisjonsform, som ikke ville ha gitt skattefordelen.»⁶¹

Når omgåelsesnormen typisk rammer sirkulære *tapsfradragssopplegg*, er det fordi de faktiske forskjellene mellom skattyters disposisjon og en annen «tenkt» disposisjon, der formuesgodet aldri selges, er små.⁶² Og siden de faktiske forskjellene er små, er de to tilfellene også borti-mot like, slik at likhetshensynet dermed tilsier at de nettopp likebehandles.

⁵⁹ Se Aarbakke i Ot.prp. nr 16 (1991-1992) s. 43.

⁶⁰ Se Skar s. 73.

⁶¹ Se Skar s. 40.

⁶² Se Skar s. 42.

Og videre: Når PPT-regelen typisk rammer såkalt *dividende stripping*, er det fordi de faktiske forskjellene mellom slike opplegg og regulære utbytteoverføringer er små. Og når tilfellene i stor grad gir samme virkninger, tilsier likhetshensynet altså at de behandles skattemessig likt.

Som Aarbakke er inne på i sitatet like ovenfor, bidrar likhetshensynet også til å sikre skatte-reglenes legitimitet. De to ovennevnte tilpasningene er begge realitetsløse, i den forstand at skattyterens faktiske og rettslige stilling i stor grad er uendret etter at disposisjonen er utført.

Ved *tapsfradrag*sopplegget er situasjonen omtrent som om formuesgodet aldri ble solgt. Og tilsvarende, ved *dividende stripping* er situasjonen omtrent som om det ble utbetalt et utbytte. Siden skattyterens situasjon således ligner en situasjon der andre skattytere *ikke* oppnår en skattefordel, kan det reises spørsmål om hvorfor *denne* skattyteren – i motsetning til andre – skal få en skattefordel. Og hvis skattefordelen likevel innvilges, vil resultatet lett fremstå som vilkårlig for de øvrige skattyterne. Eller sagt med andre ord: Hvis det eneste som kreves for å oppnå *tapsfradrag* eller unngå *utbytteskatt*, er at det utformes en kombinert salg- og tilbakekjøpsavtale, ligger det nær å si at lovens vilkår er et *formelt*, snarere enn *reelt*, vilkår for å oppnå de nevnte skattefordelene.

Det er altså helt nødvendig å slå ned på slike realitetsløse tilpasninger til skattelovgivningen, blant annet for å ivareta *skattesystemets legitimitet*. Hvis slike tilpasninger får passere, vil det fort gå ut over skattemoralen, og i forlengelse av dette; skatteprovenyet.⁶³ Omgåelse har også en «etisk» dimensjon. Det er kun de med det nødvendige økonomiske- og intellektuelle overskuddet som faktisk *kan* spare skatt på dette viset. Det kan således være nødvendig å motvirke omgåelse for å ivareta hensynet «vertikal rettferdighet», det vil si for å sikre at beskatningen skaper rettferdighet mellom samfunnslagene.⁶⁴

⁶³ Se i samme retning Banoun s. 104.

⁶⁴ I samme retning: Skar s. 42, Zimmer i NOU 2016: 5 s. 11 og Banoun s. 102.

Personlig oppfatter jeg hensynet til å sikre skattesystemets integritet som et av de viktigste hensynene bak reglene, i hvert fall fra et rent samfunnsmessig og ideelt ståsted.⁶⁵

5.4 Nøytralitetshensynet og samfunnsøkonomiske betraktninger

Det er vanlig å hevde at omgåelsesnormen ivaretar nøytralitetshensynet.⁶⁶ Dette hensynet går i korthet ut på at skattereglene ikke bør påvirke skattyternes adferd.⁶⁷ Synspunktet er at de valgene skattyterne tar av skattemessige årsaker, er samfunnsøkonomisk ugunstige, selv om de er bedrifts- eller privatøkonomisk gunstige.⁶⁸ Regelverket vil imidlertid aldri bli helt nøytralt: Så lenge ulike privatrettslige former – som aksjeselskap og ansvarlig selskap – gis ulik skattemessig behandling, vil disse ulikhetene, herunder de fordelene og ulempene de gir, bli vektlagt av skattyterne.⁶⁹ Dette skyldes at skattevirkninger, herunder skattekostnader, ofte er avgjørende for om det i det hele tatt lønner seg å gjennomføre den aktuelle disposisjonen.

Siden både omgåelsesnormen og PPT-regelen medfører at den tilsiktede skattefordelen bortfaller, bidrar de til å gjenopprette den nøytraliteten lovgiver og avtalestatene har tilsiktet. Dette gjelder både i det enkelte tilfellet, ved å slå ned på en konkret tilpasning, men også generelt sett, gjennom en signaleffekt som «avskrekker» andre skattytere fra å foreta samme tilpasning.

⁶⁵ Lignende synspunkter uttrykkes i OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit shifting*, s. 8: «BEPS undermines the integrity of the tax system, as the public, the media, and some taxpayers deem reported low corporate taxes to be unfair.»

⁶⁶ Se Skar s. 43 og Zimmer i NOU 2016: 5 s. 11. Se også Banoun s. 98-101.

⁶⁷ Se Skar s. 43 og Benn Folkvord, «Lovfestet omgåelsesnorm – Forslag som ikke vet hvor det vil», *Skatterett* 2016, 177-185, på s. 178.

⁶⁸ Se Benn Folkvord, «Er skattemessig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring? – Replik til Frederik Zimmers artikkel «Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker»» *Skatterett* 2007, 293-300, på s. 295.

⁶⁹ I samme retning Banoun s. 98.

Enkelte hevder derfor at nøytralitetshensynet, herunder samfunnsøkonomiske betraktninger, er den bærende begrunnelsen for omgåelsesnormen. Folkvord skriver for eksempel at:

«[...] normen ivaretar en rekke hensyn hvor nøytralitet må være det mest sentrale. I tillegg til at hensynet særskilt begrunner omgåelsesnormen, er dette et av de bærende prinsipp i norsk skatterett.»⁷⁰

Samt at:

«[...] ressurser brukt på skatteplanlegging og omgåelsesarrangementet i hovedsak er samfunnsmessig ressursløsning. Ressurser som brukes på skatteplanlegging og skattearrangementer bør heller brukes på verdiskaping.»⁷¹

At omgåelsesopplegg ikke genererer verdier, og at utgifter til slike opplegg derfor er «sløsing», kan nok ofte være riktig. I eksemplene like overfor, om *tapsfradrag* og *dividende stripping*, dreier det seg om papirtransaksjoner. Utover skattebesparelsen genereres det ikke økonomiske verdier. Hvis det da forutsettes at staten utnytter disse verdiene like effektivt som private parter gjør, gir omgåelse et samfunnsøkonomisk tap. Og i så måte er utgiftene til slike opplegg «bortkastede». Det kan imidlertid diskuteres om staten faktisk utnytter midlene like effektivt som private parter. I prinsippet kan skattegevinsten også tenkes reinvestert i skattyters næring, og da genereres det økonomiske verdier. Etter mitt er skjønn er det imidlertid langt viktigere at det også kan tenkes tilpasninger som gir et større samfunnsøkonomisk tap enn de nevnte tilpasningene, men uten at de kan rammes som omgåelse.⁷² Skattyter kan for eksempel flytte virksomheten til en stat hvor produksjonskostnadene er høyere, men hvor lavere skattesatser gir et bedre nettoresultat.⁷³ Hvis det var slik at samfunnsøkonomiske betraktninger sto så sentralt som Folkvord antyder, burde slike

⁷⁰ Se Folkvord 2007 s. 294-295.

⁷¹ Se Folkvord 2016 s. 178.

⁷² Skar s. 45.

⁷³ I samme retning se Skar s. 45.

tilpasninger vært utsatt. Når de ikke er det, indikerer det etter mitt syn at slike betraktninger kanskje ikke står så sentralt likevel.⁷⁴

5.5 Beskyttelse av lovgivers formål og forutsetninger

Omgåelsesdisposisjoner innebærer en krenkelse av de hensyn og betraktninger som den omgåtte regelen bygger på.⁷⁵ Siden omgåelsesnormen forhindrer denne krenkelsen, ser den ut til å ha en slags «vernende» funksjon; den verner om de hensyn som ligger til grunn for de enkelte skattebestemmelsene. Siden PPT-regelen har samme virkning, ser også den ut til å ha en slik «vernende» funksjon.

De enkelte bestemmelsene i skatteloven eller skatteavtaler vil ofte være basert på en rekke hensyn og betraktninger.⁷⁶ De vil være basert på overordnede skatterettslige hensyn som skatteevne, symmetri og nøytralitet, men også mer konkrete betraktninger knyttet til lov- og traktattekstens utforming og avgrensning. De enkelte bestemmelsenes utforming beror således *ikke* på tilfeldigheter. Lovgiver og avtalestatene har i alminnelighet tatt bevisste valg.

En av grunnene til at de nevnte *tapsfradrags-* og *dividende stripping-*oppleggene oppleves som problematiske, er at de krenker de forutsetninger de aktuelle skattereglene bygger på. Når skattyterne innrømmes skattefordeler hvis *formuesgoder selges med tap* eller *aksjer i et utenlandsk selskap selges med gevinst*, er det ut fra en forutsetning om at flere forskjellige virkninger vil inntre. Det er nemlig måten disse virkningene antas å endre skattyternes faktiske og rettslige stilling, som er grunnen til at de innrømmes skattefordeler.⁷⁷

Når det gjelder tapsfradragsregelen, kan lovgiver blant annet ha resonnerert i retning av at: «Hvis skattyter oppgir eiendomsretten til et formuesgode for godt, og med tap, reduseres hans skatteevne. Dette tapet bør derfor fradras ved beregning av den skattepliktige inntekten.»⁷⁸

⁷⁴ I samme retning Skar s. 45.

⁷⁵ Se Skar s. 46 og Banoun s. 102.

⁷⁶ Se Skar s. 158, som riktignok kun drøfter norske forhold.

⁷⁷ Se Skar s. 46.

⁷⁸ Se i samme retning Skar s. 47.

Dette betyr også at det kan oppstå «problemer», dersom skattyter greier å konstruere disposisjonen slik han formelt sett oppfyller de vilkår som må være oppfylt for oppnå skattefordelen, men uten at hans faktiske og rettslige stilling endres slik lovgiver har forutsatt.⁷⁹

Skattyter har for eksempel lidt et tap på en aksjeinvestering. I løpet av én dag selger han aksjene, før han straks kjøper dem tilbake. Her svikter lovgivers forutsetning om at tapsfradrag bør gis der eiendomsretten til formuesgodet oppgis *for godt*. Følgelig kan det fremstå som stridende mot formålet med tapsfradragsregelen å innvilge skattefordelen.

Fordi hensynet til å verne om lovgivers formål og forutsetninger er vidt nok til å ta opp i seg de ovennevnte hensynene om skatteproveny, likhet, nøytralitet og så videre, men også de hensyn og betraktninger som ligger til grunn for de enkelte bestemmelsene, skriver Skar at:

«Kanskje kan dette oppfattes som omgåelsesnormens hovedbegrunnelse [...]».⁸⁰

Etter mitt skjønn skal det godt gjøres å gi mer presis og dekkende beskrivelse av hvilke hensyn omgåelsesnormen (og PPT-regelen) ivaretar. Jeg er med andre ord enig i at hensynet til å verne om lovgiver og avtalestatenes formål og forutsetninger kan ansees som reglenes bærende begrunnelse.

5.6 Hensynet til skattyters forutberegnelighet

Som påpekt i kapittel 1, leder omgåelsesnormen og PPT-regelen til et annet resultat enn hva en alminnelige tolkning av de ordinære skattebestemmelsene tilsier. Kort fortalt fravikes det resultatet som følger av ordlyden. Det fremste argumentet mot å anvende disse reglene er derfor hensynet til skattyters forutberegnelighet.⁸¹ Til en viss grad ivaretas forutsigbarheten ved at det stilles krav om skattemotivasjon: Hvis skattyters hovedformål med disposisjonen var å spare skatt, blir det sett på som mer «legitimt» å fravike lovens ordlyd.

⁷⁹ Se Skar s. 47.

⁸⁰ Se Skar s. 46.

⁸¹ Se Skar s. 51. Se også Rt. 2014 s. 227 *Tangen 7*.

Hensynet til forutberegnelighet er alltid et viktig argument ved lovtolkning, men spesielt tungtveiende ved tolkning av skatteregler. Det er som sagt på grunn av forutberegnelighets-hensynet at det opereres med et utgangspunkt om at skattyter som den klare hovedregel har krav på de skattefordeler han oppnår ved å tilpasse seg lovens bokstav.⁸² Årsaken til at lovens ordlyd tillegges en slik vekt i skatteretten er sammensatt. Her skal jeg kun trekke frem to grunner, som jeg selv oppfatter som sentrale.

For det første vil jeg peke på *skattevedtakets virkninger*. Skattevedtakene pålegger skattyterne en *straffsanksjonert* plikt til å *avstå* økonomiske verdier til staten. Det er med andre ord tale om et *særlig* inngripende vedtak, som kan lett få alvorlige konsekvenser hvis det kommer overraskende på skattyteren.⁸³ Ved å basere tolkningen på lovens bokstav, avdempes faren for slike ødeleggende konsekvenser for skattyterne.

For det andre vil jeg peke på *skattereglens samfunnsfunksjon*.⁸⁴ Omtrent enhver privatrettslig transaksjon utløser skattevirkninger, og ofte er disse avgjørende for om den i det hele tatt *bør* gjennomføres. De skattemessige virkningene er gjerne tungen på vektskålen, der skattyter står ovenfor et valg.⁸⁵ Skattereglene inntar derfor en særlig viktig i rolle *næringslivet*. Skatte-lovgivningen er også styrende for *verdiskapingen* i samfunnet. Hvis skattyter skal kunne ta en økonomisk risiko, må han kunne forutberegne hvilke risikoer han løper, herunder hvilke skattemessige konsekvenser som vil kunne inntre.⁸⁶ Forutsigbare skatteregler legger således grunnlaget for et velfungerende samfunn, næringsliv og en mest mulig effektiv verdiskaping.⁸⁷

⁸² Se delkapittel 5.2. og 5.3.

⁸³ Se Skar s. 51 samt Banoun s. 92.

⁸⁴ Se Skar s. 51.

⁸⁵ Se Banoun s. 92.

⁸⁶ Se Skar s. 51, i samme retning Banoun s. 92.

⁸⁷ Se Skar s. 51.

5.7 Særlig om forutberegnelighetshensynet i skatteavtaleretten

Det kan reises spørsmål om forutberegnelighetshensynet har samme innhold i skatteavtaleretten som i norsk skatterett ellers.

Det som særlig foranlediger spørsmålet, er skatteavtalenes *avtalepreg*. Som jeg påpekte i delkapittel 5.3, er skatteavtaler mellomstatlige avtaler om fordeling av beskatningsretten til ulike typer av overføringer. Et utslag av avtalesynspunktet gjenfinnes også i kravet om at statene skal tolke skatteavtalen lojalt overfor motparten, jf. «good faith»-kravet.⁸⁸

Hvis det fokuseres på det avtalemessige aspektet ved skatteavtalene, kan det tale for at ordlyden primært vektlegges av hensyn til den andre statens forutberegnelighet, nærmest som et utslag av «good faith»-kravet. I så fall kan det tenkes at skattyters forutberegnelighet ikke er like viktig ved tolkningen av skatteavtaler som ved tolkningen av norske interne skatteregler.⁸⁹ Dermed kan det også se ut til at adgangen til å slå ned på omgåelser, gjennom korrigerende formålstolkninger, er videre ved tolkningen av skatteavtaler enn ved tolkningen av skatteloven.

Skatteavtalene har imidlertid også et klart *lovgivningspreg*. De fleste bestemmelsene gjelder skattyternes rettsstilling, selv om de formelt sett regulerer forholdet mellom avtalestatene. Når det etableres et regelverk for å forhindre at skattyterne rammes av en ubetinget uheldig virkning, her dobbeltbeskatning, tyder det etter mitt syn på at statene ønsker å ivareta nettopp skattyterne og deres forutberegnelighet. I det hele tatt fremstår det som noe kunstig å hevde at skattyternes forutberegnelighet står svakere ved tolkningen av skatteavtaler, bare fordi skatteavtaler i *formen* er traktater, når de i *virkning* er skattelovgivning. Også i litteraturen kan det trolig spores et lignende synspunkt. Arvid Aage Skaar skriver for eksempel at uttalelser fra forum hvor *skattyter* ikke har vært representert, kun *skattekreditor*, ikke kan legges ukritisk til grunn ved tolkningen av skatteavtaler.⁹⁰

⁸⁸ Se Wienkonvensjonen artikkel 31 (1).

⁸⁹ Jeg taler bevisst om «norske *interne* skatteregler» fordi *norske skatteavtaler* også er norsk lov.

⁹⁰ Se Skaar s. 62.

Min oppfatning er dermed at forutberegnelighetshensynet har et annet innhold i skatteavtalen enn norsk skatterett, i den forstand at ordlyden *også* vektlegges for å sikre den andre statens forutberegnelighet. Men uten at det innebærer at skattyternes forutberegnelighet står svakere sammenlignet med når skatteloven skal tolkes.

6 Sammenligning av motivasjonsvurderingen under omgåelsesnormen og PPT-regelen

6.1 Hva er «perspektivet» i motivasjonsvurderingen?

Både omgåelsesnormen og PPT-regelen legger opp til en vurdering av hva som motiverte skattyter til å gjennomføre disposisjonen. På tross av at motivasjon i utgangspunktet er en utpreget subjektiv størrelse, kan slike vurderinger objektiviseres i ulik grad, alt avhengig av hvilket «perspektiv» som anlegges.⁹¹

Motivasjonsvurderingen kan for eksempel formuleres som et spørsmål om hva som ville ha motivert en alminnelig forstandig skattyter i samme situasjon, eventuelt slik at slutninger omkring skattyters motivasjon baseres på erfaringssetninger snarere enn gjennomsnittsbetraktninger. Vurderingen kan også formuleres som et spørsmål om hva som motiverte den konkrete skattyteren, men slik at dette avgjøres gjennom en bred bevisbedømmelse.⁹²

I dette delkapittelet skal jeg se nærmere på hvilket av disse perspektivene som skal inntas under de to reglens motivasjonsvurdering. Spørsmålet er således *i hvilken utstrekning omgåelsesnormen og PPT-regelen legger opp til en objektivisert vurdering av skattyters motivasjon?*

Høyesteretts normformulering sier ikke noe om hvilket perspektiv som skal anlegges i motivasjonsvurderingen. Høyesterett har imidlertid i både *Telenor*⁹³ og *Hex*⁹⁴ fremhevet at:

«[...] det avgjørende er hva skattyteren må antas å ha lagt vekt på [...]».⁹⁵

⁹¹ Se Skar s. 105.

⁹² Se Skar s. 106-108 med videre henvisninger til både nasjonal og internasjonal litteratur.

⁹³ Rt. 2006 s. 1232.

⁹⁴ Rt. 2007 s. 209.

⁹⁵ Se *Telenor* avsnitt 50 og *Hex* avsnitt 42.

I begge dommer ble det – til alt overmål – presisert at dette ikke betyr at skattyters forklaring skal legges uprøvd til grunn, men at spørsmålet om hva som motiverte skattyter må:

«[...] avgjøres ut fra en vurdering av de opplysninger som foreligger i saken [...]».⁹⁶

Disse uttalelsene viser at motivasjonsvurderingen er subjektiv: Spørsmålet er således *hva som motiverte den konkrete skattyteren*, men slik at dette avgjøres gjennom en helhetlig vurdering av alle tilgjengelige beviser.⁹⁷ Dommeren skal med andre ord se på alle beviser – både de mer «subjektive» – som skattyters forklaring og annet han kan påvirke – og de mer «objektive» – som erfaringssetninger og ytre konstaterbare fakta – og deretter gjøre seg opp en mening om hva som må ha motivert skattyteren til å gjennomføre disposisjonen.

PPT-regelen inneholder – i motsetningen til Høyesteretts normformulering – en noenlunde klar beskrivelse av hvilket perspektiv som skal inntas i motivasjonsvurderingen. Det fremgår nemlig at det må være:

«[...] *reasonable to conclude, having regard to all facts and circumstances*, that obtaining that benefit was one of the principal purposes [of the arrangement][...]».⁹⁸

Denne formuleringen tyder på at vurderingen er objektiv. Dette bekreftes også av kommentar 178 til PPT-regelen; her fremgår det at:

«To determine whether or not one of the principal purposes [...] is to obtain benefits [...] *it is important to undertake an objective analysis of the aims and objects of all persons involved* [...]».⁹⁹

⁹⁶ Se *Telenor* avsnitt 51 og *Hex* avsnitt 43.

⁹⁷ Se Skar s. 109.

⁹⁸ Mine uthevninger.

⁹⁹ Mine uthevninger.

PPT-regelen legger således opp til en objektiv motivasjonsvurdering: Spørsmålet er ikke hva som motiverte den konkrete skattyteren, men *om de foreliggende omstendighetene tilsier at det rimeligvis kan konkluderes med at disposisjonen må ha vært skattemotivert.*¹⁰⁰ Under en slik vurdering er det de objektive omstendighetene og erfaringssetningene som er avgjørende. Subjektive forhold – som for eksempel hva skattyteren forklarer – blir ikke vektlagt.

På tross av at omgåelsesnormen og PPT-regelen legger opp til prinsipielt ulike vurderinger, er det ikke gitt at *den reelle forskjellen* blir så stor; foruten at selve problemformuleringen kan bli ulik, og at «subjektive» beviser ikke vektlegges i en objektiv vurdering, vil nok utfallet i de fleste tilfeller bli likt.¹⁰¹

Tidvis kan det nok likevel bli en reell forskjell: Hvis skattyter handler atypisk, i den forstand at disposisjonen for hans vedkommende *ikke* var skattemotivert – den ble for eksempel utført av personlige grunner – og han blir trodd, vil disposisjonen stå seg i en subjektiv vurdering. En lignende situasjon oppstår der skattyter feiltolker forhold som er relevante for motivasjonsvurderingen. Han tror for eksempel at det er nødvendig å foreta en disposisjon for å overholde en avtale, samtidig som dette vil gi en stor skattegevinst. Hvis det da viser seg at skattyter har feiltolket avtalen, slik at disposisjonen objektivt sett var rent skattemotivert, vil den likevel stå seg hvis motivasjonsvurderingen er subjektiv.

¹⁰⁰ Tilsvarende: Zimmer i NOU 2016: 5 s. 59.

¹⁰¹ Se i samme retning Zimmer i NOU 2016: 5 s. 28, med videre henvisninger.

6.2 Motivasjonsvurderingen under omgåelsesnormen

6.2.1 Innledning

Slik omgåelsesnormen er formulert i nyere høyesterettspraksis, er skattyters motivasjon et gjennomgående tema; det er relevant både under *grunnvilkåret* og i *formålsvurderingen*.

Grunnvilkåret knytter seg direkte til skattyters motivasjon, og går ut på at disposisjonen må være motivert av skattemessige betraktninger. Kravet til skattemotivasjon er imidlertid kun et *minstekrav* for å anvende omgåelsesnormen. Hvis dette kravet er tilfredsstilt, avhenger den omstridte skattefordelen av en nærmere vurdering av dens forhold til skattereglenes formål. I følge normformuleringen, er skattyters motivasjon *et av flere* relevante momenter i denne formålsvurderingen.

I dette delkapittelet skal imidlertid jeg konsentrere meg om *grunnvilkåret*. Problemstillingen er hvor den nærmere terskelen for skattemotivasjon ligger, altså:

Hvor stor vekt må skattyter tillegge skattemessige betraktninger for at disposisjonen skal være tilstrekkelig skattemotivert, slik at grunnvilkåret for å anvende omgåelsesnormen er oppfylt?

6.2.2 Normformuleringens ordlyd

Den generelle, og vanligste formuleringen av grunnvilkåret, går ut på at:

«[...] det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt.»¹⁰²

Ut fra vanlig språkforståelse ser det ut til at *simpel overvekt skattemotiver* er tilstrekkelig til å oppfylle grunnvilkåret. Terskelen for skattemotivasjon ser derfor ut til være nokså lav.

Tatt på ordet omfatter denne formuleringen ikke bare skattefordeler oppnådd gjennom *hovedsakelig skattemotiverte* disposisjoner, men også skattefordeler oppnådd gjennom *forretningsmessig velbegrunnede eller fornuftig* disposisjoner. At omgåelsesnormen også kan

¹⁰² Se for eksempel Rt. 2007 s. 209 *Hex* (avsnitt 39).

anvendes mot disposisjoner som er *velbegrunnede* eller *fornuftige* fra et forretningsmessig ståsted kan nok fremstå som underlig, og lar seg derfor best illustrere ved et eksempel:

Dersom en disposisjon gir en samlet gevinst på MNOK 100, hvorav MNOK 70 utgjør spart skatt og MNOK 30 utgjør forretningsgevinster, kan det sies at den er hovedsakelige skattemotivert. Men fordi disposisjonen også gir en forretningsgevinst, hadde skattyter god grunn til å gjennomføre den også *uten* skattefordelen. Det er således tale om en hovedsakelig skattemotivert – men likefullt forretningsmessig velbegrunnet – disposisjon.

I enkelte sentrale omgåelsesdommer er det imidlertid gitt uttrykk for at det kreves *mer enn simpel overvekt* av skattemotiver. I *Hydro Canada*¹⁰³ og *Telenor*¹⁰⁴ ble det nemlig presisert at skattemotivet må være:

«den klart viktigste motivasjonsfaktoren.»¹⁰⁵

Denne formuleringen tyder på at skattemotivet må ha veid mye tyngre enn alle andre motiver til sammen: Den tilsier at det kreves *kvalifisert overvekt av skattemotiver*, og at skattemotivet derfor må være *disposisjons dominerende motiv*.

Fordi terskelen for skattemotivasjon *konkretiseres* slik i to *sentrale dommer*, kan det tilsi at det er *denne formuleringen* som gir den mest dekkende beskrivelsen av kravet til skattemotivasjon.¹⁰⁶ Selv om dette hever terskelen, omfatter imidlertid også denne formuleringen skattefordeler oppnådd gjennom forretningsmessig velbegrunnede disposisjoner.

¹⁰³ Rt. 2002 s. 456.

¹⁰⁴ Rt. 2006 s. 1232.

¹⁰⁵ Se *Hydro Canada* s. 465 og *Telenor* avsnitt 49.

¹⁰⁶ Av samme oppfatning: Zimmer i NOU 2016: 5 s. 27.

6.2.3 Høyesteretts praktisering av grunnvilkåret

6.2.3.1 Innledning

Selv om grunnvilkårets språklige utforming altså tyder på at det er tilstrekkelig med kvalifisert overvekt av skattemessige motiver, har det blitt hevdet at Høyesterett faktisk *krever en enda sterkere grad av skattemotivasjon for å anvende omgåelsesnormen.*

Det har blitt sagt at disposisjonen vil stå seg hvis den – i tillegg til de skattemessige grunnene – har gode forretningsmessige grunner for seg, og at det først er der skattemotivet er bortimot enerådende at omgåelsesnormen vil bli anvendt.¹⁰⁷

I det følgende skal jeg se nærmere på dette standpunktet. Den konkrete problemstillingen er om Høyesterett *i praksis* krever mer enn kvalifisert overvekt av skattemessige motiver for å anvende omgåelsesnormen.

6.2.3.2 Dommer hvor det ble konstatert omgåelse

Dommene *Smestad*,¹⁰⁸ *Torkildsen*,¹⁰⁹ *Fauske*¹¹⁰ og *Aker Maritime*¹¹¹ gjaldt disposisjoner hvor formuesgoder ble overført via et mellomledd, slik at skattyter unngikk gevinstbeskatning.

I *Smestad* ble det fremhevet at:

«Realiteten er at det var Smestad som solgte til Kommunen, men av skattemessige grunner har trukket inn barna som *et unødvendig mellomledd*.»¹¹²

¹⁰⁷ Se Skar s. 150, og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 32, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 81: «[...] ved gjennomskjæring vil situasjonen oftest være at skattemotivet er så å si enerådende, ev. bare med et skinn av en forretningsmessig begrunnelse.»

¹⁰⁸ Rt. 1978 s. 60.

¹⁰⁹ Rt. 1982 s. 789.

¹¹⁰ Rt. 2006 s. 1062.

¹¹¹ Rt. 2004 s. 1331.

¹¹² Mine uthevninger.

Likeens ble det i *Torkildsen* uttalt at:

«Det har således foreligget en samlet plan i flere ledd med den ene hensikt å unngå gevinstbeskatning [...] I Torkildsens salg var fondet skutt inn som et *unødvendig mellomledd* som bare var ment å tjene én funksjon, nemlig å unngå gevinstbeskatning.»¹¹³

Tilsvarende ble det i *Fauske* konkludert med at:

«[...] vi står ovenfor en transaksjon i flere ledd som var utelukkende skattemessig motivert. Overdragelsen representerte en *unødvendig omvei* mellom A og kjøperen.»¹¹⁴

At Høyesterett brukte ordene *unødvendig mellomledd* eller *unødvendig omvei* om fremgangsmåten, betyr at skattyter kunne ha overført eiendommen et enklere vis. Og nettopp fordi det fantes en enklere fremgangsmåte, var skattyters fremgangsmåte *utelukkende motivert av skattemessige betraktninger*.

I *Aker Maritime* – som gjaldt overføring av aksjer – ble det uttalt at:

«[...] bruken av Aker Finyards Holding som mellomstasjon var skattebetinget, [...] Det har ikke vært hevdet at det forelå andre forretningsmessige motiver bak salget.»¹¹⁵

Dommene *Finnøy og Wisth*¹¹⁶ samt *Essem*¹¹⁷ gjaldt tilfeller hvor to eneaksjonærer etablerte krysseie mellom aksjeselskapene sine. Dette innebar at skattyterne unngikk skatteplikt etter dagjeldende regler om beregning av personinntekt.

¹¹³ Mine uthevninger.

¹¹⁴ Mine uthevninger.

¹¹⁵ Mine uthevninger.

¹¹⁶ Rt. 1998 s. 1764.

¹¹⁷ Rt. 1998 s. 1771.

I *Finnøy og Wisth* hevdet skattyterne at krysseiet var etablert av hensyn til risikospredning. Dette festet ikke førstvoterende lit til. Det ble uttalt følgende:

«[...] at Finnøy og Wisth verken ved aksjonæravtale eller på annen måte kan sees å ha sikret seg mot at de like andelene ville kunne medføre problemer for driften av selskapene ved uenighet mellom dem, eller med hensyn til fastsettelsen av lønn og utbytte. Slik jeg ser det viser også disse forholdene at fordelingen av skjene i de nye selskapene mellom de to eierne reelt sett *bare har hatt som formål å omgå skatteloven § 58.*».¹¹⁸

I *Essem* ble det, i tillegg til risikospredning, anført at krysseiet bidro til økt samarbeid og oppdragsformidling. Men heller ikke denne gangen ble skattyterne trodd. Høyesterett uttalte at:

«Det er ikke noe ved de faktiske forhold som tilsier at det skulle være en forretningsmessig fordel for Essem å ha Jensen som passiv aksjonær. At det oppsto tvil om samarbeidet var hensiktsmessig da de skattemessige spørsmålene meldte seg, viser dette til fulle. [Avsnitt] *Aksjebytteavtalen* [...] hadde [...] *ikke en forretningsmessig basis.*».¹¹⁹

Uttalelsen om at «*aksjebytteavtalen manglet en forretningsmessig basis*» tilsier at krysseiet ble betraktet som i *Finnøy og Wisth*, det vil si fullt ut skattemotivert.

Dommene *Hovda*¹²⁰ og *Ragelas*¹²¹ gjaldt tilfeller hvor skattytere overførte aksjer de eide i et selskap til et annet selskap de eide aksjer i, for å unngå ulike former for utbytteskatt.

¹¹⁸ Mine uthevninger.

¹¹⁹ Mine uthevninger.

¹²⁰ Rt. 1994 s. 912.

¹²¹ Rt. 1976 s. 302.

I *Hovda* kom førstvoterende til at det ikke fantes noe:

«[...] forretningsmessig motiv som kan begrunne at de har solgte aksjene [fra det ene selskapet] til [det andre selskapet]. Jeg må da legge til grunn at transaksjonen *utelukkende er begrunnet i skattemessig hensyn*, og at aksjesalget ellers ikke hadde funnet sted.»¹²²

Likeens ble det i *Ragelas* uttalt at:

«[...] transaksjonen var utelukkende skattemessig begrunnet.»¹²³

I *Kollbjørg*¹²⁴ og *Siraco*¹²⁵ ble «tomme»¹²⁶ selskaper med fremførbare underskudd fusjonert med overskuddsselskaper. Hensikten var å redusere overskuddsselskapenes skattepliktige inntekt ved å yte konsernbidrag. Siden underskuddsselskapet ikke gav bidrag til konserndriften, konkluderte Høyesterett med at fusjonene kun skyldtes skattemessige årsaker:

I *Kollbjørg* uttalte Høyesterett at:

«Det virkelig forhold er at man ved fusjonene har søkt å overføre til [overskuddsselskapet] det økonomiske tapet som [underskuddsselskapet] hadde lidt.»

Tilsvarende ble det i *Siraco* uttalt at skattyter:

«[...] like godt kunne ha oppnådd det tilsiktede [ikke-skattemessige resultatet] uten noen sammenslutning.»

¹²² Mine uthevninger.

¹²³ Mine uthevninger.

¹²⁴ Rt. 1961 s. 1195.

¹²⁵ Rt. 1963 s. 478.

¹²⁶ At selskapene var «tomme» betyr at de verken eide driftsmidler eller drev virksomhet.

Siden det tilsiktede ikke-skattemessige resultatet i *Siraco* kunne vært oppnådd uten å gå veien om fusjon, betyr det at den valgte fremgangsmåten kun hadde skattemessige grunner for seg.

I *Bergesen*¹²⁷ og *ABB*¹²⁸ ble ”tomme” overskuddselskaper med skattekreditter overført til nye eiere som kunne utsette beskatningen ytterligere.

I *Bergesen* konkluderte førstvoterende med at:

«Jeg [kan] ikke se at salget hadde noen annen virkning enn de skattemessige konsekvensene.».

At aksjesalget bare gav skattemessige konsekvenser, betyr at dette var den eneste grunnen til å selge aksjene.

*IKEA*¹²⁹ gjaldt et tilfelle hvor en norsk skattyter først utfisjonerte faste eiendommer, for så å lånefinansiere gjenkjøpet av de samme eiendommene i konsernets internbank. Slik oppnådde skattyter fradragsrett for rentekostnadene på lånet, samtidig som selskapets overskudd ble flyttet til konsernbanken. På tross av at opplegget altså gav store skattemessige fordeler hevdet skattyter likevel at disposisjonen var forretningsmessig begrunnet. Det ble blant annet vist til at disposisjonsrekken *også* innebar at konsernet ble omorganisert.

Som i flere av de ovennevnte dommene, kunne skattyter ha oppnådd det forretningsmessige formålet på en enklere måte. Den valgte fremgangsmåten ble derfor ansett som fullt ut skattemotivert:

«Måten rekken av disposisjoner ble gjennomført på, kan [...] ikke ha hatt noe annet formål enn å skape en gjeldsbyrde [...] som ga grunnlag for skattemessig fradrag i Norge[...] Det forretningsmessige formålet man ønsket å oppnå kunne

¹²⁷ Rt. 1966 s. 1189.

¹²⁸ Rt. 1999 s. 946.

¹²⁹ HR-2016-2165-A.

oppnås uten at selskapet pådro seg slike kostnader.»¹³⁰

I *Nagell-Erichsen*¹³¹ dreide det seg om en dødssyk arvelater som tok opp et stort personlig lån og deretter plasserte midlene i sitt heleide aksjeselskap. Fordi lånebeløpet kunne fradras ved beregning av arveavgiftsgrunnlaget, samtidig som aksjene kunne verdsettes til 30 % av verdien, gav dette store arveavgiftsmessige fordeler for arvingene. Høyesterett uttalte at:

«Arrangementet fremsto som et rent avgiftsarrangement.»

6.2.3.3 Dommer hvor disposisjonen sto seg¹³²

*Telenor*¹³³ gjaldt et tilfelle hvor skattyter ved et konserninternt aksjesalg oppnådde et tapsfradrag med en skattemessig verdi på NOK 2,4 milliarder. På tross av at det ble oppnådd en meget stor skattefordel, hevdet skattyter likevel at disposisjonen var forretningsmotivert. Nærmere bestemt ble det hevdet at aksjene var solgt av organisatoriske og selskapsrettslige grunner. Dette ble akseptert, og i avsnitt 55 uttalte Høyesterett at:

«... overdragelsen [var] først og fremst forretningsmessig begrunnet.
Grunnvilkåret for skattemessig gjennomskjæring er da ikke oppfylt.»

Selv om disposisjonens skattemessige virkninger må ha vært meget fremtredende, var den likevel *ikke* tilstrekkelig skattemotivert.

¹³⁰ Mine uthevninger.

¹³¹ Rt. 2006 s. 1199.

¹³² Det finnes naturligvis flere dommer hvor disposisjonen har stått seg enn de som refereres her. Grunnen til at disse ikke er tatt med er enten at disposisjonen var fullt ut skattemotivert, som i Rt. 1994 s. 492 *Railo*, eller fordi Høyesterett unnlot å konkludere under grunnvilkåret, som i Rt. 2002 s. 456 *Hydro Canada*, Rt. 2008 s. 1537 *ConocoPhillips* og Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi*. Selv om saksforholdet i dommene kan gi visse indikasjoner på terskelen for skattemotivasjon, gir de ikke like vektige bidrag til spørsmålet om hva som er terskelen for skattemotivasjon sammenlignet med dommer hvor Høyesterett konkluderte under grunnvilkåret.

¹³³ Rt. 2006 s. 1232.

I *Øverbye*¹³⁴ hadde majoritetsaksjonæren i et konkurstruet selskap kjøpt en fordring mot selskapet til underpris. Da selskapets økonomi bedret seg, innfridde selskapet fordringen. Dermed fikk skattyter verdier ut av selskapet uten å gå veien om et skattepliktig utbytte. Høyesterett uttalte at:

«De skattemessig fordelene [var] betydelige.».

På tross av at skattefordelen altså var nokså stor, var disposisjonen likevel ikke tilstrekkelig skattemotivert. Det ble blant annet lagt vekt på at skattyter – ved å kjøpe fordringen – hadde redusert risikoen for personlig tap i tilfelle selskapet gikk konkurs. Høyesterett ser altså ut til å ha ment at skattyter hadde god grunn til å kjøpe fordringen også uten skattefordelen.

I *Zenith*¹³⁵ hadde skattyter kjøpt aksjene i et eiendomsselskap med store skattekreditter. Utover skattekredittene var selskapet ”tomt”, bortsett fra at det eide to mindre festetomter. Saksforholdet var altså omtrent som i *Bergesen* og *ABB*, men denne gangen ble det ikke konstatert skattemotivasjon. Høyesterett kom nemlig til at festetomtene gav aksjeervertet:

«[...] en viss, om enn begrenset, forretningsmessig verdi for kjøperen, utover skattekreditten, som utvilsomt var hovedmotivet for aksjekjøpet.».

Uttalelsen om at festetomtene gav ervertet *en viss egenverdi*, tyder på at Høyesterett mente at det også uten skattekreditten var grunn til å kjøpe aksjene i eiendomsselskapet.

I *Reitan*¹³⁶ hadde skattyter overført franchiserettigheter til et nyopprettet aksjeselskap, og deretter overdratt aksjene til barna sine. Dette gav store arveavgiftsmessige fordeler. Når det gjaldt grunnvilkåret, konkluderte flertallet med at fremgangsmåten:

¹³⁴ Rt. 1999 s. 1347.

¹³⁵ Rt. 1997 s. 1580.

¹³⁶ Rt. 2008 s. 1510.

«[...] i stor grad har vært avgiftsmessig motivert.»

Likevel ble det ikke konstatert omgåelse. Flertallet mente nemlig at totalvurderingen måtte falle ut i skattyters favør, og uttalte at:

«Så lenge det alternativ som blir valgt, *ikke fremstår som forretningsmessig unaturlig*, er det fullt lovlig å innrette seg slik at skatten eller avgiften blir lavest mulig.»¹³⁷

Etter flertallets syn, var den valgte fremgangsmåten:

«[...] *ikke unaturlig*, og arveavgift kan da ikke pålegges etter den ulovfestede gjennomskjæringsregel.»¹³⁸

Mindretallet konkluderte derimot med at grunnvilkåret var oppfylt, fordi fremgangsmåten inneholdt et:

«[...] unødvendig mellomledd [...]».

Begge fraksjoner festnet seg således ved om skattyters fremgangsmåte var forretningsmessig naturlig eller unaturlig. Den eneste forskjellen mellom votaene er dermed at flertallet mente at fremgangsmåten var *naturlig*, mens mindretallet mente at den *unaturlig*.

6.2.3.4 Oppsummering av Høyesteretts praktisering av grunnvilkåret

Som jeg antydte i delkapittel 5.2.3.1, ser det ut til at grunnvilkåret er formulert mer vidtrekkende enn det praktiseres. Selv om ordlyden tilsier at det er tilstrekkelig med kvalifisert overvekt av skattemotiver, tyder høyesterettspraksis på at det faktisk kreves en *enda* større overvekt av skattemotiver.

¹³⁷ Mine uthevninger.

¹³⁸ Mine uthevninger.

Der grunnvilkåret har vært oppfylt, har disposisjonen vanligvis *kun* hatt skattemessig grunner for seg. Noen ganger har disposisjonen da blitt betegnet som *skattebetinget*, hvilket betyr at den var *betinget* av skattefordelen, og at den *ikke* ville blitt gjennomført *uten* skattefordelen, eventuelt at den ville blitt gjennomført på en *annen måte*. Andre ganger har disposisjonen blitt betegnet som *utelukkende skattemessig begrunnet*. Dette betyr at disposisjonen har vært *fullt ut* motivert av skattemessige hensyn.

Dommene der disposisjonen har stått seg viser samme tendens: Grunnvilkåret har aldri vært oppfylt hvis disposisjonen har vært forretningsmessig velbegrunnet, og det selv om de skattemessige virkningene har vært så dominerende, at det ut fra grunnvilkårets ordlyd var nærliggende å anta at det tvert imot skulle vært oppfylt.¹³⁹

6.2.4 Oppfatninger om terskelen for skattemotivasjon i juridisk litteratur

I nyere juridisk litteratur er det særlig Henrik Skar som har foretatt en inngående analyse av den nærmere terskelen for skattemotivasjon under grunnvilkåret.¹⁴⁰ Et sentralt poeng i hans analyse er at grunnvilkåret er utformet som en *hovedformålstest*, det vil si at vurderingen går ut på å fastslå *hva som var skattyters hovedsakelige formål med disposisjonen*. Skar påpeker imidlertid at domspremissene tyder på at det foretas en *betingelsestest*. Det vil si at det i stedet vurderes om skattefordelen var *en nødvendig betingelse* for at disposisjonen ble gjennomført. En betingelsestest er derfor det samme som å vurdere om det er *årsakssammenheng* mellom

¹³⁹ Det klareste eksempelet i så måte er nok *Telenor*: Selv om det ble oppnådd et tapsfradrag på NOK 8,6 milliarder, med en skattemessig verdi på NOK 2,4 milliarder, var grunnvilkåret *ikke* oppfylt. Ut fra normformuleringens ordlyd kan dette resultatet fremstå som underlig. Men, som påpekt i Skar 2017, s. 133, gir det mening hvis det forstås slik: «[...] For siden Høyesterett fant den forretningsmessig begrunnelsen overbevisende kunne det neppe avvises at det var grunnlag for å gjennomføre disposisjonen også uten skattefordelen.»

¹⁴⁰ Problemstillingen er også drøftet blant annet i Harboe s. 229 flg., og av Zimmer i NOU 2016: 5 s. 27.

skattefordelen og disposisjonen, eller om disposisjonen var *utelukkende skattemessig begrunnet*, slik Høyesterett uttrykt det i for eksempel *Hovda*.¹⁴¹ Skar skriver derfor at:

«[...] grunnvilkåret om hovedsakelig skattemessig motivasjon er *mindre representativt for hva som faktisk er avgjørende* i Høyesteretts praksis. I de avgjørende premissene i dommene synes skattefordelens størrelse å spille en underordnet rolle. *Så lenge skattyter har en rasjonell begrunnelse for å gjennomføre disposisjonen også på rent ikke-skattemessig grunnlag, synes det å ha liten betydning om skattefordelen dominerer eller er hovedformålet*. Men forutsetningen er at det forretningsmessige formålet ikke kunne ha vært oppnådd like godt på en enklere måte.»^{142 143}

Skar er riktignok noe tilbakeholden med å hevde at grunnvilkåret *egentlig* er en betingelsestest, i den forstand at det gjelder *et vilkår* om at disposisjonen må være skattebetingsbet. I stedet konkluderer han med at:

«... disposisjonen vanligvis ikke er tilstrekkelig skattemotivert bare fordi skattehensynet er hovedformålet. Som oftest kreves det også at skattemotivet har vært en nødvendig betingelse for gjennomføringen.»¹⁴⁴

Skar er heller ikke alene om å fremheve at grunnvilkåret praktiseres strengere enn hva ordlyden tilsier, og at det avgjørende ser ut til å være om det var grunn til å gjennomføre disposisjonen også uten skattefordelen. For eksempel skriver Gjems-Onstad at:

«[Det] synes vanskelig å sette en disposisjon til side hvis skattyter kan argumentere for at transaksjonen forretningsmessig sto på egne bein. Den hadde

¹⁴¹ Som jeg påpekt i delkapittel 6.2.3.4, er lignende formuleringer – som forutsetter at skattefordelen var en nødvendig betingelse for at skattyter gjennomførte disposisjonen – gjentatt i de fleste dommene hvor det ble konstatert omgåelse.

¹⁴² Se Skar s. 149-150.

¹⁴³ Mine uthevninger.

¹⁴⁴ Se Skar s. 150.

en forretningsmessig egenverdi til tross for at det skattemessige i tall dominerte. *I slike tilfeller kan Høyesteretts normformulering fremtre som misvisende*, hvis en ikke gjennom utleggingen av grunnvilkåret og totalvurderingen legger inn en egenverditest der transaksjoner står seg *hvis de ville ha blitt gjennomført uansett.*».^{145 146}

Tilsvarende formulerer Harboe spørsmålet slik:

«[...] Ville denne disposisjonen i det hele tatt funnet sted hvis det ikke var for nettopp skatteeffektene?».¹⁴⁷

Likeens har Folkvord – de lege ferenda – gitt uttrykk for at:

«[...] terskelen for skattemotivasjon bør bestemmes av om det er årsakssammenheng mellom transaksjonen og skattefordelen.».¹⁴⁸

6.2.5 Konklusjon: Disposisjonen må være skattebetinget

Ut fra det foreliggende rettskildebildet ser jeg det som mest nærliggende å legge til grunn at disposisjonen må være *skattebetinget* for at grunnvilkåret skal være oppfylt. Selv om denne konklusjonen står i et spenningsforhold til grunnvilkårets *utforming*, stemmer den godt med hvordan det *praktiseres*. I tillegg har konklusjonen god støtte i juridisk litteratur.

Slik jeg ser det, er det tyngste argumentet imidlertid de reelle grunner som kan anføres til støtte for et krav om årsakssammenheng mellom disposisjonen og skattefordel. Her skal jeg nevne slike to grunner:

¹⁴⁵ Se Gjems-Onstad mfl., *Norsk bedriftsbeskatningsrett*, Oslo 2015, 9. utgave s. 1070-1071.

¹⁴⁶ Mine uthevninger.

¹⁴⁷ Se Harboe s. 244.

¹⁴⁸ Se Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, Oslo 2006, s. 433-434.

For det første: Selv om det kreves kvalifisert overvekt av skattemotiver, vil også skattefordeler oppnådd gjennom forretningsmessig velbegrunnede disposisjoner kunne rammes. Ut fra omgåelsesnormens legislative begrunnelse kan det hevdes at slike disposisjoner ikke *bør* rammes. Grunnvilkårets utforming skaper dermed en unødvendig usikkerhet for slike disposisjoner, som i verste fall kan motvirke at de gjennomføres. Hvis det derimot kreves at disposisjonen må være skattebetinget, fjernes mye av denne usikkerheten. Som Skar skriver, vil et slikt krav innebære at:

«... skattyter som klar hovedregel handler trygt så lenge han ikke endrer adferd for å spare skatt.»¹⁴⁹

For det andre: Dersom grunnvilkåret krever at disposisjonen var skattebetinget, avverges også noen av de problemer *naturlig helhet-kriteriet* har skapt. Hva dette er kommer jeg tilbake til i neste delkapittel. Her er det tilstrekkelige å understreke at disse problemene *i seg selv* taler for å kreve årsakssammenheng mellom disposisjonen og skattefordelen.

6.3 Naturlig helhet-kriteriet

I dette delkapittelet skal jeg redegjøre for – og kort drøfte – hvilken rolle naturlig helhet-kriteriet spiller under omgåelsesnormen. Jeg kommer til å konsentrere meg om fire hovedspørsmål: *Hvor* kriteriet kommer fra, *hva* det går ut på, *hvorfor* det har blitt oppstilt og *hvordan* det er blitt oppfattet i litteraturen.

Naturlig helhet-kriteriet springer ut av uttalelser i senere omgåelsessaker, om at disposisjoner som utgjør en «*naturlig helhet*» må vurderes «*samlet*».¹⁵⁰ Første gang kriteriet ble formulert var i *Telenor*. Da kom uttalelsen i forbindelse med drøftelsen av grunnvilkåret, og lød slik:

«Dersom en disposisjon inngår som ledd i et større kompleks av disposisjoner, kan spørsmålet om skattebesparelsen fremstår som den klart viktigste

¹⁴⁹ Se Skar s. 151.

¹⁵⁰ Se HR-2016-2165 Ikea (avsnitt 90), Rt. 2014 s. 227 Tangen 7 (avsnitt 49), Rt. 2012 s. 188 Dyvi (avsnitt 38), Rt 2008 s. 1537 ConocPhillips (avsnitt 43) og Rt. 2006 s. 1232 Telenor (avsnitt 49).

motivasjonsfaktoren, ikke vurderes isolert for hver enkelt disposisjon, men må avgjøres ut fra en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet.».

Senere – for eksempel i *Dyvi* og *IKEA* – har det blitt understreket at kriteriet også gjelder ved formålsvurderingen, herunder ved vurderingen av disposisjonens virkninger.

Slik kriteriet er formulert, later det altså til å være et innledende, avgrensende krav til hvilke deler av disposisjonsrekken som kan tas i betraktning i omgåelsesvurderingen. Kriteriet gjelder med andre ord faktum, og retter seg dels mot hvordan den relevante disposisjonen skal defineres, og dels mot hvilke faktiske trekk ved disposisjonen som kan vektlegges i formålsvurderingen.

På tross av at kriteriet altså er nokså sentralt under begge vilkårene, har det ikke blitt presisert *hvorfor* det må oppstilles. Dette er underlig, dels fordi kriteriet fremstår som uvanlig: Regler utformes sjelden slik at faktum må avgrenses før det kan vurderes om vilkårene er oppfylt.

Som Skar fremhever, er det mulig at kriteriet er blitt oppstilt som følge av grunnvilkårets vide utforming.¹⁵¹ Som påpekt i delkapittel 6.2.5 er grunnvilkåret formulert *for* vidt, blant annet fordi det omfatter forretningsmessige fornuftige disposisjoner. Grunnvilkårets utforming skaper således et behov for «å sile ut» slike disposisjoner. Dette kan gjøres på flere måter.

Den mest direkte måten er å gi grunnvilkåret en snevrere utforming, for eksempel ved å kreve at disposisjonen må være skattebetinget. En annen, og etter mitt syn mindre heldig løsning, er å definere disposisjonen ut fra det ønskede resultatet.¹⁵² At grunnvilkårets virkeområde kan innsnevres på dette viset, skyldes at vurderingen av skattyters motivasjon vil påvirkes – og ofte også avhenge – av hvordan «disposisjonen» defineres.

¹⁵¹ Se Skar s. 224.

¹⁵² I amerikansk skatterett omtales dette som «framing of the transaction». Dette kommer jeg tilbake til i delkapittel 6.5.

Dersom disposisjonen defineres vidt, det vil si at det vurderes om en større del av disposisjonsrekken var skattemotivert, for eksempel hele transaksjonskjeden, vil de forretningsmessige virkningene normalt være mest fremtredende. Dermed blir det også vanskeligere å konstatere at de skattemessige motivene har hatt tilstrekkelig overvekt.

Dersom disposisjonen derimot defineres snevert, det vil si at det vurderes om en mindre del av disposisjonsrekken var skattemotivert – for eksempel kun det leddet som gav en skattefordel – vil de skattemessige virkningene normalt være mest fremtredende. Dermed blir det også lettere å konstatere at de skattemessige motivene har hatt tilstrekkelig overvekt.

Fra rettspraksis er det særlig tilpasninger til fritaksmetoden som illustrerer denne svakheten ved grunnvilkåret. Før det i *Tangen* 7¹⁵³ ble avklart at tilpasninger til fritaksmetoden alltid står seg, ble omgåelsesnormen tidvis anvendt mot tilpasninger hvor eiendeler ble overdratt som aksjesalg via fisjon.

Fordi det ikke var praksis for å anvende omgåelsesnormen mot forretningsmessig fornuftige fremgangsmåter, skapte dette problemer: Ofte var nemlig aksjesalg via fisjon en forretningsmessig velbegrunnet form for virksomhetsoverdragelse. Ved å utfisjonere de aktiva som ikke knyttet seg til virksomheten, kunne virksomheten – med tilknyttede aktiva, som kundekontrakter – overføres skattefritt. Kjøper fikk med andre ord overta et «ferdig» tilskåret selskap, samtidig som selger sparte skatt.

Fordi denne fremgangsmåten altså var forretningsmessig fornuftig, ble skattyterne derfor også stort sett frifunnet under *formålsvurderingen* i disse sakene. Grunnvilkåret om hovedsakelig skattemessig motivasjon kunne likevel skape forvirring. Nettopp fordi aksjesalg via fisjon gav store skattefordeler, førte det vanligvis til at grunnvilkåret var oppfylt.

I enkelte saker ble derfor naturlig helhet-kriteriet brukt for å avhjelpe dette «problemet». Ved å uttale at «den naturlig helhet måtte vurderes samlet» og at hele opplegget i dette tilfellet utgjorde en naturlig helhet, kunne den relevante disposisjonen utvides: I stedet for å vurdere fremgangsmåten – og å reise spørsmål om aksjesalg via fusjon var hovedsakelig skatte-

¹⁵³ Jf. Rt. 2014 s. 227.

motivert – ble det reist spørsmål om selve avhendelsen av virksomheten var hovedsakelig skattemotivert, et spørsmålet som åpenbart ikke kunne gis et bekræftende svar.

Ettersom kriteriet om naturlig helhet er bestemmende for hvordan disposisjonen defineres, og dette ofte er avgjørende for utfallet av motivasjonsvurderingen, kan kriteriet også gi vilkårlige resultater hvis det anvendes «feil», ved at disposisjonen defineres *for* vidt eller *for* snevert.

I så måte kan *Dyvi* være illustrerende. Her kan det se ut til at den relevante disposisjonen ble definert *for vidt*. I korthet var saksforholdet at skattyter ervervet aksjene i et holdingselskap som – på grunn av driften i to datterselskaper – hadde opparbeidet seg et stort fremførbart underskudd. Etter ervervet ble de tre selskapene innlemmet i skattyters konsern, og det fremførbare underskuddet ble utnyttet via reglene om konsernbidrag.

Staten angrep skattyters fremgangsmåte, og anførte at ervervet av holdingselskapet var en skattebetinget omvei til datterselskapene. Begrunnelsen ser ut til å ha vært at siden det var datterselskapene som var lagt ut for salg – ikke holdingselskapet – var den eneste grunnen til å legge inn bud på holdingselskapet at dette gav tilgang på det fremførbare underskuddet.

Høyesterett tok imidlertid ikke stilling til om *den valgte fremgangsmåten* var skattebetinget. I stedet ble det vurdert om *selve det å erverve de tre selskapene samlet* var skattemotivert. Og under denne synsvinkelen kunne disposisjonen helt klart forsvares rent forretningsmessig.

Fordi naturlig helhet-kriteriet kan gi slike vilkårlige resultater, har det møtt sterk motbør i juridisk litteratur. Skar skriver blant annet at:

«Det bør tydeliggjøres at forretningsmessig naturlige disposisjoner normalt står seg mot omgåelsesnormens vilkår, uavhengig av om det hovedsakelige motivet med disposisjonen er å spare skatt. I stedet for å knytte dette momentet til hvilke disposisjoner som skal vurderes, bør det fremheves mer eksplisitt på omgåelsesnormens vilkårsside.»¹⁵⁴

¹⁵⁴ Se Skar s. 226.

Likeens har Zimmer – under henvisning til *Dyvi* – hevdet at:

«[...] kriteriet er unødvendig, og dessuten kan gi uheldige resultater.»¹⁵⁵

I den foreliggende utredningen til lovfesting av omgåelsesnormen, er det derfor foreslått å sløyfe kriteriet. I stedet er det blitt lagt til grunn at det skal være adgang til å prøve både en enkeltstående disposisjon eller en rekke av disposisjoner opp mot omgåelsesnormens. Trolig er denne løsningen valgt fordi det er slik Høyesterett *vanligvis* har gått frem, typisk ved å prøve om det forhold skattemyndighetene har angrepet oppfyller omgåelsesnormens to vilkår.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Zimmer i NOU 2016: 5 s. 50.

¹⁵⁶ Det var for øvrig slik Høyesterett faktisk gikk frem i den siste omgåelsessaken, HR-2016-2165-A.

6.4 Motivasjonsvurderingen under PPT-regelen

6.4.1 Innledning

Som jeg fremhevet i kapittel 3, oppstiller også PPT-regelen et minstekrav om at disposisjonen må være skattemotivert. Som under omgåelsesnormen, er dette et *grunnleggende vilkår for å anvende regelen*, og nettopp derfor har jeg også valgt å omtale det som *grunnvilkåret*, selv om dette uttrykket – naturligvis – ikke brukes i OECD MC art. 29.

Som ved drøftelsen av omgåelsesnormen, er problemstillingen hva som er den nærmere terskelen for skattemotivasjon, altså:

Hvor stor vekt må skattyter tillegge skattemessige betraktninger for at disposisjonen skal være tilstrekkelig skattemotivert, slik at grunnvilkåret for å anvende PPT-regelen er oppfylt?

6.4.2 Grunnvilkårets ordlyd

Slik PPT-regelen er utformet i OECD MC art. 29, går grunnvilkåret ut på at:

«[...] *one of the principal purposes* [of the transaction or arrangement must be to obtain a benefit under this Convention]».

Direkte oversatt betyr denne formuleringen at *et av hovedformålene* med disposisjonen må være å oppnå en skattefordel.¹⁵⁷ Selv om prefikset *hoved* («principal») intuitivt gir inntrykk av at skatteformålet må være det viktigste formålet – og dermed at disposisjonen kun kan ha *ett* hovedformål – tyder flertallsformen («purposes») på det motsatte, og tilsier entydig at formuleringen skal forstås slik at disposisjonen *kan ha flere hovedformål*.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Tilsynelatende i samme retning: Furuseth s. 298: «Rent språklig betyr dette at en viktig grunn til at transaksjonen/arrangementet ble gjennomført var å få skattefordeler under skatteavtalen.»

¹⁵⁸ Av samme oppfatning: Michael Lang, «BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties», *Tax Notes international*, 2014, s. 655-664, på s. 659.

Hva som da blir avgjørende for å skille mellom *flere hovedformål* på den ene siden, og mellom *et hovedformål* og *andre, underordnede formål* på den andre siden, sies det imidlertid ingenting om.¹⁵⁹ Som påpekt av Furuseth, bidrar verken PPT-regelens ordlyd eller andre bestemmelser i OECDs mønsteravtale til å konkretisere terskelen for skattemotivasjon.¹⁶⁰ Det finnes således ingen uttalelse i mønsteravtalen tilsvarende den Høyesterett har gitt, om at skatteformålet må være «*den klart viktigste motivasjonsfaktoren*».¹⁶¹

Ordlyden i PPT-regelen krever følgelig ikke overvekt av skattemessige formål.¹⁶² Tvert imot; ordlyden indikerer faktisk at grunnvilkåret er oppfylt selv om skatteformålet *ikke* hadde større vekt enn andre formål. Tilsynelatende kreves det kun at skatteformålet kan betegnes som et av disposisjonens *hovedformål*, men hva som skal til for å kunne gjøre *det* – altså nøyaktig *hvor* terskelen ligger – gis det ikke noe klart svar på.

Siden det er uklart hvor terskelen for skattemotivasjon ligger, er det også uklart hvordan det skal avgjøres om terskelen er overskredet. Det kan likevel være nærliggende å anta at det siste spørsmålet beror på en vurdering av disposisjonens virkninger, eller mer presist: Beror på en avveining av disposisjonens skatte- og forretningsmessige gevinster. Dette er nemlig en vanlig fremgangsmåte for å fastslå formålet med en rettslig handling, herunder for å avgjøre om en disposisjon var skattemotivert. Også Kuzniacki ser ut til å tolke grunnvilkåret slik. Han uttaler nemlig i generelle ordelag at:

«[...] one of the most important factors of tax avoidance and treaty abuse may be the magnitude of the anticipated tax benefit in comparison to non-tax benefits

¹⁵⁹ Tilsvarende: Lang s. 659 og Luc De Broe og Joris Luts, «BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse», *Intertax*, 2015, s.122-146, s. 132.

¹⁶⁰ Se Furuseth 2016, s. 298.

¹⁶¹ Se *Hydro Canada* s. 465 og *Telenor* avsnitt 49.

¹⁶² Tilsvarende: Furuseth s. 298: «Det kan med andre ord ikke oppstilles et krav om at skattemessige hensyn veier mer en 50%.».

which arises from taxpayer's arrangement [...]».¹⁶³

Det kan derfor være naturlig å oppfatte grunnvilkåret slik at skattegevinsten må være så stor at den – sammenlignet med forretningsgevinsten(e) – fremstår som et av disposisjonens hovedformål. Men nøyaktig hvor terskelen ligger – altså hvor stor skattegevinsten må være for å kunne betegnes som et hovedformål – gis det som sagt ingen entydig indikasjon på.

Det ser dermed ut til at den eneste slutningen som kan trekkes fra grunnvilkårets ordlyd, er at skatteformålet må være *mer enn underordnet* – slik at det fremtrer som et av disposisjonens hovedformål – *men uten at det kreves overvekt*.¹⁶⁴

PPT-regelens grunnvilkår ser med andre ord ut til å være vesentlig videre enn omgåelsesnormens – i den forstand at det *skal mindre til* for at disposisjonen er tilstrekkelig skattemotivert. Og siden terskelen for skattemotivasjon altså ser ut til å være lavere under PPT-regelen enn under omgåelsesnormen, rammer PPT-regelen også flere disposisjoner enn hva omgåelsesnormen gjør.

Dersom de to reglene sammenlignes med utgangspunkt i normformuleringene, kan begge regler anvendes mot skattefordeler oppnådd gjennom *skattebetingede og hovedsakelig skattemotiverte disposisjoner*, herunder *forretningsmessig velbegrunnede disposisjoner*.

Men fordi terskel for skattemotivasjon er lavere under PPT-regelen enn under omgåelsesnormen, rekker PPT-regelens grunnvilkår lengre enn hva omgåelsesnormens gjør, og faktisk så langt at PPT-regelen rammer *hovedsakelig forretningsmotiverte disposisjoner*. At slike disposisjoner ligger i faresonen, kan nok fremstå som underlig, men lar seg enkelt illustrere ved et eksempel.

Hvis skattyter hadde tre likevektige motiver med disposisjonen – ett skattemessig og to forretningsmessige – vil disposisjonen fremstå som hovedsakelig forretningsmotivert,

¹⁶³ Se Kuzniacki s. 260.

¹⁶⁴ Muligens noe strengere: Furuseth s. 298 «Det er tilstrekkelig at skattemessige hensyn har vesentlig vekt.».

ettersom forretningsmotivene har «*overvekt*». Men siden de tre motivene var like viktige for skattyter, vil skattemotivet også fremstå som et av disposisjonens hovedmotiver. Ut fra PPT-regelens ordlyd kan det virke som at dette er tilstrekkelig til å overskride terskelen for skattemotivasjon.¹⁶⁵ Hvis disposisjonen derimot testes mot omgåelsesnormen, blir utfallet det motsatte: Her kreves det *minst* at skatteformålet var viktigere enn alle andre formål til sammen.¹⁶⁶

6.4.3 Nærmere om problemstillingen

I juridisk litteratur har PPT-regelen møtt sterk kritikk, og i tilknytning til grunnvilkåret er det særlig terskelen for skattemotivasjon som har blitt kritisert.

Kuzniacki skriver for eksempel at terskelen for skattemotivasjon er «*dangerous low*», fordi grunnvilkåret «*is formulated too widely*», og at dette «*gives rise to serious concerns*».¹⁶⁷

Furuseth går enda lengre og konkluderer med at grunnvilkåret:

«[...] må [...] tolkes innskrenkende.»¹⁶⁸

Også De Broe og Luts uttaler seg kritisk, og hevder at:

«[...] it is *fundamentally unacceptable* to deny treaty benefits to taxpayers merely because one of the (principal) motives was the obtaining of those benefits.»^{169 170}

¹⁶⁵ Tilsynelatende i samme retning: Lang s. 659: «The accusation of abuse applies even if the taxpayer, apart from one *or even several non-fiscal main purposes*, also targeted the main purpose of obtaining a treaty benefit.» (mine uthevninger).

¹⁶⁶ Som sagt blir de to reglene sammenlignet med utgangspunkt i normformuleringene.

¹⁶⁷ Kuzniacki s. 255-256.

¹⁶⁸ Furuseth s. 300.

¹⁶⁹ De Broe og Luts, s. 132.

¹⁷⁰ Mine uthevninger.

Samt at:

«[...] the PPT should only be applied if a transaction or arrangement was *solely* or at least *predominantly* inspired by treaty benefits, i.e., benefits of a treaty should be granted even if there is a tax motive provided a genuine economic objective is being pursued.».^{171 172}

For De Broe og Luts er det viktig at grunnvilkårets språklige utforming innebærer at det lett vil være oppfylt ved grenseskridende transaksjoner. Begrunnelsen er at skattekonsekvenser, herunder skattekostnader er:

«... one of the most important business costs, as a result of which any reasonable and diligent businessman will take into account the tax effect of its business decisions.».^{173 174}

Dette ser ut til å være en korrekt observasjon: Skattyter er for eksempel et internasjonalt selskap som skal satse i Skandinavia, og som etablerer hovedkontoret i Danmark. Hvis Danmark velges fordi forretningsforholdene er gode, samtidig som det er skattemessig gunstig under den nordiske skatteavtalen,¹⁷⁵ kan det se ut til at skattevirkningen medfører at terskelen for skattemotivasjon overskrides. Her vil det i hvert fall rent språklig være naturlig å si at skattemotivet er et av disposisjonens hovedmotiver.

Enkelte hevder også at dette problemet ved grunnvilkåret vil slå ulikt ut avhengig av *hvor* disposisjonen foretas. Blant annet hevder KPMG Irland, at terskelen for skattemotivasjon lettere vil overskrides hvis disposisjonen foretas i mindre stater, med gunstige skatteregler,

¹⁷¹ De Broe og Luts s. 132.

¹⁷² Forfatterens uthevninger.

¹⁷³ De Broe og Luts s. 132.

¹⁷⁴ Mine uthevninger.

¹⁷⁵ Se Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue.

enn i større stater med mindre gunstige skatteregler.¹⁷⁶ Det underliggende synspunktet ser ut til å være at de skattemessige konsekvensene av disposisjonen blir mer fremtredende i mindre stater enn i større statene, slik at disposisjonen får et tydeligere «omgåelsespreg». Nettopp av den grunn skriver Kuzniacki at:

«[...] the current wording of the PPT appears to be heavily biased against smaller jurisdictions.»¹⁷⁷

Som jeg straks skal forklare, kan nok Kuzniackis påstand diskuteres. Uttalelsen understreker likevel et viktig poeng, nemlig at grunnvilkårets språklige utforming harmonerer dårlig med PPT-regelens legislative begrunnelse, herunder dens formål.

Som jeg fremhevet i kapittel 2, skal PPT-regelen motvirke transaksjoner som uthuler kildestatens skattefundament. Kort fortalt betyr det at PPT-regelen skal ramme transaksjoner som foretas av skattemessige årsaker, og som ikke bidrar til at det genereres økonomiske verdier. PPT-regelen skal altså ramme *en bestemt type* av uønskede grenseskridende transaksjoner, men slik grunnvilkåret er utformet, rammes *langt flere* transaksjoner.

Det at grunnvilkåret rent språklig favner for vidt, kan ved første øyekast fremstå som en rent formell innvending: Kravet til skattemotivasjon er jo kun et minstekrav for anvende PPT-regelen. For at skattefordelen skal bortfalle, kreves det i tillegg at den strider mot den aktuelle bestemmelsens formål. Nettopp fordi skattefordelen ikke bortfaller kun fordi disposisjonen er skattemotivert, kan det også diskuteres om PPT-regelen virkelig er «*heavily biased against smaller jurisdictions*».¹⁷⁸

Likevel skaper nok grunnvilkåret en unødvendig usikkerhet for ønskende grenseskridende transaksjoner, en usikkerhet som i verste fall kan lede til at slike transaksjoner ikke utføres. Dermed kan det se ut til at grunnvilkåret *også* harmonerer dårlig med *skatteavtalenes formål*,

¹⁷⁶ KPMG Ireland BEPS action 6: Preventing Treaty abuse (Fairness for smaller economies). s. 9-10.

¹⁷⁷ Se Kuzniacki s. 260.

¹⁷⁸ Se Kuzniacki s. 260.

som særlig er å motvirke dobbeltbeskatning blant annet *for å stimulere til internasjonal samhandel*.

Dersom grunnvilkåret var blitt formulert snevrere, for eksempel i den retning De Broe og Luts foreslår,¹⁷⁹ ville de ovennevnte problemene vært unngått. Siden PPT-regelen allerede er vedtatt, er dette imidlertid ingen farbar vei. Etter mitt syn taler likevel de nevnte innvendingene med adskillig tyngde for å reise spørsmål om grunnvilkåret *i stedet* kan tolkes innskrenkende.

I det følgende er problemstilling derfor om det finnes rettskildemessig grunnlag for å tolke PPT-regelens grunnvilkår innskrenkende, med den virkning at terskelen for skattemotivasjon heves, slik at grunnvilkårets virkeområde innsnevres.

For å besvare dette spørsmålet skal jeg se nærmere på OECDs *kommentarer* og *eksempler*. Hensikten er å undersøke om disse kildene kan bidra til å konkretisere den nærmere terskelen for skattemotivasjon, og *særlig* om de gir støtte til en innskrenkende tolkning av grunnvilkåret.

6.4.4 OECDs kommentarer

6.4.4.1 Innledning

For å forklare det nærmere innholdet i PPT-regelen, har OECD gitt 14 kommentarer. Av disse er det imidlertid kun kommentar 180 og 181 som direkte gjelder den nærmere terskelen for skattemotivasjon. I hovedsak er det derfor disse kommentarene jeg skal se på i det følgende.

I prinsippet vil imidlertid også andre kommentarer enn dem som gjelder selve PPT-regelen kunne trekkes inn ved tolkningen. Nærmere bestemt ser det ut til at kommentarene som uttrykker «the guiding principle» vil kunne gi bidrag. Som påpekt i kapittel 2 er PPT-regelen nemlig ment å kodifisere denne omgåelsesregelen.¹⁸⁰ Jeg skal derfor også se på om disse kommentarene taler for å tolke grunnvilkåret innskrenkende.

¹⁷⁹ De Broe og Luts s. 132

¹⁸⁰ Se kommentar 169 til PPT-regelen.

Drøftelsen struktureres på følgende måte: Først ser jeg på kommentarene som uttrykker «the guiding principle», deretter ser jeg på kommentarene som gjelder selve PPT-regelen.

6.4.4.2 Kommentarene som gjelder «the guiding principle»

Det såkalte «guiding principle» uttrykkes i kommentarene OECD MC artikkel 1. Som påpekt av Furuseth,¹⁸¹ er det særlig kommentar 61¹⁸² – hvor «vilkårene» for å anvende «the guiding principle» angis – det er verd å se nærmere på når det er spørsmål om å tolke grunnvilkåret innskrenkende. Kommentaren lyder slik:

«It is important to note, however, that *it should not be lightly assumed* that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available *where a main purpose* for entering into certain transactions or arrangements *was to secure a more favorable tax position* and obtaining that more favorable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.»^{183 184}

Når det gjelder merknaden i første setning, om at «*it should not be lightly assumed*» at det dreier seg en omgåelsesdisposisjon, hevder Furuseth at dette innebærer at:

«[Det skal] en del til for at grunnvilkåret i PPT-regelen er oppfylt.»¹⁸⁵

Dette er jeg enig i. Etter mitt syn tilsier merknaden at PPT-regelen ikke kan anvendes basert på overflatiske betraktninger og antagelser om «misbruk». Det skal med andre ord foretas en grundig vurdering, og det selv om disposisjonen for eksempel har et visst «omgåelsespreg».

¹⁸¹ Jf. Furuseth s. 298.

¹⁸² I Furuseth s. 298 henvises det til kommentar 9.5. til OECD MC artikkel 1. I den nyeste utgaven av OECDs kommentarer til mønsteravtalen tilsvarer dette kommentar 61 til artikkel 1.

¹⁸³ Se kommentar 61 til mønsteravtalen artikkel 1.

¹⁸⁴ Mine uthevninger.

¹⁸⁵ Jf. Furuseth s. 299.

Det kan imidlertid være vanskelig å se hvordan dette bidrar til å konkretisere den nærmere terskelen for skattemotivasjon. At PPT-regelen ikke kan anvendes basert på antagelser om misbruk, følger etter mitt skjønn – om enn indirekte – også av grunnvilkårets ordlyd.

Når det gjelder den påfølgende presiseringen om at skattefordelen først bør bortfalle hvis den var «*a main purpose*» for skattyter, hevder Furuseth at hvis PPT-regelen virkelig kodifiserer «the guiding principle», må ordene «*principal purpose*» forstås som «*main purpose*».¹⁸⁶ Det underliggende synspunktet later til å være at dette vil heve terskelen for skattemotivasjon.

Jeg er for så vidt enig i at ordene «*a main purpose*» *muligens* oppstiller *en noe* høyere terskel for skattemotivasjon enn hva ordene «*one of the principal purposes*» gjør, men etter mitt syn er det tale om en *gradsforskjell*, ikke en *vesensforskjell*. Slik jeg ser det, sier kommentaren stort sett det samme som PPT-regelens ordlyd gjør. I så måte bekrefter den de slutninger som kan trekkes fra ordlyden. Jeg har derfor vanskelig for å se at denne kommentaren taler for å tolke grunnvilkåret innskrenkende, slik Furuseth antyder. I det hele tatt er min oppfatning at denne kommentaren egentlig ikke gir særlig bidrag til å konkretisere den nærmere terskelen for skattemotivasjon.

6.4.4.3 Kommentarene som gjelder PPT-regelen

Jeg skal nå se nærmere på kommentar 180 og 181 til PPT-regelen.

Kommentar 180 lyder slik:

«The reference to «one of the principal purposes» means that obtaining the benefit [...] *need not be the sole or dominant purpose* of a particular arrangement or transaction. It is sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit.»¹⁸⁷

¹⁸⁶ Jf. Furuseth s. 299.

¹⁸⁷ Mine uthevninger.

Denne merknaden sier altså at det med ordene «one of the principal purposes» ikke menes at skatteformålet må være «*the sole or dominant purpose*» med disposisjonen. Det sies med rene ord at grunnvilkåret *ikke krever* at disposisjonen må være *utelukkende skattemessig motivert, skattebetinget eller at skattemessige hensyn må ha vært klart viktigst ved gjennom-føringen av disposisjonen*.

Når det gjelder den påfølgende presiseringen om at det er tilstrekkelig at «...*at least one of the principal purposes was to obtain the benefit*» gir ikke dette nevneverdig bidrag til å fastlegge den nærmere terskelen for skattemotivasjon. Det er i beste fall tale om en sirkel-definisjon.

Slik jeg ser det, sier denne kommentaren derfor omtrent det samme som PPT-regelens ordlyd gjør. Utover at den dermed ser ut til å bekrefte de slutninger som kan trekkes fra ordlyden, gir den derfor ikke særlig bidrag til å konkretisere den nærmere terskelen for skattemotivasjon.

Jeg skal nå behandle kommentar 181. Fordi denne kommentaren er vesentlig lengre og inneholder flere poenger enn kommentar 180, ser jeg på én setning om gangen.

Den første setningen lyder slik:

«[a] purpose will not be a principal purpose when it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining the benefit was not a *principal consideration* and *would not have justified* entering into any arrangement or transaction that has, alone or together with other transactions, resulted in the benefit.»¹⁸⁸

Her betones altså den vekt skattyteren legger på skattefordelen, samt dens størrelse eller betydning for ham.

Uttalelsen om at skattefordelen må være «a principal consideration», tilsier at det må ha vært viktig for skattyter oppnå skattefordelen. Etter mitt skjønn kan dette tyde på at skattefordelen

¹⁸⁸ Mine uthevninger.

må være av en viss størrelse eller betydning *for den konkrete skattyteren*. Men hva dette betyr for den nærmere terskelen for skattemotivasjon er vanskelig å si sikkert.

Den påfølgende uttalelsen om at skattefordelen «[could] have justified [entering into the transaction]» inneholder et element av et årsakskrav. Hvis merknadene leses i sammenheng, kan det se ut som at skattefordelen må være så gunstig at den alene gir god nok grunn til å gjennomføre disposisjonen.

Etter mitt syn er dette imidlertid en nokså vag retningslinje: Det er vanskelig si «når» skattefordelen er så stor eller viktig for skattyteren, at den alene gir god nok grunn til å gjennomføre disposisjonen. Slik jeg ser det, tyder denne kommentaren derfor helst på at grunnvilkåret ikke vil være oppfylt hvis skattefordelen er helt marginal eller uvesentlig. Dette kan imidlertid også utledes av grunnvilkårets ordlyd.

Den andre setningen i kommentar 181, lyder slik:

«In particular where an arrangement is inextricably linked to a core commercial activity, and its form has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principal purpose will be considered to be to obtain that benefit.»¹⁸⁹

Her sies det altså at hvis disposisjonen fremmer en reell forretningsaktivitet, og skattyters valg av form eller fremgangsmåte ikke skyldes skattemessige hensyn, er det også usannsynlig at grunnvilkåret er oppfylt.

Etter mitt skjønn er dette en av de mer opplysende kommentarene, i den forstand at den sier noe konkret om hva som er den nærmere terskelen for skattemotivasjon. På den annen side er denne merknaden *uforenlig* med grunnvilkårets språklige utforming: Hvis grunnvilkåret skal forstås slik at det primært er oppfylt der skattyter ikke driver reell økonomisk aktivitet, eventuelt der den valgte formen eller fremgangsmåten fremstår som tydelig skattemotivert, ligger det nær å si at disposisjonen må ha vært *utelukkende skattemotivert, herunder skatte-*

¹⁸⁹ Mine uthevninger.

betinget, eller i det minste at *skattemessige hensyn må ha hatt kvalifisert overvekt* da disposisjon ble foretatt.

Denne kommentaren lar seg derfor heller ikke forene med merknadene i kommentar 180, som jo i klartekst uttaler at skatteformålet «*need not be sole or dominant purpose*» med disposisjonen. I så måte bærer disse kommentarene et visst preg av at det har vært vanskelig å oppnå enighet om hvor strengt motivasjonskravet skal være.

Nettopp av disse grunner er det også vanskelig å si hvilken vekt merknadene i kommentar 181 kan tillegges. At merknadene gir anvisning på forskjellige terskler – både fullstendig overvekt av skattemotiver, men også et lempeligere krav om kvalifisert overvekt – gjør det desto vanskeligere å trekke en klar slutning. Det kan imidlertid se ut til at Furuseth tillegger kommentar 181 størst vekt. Han skriver nemlig at:

«Ved å sammenholde [kommentar 180 og 181] må [grunnvilkåret] tolkes innskrenkede.»¹⁹⁰

Dette resonnementet har jeg vanskelig for å følge. Jeg er enig i at kommentar 181 tyder på at terskelen for skattemotivasjon er høyere enn hva ordlyden indikerer. Men når kommentar 180 bekrefter de slutninger som kan trekkes fra grunnvilkårets ordlyd – og derfor tilsier at ordlyden gir en dekkende beskrivelse av den reelle terskelen for skattemotivasjon – forstår jeg ikke hvordan kommentar 180 kan påberopes til støtte for en innskrenkende tolkning. Sagt med andre ord: Jeg forstår ikke hvordan en kilde som taler for å følge ordlyden *sammenholdt* med en som taler mot å følge den, kan gi grunnlag for en innskrenkende tolkning. Disse kildene trekker jo i ulike retninger.

Slik jeg ser det, er det kun én slutning som trygt kan trekkes: Kommentar 181 tyder på at motivasjonskravet er mye strengere enn hva grunnvilkårets ordlyd tilsier, og at hvis grunnvilkåret tolkes slik heves terskelen for skattemotivasjon vesentlig.

¹⁹⁰ Se Furuseth s. 299-300.

6.4.5 OECDs eksempler

6.4.5.1 Innledning

I tillegg til å kommentere det nærmere innholdet i PPT-regelens vilkår, har OECD utformet *ti eksempler* som skal vise i hvilke tilfeller regelen kan anvendes. I fire av disse eksemplene er grunnvilkåret oppfylt, mens det i de seks andre ikke er oppfylt.

I det følgende skal jeg se på alle eksemplene der grunnvilkåret er oppfylt, men bare noen der det ikke er oppfylt; jeg avgrenser mot eksempler som ikke bidrar til å fastlegge den nærmere terskelen for skattemotivasjon.

Drøftelsen struktureres på følgende vis: Først behandles eksemplene der grunnvilkåret *er* oppfylt, deretter eksemplene der det *ikke er* oppfylt.

6.4.5.2 Eksempler der grunnvilkåret er oppfylt

Det første eksemplet jeg skal se på er eksempel A:

«TCo, a company resident of state T, owns shares of SCo, a company listed on the stock exchange of State S. State T does not have a tax convention with state S and, therefore, any dividend paid by SCo to TCo is subject to a withholding tax on dividends of 25 per cent in accordance with the domestic law of state S. Under the State R-State S tax convention, however, there is no withholding tax on dividends paid by a company resident of a Contracting state and beneficially owned by a company resident of the other State. TCo enters into an agreement with RCo, an independent financial institution resident of State R, pursuant to which TCo assigns to RCo the right to the payment of dividends that have been declared but have not yet been paid to SCo.».

I dette eksempelet overfører TCo retten til å motta utbytte til RCo. Siden oppleggets eneste virkning er at RCo kan motta utbytte skattefritt, ser det ut til å dreie seg om en skattebetinget disposisjon. Slik grunnvilkåret er utformet, ser det altså ut til å være *overopplylt*. Nettopp derfor skulle det være nærliggende å anta at *dette* ble understreket i merknaden. Det blir det imidlertid ikke. Holdningen til skattyters motivasjon er langt mer forsiktig. I stedet for å si at

disposisjonen er skattebetinget, sies det at:

«In this example, in absence of facts and circumstances showing otherwise, *it would be reasonable to conclude that one of the principal purposes* for the arrangement under which TCo assigned the right to the right to payment of dividends to RCo was for RCo to obtain the benefit of the exemption from source taxation of dividends provided for by the State T-stat S tax convention.»¹⁹¹

Det andre eksemplet jeg skal se nærmere på er eksempel B. Eksempelet har følgende ordlyd:

«SCo, a resident of State S, is a subsidiary of TCo a company resident of State T. State T does not have a tax convention with state S and, therefore, any dividends paid by SCo to TCo is subject to a withholding tax on dividends of 25 per cent in accordance with the domestic law of State S. Under the State R-State S-State tax convention, however, the applicable rate of withholding tax on dividends paid by a company of State S to a resident of State R is 5 per cent. TCo there enters into an agreement with RCo, a financial institution resident of state R and a qualified person under subparagraph 3 a) of this Article, pursuant to which RCo acquires the usufruct of newly issued non-voting preferred shares of SCo for a period of three years. TCo is the bare owner of these shares. The usufruct gives RCo the right to receive the dividends attached to the preferred shares. The amount paid by RCo to acquire the usufruct corresponds to the present value of the dividends to be paid on the preferred shares over the period of three years (discounted at the rate of which TCo could borrow form RCo).».

Slik eksempelet er formulert, ser det ut til at den eneste grunnen for at RCo overtok bruksretten til aksjene, var at skatteavtalene mellom stat R og stat S gjorde at RCo kunne motta utbytte skattefritt. Som i eksempel A, er det årsakssammenheng mellom disposisjonen og skattefordelen, slik at grunnvilkåret igjen er overoppfyllt. Men heller ikke denne gangen understrekes dette. I stedet gjentas uttalelsen fra eksempel A:

¹⁹¹ Mine uthevninger.

«In this example, in the absence of facts and circumstances showing otherwise, it would be reasonable to conclude that one of the principal purposes for the arrangement under which [...] was to obtain the benefit.»¹⁹²

Det tredje eksemplet i denne kategorien er eksempel J. Dette er for øvrig det ene av to eksempler som gjelder konkrete bestemmelser i mønsteravtalen:

«RCo is a company resident of State R. It has successfully submitted a bid for the construction of a power plant for SCo, an independent company resident of State S. That construction project is expected to last 22 months. During the negotiation of the contract the project is divided into two different contracts, each lasting 11 months. The first contract is concluded with RCo and the second contract is concluded with SUBCO, a recently incorporated wholly-owned subsidiary of RCo resident of state R. At the request of SCo, which wanted to ensure that RCo would be contractually liable for the performance of the two contracts, the contractual arrangements are such that RCo is jointly and severally liable with SUBCO for the performance of SUBCO's contractual obligations under the SUBCO-SCo contract.»

Siden det eneste skattyteren oppnådde ved å dele kontrakten i to kontrakter, var at verken RCo eller SUBCO fikk fast driftssted i kildestaten, jf. OECD MC art. 5, er disposisjonen skattebetinget. Dette bekreftes – om enn indirekte – av merknaden til eksempelet:

«In this example, in the absence of other facts and circumstances showing otherwise, it would be reasonable to conclude that one of the principal purposes for the conclusion of the separate contract [...] was for RCo and SUBCO to each obtain the benefit of the rule in paragraph 3 of article 5 of the State T-State S tax convention.»

Det siste eksempelet der det konstateres skattemotivasjon, og som for øvrig er det andre

¹⁹² Mine uthevninger.

eksempelet som gjelder konkrete bestemmelser i mønsteravtalen, er eksempel E:

«RCo is a company resident of stat R and, for the last 5 years, has held 24 per cent of the shares of company SCo, a resident of state S. Following the entry-into-force of a tax treaty between States R and S (Article 10 of which is identical Article 10 of this Model) RCo decides to increase to 25 per cent its ownership of shares of SCo. The facts and circumstances reveal that the decision to acquire these additional shares has been made primarily in order to obtain the benefit of the lower rate of tax provided by Article 10(2)(a) of the treaty.»

Dette eksempelet skiller seg fra de tre andre. Her er det nemlig *ikke like opplagt* at det dreier seg om en skattebetinget disposisjon. Fordi eierandelsøkningen også gir krav på et større utbytte, er det forretningsmessig velbegrunnet å kjøpe aksjene. Men siden eierandelen har vært konstant i fem år, og først økes når det blir skattemessig gunstig, kan det innvendes at skattyter neppe ville økt eierandel *på dette tidspunktet* hvis ikke skatteavtalen ble endret. Dermed kan det hevdes at disposisjonen – forstått som det tidspunktet eierandelen økes – er skattebetinget.¹⁹³ Personlig ser jeg dette som mest nærliggende, særlig fordi økningen er minimal og tilsynelatende foranlediges av at skatteavtalen endres.

Som fremstillingen ovenfor viser, er disposisjonen skattebetinget i samtlige eksempler. Slik grunnvilkåret er formulert, er det således kun gitt eksempler der grunnvilkåret er *overoppfyllt*. Det er altså ikke gitt et eneste eksempel som illustrerer grensetilfeller, kanskje bortsett fra eksempel E. Hva dette kan bety i tolkningsammenheng, kommer jeg tilbake til avslutningsvis i neste delkapittel.

6.4.5.3 Eksempler der grunnvilkåret *ikke* er oppfylt

Det første eksempelet i denne kategorien er eksempel F. Det lyder slik:

«TCo is a publicly-traded company resident of state T. TCo's information technology business, which was developed in State T, has grown considerably

¹⁹³ Tilsvarende Vikram Chand: «The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis», *Intertax* 2018, s. 18-44, s. 26

over the last few years as a result of an aggressive merger and acquisition policy pursued by TCo's management. RCo, a company resident of State R (a state that has concluded many tax treaties providing for no or low source taxation of dividends and royalties), is a family-owned holding company of a group that is also active in the information technology sector. Almost all the shares of RCo are owned by residents of state R who are relatives of the entrepreneur who launched and developed the business of the RCo group. RCo's main assets are shares of subsidiaries located in neighboring countries, including SCo, a company resident of State S, as well as patents developed in state R and licensed to their subsidiaries. TCo, which has long been interested in acquiring the business of the RCo group and its portfolio of patents, has made an offer to acquire all the shares of RCo.».

Her ønsker altså TCo å erverve aksjene i RCo. Den eneste skattefordelen dette kan gi, er at RCo – på grunn av skatteavtalen mellom stat R og stat S – kan motta utbytte skattefritt fra datterselskapet SCo. Om skattyters motivasjon står det at:

«In this example, in the absence of other facts and circumstances showing otherwise, it would be reasonable to conclude that the principal purposes for the acquisition of RCO *are related to the expansion of the business* of the TCO group and *do not include the obtaining of benefits under the treaty between States R and S.*».¹⁹⁴

Slik eksempelet er formulert, er disposisjonen åpenbart ikke særlig skattemessig motivert. TCo har en klar forretningsmessig interesse i å erverve RCo – på grunn av konsernets virksomhet – og fremgangsmåten er heller ikke forretningsmessig unaturlig.

Det neste eksempelet jeg skal se på er eksempel C, som lyder slik:

«RCo, a company resident of State R, is in the business of producing electronic devices and its business is expanding rapidly. It is now considering establishing a

¹⁹⁴ Mine uthevninger.

manufacturing plant in a developing country in order to benefit from lower manufacturing costs. After a preliminary review, possible locations in three different countries are identified. All three countries provide similar economic and political environments. After considering the fact that State S is the only one of these countries which State R has a tax convention the decision is made to build the plant in that State.».

Her går disposisjonen altså ut på å bygge en fabrikk i et u-land, og valget faller på stat S, fordi dette er den eneste staten skattyters hjemstat har inngått skatteavtale med. Om skattyters motivasjon fremgår det imidlertid at:

«[...] In this example, it cannot reasonably be considered that one of the principal purposes for building the plant is to obtain treaty benefits.».

Etter mitt skjønn er denne konklusjonen overraskende. Når skattyter valgte stat S var det kun av skattemessige årsaker. Det ser med andre ord ut til å dreie seg om en fullt ut skattemotivert disposisjon,¹⁹⁵ slik at grunnvilkåret tvert imot skulle vært overoppfyllt.¹⁹⁶ Dette er imidlertid *ikke* et tilfelle der PPT-regelen *bør* anvendes: Det er klart at PPT-regelen ikke skal forhindre økonomisk aktivitet i u-land. Den skattefordelen skattyter oppnår i dette tilfellet er med andre i samsvar med bestemmelsens formål. Problemet med dette eksempelet er altså ikke *selve resultatet*, nemlig at skattefordelen innvilges, men den *begrunnelsen* som gis. Dette skal jeg si mer om i delkapittel 6.5. Jeg nøyer jeg meg derfor med å understreke at den fremgangsmåten som følges i dette eksemplet, harmonerer dårlig med den som følges i de øvrige eksemplene.

Det siste eksemplet jeg skal se nærmere på er eksempel G. Det lyder slik:

¹⁹⁵ Grunnen til at jeg betegner denne disposisjonen som «fullt ut skattemotivert» - og ikke «skattebetinget» - er at alternativene at forretningsmessige likestilte. I et slikt tilfelle passer det dårlig å beskrive disposisjonen som «skattebetinget», ganske enkelt fordi dette uttrykket forutsetter at skattyters valg er forretningsmessig mindre gunstig enn alternativet.

¹⁹⁶ Se De Broe og Luts s. 132: «Whereas the inference in this example is that obtaining treaty benefits is one of the principal purposes of the arrangement adopted, the OECD contends that the PPT is not violated in casu.».

«TCo, a company resident of state T, is a publicly-traded company resident of state T. It owns directly or indirectly a number of subsidiaries in different countries. Most of these companies carry on the business activities of the TCo group in local markets. In one region, TCo owns the shares of five such companies, each located in different neighboring States. TCo is considering establishing a regional company for the purpose of providing group services to these companies, including management services such as accounting, legal advice and human resources; financial and treasury services such as managing currency risks and arranging hedging transactions, as well as some other non-financing related services. After a review of possible locations, TCo decides to establish the regional company, RCo, in State R. This decision *is mainly driven by the skilled labor force, reliable legal system, business friendly environment, political stability, membership of a regional grouping, sophisticated banking industry and the comprehensive double taxation treaty network of State R, including its tax treaties with the five States in which TCO owns subsidiaries, which all provide low withholding tax rates.*».¹⁹⁷

Her går disposisjonen ut på å etablere et selskap som skal levere konserninterne tjenester til søsterselskaper. Dette selskapet etableres i stat R, blant annet fordi denne staten har inngått skatteavtaler med de statene hvor skattyters øvrige selskaper er hjemmehørende. Selv om dette vil gi store skattefordeler, konkluderes det likevel med at grunnvilkåret *ikke* er oppfylt, og det på tross av at avgjørelsen altså var:

«...*mainly driven by the skilled labor force [...] and the comprehensive double taxation treaty network of State R, including its tax treaties with the five States in which TCO owns a subsidiaries, which all provide low withholding tax rates.*».¹⁹⁸

¹⁹⁷ Mine uthevninger.

¹⁹⁸ Mine uthevninger.

Etter mitt skjønn er det nokså uforståelig at en disposisjon som var «*mainly driven*» av blant annet skattemessige betraktninger, ikke også oppfyller kravet om at skattemotivet må være et av disposisjonens hovedmotiver. Standpunktet begrunnes på denne måten:

«[...] merely reviewing the effects of the treaties on future payments by the subsidiaries to the regional company would not enable a conclusion to be drawn about the purposes for the establishment of RCo by TCo. Assuming that the intra-group services to be provided by RCo, [...] constitute a real business through which RCo exercises substantive economic functions, using real assets and assuming real risks, and that business is carried on by RCo through its own personnel located in State R, it would not be reasonable to deny the benefits of the treaties concluded between State R and the five states where the subsidiaries operate unless other facts would indicate that RCo has been established for other tax purposes.».¹⁹⁹

Her betones disposisjonens forretningsmessige trekk: Det understrekes at den er gjennomført i en fornuftig form, og at det utøves reell økonomisk aktivitet i kildestaten. Det ser således ut til at hensynet til økonomisk substans vektlegges som et argument *mot* at disposisjonen er skattemotivert. Dette resonnementet er særlig interessant.

På den ene siden er det klart at hensynet til økonomisk substans ikke er irrelevant for spørsmålet om skattemotivasjon. At disposisjonen mangler økonomisk substans kan ofte være et bevismoment. Hvis en skattyter i stat A for eksempel oppretter et selskap i stat B, fordi staten har inngått skatteavtaler som gjør at den kan brukes som et «gjennomstrømningsland» kan det at selskapet i stat B *kun eksisterer på papiret* være et bevismoment som indikerer at selskapet ble etablert av skattemessige årsaker.

Men at disposisjon ikke skal kunne være skattemotivert *fordi* den har økonomisk substans er vanskelig å forstå. Det skulle nemlig bety at skattemotiverte disposisjoner aldri har økonomisk substans, og det stemmer ikke. Hvis en skattyter for eksempel utsetter salget av et formuesgode til det blir skattemessig gunstig, vil salgstidspunktet være fullt ut skatte-

¹⁹⁹ Mine uthevninger.

motivert, men disposisjonen vil likevel ha økonomisk substans: Blant annet har skattyter hatt risikoen for verdisvingninger i perioden frem til salget, som han ellers ikke ville hatt.

Nettopp fordi det ikke gir noen mening å lese merknaden på dette viset, kan det heller ikke være riktig å lese den slik. Dersom det derimot ses hen til PPT-regelens formål, og særlig det at det er de skattemotiverte disposisjonene som ikke genererer økonomiske verdier OECD vil til livs, kan det se ut til at disposisjonen står seg *fordi* den er forretningsmessig fornuftig.

Slike disposisjoner medfører nemlig ingen *uthuling av skattefundamentene*, i den forstand uttrykket brukes i *BEPS action 6: Final Report*. Selv om også forretningsmessig fornuftige disposisjoner kan redusere skatteprovenyet, vil de vanligvis også generere verdier i kildestaten. Dermed faller de utenfor den transaksjonstypen OECD ser ut til å ville ramme.

At disposisjonen står seg fordi den er forretningsmessig fornuftig, har også god, om enn indirekte, støtte i de øvrige eksemplene til PPT-regelen. I flere av eksemplene der disposisjonen står seg – blant annet i eksempel G og C – beskrives hendelsesforløpet på en måte som gjør at grunnvilkåret burde vært oppfylt. Men også i disse tilfellene dreier det seg om *forretningsmessig fornuftige* disposisjoner. Ut fra PPT-regelens legislative begrunnelse kan det derfor hevdes at de *ikke bør* rammes.²⁰⁰ Den samme tendensen bekreftes av eksemplene der det konstateres skattemotivasjon; i samtlige tilfeller er disposisjonen skattebetingsbet.²⁰¹

Ut fra eksemplene kan det derfor være nærliggende å anta at det avgjørende spørsmålet er om den aktuelle disposisjonen kan forsvares rent forretningsmessig, og slik at hvis den kan det, spiller det ingen rolle om de skattemessige virkningene dominerer.

Etter mitt syn er det også et viktig poeng, at hvis PPT-regelen virkelig var ment å ramme skattefordeler oppnådd gjennom forretningsmessig fornuftige disposisjoner, burde det vært gitt eksempler som illustrerte dette og som gav veiledning ved grensedragningen. At det ikke

²⁰⁰ Også i eksempel F dreier det seg om en forretningsmessig fornuftig disposisjon.

²⁰¹ Jf. delkapittel 6.4.5.3.

er gitt slike eksempler kan nok heller ikke forklares som et arbeidsuhell. Hvis lovgiver²⁰² vil gi en regel som rekker vesentlig lengre enn hva den legislative begrunnelse kan bære, har lovgiver også en særlig sterk oppfordring til å forklare hvorfor dette er blitt gjort. Fraværet av slike av eksempler tolkes bør derfor tolkes som et bevisst standpunkt fra OECDs side.

Eksempelene til PPT-regelen, herunder at PPT-regelen ikke anvendes mot forretningsmessig fornuftige disposisjoner, kan dermed tyde på at det kreves en større grad av skattemotivasjon enn hva grunnvilkårets ordlyd tilsier. Nærmere bestemt kan det se ut til det avgjørende spørsmålet er om disposisjonen kan forsvares forretningsmessig, slik at disposisjonen trolig må være utelukkende skattemotivert, herunder skattebetinget, for at PPT-regelen skal kunne anvendes.

6.4.6 Oppsummering og konklusjon: Grunnvilkåret kan tolkes innskrenkende

Slik PPT-regelens grunnvilkår formuleres i OECD MC art. 29, kreves det at skattemotivet var «one of the principal purposes» med disposisjonen. Terskelen for skattemotivasjon er derfor nokså lav. Selv om den ikke fastsettes nøyaktig, kan det se ut til at det er nok at skattemotivet ikke er underordnet øvrige motiver.

Når det gjelder OECDs *kommentarer*, bærer disse et visst preg av at det har vært vanskelig å oppnå enighet om hvor den nærmere terskelen for skattemotivasjon skal ligge. Merknadene i kommentar 180 taler for å følge ordlyden. Det samme gjør kommentarene til «the guiding principle». Kommentar 181 tyder derimot på at motivasjonskravet er vesentlig strengere enn hva ordlyden indikerer. Dels taler den for et krav om fullstendig overvekt av skattemotiver, dels et krav om kvalifisert overvekt av skattemotiver.

Siden kommentarene trekker i ulike retninger, er det også vanskelig å si hvilke som bør gis størst vekt. Siden PPT-regelen skal tolkes etter Wienkonvensjonens objektive tolkningsprinsipper, kan det tale for å følge kommentarene som stemmer best med ordlyden. På den annen side er det synspunktene i kommentar 181 som gir best sammenheng med OECDs eksempler. Disse synspunktene harmonerer også bedre med PPT-regelens formål, herunder at

²⁰² Ordet «lovgiver» er her bevisst brukt om OECD.

den skal ramme transaksjoner som kun foretas av skattemessige årsaker, og som ikke bidrar til at det generere økonomiske verdier.

OECDs *eksempler* gir derimot mer entydige bidrag til tolkningen. Der det konstateres skattemotivasjon dreier det seg alltid om skattebetingede disposisjoner.²⁰³ Samtidig konstateres det aldri skattemotivasjon der disposisjonen er forretningsmessig velbegrunnet, og det selv om de skattemessige virkningene er så fremtredende at grunnvilkåret *burde* vært oppfylt. Leses disse eksemplene i sammenheng, ser det ut til at terskelen for skattemotivasjon ligger mye høyere enn hva ordlyden tilsier, og at det faktisk kreves at *skattemotivet var disposisjonens eneste motiv*.

Etter mitt syn tyder de foreliggende rettskildene derfor på at det reelle kravet til skattemotivasjon ligger adskillig høyere enn hva ordlyden indikerer. Selv om kildene riktignok ikke er helt entydige, taler de gjennomgående for at disposisjonen må være utelukkende skattemotivert, eller i hvert fall *bortimot* utelukkende skattemessige motivert. Også PPT-regelens formål taler for denne løsningen. Konklusjonen er derfor at grunnvilkåret kan tolkes innskrenkede, og at disposisjonen må være fullt ut skattemotivert for at PPT-regelen skal kunne anvendes.

6.5 En alternativ fremgangsmåte for å tolke grunnvilkåret innskrenkende: «The frame game»

I forrige delkapittel konkluderte jeg med at det reelle kravet til skattemotivasjon er strengere enn ordlyden tilsier, og at disposisjonen må være fullt ut skattemotivert for at PPT-regelen skal kunne anvendes.

I dette delkapittelet skal jeg se på en alternativ måte å innskrenke grunnvilkårets virkeområde på. Denne fremgangsmåten innebærer at grunnvilkårets ordlyd opprettholdes, slik at det er nok at skattemotivet var et hovedmotiv, men uten at de forretningsmessig velbegrunnede disposisjonene også rammes.

²⁰³ Det eneste unntaket er eksempel E, men slik jeg ser kan det også her argumenteres for at disposisjonen var skattebetinget.

Som påpekt i delkapittel 6.3 består omgåelsesdisposisjoner ofte av flere ledd, hvor noen er forretningsmessig velbegrunnede, mens andre kun er skattemotiverte. Som sagt fører dette til at motivasjonsvurderingen ofte avhenger av «hvordan» den relevante disposisjonen defineres.

Hvis skattyter for eksempel gjennomfører tre disposisjoner på rad, hvorav den første og tredje er forretningsmessig, mens den andre er skattemotivert, vil motivasjonsvurdering falle ulikt ut avhengig av hvilket ledd som vurderes. Hvis disposisjonsrekken vurderes under ett, vil «disposisjonen» fremstå som overveiende forretningsmotivert. Hvis vurderingen konsentreres om det andre, skattemessige leddet, vil «disposisjonen» fremstå som fullt ut skattemotivert.

Ved å isolere vurdering av skattyters motivasjon opp mot en bestemt del av disposisjonsrekken, eventuelt bestemte trekk ved disposisjonen, kan motivasjonsvurderingen altså manipuleres. Og fordi motivasjonsvilkåret utgjør PPT-regelens grunnleggende vilkår, kan også utfallet selve *omgåelsesvurderingen* manipuleres. Sagt med andre ord: Får skattyter gjennomslag for «sin» definisjon, er saken avgjort i hans favør.

Dette argumentasjonsmønsteret, der disposisjonen defineres slik at den får et bestemt «preg», har også oppstått i norsk rett. Som påpekt i delkapittel 6.3 ble naturlig helhet-kriteriet brukt til å utvide disposisjonen, slik at grunnvilkåret ikke var oppfylt, der aksjesalg via fisjon var en forretningsmessig fornuftig form for virksomhetsoverdragelse.²⁰⁴ Også i amerikansk skatterett er slike argumentasjonsmønstre et velkjent fenomen, og omtales som «framing of the transaction». Fordi dette er så utbredt, har enkelte omtalt rettsanvendelse i omgåelsesaker som «the frame game». Dette uttrykket henspiller på at omgåelsesaker avgjøres i «det skjulte», ved å definere disposisjonen, og ikke det i «åpne» ved å vurdere skattefordelens forhold til skattereglens formål. David Harriton hevder blant at:

«[...] the battle in the courts is primarily about «framing» the transaction as consisting of either the narrower tax-motivated structures or steps [...] or of the broader business objectives [...]».²⁰⁵

²⁰⁴ Se delkapittel 6.3.

²⁰⁵ Jf. David Harriton, «The Frame Game: How Defining the «Transaction» Decides the Case» *Tax lawyer*, Vol. 63, No. 1 2009, s. 1-43, på s. 1.

Som påpekt av Skar,²⁰⁶ oppstår slike argumentasjonsmønstre helst under omgåelsesregler med vide motivasjonsvilkår, i den forstand at det kreves *mindre* enn fullstendig overvekt av skattemotiver. Det er nemlig først der motivasjonsvilkåret formuleres på denne måten, at utfallet av motivasjonsvurderingen avhenger av hvordan disposisjonen defineres.

Hvis motivasjonsvilkåret derimot formuleres snevert, det kreves for eksempel at skattyters disposisjon eller fremgangsmåte er forretningsmessig unaturlig, blir det ikke like viktig å avgjøre «hva» som er disposisjonen. Motivasjonsvurderingen foretas nemlig på en annen måte: I stedet for å vurdere om «disposisjonen» var overveiende skattemotivert, tas det utgangspunkt i den oppnådde skattefordelen, hvorpå det vurderes om denne kunne vært oppnådd på en enklere måte. På sett og vis vurderes *hele* disposisjonsrekken, samtidig som det reises *et annet spørsmål*.

Siden PPT-regelen kun krever at skattemotivet var et av disposisjonens hovedmotiver, er motivasjonsvilkåret så vidt at det manipuleres gjennom «framing»: En disposisjon som i utgangspunktet *er tilstrekkelige skattemotivert*, kan defineres slik at den *likevel ikke rammes*.

Skattyter har for eksempel gjennomført en disposisjon som hovedsakelig gir skattemessige gevinster, men som likevel er forretningsmessig velbegrunnet. Her vil skattemotivet være et av disposisjonens hovedmotiver, og den vil derfor i utgangspunkt rammes av PPT-regelen.

Hvis motivasjonsvurderingen i stedet konsentreres om den forretningsmessige «delen», vil disposisjonen straks «bli» forretningsmotivert. Sagt med andre ord: Når disposisjonen gis en snever definisjon fremstår ikke lenger skattemotivet som et av dens hovedmotiver. Resultatet blir altså at en forretningsmessig fornuftig disposisjon, som i utgangspunktet dekkes av grunnvilkåret, likevel går klar av PPT-regelen.

I tillegg til at det er «teoretisk mulig» å innskrenke PPT-regelens grunnvilkår på denne måten, kan det faktisk se ut til at OECD legger opp til et slikt argumentasjonsmønster, blant annet i

²⁰⁶ Se Skar s. 224-225.

eksempel C. Selv om dette eksempelet er referert i delkapittel 6.4.5.3, er det tjenlig å gjenta det her:

«RCo, a company resident of State R, is in the business of producing electronic devices and its business is expanding rapidly. It is now considering establishing a manufacturing plant in a developing country in order to benefit from lower manufacturing costs. After a preliminary review, possible locations in three different countries are identified. All three countries provide similar economic and political environments. After considering the fact that State S is the only one of these countries which State R has a tax convention the decision is made to build the plant in that State.».

Slik eksempelet er utformet, er det sentrale hvilket land fabrikken skal bygges i. Det er dette valget som utgjør det skattemessige forholdet, og som det da er naturlig å vurdere opp mot grunnvilkåret. Og siden stat S ble valgt på grunn av skatteavtalen, er valget fullt ut skattemotivert. Grunnvilkåret burde altså være *overopplylt*. OECD fremholder likevel at:

«In this example, whilst the decision to invest in State S is taken in the light of the benefits provided by State R-State S tax convention, *it is clear that the principal purposes for making that investment are related to the expansion of RCo's business and the lower manufacturing cost of that country*. In this example, *it cannot reasonably be considered that one of the principal purposes for building the plant is to obtain treaty benefits.*».²⁰⁷

Som denne merknaden viser, vurderes ikke det skattemessige forholdet: Det reises ikke spørsmål om det var skattemotivert å etablere fabrikken *i stat S*, men om det var skattemotivert å etablere selve fabrikken. Når disposisjonen defineres så vidt som dette, er grunnvilkåret naturligvis ikke oppfylt. Dette er således en form for «framing».

Til tross for at OECD tilsynelatende legger opp til et slikt argumentasjonsmønster, er dette likevel problematisk.

²⁰⁷ Mine uthevninger.

I dette eksempelet er det opplagt at det *ikke bør* konstateres omgåelse: PPT-regelen skal selvfølgelig ikke motvirke økonomisk aktivitet i u-land. Det burde imidlertid vært konstatert *skattemotivasjon*. Det er uten videre klart at valget av stat S var fullt ut skattemotivert, men det er samtidig like klart at den skattefordelen som oppnås *ikke* strider mot bestemmelsens formål, og nettopp *derfor* skal den også innvilges.²⁰⁸

Problemet med dette eksemplet er altså at «saken» løses ved å definere disposisjonen, i stedet for å konstatere at den oppnådde skattefordelen er i samsvar med bestemmelsens formål. Grunnen til at denne fremgangsmåten er problematisk, er at det blir vanskeligere å vite *hva* det er ved den konkrete tilpasningen som gjør at den ikke kan aksepteres. Dette svekker dermed skattyternes forutberegnelighet, samtidig som det vanskeliggjør en overprøving av domsresultatet.

En annen innvending mot dette argumentasjonsmønsteret, er at det er beheftet med metodiske svakheter: Hvis noen saker løses ved å vurdere det skattemessige forholdet, eventuelt fremgangsmåten, mens andre saker løses ved å definere disposisjonen, blir rettsanvendelsen vilkårlig og vurderingstemaet ulogisk.

Slik jeg ser det, utgjør disse innvendingene et ytterligere argument for å tolke PPT-reglens grunnvilkår dithen at disposisjonen må være fullt ut skattemotivert. Som poengter ovenfor oppstår slike avgrensingsproblemer helst omgåelsesregler med vidt formulerte motivasjonsvilkår.

²⁰⁸ Dette bekrefte også i merknaden til eksempelet. Her fremgår det at: «In addition, given that a general object of tax conventions is to encourage cross-border investment, obtaining the benefits of the State R-State S convention for the investment in the plant built in State S is in accordance with the object and purpose of the provisions of that convention.»

7 Oppsummering av motivasjonsvurderingen under omgåelsesnormen og PPT-regelen

Slik Høyesterett har formulert omgåelsesnormen, krever grunnvilkåret at skattemotivet var disposisjonens dominerende motiv. Høyesterettspraksis viser imidlertid at grunnvilkåret tolkes innskrenkende; omgåelsesnormen blir vanligvis kun anvendt mot skattebetingede disposisjoner.

Slik PPT-regelen er utformet i OECD MC art. 29, går grunnvilkåret ut på at skattemotivet var et av disposisjonens hovedmotiver. OECDs kommentarer og eksempler tyder imidlertid på at det reelle kravet til skattemotivasjon er vesentlig strengere. Også PPT-regelens legislative begrunnelse taler for å skjerpe kravet til skattemotivasjon. Grunnvilkåret bør derfor tolkes innskrenkende, dithen at PPT-regelen kun rammer fullt ut skattemotiverte disposisjoner.

Samlet sett ser det derfor ut til at de to reglens krav til skattemotivasjon er *bortimot* det samme.

8 Sammenligning av formålsvurderingen under de to reglene

8.1 Innledning

Som jeg har understreket flere ganger ovenfor, er kravet til skattemotivasjon et rent minstekrav. For at skattefordelen skal bortfalle, krever begge regler at det foretas en nærmere vurdering av den oppnådde skattefordelens forhold til den aktuelle skattelovgivningens formål. På dette punktet er det imidlertid en språklig nyanse mellom de to reglene.

Mens formålsvurderingen under omgåelsesnormen er formulert som et spørsmål om *formålsstrid*, er den under PPT-regelen formulert som et spørsmålet om *formålmessighet*. Dette behøver imidlertid ikke å ha materiell betydning, det fremstår snarere som et spørsmål om ståsted eller innfallsvinkel: En disposisjonen som er i strid med bestemmelsens formål, er ikke i samsvar med formålet, og motsatt.²⁰⁹

8.2 Formålsvurderingen under omgåelsesnormen

8.2.1 Innledning

I Høyesteretts normformulering beskrives formålsvurderingen slik:

«[Det] kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med

²⁰⁹ Tilsynelatende av en *noe* annen oppfatning: Zimmer i NOU 2016: 5 s. 59-60: «Et slående trekk er at dette vilkåret er formulert som et unntak [...] Valget av en slik formuleringsmåte er ikke særskilt kommentert av OECD. Men valget kan gi inntrykk av at det skal mindre til for å gripe inn med omgåelsesnormen enn om det hadde vært formulert som et positivt vilkår: For å slippe anvendelse av regelen må skattyteren vise at virkningene av transaksjonen ville være i overensstemmelse med traktatbestemmelsens formål; det er ikke tilstrekkelig at den ikke var i strid med dette formålet.»

disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglernes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen.»^{210 211}

Som sitatet viser, skal spørsmålet om formålsstrid avgjøres gjennom en *totalvurdering*, hvor det særlig skal legges vekt på *disposisjonens virkninger, skattyters formål og omstendighetene for øvrig*. Selv om formuleringen tyder at de tre momentene er like viktige, er det særlig ett moment som utpeker seg i høyesterettspraksis.

I de avgjørende premissene i omgåelsesdommene, er det ofte *disposisjonens virkninger* som står i sentrum og som tillegges avgjørende vekt. I *Fauske*²¹² ble det for eksempel sagt at disposisjonen var «praktisk talt» uten virkninger. Tilsvarende var det avgjørende i *Nagell-Erichsen*²¹³ at disposisjonen hadde «helt ubetydelig egenverdi». Likenes ble det i *Nygård*²¹⁴ uttalt at disposisjonen gav «meget små reelle virkninger», mens det i *ABB*²¹⁵ ble uttalt at den ikke hadde «noen annen virkning enn de skattemessige konsekvensene». De samme synspunktene var fremme i *Finnøy og Wisth*,²¹⁶ da det ble fremhevet at disposisjonen kun hadde «rent skattemessige» virkninger. Likeens ble det i *Essem*²¹⁷ uttalt at disposisjonen ikke hadde «nevneverdig økonomisk realitet utover skattespørsmålet».

At *skattyters formål* ikke vies like stor oppmerksomhet i formålsvurderingen, skyldes nok at dette allerede er grundig vurdert under grunnvilkåret. I formålsvurderingen får det dermed mer status som «støtteargument». Også *omstendighetene for øvrig* fungerer slik. Kort fortalt er dette en «sekkepost» med sakspesifikke argumenter av varierende vekt.²¹⁸

²¹⁰ Jf. for eksempel Rt. 2007 s. 209 *Hex* avsnitt (39).

²¹¹ Mine uthevninger.

²¹² Jf. Rt. 2006 s. 1062.

²¹³ Jf. Rt. 2006 s. 1199.

²¹⁴ Jf. Rt. 2000 s. 1865.

²¹⁵ Jf. Rt. 1999 s. 946.

²¹⁶ Jf. Rt. 1998 s. 1764.

²¹⁷ Jf. Rt. 1998 s. 1771.

²¹⁸ I samme retning Skar, s. 196: «[...] en samlekategori for mer spesielle argumenter.»

Siden de avgjørende premissene i omgåelsesdommen derfor tyder på at det er *disposisjonens virkninger* som er det viktigste momentet i formålsvurdering,²¹⁹ er det dette momentet jeg skal se nærmere på i det følgende.

8.2.2 Vurderingen av disposisjonens virkninger

8.2.2.1 Innledning

Problemstillingen jeg skal drøfte her, er dels *hvordan* Høyesterett bruker disposisjonens virkninger for å avgjøre om skattefordelen er i strid med skattereglenes formål, og dels *hvorfor* denne fremgangsmåten følges.

Så langt det gjelder strukturen, har jeg funnet det naturlig først å gi en teoretisk redegjørelse for disse spørsmålene, og deretter illustrere poengene med eksempler fra høyesterettspraksis.

8.2.2.2 *Hvordan* foretas formålsvurderingen og *hvorfor* følges denne fremgangsmåten?²²⁰

Som jeg fremhevet i kapittel 3, er omgåelsesnormens to vurderingstemaer relative, hvilket betyr at de *kun* kan besvares gjennom sammenlignende vurderinger.²²¹ I alle omgåelsesdommene foretas formålsvurderingen på dette viset: Skattyters disposisjon blir sammenlignet med en annen «tenkt» disposisjon,²²² en disposisjon som ofte ikke nevnes eksplisitt.

²¹⁹ Jf. Skar s. 152: «I sakene hvor Høyesterett har konstatert omgåelse, synes mangel på ikke-skattemessige virkninger normalt å ha vært ett av de avgjørende argumentene».

²²⁰ For en grundigere redegjørelse av hvordan formålsvurderingen foretas, og andre spørsmål som oppstår i formålsvurderingen, viser jeg til Skar s. 152-185.

²²¹ Jf. Skar s. 73.

²²² I det følgende taler jeg om «den andre disposisjonen», «sammenligningsgrunnlaget», «en disposisjon som ikke gir skattefordelen» og andre lignende formuleringer, men uten at det tilsiktet noen realitetsforskjell.

Nærmere bestemt er det *virkningene av den disposisjonen skattyter har gjennomført* – og som gir en skattefordel – som blir sammenlignet *med virkningene av en annen disposisjon* – som ikke gir en skattefordel – men som påstås å gi en bedre beskrivelse av *disposisjonens reelle økonomiske innhold*.

Grunnen til at Høyesterett går frem på denne måten, er for å påvise at skattyters disposisjon – som *gir* en skattefordel – gav *samme virkninger* som en disposisjon som *ikke gir* en skattefordel.

Det underliggende resonnementet knytter seg til hvordan skattelovgivningen utformes, og synspunktet er nokså enkelt. Som jeg nevnte i delkapittel 5.2, er grenser i skattelovgivningen i stor utstrekning trukket ved bruk av vanlige privatrettslige former. Der slike privatrettslige former gjøres til skatterettslig lovvilkår, er det ikke fordi formen i seg selv har noen verdi, men på grunn av de virkninger formen vanligvis forbindes med. Som Skar skriver:

«[...] skattelovgivning som refererer til privatrettslige former [er] stort sett utformet med tanke på hva slags faktiske virkninger som kjennetegner formen.»²²³

Siden de privatrettslige formene altså tas inn i lovteksten på grunn av sine virkninger, betyr det at det er disse virkningene som begrunner den skattefordelen som utløses der formen foreligger: Hvis skattefordelen for eksempel knyttes til «realisasjon» av et formuesgode, er det ikke fordi formen «realisasjon» i seg selv har noen verdi, men på grunn av de faktiske virkningene som vanligvis inntre der formuesgoder «realiseres». Det er nemlig måten disse virkningene *endrer* skattyterens faktiske og rettslige stilling som utgjør begrunnelsen for at skattyteren innrømmes en skattefordel der formuesgodet «realiseres». Det sentrale for lovgiver er med andre ord ikke at det formelt sett foreligger en «realisasjon», men at skattyter *faktisk opplever* de virkningene som forutsettes å inntre når formuesgoder realiseres. Typisk at det – blant annet – gis et *endelig avkall* på eiendomsretten til det aktuelle formuesgodet.

²²³ Se Skar s. 46.

At skattefordelen står i et slikt forhold til disposisjonens virkninger, innebærer at i den grad skattyter begrenser disse virkningene, vil det påvirke skattefordelens berettigelse, i den forstand at skattyters krav på denne svekkes. Hvis disposisjonen for eksempel konstrueres slik at den i stor grad gir de samme virkningene som en annen disposisjonen ville gitt, kan det at skattyter ikke opplevde de forutsatte virkningene, tilsi at skattefordelen er i strid med de aktuelle skattereglenes formål. Dette kan også uttrykkes slik: Når de virkninger som begrunner skattefordelen i stor grad *mangler*, vil det kunne være i strid med bestemmelsens formål å *likevel* innvilge skattefordelen. Synspunktet er ganske enkelt at skattefordelen i så fall vil bli innvilget på et sviktende faktisk grunnlag.

I et slik tilfelle kan det også hevdes at dersom skattlegging skal skje i samsvar med skattereglenes formål, bør skattyters disposisjon gis samme skattemessige behandling som den andre disposisjonen. Resonnementet vil da være at når disposisjonene gir samme virkninger, bør de behandles likt, og siden den andre disposisjonen ikke gir en skattefordel, bør heller ikke skattyters disposisjon gjøre det.

At vurderingen av disposisjonens virkninger gjennomføres ved å sammenligne skattyters disposisjonen med en annen disposisjon, for på denne måten å avgjøre *i hvilken grad* skattyter opplever de forutsatte virkningene, ser ut til å være en nokså alminnelig oppfatning i juridisk teori. Banoun skriver for eksempel at:

«Et kjennetegn ved skatteomgåelse er at skattyter reduserer sine skatteforpliktelser uten at transaksjonen har de økonomiske konsekvenser som lovgiver har forutsatt at en slik transaksjon skal ha.»²²⁴

Tilsvarende oppsummerer Skar vurderingen av disposisjonens virkninger slik:

«Det som vanligvis vurderes er i korte trekk i hvilken grad disposisjonen har ikke-skattemessige virkninger som er av betydning ut fra den aktuelle skatte-

²²⁴ Banoun s. 334.

lovgivningens formål eller utforming, og som dermed kan rettferdiggjøre skattefordelen.»²²⁵

For øvrig er det et sentralt poeng i Skars analyse at vurderingen av disposisjonens virkninger følger omtrent samme struktur som en *analogivurdering*.²²⁶ Skars synspunkt er i korte trekk dette: Etter alminnelig rettskildelære kan en lovregel anvendes analogisk på et tilfelle som ikke dekkes av ordlyden, såfremt bestemmelsens formål tilsier det. Dette spørsmålet avgjøres ved å sammenligne det regulerte og det uregulerte tilfellet. Hensikten er å undersøke i hvilken grad det er faktiske forskjeller mellom dem. Det underliggende resonnementet er at hvis tilfellene i stor grad er like, betyr det at de hensynene som begrunner reguleringen av det ene, gjør seg gjeldende med omtrent samme styrke for det andre. Ved å undersøke om det er faktiske forskjeller mellom tilfellene, kan det følgelig avgjøres om bestemmelsens formål tilsier at regelen kan anvendes analogisk.²²⁷

Som sagt fremhever Skar at *vurderingen av disposisjonens virkninger* følger et lignende tankemønster. Også i vurderingen av disposisjonens virkninger sammenlignes to tilfeller for å avgjøre om de er like. Forskjellen består i at skattyters disposisjon sammenlignes med en disposisjon som ikke ville gitt krav på den skattefordelen som skattyter krever innvilget. Resonnementet er at hvis tilfellene er like, kan det slutes at det vil være i strid med formålet å innvilge skattefordelen. Vurderingen av disposisjonens virkninger går altså i motsatt retning: I stedet for å sammenligne med et tilfelle hvor resultatet *er i samsvar* med formålet, sammenlignes det med et tilfelle hvor resultatet *er i strid* med formålet. På et abstrakt plan er analogivurderingen og vurderingen av disposisjonens virkninger altså langt på vei samme

²²⁵ Skar s. 155.

²²⁶ Se Skar s. 157-162, og særlig s. 161: «Vurderingen av disposisjonens virkninger kan således minne om det som i alminnelig rettskildelære omtales som vurderinger av formålslikhet (eller analogislutninger). Ved å sammenligne den gjennomførte disposisjonen med en annen disposisjonsform som typisk er regulert direkte av den tyngende skattebestemmelsen som omgåelsesspørsmålet gjelder, kan en finne ut om lovformålene gjør seg gjeldende på samme måte og i samme grad i begge tilfeller.»

²²⁷ Se Skar s. 158-159.

vurdering:²²⁸ I begge tilfeller vurderes det om et bestemt resultatet står i et bestemt forhold til den aktuelle bestemmelsens formål.

8.2.2.3 Eksempler fra høyesterettspraksis

Jeg skal nå vise hvordan formålsvurderingen foretas ved å sammenligne skattyters disposisjon med en annen, «tenkt» disposisjon som ikke gir en skattefordel, for å påvise at disposisjonene gir bortimot samme virkninger.

Den første dommen jeg vil trekke frem er *Hex*.²²⁹ I denne saken hadde to eneksjonærer kjøpt 36 % av aksjene i hverandres selskaper. På denne måten unngikk de skatteplikt etter reglene om beregning av personinntekt, som slo inn der aktive aksjonærer eide mer enn 66% av aksjene i selskapet eller hadde krav på en tilsvarende andel av overskuddet.

Her ble aksjeoverdragelsen sammenlignet med at skattyterne kunne beholdt aksjene, og på dette grunnlag ble det konstatert at de reelle forskjellene var små. Selv om aksjeoverdragelsene riktignok innebar at aktive aksjonærer ikke lengre eide mer enn 66% av aksjene i selskapet, ble det likevel konstatert omgåelse. Dette skyldes at den utbyttevirkningen aksjesalget i utgangspunktet gav, i stor grad ble nøytralisert av at selskapene nå lå i krysseie. Dermed manglet også en av de to virkningene som begrunnet skattefordelen, og den ble derfor ansett for å være i strid med de aktuelle reglenes formål.

Den andre dommen jeg vil trekke frem er *INA*.²³⁰ Her overdro en eneksjonær 34% av aksjene i selskapet til sin bror, slik at han unngikk at det ble beregnet personinntekt etter dagjeldende regler.

Som i *Hex* ble aksjeoverdragelsen sammenlignet at aksjene kunne vært beholdt, men denne gangen ble det ikke konstatert omgåelse. Siden det her dreide seg om en regulær aksjeoverdragelse – og ikke et krysseie – ble det nemlig gitt avkall på både den nødvendige eier- og overskuddsandelen, i motsetning til *Hex*, hvor kun den nødvendige eierandelen ble avstått.

²²⁸ Se Skar s. 159.

²²⁹ Jf. Rt. 2007 s. 209.

²³⁰ Jf. Rt. 1998 s. 1779.

Skattyters disposisjon gav med andre ord de forutsatte virkningene, og den oppnådde skattefordelen samsvarte derfor med formålet bak reglene om beregning av personinntekt.

Den tredje dommen jeg vil trekke frem er *Nygård*.²³¹ Her hadde en revisor overdratt enkeltmannsforetaket sitt til et ansvarlig selskap, hvor han selv var deltaker (95%) sammen med sitt heleide aksjeselskap (5%). Dette innebar blant annet at foretakets «goodwill» ble omdannet til «ervert goodwill», slik at den kunne avskrives.

Denne virksomhetsoverdragelsen ble sammenlignet med at enkeltmannsforetaket kunne vært videreført, og på dette grunnlag ble det konstatert at de reelle forskjellene var små. Riktignok innebar overdragelsen at skattyter oppnådde en viss ansvarsbegrensning gjennom aksjeselskapet, men han satt fortsatt med hele eierinteressen, om enn indirekte. Og siden tap av disposisjonsretten er et av de viktigste kjennetegnene på realisasjon av formuesgoder, ble de oppnådde skattefordelene ansett for å være i strid med de aktuelle skattereglenes formål.²³²

Den fjerde dommen av interesse er *Hovda*.²³³ Her var saksforholdet at to brødre eide halvparten hver av to aksjeselskaper, hvor det i det ene lå en fast eiendom. Denne valgte brødrene å selge, og deretter brukte de pengene til å kjøpe aksjer i det andre selskapet. Slik «omdannet» brødrene skattepliktige utbytter til skattefrie realisasjonsgevinster.

Som i *Nygård* ble aksjesalget sammenlignet med at eierstrukturen kunne vært videreført. På dette grunnlag ble det konstatert at realitetsforskjellene var små: Selv om overdragelsen innebar at brødrene for fremtiden måtte forvalte det ene selskapet gjennom det andre, satt de fortsatt med hele eierinteressen. Som i *Nygård* manglet dermed et av de viktigste kjennetegnene på realisasjon av formuesgoder. Den skattefrie realisasjonsgevinsten ble derfor ansett for å være i strid med den aktuelle skattelovgivningens formål.

²³¹ Jf. Rt. 2000 s. 1865.

²³² Se Skar s. 164.

²³³ Jf. Rt. 1994 s. 912.

Den femte – og siste – dommen jeg vil trekke frem er *ConocoPhillips*.²³⁴ Her hadde et morselskap på norsk sokkel lånefinansiert et egenkapitalinnskudd i et datterselskapet på land, som deretter ervervet en fordring. Denne fremgangsmåten gav skattefordeler på konsernbasis. For Høyesterett var spørsmålet om fordringen kunne tilordnes morselskapet, det vil si om morselskapet for skattemessige formål kunne anses som eier av fordringen.

For å ta stilling til dette spørsmålet ble datterselskapets erverv sammenlignet med at morselskapet kunne ervervet fordringen selv. På dette grunnlag ble det påvist at datterselskapets erverv gav visse kontrakts- og selskapsrettslige virkninger som bekreftet dets eierskap til fordringen. Av den grunn konkluderte Høyesterett med at fordringen ikke kunne tilordnes morselskapet.

I dette delkapittelet har jeg forenklet Høyesteretts argumentasjonsmønster for å illustrere *et enkelt poeng*, nemlig at formålsvurderingen, herunder vurderingen av disposisjonens virkninger, foretas ved å sammenligne skattyters disposisjon med en annen disposisjon. Formålsvurdering er imidlertid mer kompleks enn dette. Det er ikke slik at dersom én virkning mangler kan det automatisk slutes at skattefordelen er i strid med skattereglenes formål. Om den enkelte virkningen leder til bortfall av skattefordelen, må avgjøres konkret blant annet ut fra hvor viktig det har vært for lovgiver at denne virkningen skal inntre. I *Nygård* og *Hovda* var skattefordelen betinget av realisasjon, og fordi skattyter disponerte over formuesgodet omtrent som før, manglet et av de viktigste kjennetegnene på en realisasjon. Og fordi en så sentral virkning var nøytralisert måtte skattefordelen altså bortfalle. Spørsmålet om skattefordelen strider mot skattereglenes formål er således *et gradsspørsmål*, ikke et enten-eller-spørsmål, og for at den skal bortfalle kreves det en nokså markant motstrid mot de aktuelle skattereglenes formål.

²³⁴ Jf. Rt. 2008 s. 1537.

8.3 Formålsvurdering under PPT-regelen

8.3.1 Innledning

I dette delkapitlet gir jeg en oversikt over rettskildebildet, og de spørsmål som melder seg hva gjelder formålsvurderingen under PPT-regelen, før jeg avslutningsvis formulerer den videre problemstillingen.

Slik PPT-regelen er formulert i OECD MC art. 29, bortfaller skattefordeler oppnådd ved skattemotiverte disposisjoner:

«[...] unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant [treaty] provisions.».²³⁵

Direkte oversatt betyr dette at skattefordelen skal bortfalle med mindre det å innvilge den vil være i samsvar med den konkrete bestemmelsens formål.²³⁶ Sett fra et norsk ståsted er dette kanskje en pussig formulering, men det sentrale er at det skal foretas en formålsvurdering. *Hvordan* denne vurderingen skal foretas sies det imidlertid ingenting om. Det finnes med andre ord ingen «uttalelse» tilsvarende Høyesteretts uttalelse, om at formålsvurdering er en *totalvurdering av flere nærmere angitte momenter*.

Heller ikke OECDs *kommentarer* til PPT-regelen sier hvordan formålsvurderingen skal foretas. Det er faktisk ikke gitt en eneste kommentar om det nærmere innholdet i dette vilkåret. Det er således ikke gitt noen kommentar tilsvarende kommentar 180 og 181, om hva grunnvilkåret går ut på.

OECDs *eksempler* til PPT-regelen gir derimot en viss, om enn indirekte, veiledning. Her er problemet at av de ti eksemplene som er gitt, er det kun seks som inneholder merknader om

²³⁵ Mine uthevninger.

²³⁶ Tilsvarende Furueth s. 312: «Det synes som om at hovedfokuset under totalvurderingen er i hvilken grad det å gi skattyter de fordeler under skatteavtalen som hun/han har påberopt seg er i strid med formålet bak den aktuelle skatteavtalebestemmelsen.».

formålet. Dertil kommer at de fleste merknadene gjelder *skatteavtalenes formål*, og da altså ikke hvordan det skal avgjøres om skattefordelen samsvarer med *den konkrete bestemmelsens formål*. Men som jeg skal komme tilbake til, kan nok eksemplene gi en viss veiledning.

Siden de autoritative kildene altså ikke gir klare bidrag til tolkningen av dette vilkåret, har det blitt lansert flere løsninger i litteraturen. Blant annet har det blitt hevdet at formålsvurderingen bør avgjøres gjennom en to-steps-vurdering: Først skal bestemmelsens formål fastslås, deretter skal det vurderes om skattyters opplegg fremmer eller krenker dette formålet.²³⁷

Hvis formålsvurderingen tolkes slik, oppstår to omdiskuterte og nært beslektede spørsmål.

Det første spørsmålet som melder seg er om de enkelte skatteavtalebestemmelsene forfølger egne formål, eller om de kun slutter opp om skatteavtalenes formål.

Dette spørsmålet gjelder skatteavtalene som sådan, ikke PPT-regelen spesielt, og meningene er som sagt delte. Mens Vogel og Prokisch hevder at de enkelte bestemmelsene kun ivaretar skatteavtalenes formål, mener De Broe at statene står fritt til å gi bestemmelsene egne formål, og at hvis at statene har ment å gjøre det, skal bestemmelsene tolkes slik.²³⁸

Selv har jeg mest sans for De Broes synspunkt, men uten at jeg kan tiltre den begrunnelsen han gir. Jeg har nemlig en annen innfallsvinkel til dette spørsmålet enn hva som er «vanlig» i den internasjonale litteraturen. Som jeg skal forklare senere, mener jeg at enhver bestemmelse vil være basert på flere ulike hensyn, som kan ligge på ulike nivåer, og som *til sammen* utgjør formålet.²³⁹

²³⁷ Se Chand s. 26.

²³⁸ Se Klaus Vogel og Rainar Prokisch i IFA, *Interpretation of double taxation conventions = Interprétation des conventions de double imposition*, Deventer 1993, s. 72 og Luc De Broe, *International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies*, 2008, s. 334.

²³⁹ Se Skar s. 158.

Det andre spørsmålet som melder seg – og som er hovedinteressen i det følgende – er hvordan det rent konkret skal avgjøres om skattefordelen er i strid med bestemmelsens formål.

Som sagt gir de autoritative kildene magre bidrag på dette punktet. Av den grunn er det nærliggende å se nærmere på de synspunkter som fremsettes i litteraturen. I det følgende skal jeg derfor redegjøre for – og kort drøfte – hvordan formålsvurderingen oppfattes i litteraturen. Jeg skal også si litt om hvordan de ulike forfatterne ser på forholdet mellom *skatteavtalebestemmelsenens formål* og *skatteavtalenes formål*. Jeg kommer nemlig til å ta utgangspunkt i dette spørsmålet, når jeg skal redegjøre for mitt syn på formålsvurderingen.

8.3.2 Oppfatninger om formålsvurderingen i juridisk litteratur

I juridisk litteratur er formålsvurderingen et omstridt tema, og enkelte forfattere går langt i å avfeie den som ubrukelig. Det gjelder særlig Michael Lang, som etter å ha drøftet dette vilkåret, konkluderer med at PPT-regelen:

«[...] does not have an independent legal significance but merely underlines the already evident need for interpretation to be based on the object and purpose of the rules.»²⁴⁰

Eivind Furuseth inntar et lignende standpunkt, og konkluderer med at:

«[...] det svært sjelden er plass for PPT-regelen.»²⁴¹

Noe han utdyper slik:

«[...] Satt litt på spissen kan man kanskje si at det viktigste med PPT-regelen faktisk er å minne skattemyndighetene på at de må ta hensyn til «object and purpose», jf. VCLT art. 31, når de tolker selve fordelingsbestemmelsen i skatteavtalen[...].»²⁴²

²⁴⁰ Se Lang s. 661.

²⁴¹ Se Furuseth s. 308.

²⁴² Se Furuseth s. 312.

Den oppfatningen de to forfatterne gir uttrykk for, knytter seg til de rettslige utgangspunktene for omgåelsesspørsmålet, herunder prinsippene for traktatstolkning.

Som jeg nevnte i delkapittel 5.1, er forutsetningen for å anvende PPT-regelen at skattyter i utgangspunktet har krav på den omstridte skattefordelen. Som sagt avgjøres dette spørsmålet ved å tolke bestemmelsens ordlyd i tråd med vanlig språkforståelse innenfor konteksten og «*in light of the object and purpose*», jf. WK art. 31.²⁴³

De to forfatternes synspunkt er at når det samme formålet kommer inn to ganger – først under den alminnelige tolkningen og deretter ved anvendelse av PPT-regelen – oppstår det en logisk inkonsekvens. Begrunnelsen later til å være at hvis skattefordelen strider mot formålet, har ikke skattyter krav på skattefordelen, og da blir det heller ikke aktuelt å anvende PPT-regelen.

Furuseth er riktignok noe mer forbeholden enn dette, og skriver at:

«Det vil trolig *kun være i helt ekstraordinære tilfeller* at en først kommer til at skattyter har krav på [skattefordelen], for så i neste omgang å nekte skattyter [denne skattefordelen] som følge av PPT-regelen.»^{244 245}

Dette resonnement er problematisk, blant annet fordi det forutsetter at OECD ikke var bevisst på forholdet mellom tolkning av skattelovgivning og anvendelse av omgåelsesregler da PPT-regelen ble utformet. At det har vært tilfellet, fremstår for meg som høyst usannsynlig.

Etter mitt skjønn ser det helst ut til at Lang og Furuseth har en avvikende oppfatning av hvilken vekt formålet kan tillegges ved tolkningen, og at de tillegger dette momentet *for stor vekt*. Deres resonnementet tilsier nemlig at hvis skattefordelen strider mot formålet, kan den nektes innvilget allerede på tolkningsstadiet. Dette er det grunn til å stille spørsmålstegn ved.

²⁴³ Se delkapittel 5.3.

²⁴⁴ Se Furuseth s. 307.

²⁴⁵ Mine uthevninger.

Siden Wienkonvensjonen bygger på et objektivt tolkningsprinsipp, har traktatteksten særdeles stor vekt, og derfor er *formålets gjennomslagskraft overfor ordlyden begrenset*. Adgangen til å korrigere traktatteksten gjennom innskrenkende formålstolkninger er således nokså snever. Dette kan også uttrykkes slik: Hvis skattyter ut fra en naturlig språklig forståelse av traktatteksten oppfyller de vilkår bestemmelsen oppstiller, har han som klar hovedregel også krav på skattefordelen.²⁴⁶

Etter mitt skjønn har denne tolkningen av Wienkonvensjonen også støtte i selve vedtakelsen av PPT-regelen. Hvis formålet har den gjennomslagskraften de to forfatterne antyder, er PPT-regelen strengt tatt overflødig. I stedet burde «the guiding principle» være et tilstrekkelig grunnlag for å slå ned på omgåelser.

Når OECD likevel foreslo å vedta PPT-regelen, var en av grunnene at «the guiding principle» alltid har hatt et anstrengt forhold til Wienkonvensjonen, nettopp fordi det går ut på å la formålet slå gjennom overfor ordlyden. Hensikten med å traktatfeste PPT-regelen – og å stille krav om skattemotivasjon – var derfor å gi statene et sikrere grunnlag for å vektlegge formålet på bekostning av ordlyden. De to forfatterens synspunkter er derfor høyst diskutabile.

Så langt det gjelder spørsmålet om skatteavtalebestemmelsene forfølger egne formål, mener Furuseth at de kan gjøre det, men kun hvis det kan påvises at statene hadde en slik hensikt. Hvis en slik hensikt ikke kan påvises, mener han at de kun ivaretar skatteavtalenes overordnede formål.²⁴⁷

En annen forfatter som er kritisk til formålsvurderingen, er Andrés Báez Moreno. Også han mener at den er forfeilet, men begrunnelsen er en annen enn den Lang og Furuseth gir. For Moreno er det sentralt at henvisningen til de konkrete bestemmelsenes formål betyr at kun dette formålet kan vektlegges i formålsvurderingen. For ham er dette likevel problematisk, fordi:

²⁴⁶ Se delkapittel 5.3.

²⁴⁷ Se Furuseth s. 311-312.

«[...] double taxation conventions seem to lack an underlying purposive logic, inasmuch as distributive rules are the mere result of a circumstantial bargain between the Two contracting states.»²⁴⁸

Av den grunn konkluderer han med at skatteavtalebestemmelsene er:

«*per se* unsuitable for a purposive interpretation [...]».²⁴⁹

Moreno mener således at skatteavtalebestemmelsene simpelthen ikke *kan* formålstolkes. Begrunnelsen er at skatteavtalenes utforming, herunder de enkelte bestemmelsene, skyldes tilfeldigheter, og ikke en underliggende, logisk tanke.

Dette resonnementet har jeg vanskelig for å følge. Jeg er enig i at hvordan statene *rent konkret fordeler beskatningsretten* kan skyldes tilfeldigheter, men som jeg skal forklare senere, bygger *skatteavtalene som sådan* på en logisk tanke: Statene har ganske enkelt forsøkt å etablere *et system* for å avverge dobbeltbeskatning.

Selv om det vil ha fremgått av sammenhengen, tilføyer jeg at Moreno ser ut til å mene at de enkelte skatteavtalebestemmelsene ikke har egne formål.

To andre forfattere som stiller seg adskillig mer positive til formålsvurderingen er Vikram Chand og Blazej Kuzniacki. Felles for de to forfatterne er at begge mener at også *skatteavtalenes formål* kan trekkes inn i formålsvurderingen.²⁵⁰ Når det gjelder spørsmålene om *hva*

²⁴⁸ Se Andrés Báes Moreno, «GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What have We Gained from BEPS Action 6?», *Intertax*, 2017, s. 432-446 på s. 438.

²⁴⁹ Se Moreno s. 439.

²⁵⁰ Se Chand s. 26: «[...] the object and purpose of the ‘*relevant provisions*’ have to be read in the light of the object and purpose of the entire tax treaty.». Se også Kuzniacki s. 262: «[...] although the PPT does not explicitly refer to the purpose [...] of the whole treaty and its operational purposes, such aspects must be taken into account when determining the purpose of an individual treaty provision.».

som er skatteavtalenes formål, *hvordan* formålsvurderingen skal foretas, og *hvorfor* den skal foretas på dette viset, er det imidlertid visse nyanser mellom dem. Jeg ser først på Chands tilnærming. For enkelthets skyld har jeg valgt å sitere hans viktigste synspunkter.

Når det gjelder spørsmålet om *hva som er skatteavtalenes formål*, påpeker Chand at mønsteravtalens preambel skal endres, slik at det får følgende ordlyd:

«Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement *without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance* (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions).».^{251 252}

På denne bakgrunn hevder han at skatteavtalenes formål er tredelt:

«[...] (1) allocation taxing rights and eliminating double taxation with the view to promoting cross boarder flows (such as investments); (2) prevention of tax evasion; and (3) prevention of tax avoidance [...]».²⁵³

Når det gjelder spørsmålet om *hvordan* formålsvurderingen skal foretas, legger Chand opp til en to-steps-analyse:

«Under the first stage, the taxpayer has to determine the object and purpose of the ‘*relevant provisions*’ in light of the object and purpose pursued by the tax treaty [...]. Thereafter, under the second stage, the taxpayer will have to prove that the transaction/arrangement respects the object and purpose of the ‘*relevant provisions*’ at stake[...]».²⁵⁴

²⁵¹ Se *BEPS action 6: Final Report, Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* s. 92.

²⁵² Mine uthevninger.

²⁵³ Se Chand s. 25.

²⁵⁴ Se Chand s. 26.

Deretter illustreres denne fremgangsmåten med utgangspunkt i eksempel E,²⁵⁵ hvor eierandelen i et aksjeselskap økes fra 24% til 25% for å oppnå lavere kildeskatt, jf. OECD MC art. 10(2)(a):

«Under the first stage, the taxpayer will establish that (1) the object and purpose of Article 10(2)(a) is to provide a lower withholding tax rate for substantial shareholders (2) the object and purpose of tax treaties is to (a) allocate taxing rights and eliminate double taxation with a view to promote cross boarder investments; (b) prevention of tax evasion and (c) prevent tax avoidance (in particular, treaty shopping).

[avsnitt]

Under the second stage, the taxpayer can establish that he has acted in accordance with the (1) the object and purpose of Article 10(2)(a) in light of his compliance with the ownership requirement imposed by that provision i.e. owning more than 25% the payer; and (2) the object and purpose of tax treaties as (a) he has complied with the intent of tax treaties which is to promote cross boarder investment; (b) the transaction does not represent a tax evasion scheme; (c) a tax avoidance motive does not exist as the transaction represents a ‘genuine’/‘bonafide’ and not ‘artificial’ increase of shareholding.»^{256 257}

Her er det særlig to poeng som er verd å merke seg.

For det første: Når formålet med OECD MC art. 10(2)(a) fastslås, beskrives egentlig bare rettsvirkningen. Denne fremgangsmåten kan fremstå som uheldig. Det vil nemlig alltid lede til

²⁵⁵ Dette eksempelet er gjengitt i fulltekst i delkapittel 6.4.5.2.

²⁵⁶ Se Chand s. 26.

²⁵⁷ Mine uthevninger.

at skattefordelen samsvarer med bestemmelsens formål.²⁵⁸ Dessuten fremstår det også som noe snevert å si at bestemmelsens *eneste formål* er å gi lavere kildeskatt til betydelige aksjonærer. Dette poenget kommer jeg tilbake til i neste delkapittel.

For det andre: Når Chand tar stilling til om skattefordelen samsvarer med skatteavtalenes formål om å forhindre omgåelse, fremhever han at eierandelsøkningen er «*‘genuine’/ ‘bonafide’ and not ‘artificial’*».

Når disposisjonen betegnes som «*genuine*», betyr det at Chand foretar en «substance-over-form»-vurdering. Som blant annet Skar fremhever, er «substance-over-form»-synspunkter et sentralt element i formålsvurderingen under de fleste nasjonale omgåelsesregler.²⁵⁹ Langt på vei tilsvarende slike vurderinger de som foretas av Høyesterett, når det vurderes i hvilken grad skattyters disposisjon gav de forutsatte virkningene.

Jeg er enig med Chand i at PPT-regelens formålsvurdering bør avgjøres gjennom en substansvurdering. Jeg har imidlertid et annet syn på hvordan vurderingen bør forankres. Det er klart at den *kan* forankres i skatteavtalenes formål å om motvirke omgåelse, slik Chand gjør, men den kan også forankres i formålene og betraktningene bak de enkelte bestemmelsene. Dette skal jeg forklare grundig i neste delkapittel.

For øvrig er min oppfatning at Chand mener at de enkelte skatteavtalebestemmelsene ikke forfølger egne formål, men kun slutter opp om skatteavtalenes overordnede formål.

Jeg skal nå se på Kuzniackis tilnærming.

²⁵⁸ Det ser imidlertid ut til at Chand er bevisst på denne svakheten, for tidligere skriver han at: «In a tax avoidance scheme a resident always respects the formal conditions of tax treaties such as the conditions imposed by the time limit, ownership threshold or the relevant distributive rules. *Therefore, the taxpayer’s transaction or arrangements in every tax avoidance scheme is in accordance with the ‘object and purpose of the relevant.’*». Se Chand s. 24.

²⁵⁹ Se Skar s. 153-154.

I likhet med Chand mener Kuzniacki at skatteavtalenes formål er tredelt, men i motsetning til Chand skiller han skarpt mellom skatteavtalenes *overordnede* og *operasjonelle* formål:

«The ultimate purpose of tax treaties is to enhance international commerce between contracting states; the first operational purpose, on the other hand, is to eliminate double taxation, thereby facilitating the achievement of the ultimate purpose in all circumstance; the second operational purpose is to prevent tax evasion and tax avoidance, but effectuating the ultimate purpose in appropriate circumstances only.»²⁶⁰

Når det gjelder spørsmålet om *hva som er de enkelte bestemmelsens formål*, vektlegger han at *PPT-regelen* skal:

«[...] ensure that tax conventions apply in accordance with *the purpose for which they were entered into*, i.e. to provide benefits in respect of *bona fide exchanges of goods and services, and movement of capital and persons* as opposed to arrangements whose principal purpose object is to secure a more favourable tax treatment.»^{261 262}

Slik Kuzniacki ser det, tilsier dette at:

«[...] just as double taxation imposes an appropriate barrier to international commerce, tolerance of tax avoidance offers an inappropriate incentive to such commerce. The ultimate tax treaty purpose is to eliminate the former without incentivizing the latter. *The purpose of the relevant treaty provisions should be regarded similarly.*»^{263 264}

²⁶⁰ Se Kuzniacki s. 263.

²⁶¹ Se kommentar 174 til PPT-regelen.

²⁶² Kuzniackis uthevninger.

²⁶³ Se Kuzniacki s. 266-267.

²⁶⁴ Mine uthevninger.

Kuzniacki mener altså at skatteavtalens formål er å stimulere til økonomisk aktivitet ved å eliminere dobbeltbeskatning, men uten samtidig å skape muligheter for skatteunndragelse og -omgåelse. Han mener også at dette er formålet med de enkelte bestemmelsene.

Når det gjelder spørsmålet om *hvordan* formålsvurderingen skal foretas, oppstiller ikke Kuzniacki like tydelige retningslinjer som Chand, eller rettere: Han legger ikke opp til den samme to-steps-vurderingen. I stedet analyserer han OECDs eksempler til PPT-regelen.

Gjennom denne analysen påpeker han at der disposisjonen *mangler* økonomisk substans, som i eksempel A og B,²⁶⁵ om henholdsvis overføring av utbytterett og utstedelse av bruksrett til aksjer, blir skattefordelen nektet innvilget. I følge Kuzniacki skyldes dette at:

«Such transactions are considered to contradict the purpose of the tax treaties in question.»²⁶⁶

Dernest påpeker han at der disposisjonen *har* økonomisk substans, som i eksempel C og G,²⁶⁷ om henholdsvis etablering av en fabrikk i et u-land og etablering av et selskap som skal levere konserninterne tjenester, innvilges skattefordelen. Hvilket skyldes at:

«Such benefits encourage cross boarder activities and therefore granting them to the taxpayers is in accordance with the object and purpose of tax treaties.»²⁶⁸

På dette grunnlag hevder Kuzniacki at:

«The analysis implies [...] that the transactions and arrangements with economic substance and business purpose (other than tax avoidance) benefit international

²⁶⁵ Disse eksemplene er referert i fulltekst i delkapittel 6.4.5.2.

²⁶⁶ Se Kuzniacki s. 267.

²⁶⁷ Disse eksemplene er referert i fulltekst i delkapittel 6.4.5.3.

²⁶⁸ Se Kuzniacki s. 267.

commerce and therefore help achieve the ultimate purpose of tax treaties appropriately.».²⁶⁹

Her er det særlig to poeng som er verd å merke seg.

Det ene er at når Kuzniacki refererer til disposisjonens økonomiske substans, foretar også han en «substance-over-form»-vurdering.

Det andre er hvordan Kuzniacki begrunner substansvurderingen: Mens Chand begrunner den med at skatteavtalene skal motvirke omgåelse, viser Kuzniacki til at skatteavtalene skal stimulere til økonomisk samhandel. Det ser altså ut til at Kuzniacki vektlegger disposisjonens økonomiske substans *fordi* dette kan si noe om hvorvidt den bidrar til økonomisk samhandel.

Som jeg understreket da jeg så på Chands tilnærming, er jeg enig i at formålsvurderingen bør avgjøres gjennom en substansvurdering. Men som jeg skal forklare i neste delkapittel, har jeg en annen oppfatning av *hvorfor* det bør foretas en substansvurdering.

8.3.3 Hvorfor bør PPT-regelens formålsvurdering avgjøres gjennom en substansvurdering?

Hovedproblemstillingen i dette delkapittelet er *hvorfor* PPT-regelens formålsvurdering bør avgjøres gjennom en substansvurdering. For å besvare dette spørsmålet skal jeg både forklare *hva* en substansvurdering er, og vise *hvordan* en slik vurdering kan foretas. Først skal jeg imidlertid redegjøre for mitt syn på hva som utgjør de enkelte skatteavtalebestemmelsenes formål. Dette er nemlig avgjørende for hvordan jeg begrunner substansvurderingen.

Som påpekt i delkapittel 7.3.1, er det en viss uenighet om hva som er de enkelt skatteavtalebestemmelsenes formål. Selv om enkelte forfattere åpner for at bestemmelsene kan ha *egne formål*, ser det ut til at de fleste mener at bestemmelsene kun ivaretar *skatteavtalenes formål*.

Jeg har altså en annen tilnærming til dette spørsmålet enn det som er vanlig i litteraturen: Slik jeg ser det, vil alle bestemmelser – både nasjonale skatteregler og skatteavtalebestemmelser –

²⁶⁹ Se Kuzniacki s. 271.

være basert på flere, ofte motstridende hensyn og betraktninger, som kan ligge på ulike rettslige «nivå».²⁷⁰

Dette kan være overordnede hensyn knyttet til «klassiske» skatterettslige verdier, som skatteevne, symmetri og nøytralitet, men også andre «utpregede» skatterettslige betraktninger, som at verdier bør skattlegges der de skapes, eller at skattereglene bør sikre horisontal og vertikal rettferdighet.

De enkelte bestemmelsene vil imidlertid også bygge på mer spesifikke betraktninger knyttet til hvordan traktatteksten er utformet og avgrenset. Avtalestatene har for eksempel ønsket å behandle overføringer i form av utbytte på et bestemt vis, men har samtidig avgrenset mot andre overføringer, som renter og royalties.

Etter mitt skjønn vil alle disse hensynene og betraktningene – både de overordnede og de mer spesifikke – være en del av den konkrete bestemmelsens formål. Jeg har således en nokså vid oppfatning av hva som utgjør de enkelte bestemmelsenes formål.

En særlig viktig grunn til at jeg ikke kan godta at de enkelte bestemmelsene kun forfølger skatteavtalenes formål, er at hvis dette var riktig, skulle det også være mulig å forklare de enkelte bestemmelsenes *utforming og avgrensning* ut fra dette formålet.

Det lar seg imidlertid ikke gjøre: Når statene vedtar en bestemmelse som sier at utbytteoverføringer skal undergis en bestemt skattemessig behandling, kan ikke bestemmelsens utforming og avgrensning *alene* forklares med at statene ønsket å stimulere til økonomisk aktivitet og så videre. Og når bestemmelsen ikke lar seg forklare på dette viset, betyr det at den nødvendigvis også må bygge på *andre* hensyn og betraktninger. Statene *må* altså ha basert bestemmelsene på noen *mer konkrete betraktninger* enn at de ønsket å eliminere dobbeltbeskatning, blant annet for å bidra til økt internasjonal samhandel.

²⁷⁰ Tilsvarende Skar s. 158, som riktignok drøfter norske forhold: «De fleste lovbestemmelser er utformet på bakgrunn av flere hensyn og betraktninger. Grenser i lovgivningen er som regel basert på en avveining av kryssende hensyn.» Se også A

Disse betraktninger trenger imidlertid ikke være spesielt avanserte. En distribusjonsregel om utbytteoverføringer kan typisk være basert på de virkninger som vanligvis inntreder der et utbytte utbetales, herunder at et utbytte gir andre virkninger enn hva renter og royalties gjør. Likeens kan en bostedbestemmelse være basert på suverenitetsbetraktninger, som at stat A godtar å avstå fra beskatte overføringer til skattytere med en bestemt tilknytning til stat B.

Selv om disse betraktningene altså kan være nokså enkle, betyr ikke det at skatteavtalenes utforming er tilfeldig, slik Moreno påstår.²⁷¹ Etter mitt skjønn er det nokså opplagt at skatteavtalene bygger på en logisk tanke: Statene har simpelthen forsøkt å etablere *et system* for å avverge dobbeltbeskatning på ulike typer av overføringer, med forskjellige faktiske virkninger.

For å gjøre dette systemet så enkelt som mulig, er beskatningsretten fordelt med utgangspunkt i vanlige privatrettslige former. Som jeg fremhevet i delkapittel 7.2.2.2, er det en kjent sak at der privatrettslige former tas inn i norske skatteregler, skjer det med henblikk på de faktiske virkninger som kjennetegner den enkelte formen.²⁷² Det samme må imidlertid også gjelde for skatteavtalene. Det vil si at avtalestatene har fordelt beskatningsretten med henblikk på de virkninger som vanligvis inntreder ved gjennomføring av den enkelte privatrettslige formen. For avtalestatene – som for den norske lovgiveren – har det sentrale således vært de virkningene formen er forbundet med, ikke formen i seg selv.

Som jeg understreket i forrige delkapittel, er jeg enig med Chand og Kuzniacki i at PPT-regelens formålsvurdering bør avgjøres gjennom en «substance-over-form»-vurdering. Som navnet indikerer, dreier slike vurderinger seg om å behandle disposisjonen ut fra sin substans, eller *reelle økonomiske innhold*, snarere enn formen. Det som da vurderes, er om skattyters disposisjon har det innhold formen tilsier. Dette tilsvarer den vurderingen som foretas under omgåelsesnormen, når det vurderes i hvilken grad skattyter har opplevd de virkninger som begrunner skattefordelen.

²⁷¹ Se Moreno s. 438.

²⁷² Se Skar s. 46.

Jeg skal nå vise hvordan en substansvurdering kan foretas. For å gi en *overtydlig* fremstilling av argumentasjonsmønsteret, gir jeg først to abstrakte eksempler. Deretter skal jeg vise hvordan dette argumentasjonsmønsteret kan benyttes til forklare to av eksemplene til PPT-regelen.

Dersom det tas utgangspunkt i en *treaty shopping*-tilpasning,²⁷³ hvor et utbytte strømmes fra et datterselskap i stat A, via et «gjennomstrømmingsselskap» i stat B, til et morselskap i stat C, kan formålsvurderingen gjennomføres på dette måten:

Først kan det fastslås at den bestemmelsen som opphever kildeskatt på utbetaling av utbytte fra stat A er avgrenset mot overføringer til andre stater enn stat B. Dermed kan det slutes at statenes hensikt *kun* var å unnta overføringer til aksjonærer i stat B. Deretter kan det ut fra de inntrådte virkningene vurderes i hvilken i grad utbyttet *faktisk* går til en aksjonær i stat B.

Her vil synspunktet være at jo mindre realitet overføringen til stat B har – for eksempel fordi utbyttet straks sendes videre – desto mer vil det være i strid med formålet å innvilge skattefordelen. Som påpekt ovenfor er grensene for beskatningsretten trukket ut fra en forutsetning om at det er en aksjonær i stat B som skal «nyte godt» av utbyttet.

Dette kan også formuleres slik: Stat A har åpenbart ikke godtatt å avstå fra å beskatte overføringer til stat C – og jo mer nærliggende det er å si at overføringen *faktisk* går til stat C, ikke stat B – desto mer vil det være i strid bestemmelsens formål å tilkjenne skattefordelen.

Disse synspunktene kan også anvendes på en *rule shopping*-tilpasning.²⁷⁴ Skattyter befinner seg for eksempel i stat A og eier aksjer i et selskap i stat B. I skatteavtalen mellom de to statene er det bestemt at utbetalinger av utbytte fra stat B skal ilegges kildeskatt, mens

²⁷³ I internasjonal skatterettslitteratur brukes uttrykket *treaty shopping* om omgåelsesdisposisjoner hvor skattyter forsøker å få tilgang til en skatteavtale han i utgangspunktet *ikke* er omfattet av. Skattyter «shopper» traktater.

²⁷⁴ I internasjonal skatterettslitteratur brukes uttrykket *rule shopping* om omgåelsesdisposisjoner hvor skattyter forsøker å komme inn under en mer fordelaktig bestemmelse i en skatteavtale han *er* omfattet av. Skattyter «shopper» regler.

realisasjonsgevinster skal unntas fra kildeskatt. Denne asymmetrien kan skattyter utnytte ved å selge aksjene til en bank i stat B, for deretter å kjøpe dem tilbake etter at utbyttet er utbetalt. Slik «omdannes» det skattepliktige utbyttet til en skattefri realisasjonsgevinst.

Også her kan formålsvurderingen gjennomføres ved å fastslå at den bestemmelsen som unntar realisasjonsgevinster fra kildeskatt er avgrenset: Statens formål var følgelig kun å unnta *realisasjonsgevinster* fra kildebeskatning.

Deretter kan det vurderes *i hvilken grad* de virkninger som kjennetegner en realisasjon av aksjer faktisk har inntrådt. Her vil synspunktet være at jo mindre nærliggende det er å anse overføringen som en realisasjonsgevinst – typisk fordi eiendomsretten til aksjene kun ble avstått midlertidig – desto sterkere vil motstriden mot bestemmelsens formål være.

Sagt med andre ord: Det er åpenbart at stat B ikke har godtatt å avstå fra å beskatte utbetalinger av utbytte til stat A – og jo mer nærliggende det er å likestille denne overføringen med et utbytte – desto mer vil det være i strid med bestemmelsens formål å unnta overføringen fra kildeskatt.

Jeg skal nå benytte dette argumentasjonsmønsteret for å forklare eksempel E og J. Selv om disse eksemplene ble referert i delkapittel 6.4.5.2, er nødvendig å gjenta dem her.

Eksempel E – hvor skattefordelen innvilges – lyder slik:

«RCo is a company resident of stat R and, for the last 5 years, has held 24 per cent of the shares of company SCo, a resident of state S. Following the entry-into-force of a tax treaty between States R and S (Article 10 of which is identical Article 10 of this Model) RCo decides to increase to 25 per cent its ownership of shares of SCo. The facts and circumstances reveal that the decision to acquire these additional shares has been made primarily in order to obtain the benefit of the lower rate of tax provided by Article 10(2)(a) of the treaty.»

Her er skattefordelen altså betinget av skattyter eier minst 25 % av at aksjene i selskapet, og

fordi skattyter gjør nettopp det, skal den innvilges. Eller mer presist: Når disposisjonen skjer i rett form og gir de forutsatte virkningene, er skattefordelen i samsvar med formålet.²⁷⁵

Dersom skattyter derimot hadde solgt de ervervede aksjene dagen etter at utbyttet ble utbetalt, kunne det stilt seg annerledes. Da ville forskjellene mellom disposisjonen og den opprinnelige situasjonen vært så små at det kunne vært naturlig å likestille dem, og derfor nekte skattefordelen innvilget. Sagt med andre ord: Hvis aksjene straks ble solgt, ville ikke disposisjonen gitt de forutsatte virkningene, og da kunne det vært i strid med formålet å tilkjenne skattefordelen.

Eksempel J – hvor skattefordelen nektes innvilget – lyder slik:

«RCo is a company resident of State R. It has successfully submitted a bid for the construction of a power plant for SCo, an independent company resident of State S. That construction project is expected to last 22 months. During the negotiation of the contract the project is divided into two different contracts, each lasting 11 months. The first contract is concluded with RCo and the second contract is concluded with SUBCO, a recently incorporated wholly-owned subsidiary of RCo resident of state R. At the request of SCo, which wanted to ensure that RCo would be contractually liable for the performance of the two contracts, the contractual arrangements are such that RCo is jointly and severally liable with SUBCO for the performance of SUBCO's contractual obligations under the SUBCO-SCo contract.»

Her deles altså en 22 måneder lang kontrakt i to kontrakter på 11 måneder. Hensikten er å unngå OECD MC art 5 (3), som oppstiller skatteplikt der det utøves aktivitet i kildestaten i mer enn 12 måneder. I dette tilfellet stemmer ikke disposisjonens form overens med

²⁷⁵ Denne tolkningen har god støtte i merknaden til eksempelet. Her fremgår det at: «That subparagraph uses an arbitrary threshold of 25 per cent for determining which shareholders are entitled to benefit of the lower rate of tax on dividends and its consist to grant the benefits of the subparagraph to a taxpayer who genuinely increase its participation in a company in order to satisfy this requirement.»

virkningene: Ut fra *formen* foreligger det to kontrakter på 11 måneder, men ut fra *virkningene* foreligger det én kontrakt på 22 måneder.

Slik OECD MC art. 5 er utformet, er det klart at statene ikke mente å unnta aktiviteter som strekker seg over 22 måneder. Og når aktiviteten i kildestaten reelt sett strekker seg over 22 måneder, fremstår det som stridende mot bestemmelsens formål å innvilge skattefordelen.

Ved å foreta slike substansvurderinger, hvor det vurderes om disposisjonen gav de virkninger *formen* tilsier, kan skattefordelens forhold til bestemmelsens formål følgelig fastslås.²⁷⁶ Som jeg påpekte i delkapittel 7.3.2, *kan* vurderingen forankres i skatteavtalenes formål om å motvirke omgåelse, slik Chand gjør, eller i formålet om å stimulere til økonomisk aktivitet, slik Kuzniacki gjør. Men som jeg *også* påpekte, kan den forankres i hensynene og betraktningene bak de enkelte bestemmelsene. Dette skal jeg nå utdype.

Da jeg like ovenfor redegjorde for hvordan substansvurderingen kan gjennomføres ved *rule* og *treaty shopping*-tilpasninger, fremhevet jeg at det skulle vurderes *i hvilken grad* skattyters disposisjon gav de forutsatte virkningene. For å avgjøre dette spørsmålet må skattyters disposisjon sammenlignes med en annen disposisjon; spørsmålet om det er oppnådd en skattefordel i strid med skattereglenes formål er et relativt vurderingstema.²⁷⁷ I begge tilfeller må formålsvurderingen derfor skje ved å sammenligne skattyters disposisjon med en annen disposisjon som *ikke gir krav på den omstridte skattefordelen*. Synspunktet er at den andre disposisjonen utgjør en referanse for å vurdere i hvilken grad skattyters disposisjon gav de forutsatte virkningene, og derfor også en referanse for å ta stilling til om det er oppnådd en skattefordel i strid med bestemmelsens formål.

²⁷⁶ Også de øvrige eksemplene til PPT-regelen kan forklares på denne måten. For eksempel kan eksempel A og B forklares med at overføringen reelt sett går til en annen stat enn den kildestaten har godtatt å avstå beskatningsrett til, og derfor vil det være i strid med bestemmelsens formål å innvilge skattefordelen. Tilsvarende kan eksempel C forklares med at overføringen går til den staten som kildestaten har godtatt å avstå beskatningsrett til, og da er skattefordelen i samsvar med formålet.

²⁷⁷ Se kapittel 3.

Ved *rule shopping*-tilpasningen vil skattyters disposisjon bli sammenlignet med et *utbytte*, for på denne måten å avgjøre i hvilken grad skattyter opplever de virkninger som kjennetegner en *realisasjonsgevinst*. Og likeens, ved *treaty shopping*-tilpasningen vil skattyters disposisjon bli sammenlignet med at utbyttet kunne blitt utbetalt direkte til stat C, for på denne måten å vurdere om det har noen realitet at det i stedet strømmes via stat B.

Som nevnt i delkapittel 7.2.2.2, fremhever Skar at Høyesteretts vurdering av disposisjonens virkninger følger samme struktur som en analogivurdering.²⁷⁸ Som eksemplene like ovenfor viser, gjelder dette også PPT-regelens substansvurdering; under begge regler foretas det altså en *form for formålstolkning*. Etter mitt syn bør begrunnelsen for å foreta en substansvurdering under *PPT-regelens formålsvurdering* derfor søkes i rettskildeteoretiske betraktninger. Slik jeg ser det, er grunnen til at det bør foretas en substansvurdering under PPT-regelen, ganske enkelt at dette er den fremgangsmåten som etter alminnelige rettskildelære benyttes for å gjennomføre en *formålsvurdering*.

²⁷⁸ Se Skar s. 157-162.

9 Oppsummering av formålsvurderingen under omgåelsesnormen og PPT-regelen

For at skattefordeler oppnådd ved skattemotiverte tilpasninger skal bortfalle under omgåelsesnormen, må de være i strid med skattereglenes formål. Selv om Høyesteretts normformulering gir anvisning på en bred helhetsvurdering, er det avgjørende momentet i praksis ofte de virkninger skattyters disposisjonen har gitt. Det som i korte trekk vurderes er i hvilken grad skattyters har opplevd de virkninger som begrunner den aktuelle skattefordelen.

Også under PPT-regelen må skattefordelen være i strid med formålet for å bortfalle. Selv om normformuleringen og OECDs kommentarer, gir beskjedne bidrag til tolkningen, tyder eksemplene på at det skal foretas en såkalt «substance-over-form»-vurdering. Det vil si at det skal vurderes om skattyters disposisjon gav de virkningene avtalestatene har forutsatt.

Det ser således ut til at formålsvurderingen skal foretas på *noenlunde* samme måte under begge regler.

10 Sammenligning av rettsvirkningen under omgåelsesnormen og PPT-regelen

10.1 Innledning

Jeg skal nå sammenligne omgåelsesnormens og PPT-regelens *primære rettsvirkning*. Jeg avgrensner følgelig mot såkalte sekundærvirkninger, og andre mer avledede problemstillinger som oppstår *som følge av* den primære rettsvirkningen.²⁷⁹ Ved drøftelsen av PPT-regelen kommer jeg imidlertid til å påpeke enkelte slike problemstillinger. Det er nemlig nødvendig å nevne disse, for å kunne drøfte hva PPT-regelens rettsvirkning går ut på.

10.2 Rettsvirkningen under omgåelsesnormen

I Høyesteretts normformulering angis rettsvirkningen på en noe tilsløret måte. Det sies at disposisjonen må være skattemotivert, og gi en skattefordel i strid med skattereglenes formål:

«[...] For at *gjennomskjæring* skal kunne foretas [...]»^{280 281}

Selv om det kanskje ikke er opplagt hva som menes med «*gjennomskjæring*», er det likevel sjelden tvil om hva som blir utfallet hvis omgåelsesnormen anvendes. Omgåelsesnormens rettsvirkning henger nemlig tett sammen med de vilkår den oppstiller.

På omgåelsesnormens vilkårsside – altså i motivasjons- og formålsvurderingen – har skattyters disposisjon blitt sammenlignet med en annen, «tenkt» disposisjon. Og gjennom denne sammenligningen er det påvist at skattyters disposisjon gav en mer fordelaktig skattevirkning enn hva sammenligningsgrunnlaget ville gitt. Denne «differansen», eller mer presist, denne

²⁷⁹ For omgåelsesnormens vedkommende henviser jeg til Skar s. 236-250. Her drøftes flere slik spørsmål, blant annet *hvilket subjekt* rettsvirkningen skal rettes mot, *om* det kan fastsettes en mindre inngripende rettsvirkning, *hva* som skjer der det oppnås flere skattefordeler, *om* skattemyndighetene plikter å foreta såkalte «sekundærjusteringer», samt *hvorvidt* omgåelsesnormen har privat- og strafferettslige virkninger.

²⁸⁰ Jf. Blant annet Rt. 2007 s. 209 *Hex* avsnitt 39.

²⁸¹ Min uthevning.

forskjellen i skattemessig virkning mellom de to disposisjonene utgjør *skattefordelen*. Omgåelsesnormens primære rettsvirkning er at denne skattefordelen *bortfaller*, ved at skattyters disposisjon undergis samme skattemessige behandling som sammenligningsgrunnlaget, i relasjon til den regelen skattyter har utnyttet eller forsøkt å omgå.²⁸²

Dersom skattyteren for eksempel realiserer aksjer for å ta verdier skattefritt ut av selskapet, og dette sammenlignes med at det kunne vært tatt ut et skattepliktig utbytte, blir rettsvirkningen at overføringen fra selskapet behandles som nettopp et skattepliktig utbytte, jf. *Hovda*.²⁸³

Og likeens, hvis to eneksjonærer etablerer et krysseie, slik at de unngår at det beregnes personinntekt – og dette sammenlignes med at de kunne beholdt aksjene, slik at det *ville blitt* beregnet personinntekt – blir rettsvirkningen at det etterberegnes personinntekt, jf. *Hex*.²⁸⁴

Denne rettsvirkningen kan beskrives på flere måter. Tidvis kalles den «omklassifisering» eller «rekarakterisering».²⁸⁵ Da siktes det til at disposisjonens privatrettslige klassifisering fravikes for skattemessige formål, ved at den gis samme skattemessige konsekvenser som den «tenkte» disposisjonen. En annen, men tilsvarende beskrivelsesmåte, er «faktumfiksjon». Da siktes det til at et fingert saksforhold, altså den «tenkte» disposisjonen, subsumeres under den aktuelle skatteregelen.

Forskjellen mellom disse beskrivelsesmåtene er derfor i utgangspunktet kun terminologisk,²⁸⁶ og knytter seg til «hva» som korrigeres: Ved rekarakterisering korrigeres den *privatrettslige klassifiseringen*, mens det ved faktumfiksjon er *selve hendelsesforløpet* som korrigeres. Tidvis kan det imidlertid være en «forskjell».²⁸⁷ Der den aktuelle skattelovgivningen ikke sonderer ut

²⁸² Se Skar s. 231.

²⁸³ Jf. Rt. 1994 s. 912.

²⁸⁴ Jf. Rt. 2007 s. 209 samt, Rt. 1998 s. 1771 *Essem* og Rt. 1998 s. 1764 *Finnøy og Wisth*

²⁸⁵ I det følgende bruker jeg uttrykket «rekarakterisering».

²⁸⁶ Se Skar s. 231.

²⁸⁷ Se Skar s. 233.

fra privatrettslige former, vil rekarakterisering være en uegnet beskrivelsesmåte. Denne betegnelsen passer nemlig kun der disposisjonen *kan* gis en annen privatrettslig karakteristik.

Som Skar påpeker, kunne utv. 2005 s. 424 (Stavanger tingrett) ha vært et slikt tilfelle. Her gikk den omstridte disposisjonen ut på å slepe en rigg ut av norsk sektor og deretter selge den. Selv om saken ikke ble løst ut fra omgåelsesnormen, er det likevel riktig når Skar skriver at:

«Skulle omgåelsesnormen bli anvendt på et slikt tilfelle passer det bedre med faktumfiksjon: «Salget må beskattes som om det skjedde innenfor norsk sektor.»».²⁸⁸

En tredje måte å beskrive rettsvirkningen på, er å si at det skjer en analogisk anvendelse eller innskrenkende tolkning av den omgåtte eller utnyttede regelen. Zimmer hevder at dette kan gi materielle forskjeller. Synspunktet er at skattemyndighetene vil stå friere hvis rettsvirkningen beskrives på denne måten, enn hvis den knyttes til rekarakterisering eller faktumfiksjon.²⁸⁹

Dette stiller Skar spørsmålsteget ved. Han påpeker at ordet «analogi» nærmest forutsetter at to forhold likestilles, og at rettsvirkningen dermed kan bindes like tydelig til sammenligningsgrunnlaget som ved rekarakterisering eller faktumfiksjon.²⁹⁰ Selv uttrykker han det slik:

«I omgåelsesammenheng kan rettsvirkningen beskrives som analogi (og/eller innskrenkende lovanvendelse) ved å uttrykke at disposisjonen må *likestilles* med den alternative disposisjonen i relasjon til den omgåtte (og/eller utnyttede) skatteregelen.».^{291 292}

Personlig har jeg mest sans for Skars synspunkt, og selv om det da ikke blir materielle forskjeller mellom de tre beskrivelsesmåtene, kan de nok likevel skape forvirring. Slik jeg ser

²⁸⁸ Se Skar s. 233.

²⁸⁹ Se NOU 2016: 5 s. 76-77.

²⁹⁰ Se Skar s. 234.

²⁹¹ Se Skar s. 234-235.

²⁹² Skars utheving.

det, bør disse «koblingsordene» derfor helst ikke brukes. I stedet bør rettsvirkningen beskrives «abstrakt», ved å si at skattefordelen bortfaller, og at disposisjonen gis samme skattemessige behandling som sammenligningsgrunnlaget i relasjon til den aktuelle skatteregelen.²⁹³

10.3 Rettsvirkningen under PPT-regelen

Slik PPT-regelen er utformet i OECD MC art. 29, angis rettsvirkningen ved ordene:

«[...] *a benefit* under this Convention *shall not be granted* [...]».²⁹⁴

Verken OECDs kommentarer eller eksempler berører rettsvirkningens nærmere innhold.²⁹⁵

Den valgte formuleringen tilsier imidlertid at den oppnådde skattefordelen skal nektes innvilget.

Som jeg påpekte i delkapittel 9.2, er skattefordelsbegrepet «relativt», i den forstand at det sikter til den skattemessige «differansen» mellom skattyters disposisjon og sammenligningsgrunnlaget. Skattefordelen er altså en virkning, nærmere bestemt den mer fordelaktige skattevirkningen, skattyter oppnår ved å gjennomføre den valgte disposisjonen, fremfor den andre, «tenkte» disposisjonen.

Slik PPT-regelen er formulert, ser det altså ut til at rettsvirkningen går på ut at den oppnådde skattefordelen bortfaller, eller mer presist: At den skattevirkningen som skattyters disposisjon i utgangspunktet gir, likevel ikke inntreer, og at den i stedet gis samme skattemessige virkning som sammenligningsgrunnlaget. Hva dette innebærer lar seg best illustrere ved eksempler.

Det dreier seg for eksempel om et *rule shopping*-opplegg, der skattyter har realisert aksjer for å «omdanne» et skattepliktig utbytte til en skattefri realisasjonsgevinst. Her vil overføringen

²⁹³ Se Skar s. 231.

²⁹⁴ Mine uthevninger.

²⁹⁵ Skjønt, i kommentar 170 sies det at PPT-regelen «have the effects of denying a benefit», men dette er en «sirkeldefinisjon».

bli sammenlignet med en utbetaling av et utbytte, og rettsvirkningen blir derfor at overføringen skattlegges som nettopp et utbytte.

En lignende virkning inntreer ved et *treaty shopping*-opplegg: Skattyter er hjemmehørende i stat A og eier et selskap hjemmehørende i stat C. Hvis utbyttet utbetales *direkte* fra stat C, blir det ilagt kildeskatt, men dersom det «strømmes» *via* stat B, unntas det fra kildebeskatning. Skattyter oppretter derfor et «gjennomstrømmingsselskap» i stat B.

Her vil overføringen fra stat C *til* stat B bli sammenlignet med en *direkte overføring til* stat A. Hvis stat C da anvender PPT-regelen mot selskapet i stat B, skal overføringen til selskapet i stat B ilegges kildeskatt som om den gikk direkte fra stat C til stat A.

Dette reiser et interessant spørsmål om hjemstatens plikt til å lempe dobbeltbeskatning. Hvis stat B *ikke* gir kredit for skatt som ilegges i stat C, oppstår det dobbeltbeskatning, men dersom stat B *gir* kredit, reduseres skatteprovenyet. Siden den rettsstridige disposisjonen utføres fra stat A, kan det fremstå noe pussig at dette skal gå ut over provenyet i stat B. Dette spørsmålet berøres i OECDs kommentarer eller eksempler. Personlig resonnerer jeg slik: Hvis avtalestatene – her stat C og stat B – har inntatt en PPT-regel i skatteavtalen, har de også godtatt at en slik «uheldig» virkning kan inntre i et gjennomstrømmingstilfelle. Etter mitt syn skal stat B således gi full kredit selv om det innebærer at skatteprovenyet reduseres.

Det ser dermed ut til at PPT-regelens rettsvirkning er nokså lik omgåelsesnormens. I begge tilfeller blir den tilsiktede skattevirkningen erstattet med den sammenligningsgrunnlaget gir.

Tidligere er det imidlertid gitt uttalelser som tilsier at PPT-regelen har en annen rettsvirkning enn hva jeg har antatt hittil. *I Follow up work on BEPS action 6: Preventing Treaty Abuse*, fra 2014 skrev OECD nemlig at:

«The application of [the PPT] results in the denial of the application of treaty provisions, which means that the relevant income then becomes taxable under the provisions of domestic law.»²⁹⁶

²⁹⁶ Se OECD 2014, *Follow up work on BEPS action 6: Preventing Treaty Abuse*, s. 11-12.

I følge denne merknaden, skal kildestaten altså se bort fra skatteavtalen, og i stedet anvende *nasjonale skatteregler*, herunder *kildeskattesatser*. Dette er imidlertid ikke uproblematisk, for vanligvis vil de nasjonale kildeskattesatsene være høyere enn de som er avtalt i skatteavtalen. PPT-regelen vil dermed kunne en slags «straffeeffekt», hvilket aktualiserer det EMK-rettslige lovskravet.²⁹⁷ En slik rettsvirkning reiser også spørsmål om hjemstatens plikt til å lempe dobbeltbeskatning. Der det ilegges kildeskatt ved bruk av PPT-regelen vil nok hjemstaten neppe gi kreditt, og dermed vil det oppstå dobbeltbeskatning. Hvis hjemstaten likevel – mot formodning – gir kredit, blir det spørsmål om hvor «stort» kreditfradraget skal være: Skal hele beløpet krediteres eller bare det beløpet som skatteavtalen gir anvisning på? Det er følgelig ikke kurant å gi PPT-regelen den rettsvirkningen som beskrives i merknaden fra 2014.

Som jeg påpekte innledningsvis i dette delkapittelet, berøres ikke PPT-regelens rettsvirkning i OECDs kommentarer og eksempler. Merknaden fra 2014 ble med andre ord *ikke* videreført. Likevel er den ikke irrelevant: Fordi den ble oppfattet som kontroversiell, avfødte den nemlig en opsjon, med følgende ordlyd:

«Where a benefit under this Convention is denied to a person under [the PPT], the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted that benefit shall nevertheless *treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital*, if such competent authority, upon request from that person and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement referred to in [the PPT]. [...]».²⁹⁸

Her oppstilles det altså en *unntaksregel* som åpner for at kildestaten enten kan innvilge den omstridte skattefordelen, eventuelt en annen, «passende» skattefordel. Statene fikk således anledning til å vedta en PPT-regelen med en rettsvirkning som *ligner* den jeg har antatt at PPT-regelen i utgangspunktet har. Moreno hevder derfor at denne opsjonen:

²⁹⁷ Se EMK art. 7.

²⁹⁸ Se OECD 2015, *Action 6: Final report, Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances* s. 64-65.

«[...] clearly demonstrates that the PPT is deliberately designed as a GAAR with limited effects.».²⁹⁹

Med uttrykket «*GAAR with limited effects*» mener Moreno en omgåelsesregel som pålegger kildestaten å anvende intern rett. Morenos synspunkt er altså at hvis avtalestatene har vedtatt en PPT-regel *uten* denne unntaksregelen, må den aktuelle PPT-regelen tolkes i tråd med merknaden fra 2014. Moreno ser således ut til å hevde at PPT-regelen *i utgangspunktet* gir den rettsvirkningen som beskrives i merknaden fra 2014.

Etter mitt skjønn er dette standpunktet diskutabelt av flere grunner. Som sagt beskrives PPT-regelens rettsvirkning ved ordene «*a benefit [...] shall not be granted*». Rent språklig tilsier denne formuleringen at kildestaten er pålagt «å fjerne» den skattefordelen som oppnås ved omgåelsesdisposisjonen. Etter mitt syn blir det derfor noe anstrengt å hevde at formuleringen *også* pålegger kildestaten å anvende intern rett. Dersom bestemmelsen hadde vært formulert i retning av at «*the provision shall not be applicable*» kunne det stilt seg annerledes. Men slik den *er* utformet, kan det etter mitt syn vanskelig utledes at kildestaten skal anvende intern rett.

For meg er det også sentralt at merknaden fra 2014 ikke ble videreført. Siden rettsvirkningen som skisseres der i verste fall kan gi en straffeeffekt, er den såpass *dramatisk* at det var god grunn til å presisere at PPT-regelen virkelig har en slik virkning. En annen god grunn til å videreføre merknaden er at ordlyden helst tilsier at statene *kun* skal fjerne skattefordelen. Etter min oppfatning tyder dette derfor på at OECD har gått bort fra den rettsvirkningen som beskrives i merknaden fra 2014.

Til dette kan det – som Moreno er inne på – innvendes at hvis statene uansett kan innvilge den skattefordelen som ville ha blitt innvilget hvis disposisjonen ble bedømt ut fra sin økonomiske substans, er det vanskelig å se hva opsjonen tilfører. Etter mitt syn er dette i utgangspunktet et nokså godt argument, men vekten må likevel ikke overdrives. Som fremhevet av blant annet Chand, inngår nemlig ikke opsjonen i den minimumsstandarden som etableres i *BEPS Action*

²⁹⁹ Se Moreno s. 442.

6: *Final Report*.³⁰⁰ Nettopp av den grunn skriver Chand at:

«Accordingly, if such a provision is not included a tax treaty, it does not mean that treaty benefits shall not be granted, especially if such benefits are available under domestic law mechanisms.»³⁰¹

Siden opsjonen ikke inngår i minimumsstandarden, kan det hevdes at så lenge den omstridte skattefordelen nektes innvilget, står statene fritt til å innvilge andre, «passende» skattefordeler. Eller rettere: Siden minimumsstandarden kun retter seg mot skattefordeler oppnådd ved omgåelsesdisposisjoner, er statenes *adgang* til å innvilge «andre» skattefordeler ikke regulert, og derfor heller ikke begrenset.

Et annet relevant moment er dette: Selv om det utformes en regel som tilsynelatende gir en annen rettsvirkning, er det ikke gitt at det dreier seg om en «annen regel». Dermed kan det ikke utelukkes at opsjonen egentlig er en *presisering* av PPT-regelens rettsvirkning.

Slik jeg ser det, taler de foreliggende rettskildene derfor helst for at PPT-regelen innebærer at den oppnådde skattefordelen bortfaller, ved at skattyters disposisjon gis samme skattemessige behandling som sammenligningsgrunnlaget. Jeg holder med andre ord fast ved det jeg antok innledningsvis. Avgjørende for meg er PPT-regelens ordlyd, at merknaden fra 2014 ikke ble videreført, samt at opsjonen ikke inngår i minimumsstandarden, herunder at det ikke kan utelukkes at den er ment som en «presisering». Jeg legger også en viss vekt på at dersom PPT-regelen kun innebærer at den oppnådde skattefordelen skal nektes innvilget avverges «straffeffekten» og de spørsmål som da oppstår. Når det er sagt, fremstår likevel spørsmålet om hva som er PPT-regelens nærmere rettsvirkning som nokså tvilsomt.

³⁰⁰ Også Robert J. Danon fremhever dette poenget i «Treaty abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups», *Bulletin for international Taxation* 2018, s. 31-54, på s. 51.

³⁰¹ Se Chand s. 40.

11 Endelig oppsummering og konklusjon: Stor grad av sammenfall

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen har vært *om* – og eventuelt *i hvilken grad* – vurderings- og argumentasjonsmønstrene under omgåelsesnormen og PPT-regelen sammenfaller, og hvis de gjør det, om de to reglene også gir samme rettsvirkning.

Som jeg påpekte i kapittel 2, er omgåelsesnormen og PPT-regelen nokså likt utformet; begge regler oppstiller et grunnleggende vilkår om skattemotivasjon, blant annet for å ivareta skattyters forutberegnelighet. Hvis dette vilkåret er oppfylt, avhenger den oppnådde skattefordelen av en nærmere vurdering av dens forhold til skattelovgivningens formål. Det er gjennom dette vilkåret at grensen mellom den legitime og den illegitime skatteplanlegging trekkes opp.

Under begge regler krever *grunnvilkåret* at skattyters disposisjon var mer eller mindre skattemessig motivert. Omgåelsesnormen krever i utgangspunktet kvalifisert overvekt av skattemotiver, mens det under PPT-regelen er nok at skattemotivet var et av hovedmotivene. I prinsippet kan de to reglene derfor anvendes mot *forretningsmessig fornuftig disposisjoner*. Dette harmonerer imidlertid dårlig med deres legislative begrunnelse, herunder nøytralitets-hensynet og hensynet til å verne om skattereglenes legitimitet.

Siden begge regler krever *mindre* enn fullstendig overvekt av skattemotiver, preges også de av samme «problem», nemlig at motivasjonsvurderingen kan manipuleres ved å *definere disposisjonen* ut fra det ønskede resultat. I norsk litteratur omtales denne problemstillingen som *naturlig helhets-kriteriet*. Etter mitt syn gir det engelske uttrykket «*frame game*» en mer treffende beskrivelse av problemstillingen, og de konsekvenser slike vide motivasjonstester gir; rettsanvendelsen blir vilkårlig, slik at forutberegneligheten svekkes og i verste fall kan domsresultatet også bli uriktig.

Under begge regler ble det imidlertid konkludert med at den *reelle terskelen for skattemessig motivasjon* antageligvis ligger høyere enn hva grunnvilkårenes ordlyd tilsier. Måten grunnvilkåret praktiseres av Høyesterett tyder på at disposisjonen må være fullt ut skattemotivert, herunder skattebetinget, for at den skal kunne rammes. Den samme gjør OECDs eksempler til

PPT-regelen. Et viktig poeng var at denne tolkningen harmonerer bedre med de to reglenes legislative begrunnelse, i tillegg til at den avverger de ovennevnte avgrensingsproblemene.

For så vidt gjelder *formålsvurderingen*, fremhevet jeg at begge regler legger opp til en såkalt substansvurdering. Spørsmålet er i hvilken grad skattyters disposisjon har gitt de virkninger lovgiver og avtalestatene har forutsatt at slike transaksjoner *skal* ha. Grunnen til at formålsvurderingen avgjøres på dette viset skyldes måten skattelovgivningen utformes på. Der lovgiver- og avtalestatene gjør skattefordeler betinget av at skattyteren oppfyller visse vilkår, er ut fra en forutsetning om at skattyterens faktiske og rettslige stillingen vil bli påvirket på et bestemt vis når vilkårene oppfylles. Og det denne *endringen*, eller mer presist, forutsetningen om at disse virkningene *vil inntre*, som utgjør begrunnelsen for at skattyteren innrømmes en skattefordel. Dette innebærer derfor at skattefordelens forhold til skattelovgivningens formål kan fastslås, ved å vurdere i hvilken grad disposisjonen har gitt de forutsatte virkningene.

Når det gjelder reglenes *rettsvirkning* fremhevet jeg forbindelsen til vilkårssiden, herunder sammenligningsgrunnlaget. Jeg konkluderte med at begge regler leder til at skattyters disposisjon gis samme skattemessige behandling som andre, «tenkte» disposisjonen. For PPT-regelens vedkommende understreket jeg imidlertid at konklusjonen ikke er opplagt; det kan ikke utelukkes at PPT-regelens rettsvirkning er en annen, nærmere bestemt at den pålegger kildestaten å se bort fra skatteavtalen, og i stedet anvende nasjonale skatteregler, herunder skattesatser.

Det ser derfor ut til at vurderings- og argumentasjonsmønsteret under omgåelsesnormen og PPT-regelen i stor grad sammenfaller, og at de to reglene gir samme rettsvirkning. «Norske» argumenter vil med andre ord i stor grad kunne «overføres» ved tolkningen av PPT-regelen.

Det er imidlertid nødvendig å understreke at PPT-regelen vil bli inntatt i svært mange skatteavtaler, hvor avtalestatenes rettskultur vil kunne avvike fra den norske. Som Furuseth påpeker kan det derfor ikke utelukkes at det vil bli like mange tolkninger av PPT-regelen som det er skatteavtaler i verden.³⁰² Personlig tror likevel at PPT-regelen vil bli praktisert nokså likt, uavhengig av hvem som er parter i den enkelte skatteavtalen. Resonnementet mitt er nokså

³⁰² Se Furuseth s. 318-319.

enkelt: Mitt inntrykk av den foreliggende litteraturen er nemlig at ulike forfattere jevnt over inntar samme – eller i det minste nokså like – standpunkter selv om begrunnelsen og det konkrete resonnementet riktignok kan variere.

Litteraturliste:

Bøker og artikler

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009

Aarbakke, Magnus, «Hvorledes bør domstolene stille seg til omgåelsesproblemene?», *Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie*, Kringgående av skattelag, nr. 3, 1976, s. 137 flg.

Banoun, Bettina, *Omgåelse av skattereglene* (Oslo 2003).

De Broe, Luc, *International tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies* (2008).

De Broe, Luc og Joris Luts «BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse», *Intertax*, 2015, s.122-146.

Chand, Vikram «The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis», *Intertax* 2018 s. 18-44.

Danon, Robert J. «Treaty abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups» *Bulletin for international Taxation* 2018 s. 31-5.

Furuset, Eivind, «Sammenligning av gjennomskjæringsregelen og «principal purposes test»», *Skatterett* 2016, s. 291-319.

Folkvold, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon* (Oslo 2006).

Folkvold, Benn, «Er skattemessig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring? – Replik til Frederik Zimmers artikkel «Hva er vurderingstemaet i omgåelsessaker?»», *Skatterett* 2007, s. 293-300.

Folkvold, Benn, «Lovfestet omgåelsesnorm – Forslag som ikke vet hvor det vil», *Skatterett* 2016, s. 177-185.

Gjems-Onstad, Ole, *Norsk Bedriftsskatterett*, 9. utgave (Oslo 2015).

Harboe, Einar, *Skattemessig gjennomskjæring*, (Oslo 2012).

Harriton, David P. «The Frame game: How Defining the «Transaction» Decides the Case», *Tax lawyer*, 2009, s. 1-43.

Kuzniacki, Blazej, «The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application», *World Tax Journal* 2018, s. 233-294.

Lang, Michael «BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties», *Tax Notes international* 2014, s. 655-664.

Andrés Báes Moreno, «GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What have We Gained from BEPS Action 6?», *Intertax*, 2017, s. 432-446.

Naas, Henning m.fl. *Norsk internasjonal skatterett*, 2. utgave (Oslo 2017).

Skaar, Arvid Aage, *Norsk skatteavtalerett*, (Oslo 2006).

Skar, Henrik, *Den ulovfestede omgåelsesnormen i skatteretten*, (Bergen 2017).

Zimmer, Frederik, *Internasjonal inntektsskatterett*, 4. utgave, (Oslo 2011).

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett* (Oslo 2014).

Vogel, Klaus og Rainar Prokish, *Interpretation of double taxation conventions = Interprétation des conventions de double imposition*, Deventer 1993.

Andre dokumenter

OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit shifting*.

OECD 2014, *Follow up work on BEPS action 6: Preventing Treaty Abuse*.

OECD 2015, *Action 6: Final report, Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*.

OECD 2017, *Background Brief, Inclusive Framework on BEPS*.

KPMG Ireland i BEPS action 6: Preventing Treaty abuse (Fairness for smaller economies).

Internettadresser:

<https://www.taxjustice.net/scalebeps/> (sist besøkt 08.12.2018)

Høyesterettspraksis:

Rt. 1961 s. 1195 *Kollbjørg*

Rt. 1963 s. 478 *Siraco*

Rt. 1966 s. 1189 *Bergesen*

Rt. 1976 s. 302 *Ragelas*

Rt. 1978 s. 60 *Smestad*

Rt. 1982 s. 789 *Torkildsen*

Rt. 1994 s. 492 *Railo*

Rt. 1994 s. 752 *Alphawell*

Rt. 1994 s. 912 *Hovda*

Rt. 1997 s. 653 *Siemens*

Rt. 1997 s. 1580 *Zenith*

Rt. 1998 s. 1764 *Finnøy og Wisth*

Rt. 1998 s. 1771 *Essem*

Rt. 1998 s. 1779 *INA*

Rt. 1999 s. 946 *ABB*

Rt. 1999 s. 1347 *Øverbye*

Rt. 2000 s. 1865 *Nygård*

Rt. 2002 s. 456 *Hydro Canada*

Rt. 2004 s. 957 *PGS*

Rt. 2004 s. 1331 *Aker Martime*

Rt. 2006 s. 1062 *Fauske*
Rt. 2006 s. 1199 *Nagell-Erichsen*
Rt. 2007 s. 209 *Hex*
Rt. 2008 s. 1510 *Reitan*
Rt. 2008 s. 1537 *ConocoPhillips*
Rt. 2011 s. 1581 *Dell*
Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi*
Rt. 2014 s. 227 *Tangen 7*
HR-2016-2165-A *IKEA*

Norske lover

Skatteloven – lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt.
Dobbelbeskatningsloven 1949 – lov 28. juli 1949 nr. 15 om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning mv.

Konvensjoner og skatteavtaler

Wienkonvensjonen – Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.
Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen 1950
OECDs mønsteravtale - *OECD Model Convention on Income and Capital 2017*.
Den nordiske skatteavtalen – Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue 1996.

Lovforarbeider:

Norges Offentlige utredninger

NOU 2016: 5 Omgåelsesregelen i skatteretten – Lovfesting av en generell omgåelsesregel i skatteretten.

Lovproposisjoner

Ot.prp. nr. 16 (1991-1992) Oppfølging av skattereformen.
Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) Skatteregler ved fusjon og fisjon av selskaper.

Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.
Prop 114 S (2017-2018)