



## DOMSTOLENS DOM

23. November 2004\*

*(Fri bevegelighet for kapital – skattlegging av aksjeutbytte – skattefradrag bare innrømmet aksjonærer hjemmehørende i én EØS-stat – saksbehandlingsrettigheter for aksjonærer hjemmehørende i andre EØS-stater)*

I sak E-1/04,

ANMODNING til EFTA-domstolen i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Frostating lagmannsrett i en sak som verserer for denne mellom

**Fokus Bank ASA**

og

**Den norske stat v/Skattedirektoratet**

om tolkningen av reglene om fri bevegelighet for kapital innen EØS,

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, President og saksforberedende dommer, og dommerne Per Tresselt og Thorgeir Órlygsson,

---

\* Språket i anmodningen om en rådgivende uttalelse: Norsk.  
Korrigert versjon; rettelsene gjelder avsnitt 37, siste setning, og slutningens punkt 1, annen setning.

justissekretær: Henning Harborg,

etter å ha vurdert de skriftlige saksfremstillinger inngitt av:

- Fokus Bank ASA (heretter “den ankende part”), representert ved Bettina Banoun, advokat;
- Den norske stat (heretter “ankemotparten”), representert ved Thomas Nordby, advokat, Regjeringsadvokaten, og ved Amund Noss, advokat, Regjeringsadvokaten, som rettslig medhjelper;
- EFTAs overvåkningsorgan, representert ved Niels Fenger, direktør, og ved Per Andreas Bjørgan, senior rådgiver;
- Kommisjonen for De europeiske fellesskap, representert ved Richard Lyal, juridisk rådgiver, og ved Hans Støvlbæk, medlem av Kommisjonens juridiske tjeneste;
- Kongeriket Storbritannia, representert ved Mark Bethell, Treasury Solicitor’s Department, og ved Gerald Barling QC, David Ewart og Jemima Stratford, advokater;

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra den ankende part ved Bettina Banoun, fra ankemotparten ved Thomas Nordby, fra EFTAs overvåkningsorgan ved Per Andreas Bjørgan, og fra Kommisjonen for De europeiske fellesskap ved Richard Lyal, i rettsmøte den 28. september 2004,

avsier slik

## **Dom**

### **I Faktum og saksgang**

- 1 Ved beslutning datert 23. april 2004, mottatt ved EFTA-domstolen den 27. april 2004, forela Frostating lagmannsrett i medhold av artikkel 34 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA), to spørsmål om fortolkningen av EØS-avtalen artikkel 40.
- 2 De to spørsmålene kom opp i en tvist mellom den ankende part, et aksjeselskap, og Skattedirektoratet om ligning av utbytte som den ankende part delte ut til sine aksjonærer i 1997 og 1998. Blant disse aksjonærene var to selskaper hjemmehørende i henholdsvis Tyskland og Storbritannia. Umiddelbart før vedtaket om å dele ut utbytte, solgte disse selskapene aksjene sine i den ankende

part til selskaper hjemmehørende i Norge, og kort tid etter at utbytteutbetalingene var gjennomført, utøvet de en opsjon til å kjøpe aksjene tilbake.

- 3 I overensstemmelse med vanlig praksis holdt den ankende part tilbake kildeskatt før utbytte ble utbetalt til aksjonærer som, i henhold til Verdipapirsentralens register (VPS-registeret), var hjemmehørende utenfor Norge. Der VPS-registeret viste at aksjonærene var hjemmehørende i Norge, ble skatt ikke holdt tilbake.
- 4 I en endelig avgjørelse om endring av ligningen, fant Trondheim overligningsnemnd i 2001 at de utenlandske aksjonærene, på tidspunktet for utdelingen av utbyttet, for skattemessige formål måtte anses som eiere av aksjene i den ankende part. I 2003 la Trondheim kemnerkontor til grunn at den ankende part var ansvarlig for skatteforpliktelsene som fulgte av omklassifiseringen av eierskapet.
- 5 Under den forvaltningsmessige saksbehandlingen ble bare den ankende part, og ikke aksjonærene hjemmehørende i Tyskland og Storbritannia, varslet og gitt partsrettigheter.
- 6 Den ankende part anla søksmål mot den norske stat for Trondheim tingrett med krav om tilbakebetaling av utlignet kildeskatt i tilfeller der skatt var utlignet på grunnlag av andre opplysninger enn det som fremgikk av VPS-registeret på tidspunktet for utdeling av utbytte. Kravet ble ikke tatt til følge i Trondheim tingretts dom av 18. juni 2003, og den ankende part anket dommen til Frostating lagmannsrett.
- 7 Frostating lagmannsrett har forelagt følgende spørsmål for EFTA-domstolen:

*1. Er det i overensstemmelse med EØS-avtalen artikkel 40 at det ikke innrømmes godtgjørelse i kildeskatt til skattytere bosatt i andre medlemsstater?*

*(a) Er det av rettslig betydning om skattyteren er bosatt i en medlemsstat, som i skatteavtale med Norge har forpliktet seg til å innrømme kredit for kildeskatt?*

*(b) Er det av rettslig betydning om skattyteren i det konkrete tilfelle faktisk får eller vil få kredit for kildeskatten?*

*2. Er det i overensstemmelse med EØS-avtalen at en medlemsstat alene forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av utbytteskatt (kildeskatt) i de tilfellene hvor ligningsvedtaket for de utenlandske skattyterne bygger på at den skattemessige eier er en annen enn den som (1) privatrettslig er eier, (2) er registrert i VPS-registeret som eier og (3) er oppgitt som eier i forhold til ligningsmyndighetene uten at verken den skattemessige eier eller den privatrettslige VPS-registrerte eier har blitt gjort kjent med omklassifiseringen?*

## II Rettslig bakgrunn

### *Nasjonal rett*

- 8 I henhold til kapittel 3 i *selskapsskatteloven* av 20. juli 1991 nr. 65, hvilket er videreført uten endringer i kapittel 10 i *skatteloven* av 26. mars 1999 nr. 14, er utbytte utbetalt av et selskap hjemmehørende i Norge til aksjonærer bosatt i Norge skattepliktig som alminnelig inntekt, jf. *selskapsskatteloven* § 3-2. Utbytte utbetalt til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge beskattes etter en sats som årlig fastsettes av Stortinget, jf. § 3-5 i *selskapsskatteloven*. I den foreliggende saken var satsen 15 prosent.
- 9 For å unngå økonomisk dobbeltbeskatning ved at overskudd som utdeles av norske selskaper først pålegges selskapsskatt på det utdelende selskapets hånd og deretter inntektsskatt hos de aksjonærene som mottar utbytte, innrømmes aksjonærer med alminnelig skatteplikt i Norge et godtgjørelsesfradrag i skatten som er utlignet for alminnelig inntekt, jf. § 3-4 i *selskapsskatteloven*. Godtgjørelsen motsvarer beløpsmessig den skatten selskapet har betalt for det utdelte utbyttet. Godtgjørelsesfradrag er definert som følger i § 3-3 i *selskapsskatteloven*:
- Med godtgjørelse menes mottatt utbytte multiplisert med aksjonærens skattesats for alminnelig inntekt.*
- 10 Det praktiske resultatet av godtgjørelsessystemet er at utbytte er skattefritt hos aksjonærer med alminnelig skatteplikt i Norge, og det vil bare skattlegges på selskapets hånd etter en sats på 28 prosent. En aksjonær har alminnelig skatteplikt i Norge når han er hjemmehørende eller bosatt i Norge. Aksjonærer som er hjemmehørende i utlandet innrømmes ikke godtgjørelsesfradrag. Utbytte som utbetales til disse aksjonærene er gjenstand for kildeskatt som det utdelende selskap er ansvarlig for, jf. § 3-5 i *selskapsskatteloven*. Selskapet har regress- og motregningsrett i forhold til de utenlandske aksjonærene.
- 11 I henhold til artikkel 10 i avtalene om dobbeltbeskatning mellom henholdsvis Norge og Tyskland, av 4. oktober 1991, og Norge og Storbritannia, av 3. oktober 1985, har både hjemstaten og kildestaten beskatningsadgang når utbytte er utdelt fra et selskap hjemmehørende i én stat (kildestaten) til en aksjonær hjemmehørende i en annen stat (hjemstaten). I henhold til skatteavtalene er kildestatens beskatningsadgang begrenset til 15 prosent av utbyttet. For å unngå såkalt juridisk dobbeltbeskatning, det vil si at en skattebetaler beskattes for samme inntekt både i hjemstaten og i kildestaten, gir begge avtalene aksjonærer som er hjemmehørende i henholdsvis Tyskland og Storbritannia, rett til kredit for utlignet skatt tilsvarende skatten på utbyttet som er blitt pålagt i Norge. Imidlertid gir verken skatteavtalen med Tyskland eller skatteavtalen med Storbritannia skattebetalere hjemmehørende i noen av landene rett til det samme godtgjørelsesfradraget som skattebetalere hjemmehørende i Norge.

- 12 Med hensyn til saksbehandlingsrettigheter i forbindelse med ligningsvedtak og endringsligninger, følger det av kapitlene 3 og 9 i *ligningsloven* av 13. juni 1980 nr. 24 blant annet at skattebetalere skal varsles om at endringsligning kan bli aktuelt og gis en rimelig tidsfrist for å fremlegge kommentarer til forholdet. De har også rett til innsyn i saksdokumentene. Vedtak om endringsligning må begrunnes skriftlig og sendes til skattebetalerne sammen med informasjon om deres klageadgang. Reglene gjelder, i forbindelse med beskatning av utbytteinntekt, bare aksjonærer hjemmehørende i Norge. Hva angår aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge, er det bare det utdelende selskap som varsles om endringer i utlignet kildeskatt og som gis partsrettigheter under saksbehandlingen, derunder en klageadgang. Utenlandske skattebetalere mottar ikke varsel om ligningen og innrømmes heller ikke andre partsrettigheter under saksbehandlingen. Dersom en utenlandsk skattebetaler ønsker å påklage ligningen eller endringsligningen, må han be det utdelende selskap om å ta opp saken på hans vegne.
- 13 Under sakens gang er EFTA-domstolen blitt gjort oppmerksom på at den norske regjering nylig har lagt frem et lovforslag som innebærer at godtgjørelsesfradraget avskaffes hva angår utbytte til fysiske personer, og at utbytte til juridiske personer unntas fra beskatning, uavhengig av om de er hjemmehørende i Norge eller i utlandet.

*EØS-rett*

- 14 Artikkel 4 EØS lyder:

*Enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet skal være forbudt innenfor denne avtales virkeområde, med forbehold for de særbestemmelser den selv gir.*

- 15 Artikkel 40 EØS lyder:

*Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel.*

- 16 Artikkel 1(1) i Rådskonklusjon 88/361/EØF av 24. juni 1988 om gjennomføring av traktatens artikkel 67, EFT L 178 av 8.7.1988, s. 5, henvist til i punkt 1 i vedlegg XII til EØS-avtalen (heretter ”Rådskonklusjon 88/361”) lyder:

*Med forbehold for de bestemmelser som følger, skal medlemsstatene avskaffe restriksjonene på kapitalbevegelser mellom valutainnlendinger i medlemsstatene. For å lette gjennomføringen av dette direktiv skal kapitalbevegelser klassifiseres etter nomenklaturen i vedlegg I.*

- 17 Det vises til rettsmøterapporten for en fylldigere redegjørelse for de rettslige rammer, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innleggene forelagt EFTA-domstolen, som i det følgende bare nevnes eller drøftes i den grad det er nødvendig for Domstolens begrunnelse.

### III Rettens bemerkninger

#### *Første spørsmål*

- 18 Med sitt første spørsmål spør Frostating lagmannsrett hovedsakelig hvorvidt artikkel 40 EØS utelukker lovgivning hvorved aksjonærer hjemmehørende i Norge innrømmes en skattegodtgjørelse på utbytte utbetalt av et norsk selskap, mens aksjonærer hjemmehørende utenfor Norge ikke innrømmes noen slik godtgjørelse.
- 19 Innledningsvis bemerker EFTA-domstolen at norsk lovgivning skiller mellom fysiske personer, som kan være bosatt eller ikke bosatt i en stat, og juridiske personer, som kan være hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende i en stat. EFTA-domstolen vil anvende betegnelsen hjemmehørende og ikke-hjemmehørende for begge kategorier.<sup>1</sup>
- 20 Som en hovedregel er skattesystemet til en EFTA-stat som er part i EØS-avtalen, ikke omfattet av EØS-avtalen. EØS/EFTA-statene må imidlertid utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-retten (se i den retning sakene E-6/98 *Norway v EFTA Surveillance Authority* [1999] EFTA Ct. Rep. 74, avsnitt 34; E-1/01 *Hörður Einarsson* [2002] EFTA Ct. Rep. 1, avsnitt 17; og E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland* [2003] EFTA Ct. Rep. 143, avsnitt 26).
- 21 Ankemotparten anfører at fordelingen av kompetanse til å fatte avgjørelser med hensyn til beskatning av utbytte under dobbeltbeskatningsavtalene faller utenfor anvendelsesområdet for artikkel 40 EØS og henviser i denne sammenheng til EF-domstolens dom i sak C-336/96 *Gilly v Directeur des Services Fiscaux du Bas-Rhin* [1998] ECR I-2793, avsnitt 30. EF-domstolen uttalte der at Fellesskapets medlemsstater, innenfor rammene av bilaterale avtaler som er inngått for å unngå dobbeltbeskatning, har frihet til å fastsette hvilke tilknytningsfaktorer som skal gjelde for fordeling av beskatningskompetansen dem imellom. Det betyr imidlertid ikke at en EØS-stat, ved utøvelsen av den beskatningskompetanse som derved er fordelt, kan se bort fra EØS-retten (sml. sakene C-307/97 *Saint-Gobain v Finanzamt Aachen-Innenstadt* [1999] ECR I-6161, avsnitt 58; og C-385/00 *De Groot* [2002] ECR I-11819, avsnitt 94).
- 22 Som det fremgår av artikkel 1 nr. 1 EØS, er et av avtalens hovedformål å skape et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde. Dette formålet har vært

---

<sup>1</sup> I den engelske versjonen av dommen anvendes “resident” og “non-resident” for begge kategorier, men det er på norsk ikke naturlig å benytte begrepet ”bosatt” om en juridisk person.

retningsgivende både for EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis (se blant annet sakene E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, [2003] EFTA Ct. Rep., 143, avsnitt 27; og C-286/02 *Bellio F.lli Srl v Prefettura di Treviso*, ikke ennå publisert, avsnitt 34). I denne henseende foreskriver artikkel 6 EØS at EFTA-domstolen er bundet av de relevante avgjørelser fra EF-domstolen fra før undertegningen av EØS-avtalen, og artikkel 3 nr. 2 ODA foreskriver at EFTA-domstolen må ta tilbørlig hensyn til senere rettspraksis. EF-domstolens rettspraksis vedrørende artikkel 56 EF er derfor relevant ved fortolkningen av artikkel 40 EØS.

- 23 EØS-avtalens regler om fri bevegelighet for kapital er innholdsmessig i hovedsak identiske med de tilsvarende reglene i EF-traktaten (se sak C-452/01 *Ospelt and Schlössle Weissenberg* [2003] ECR I-9743, avsnitt 28; se også tilsvarende Generaladvokat *Geelhoeds* forslag til avgjørelse i saken, avsnittene 72 og 73; og sml. sak E-1/00 *Íslandsbanki-FBA*, avsnitt 16). EF-domstolen understreket i *Ospelt* at ”et af hovedformålene med EØS-aftalen er desuden at opnå den videst mulige gennemførelse af den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital inden for hele EØS, således at det indre marked, der består på Fællesskabets område, kan blive udstrakt til EFTA-staterne” (dommens avsnitt 29).
- 24 Med hensyn til spørsmålet om hvorvidt utdeling og mottak av utbytte innebærer bevegelighet av kapital i EØS-avtalen artikkel 40s forstand, henviser EFTA-domstolen til artikkel 1(1) i Rådsktiv 88/361 og nomenklaturen for kapitalbevegelser i direktivets vedlegg I, som henvist til i vedlegg XII til EØS-avtalen. I henhold til siste avsnitt i innledningen i vedlegg I er nomenklaturen ikke uttømmende. For EF-rettens vedkommende har EF-domstolen funnet at et tilfelle der en borger av en medlemsstat som er bosatt i denne staten, mottar utbytte på aksjer i et selskap som har sete i en annen medlemsstat, er omfattet av Rådsktiv 88/361 (sak C-35/98 *Verkooijen* [2000] ECR I-4071, avsnitt 30).
- 25 Artikkel 40 EØS forbyr restriksjoner mellom EØS-statene på overføring av kapital som tilhører personer hjemmehørende i EFs medlemsstater eller EFTA-statene, samt forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen. Bestemmelsen gir individer og økonomiske aktører en rett til markedsadgang (se vedrørende den frie bevegelighet for tjenester, sak E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, avsnitt 30).
- 26 Hva angår spørsmålet om hvorvidt den omstridte nasjonale lovgivningen begrenser den frie bevegelighet for kapital, skal det bemerkes at de aktuelle nasjonale bestemmelsene kan virke negativt inn på fortjenesten til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge og således ha til virkning at de avholdes fra å investere kapital i selskaper med sete i Norge. Anvendelsen av slike bestemmelser begrenser friheten til å investere i Norge for selskaper og individer som er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Disse bestemmelsene kan også vanskeliggjøre norske selskapers muligheter til å reise utenlandsk kapital. Den aktuelle lovgivningen påvirker derfor markedsadgangen både for de utdelende

selskap og de utenlandske aksjonærene, og den utgjør derved en restriksjon i EØS-avtalen artikkel 40s forstand.

- 27 Imidlertid må det undersøkes hvorvidt den ovenfor nevnte restriksjonen kan rettferdiggjøres.
- 28 I denne henseende bemerker EFTA-domstolen at artikkel 40 EØS ikke utelukker EØS-stater fra å anvende bestemmelser i sin skattelovgivning som sonderer mellom skattebetalere som ikke er i samme situasjon med hensyn til hjemhørighet. Ettersom dette innebærer en innskrenkning av det grunnleggende prinsippet om den frie bevegelighet for kapital, må det imidlertid fortolkes snevert, og kan ikke forstås slik at enhver skattelovgivning som sonderer mellom skattebetalere etter hjemhørighet, uten videre vil være i overensstemmelse med EØS-avtalen. En ulik behandling kan bare anses for å være i overensstemmelse med artikkel 40 EØS der de angjeldende situasjonene ikke er objektivt sammenlignbare, eller der slik behandling rettferdiggjøres av tvingende allmenne hensyn. For å rettferdiggjøres må forskjellsbehandlingen dessuten ikke gå ut over hva som er nødvendig for å oppnå formålet med lovgivningen (sml. sak C-319/02 *Manninen*, dom av 7. september 2004, ennå ikke publisert, avsnittene 28-29).
- 29 Ankemotparten har hevdet at det i den foreliggende saken ikke er noen sammenlignbar situasjon mellom aksjonærer hjemmehørende i Norge og aksjonærer hjemmehørende i utlandet, og har vist til EF-domstolens rettspraksis til støtte for dette (sakene C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker* [1995] ECR, I-225, avsnittene 31-32; og C-234/01 *Gerritse* [2003] ECR I-5933, avsnitt 44). Til dette bemerker EFTA-domstolen at det forhold at aksjonærer som er hjemmehørende i Norge har alminnelig skatteplikt i Norge, mens aksjonærer hjemmehørende i utlandet bare skattlegges i Norge med hensyn til fortjeneste som opptjenes der, ikke alene er tilstrekkelig til å forhindre at de to kategoriene anses som sammenlignbare situasjoner (sml. sak C-311/97 *Royal Bank of Scotland v Elliniko Dimosio* [1994] ECR I-2651, avsnitt 29).
- 30 Viktig veiledning kan også finnes i EF-domstolens rettspraksis om innkommende utbytte, det vil si utbytte som ikke-hjemmehørende selskaper betaler til hjemmehørende aksjonærer (sakene C-315/02 *Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol*, dom av 15. juli 2004, ennå ikke publisert; og C-319/02 *Manninen*, avsnittene 35-37). Den foreliggende saken gjelder utgående utbytte, det vil si utbytte som hjemmehørende selskaper betaler til ikke-hjemmehørende aksjonærer. Ankemotpartens anførsel om at beskatning av utgående utbytte skal behandles annerledes enn beskatning av innkommende utbytte, kan ikke føre frem. Formålet med godtgjørelsesmekanismen i den norske skattelovgivningen er å unngå økonomisk dobbeltbeskatning, det vil si at fortjeneste som allerede er beskattet på det utdelende selskapets hånd, senere beskattes som alminnelig inntekt på aksjonærenes hender. Dette formålet kan bare oppnås dersom alle aksjonærene innrømmes godtgjørelsesfradrag, uten hensyn til hjemhørighet. Økonomisk dobbeltbeskatning av de samme verdier skaper den samme uønskede effekten, uavhengig av hjemhørighet, og i så



henseende er aksjonærer som er henholdsvis hjemmehørende og ikke hjemmehørende i en stat, i en sammenlignbar situasjon.

- 31 Ankemotparten har anmodet EFTA-domstolen om å anerkjenne at restriksjonen etter artikkel 40 EØS kan rettferdiggjøres ut fra hensynet til sammenhengen i det internasjonale skattesystemet. Etter ankemotpartens oppfatning ville en EØS-rettslig forpliktelse til å innrømme ikke-hjemmehørende aksjonærer det samme godtgjørelsesfradraget som hjemmehørende aksjonærer, medføre en de facto overføring av beskatningskompetanse fra kildestaten til hjemstaten og stride mot et prinsipp i internasjonal skatterett om at unngåelse av økonomisk dobbeltbeskatning er et anliggende for den enkelte skattebetalers hjemstat. I denne sammenhengen minner EFTA-domstolen først om at grunnlaget for dens fortolkning av artikkel 40 EØS er den virkning nasjonale foranstaltninger har overfor individer og økonomiske aktører innen EØS. Videre ville aksept av en rett til å fravike det grunnleggende prinsippet om fri bevegelighet for kapital som er nedfelt i artikkel 40 EØS, for å beskytte sammenhengen i det internasjonale skattesystemet, innebære at bilaterale skatteavtaler gikk foran EØS-retten. En EØS-stat kan ikke gjøre de rettigheter som følger av artikkel 40 EØS betinget av innholdet i en bilateral avtale som er inngått med en annen EØS-stat (sml. sak 270/83 *Commission v France* (“*avoir fiscal*”) [1986] ECR 273, avsnitt 26).
- 32 Det må videre tas hensyn til målsettingen som den angjeldende skattelovgivningen forfølger (sml. sak C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, dom av 11. mars 2004, ennå ikke publisert, avsnitt 67). Målsettingen om å unngå økonomisk dobbeltbeskatning på fortjeneste som allerede er beskattet på det utdelende selskapets hånd, ville ikke på noen måte berøres dersom denne fordelten ved det norske skattesystemet også ble gitt til aksjonærer som er hjemmehørende utenfor Norge, (sml. sakene C-315/02 *Lenz*, avsnitt 38, og C-319/02 *Manninen*, avsnitt 46 vedrørende sammenhengen i det nasjonale skattesystemet).
- 33 EFTA-domstolen har merket seg at den ankende part og EFTAs overvåkningsorgan har vist til selskapsskattelovens forarbeider og anført at disse gir grunnlag for en formodning om at den virkelige hensikten med ikke å innrømme godtgjørelse til aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge, snarere er å beskytte det norske skattegrunnlaget enn å bevare sammenhengen i det internasjonale skattesystemet, som det fremgår i punkt 16.4.6.1 i forarbeidene til selskapsskatteloven (Ot. prp. nr. 35 (1990-91)). Hvorvidt selskapsskatteloven også forfølger andre målsettinger, slik som hevdet av ankemotparten under rettsmøtet, er ikke relevant i den sammenhengen. Den angjeldende nasjonale lovgivningen er iallfall delvis ment å forhindre en reduksjon av skatteinntekter. Dette utgjør et rent økonomisk behov og kan ikke anses som et tvingende allment hensyn. En restriksjon på utøvelsen av en grunnleggende frihet kan derfor ikke rettferdiggjøres på dette grunnlaget (sml. sakene C-35/98 *Verkooijen*, avsnitt 59; C-385/00 *De Groot* [2002] ECR I-11819, avsnitt 103; og C-319/02 *Manninen*, avsnitt 49).

- 34 EFTA-domstolen har videre merket seg at ankemotparten har erkjent at de norske skattereglene om godtgjørelse medfører forskjellsbehandling av aksjonærer ut fra om de er hjemmehørende i Norge eller ikke. Ved å nektes fordelene ved en godtgjørelse stilles ikke-hjemmehørende aksjonærer i en ufordelaktig stilling hva gjelder investeringer i norske aksjeselskaper, sammenlignet med hjemmehørende aksjonærer. Den angjeldende lovgivningen utgjør derfor forskjellsbehandling i strid med artikkel 40 EØS.
- 35 Ved spørsmål 1a) og 1b), som etter EFTA-domstolens oppfatning må behandles samlet, spør den nasjonale domstolen i hovedsak om det er av betydning hvorvidt ikke-hjemmehørende aksjonærer er berettiget en kredit i sine hjemstater for kildeskatt betalt i Norge i henhold til skatteavtalene mellom Norge og hjemstatene, og hvorvidt slik godtgjørelse faktisk er innrømmet i den aktuelle saken.
- 36 Ankemotparten hevder at den samlede skatt på en utenlandsk aksjonærs utbytte, iberegnet skattekredit som kan innrømmes ham i hjemstaten, må tas i betraktning når den skal sammenlignes med situasjonen til en norsk aksjonær. Hva gjelder eventuelle restriksjoner i strid med artikkel 40 EØS, anfører ankemotparten at investeringsalternativene til potensielle utenlandske aksjonærer ikke påvirkes negativt av den norske lovgivningen, ettersom innrømmelsen av godtgjørelse i hjemstaten deres holder den samlede skattebyrden konstant.
- 37 I så henseende er det tilstrekkelig å slå fast at den restriksjon og forskjellsbehandling som følger av den angjeldende skattelovgivningen, ikke kan oppveies av fordeler aksjonærene kan oppnå i sine hjemland. Som hovedregel, og forutsatt at skattefordeler faktisk foreligger, kan ufordelaktig beskatning i strid med en grunnleggende frihet ikke rettfærdiggjøres ved at det finnes skattefordeler (sml. sakene 270/83 *Commission v France*, avsnitt 21; C-307/97 *Saint-Gobain*, avsnitt 54; C-35/98 *Verkooijen*, avsnitt 61; og C-385/00; og *De Groot*, avsnitt 97). En EØS-stat kan ikke forskyve sin forpliktelse til å overholde EØS-avtalen til en annen EØS-stat ved å basere seg på at sistnevnte skal kompensere for forskjellsbehandling og ulemper forårsaket av den første stats lovgivning. Likeledes tilsier prinsippet om forutsigbarhet at spørsmålet om hvorvidt en ikke-hjemmehørende aksjonær skal innrømmes godtgjørelsesfradrag, ikke kan avhenge av om kredit innrømmes i hjemstaten.
- 38 På denne bakgrunn er EFTA-domstolen kommet til at artikkel 40 EØS utelukker lovgivning hvorved aksjonærer hjemmehørende i en bestemt EØS-stat innrømmes godtgjørelse på utbytte utdelt av et selskap som er hjemmehørende i denne staten, mens aksjonærer som ikke er hjemmehørende i denne staten ikke innrømmes en slik godtgjørelse. Det er uten rettslig betydning hvorvidt skattebetaleren er hjemmehørende i en annen EØS-stat som, i en avtale med den EØS-standen der utbyttet er utbetalt, har påtatt seg å innrømme kredit for kildeskatt, eller hvorvidt skattebetaleren i et bestemt tilfelle faktisk er innrømmet, eller vil innrømmes, slik kredit.

*Annet spørsmål*

- 39 Ved sitt annet spørsmål spør den nasjonale domstolen i hovedsak hvorvidt det, i en situasjon som den i hovedsaken, er i overensstemmelse med EØS-retten at en EØS-stat bare forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte aksjonærer er gjort kjent med omklassifiseringen.
- 40 Som det fremgår av redegjørelsen fra den nasjonale domstolen, er de ikke-hjemmehørende aksjonærene verken varslet om endringer i deres skattemessige stilling eller innrømmet partsrettigheter ved saksbehandlingen. Hjemmehørende aksjonærer nyter derimot godt av slike rettigheter.
- 41 EFTA-domstolen bemerker innledningsvis at EØS-avtalen i utgangspunktet ikke inneholder spesielle bestemmelser for den forvaltningsmessige saksbehandlingen i EØS-statenes interne rettsordener. Imidlertid må saksbehandlingen gjennomføres på en slik måte at den ikke forringer de individuelle rettigheter som utledes av EØS-avtalen. En slik forpliktelse følger av artikkel 3 EØS, som tilsvarer artikkel 10 EF.
- 42 Ankemotparten uttalte under høringen at denne anser det for mulig, eller til og med sannsynlig, at en eventuell klage fra ikke-hjemmehørende aksjonærer ville bli mottatt og behandlet av norske skattemyndigheter, og at søksmål ville kunne fremmes. Denne påstanden kan ikke vurderes av EFTA-domstolen ettersom den ikke gjenspeiler situasjonen i den foreliggende saken, og det ville uansett fremdeles være slik at aksjonærer som ikke er hjemmehørende i Norge ikke varsles om endringstiltak, hvilket ville undergrave en mulig rett til å bli hørt.
- 43 Det at ikke-hjemmehørende aksjonærer i motsetning til hjemmehørende aksjonærer nektes saksbehandlingsrettigheter ved at de ikke varsles om, og ikke kan være part i, ligningsbehandlingen, innebærer en ubegrunnet forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 40s forstand. Denne bestemmelsen krever lik behandling av aksjonærer hjemmehørende i og utenfor Norge, ikke bare med hensyn til materielle rettigheter, men også med hensyn til saksbehandlingsrettigheter så langt disse er nødvendige for å sikre materielle rettigheter under EØS-avtalen. Det understrekes at graden av ulempe forskjellsbehandlingen innebærer er uten betydning i en slik situasjon. Dessuten kan mangelen på saksbehandlingsrettigheter ved fastsettelsen av skatteansvaret, som EFTAs overvåkningsorgan har hevdet, også avskrekke potensielle investorer som ikke er hjemmehørende i Norge fra å erverve aksjer i norske selskaper. Utover å påberope seg overtredelse av EØS-retten, kunne aksjonærene i den aktuelle saken, som er hjemmehørende i Tyskland og Storbritannia, eksempelvis ha forsøkt å gjøre gjeldende at transaksjonene ikke var såkalte parkeringsordninger, det vil si at formålet ikke var å unngå den norske kildeskatten. I motsetning til hva ankemotparten har anført, kan det at det utdelende selskap har saksbehandlingsrettigheter og kan fremlegge nødvendige opplysninger for ligningsbehandlingen, ikke oppveie mangelen på botemidler for de berørte aksjonærene.

- 44 Ankemotparten har lagt frem en sammenlignende oversikt over utvalgte rettsordener og på grunnlag av denne konkludert med at andre EØS-stater anvender praktisk talt samme fremgangsmåte. Dette er ikke relevant i nærværende sak, der forskjellsbehandling i EØS-avtalen artikkel 40s forstand skyldes uensartet behandling av aksjonærer hjemmehørende innenfor og utenfor Norge.
- 45 EFTA-domstolen finner derfor at det i en situasjon som i hovedsaken, ikke er i overensstemmelse med EØS-avtalen at en EØS-stat bare forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte aksjonærer varsles.
- 46 Under saken for EFTA-domstolen har den ankende part anført en tredje mulig uoverensstemmelse mellom norsk skattelovgivning og reglene om fri bevegelighet for kapital. Etter den ankende parts oppfatning medfører det et brudd på artikkel 40 EØS at den ankende part, i henhold til § 49 nr. 1 annet ledd i *skattebetalingsloven* av 21. november 1952 nr. 2, ble ansett som ansvarlig for å betale skatten som var pålagt de ikke-hjemmehørende aksjonærene, etter at tilordningen av eierskapet var endret for skattemessige formål. Omklassifiseringen skjedde etter utdelingen av utbytte var fullført, og den ankende part hadde derfor ikke holdt tilbake skatt med hensyn til utbytteutbetalingene knyttet til de omklassifiserte aksjene.
- 47 Ettersom spørsmålene fra den nasjonale domstolen ikke behandler dette punktet, og det ikke har vært gjenstand for noen særlig drøftelse under rettergangen, kan det ikke behandles av EFTA-domstolen. Imidlertid er den nasjonale domstolen ikke dermed avskåret fra å granske spørsmålet om § 49 nr. 1 annet ledd i *skattebetalingsloven* medfører en begrensning av det utdelende selskaps adgang til, eller nytte av, kapitalkilder utenfor Norge, og å trekke de rettslige konklusjonene dette måtte medføre.

#### **IV Saksomkostninger**

- 48 Omkostningene som er påløpt for EFTAs overvåkningsorgan, Kommissjonen og Storbritannia, som har forelagt saksfremstillinger for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. For så vidt gjelder partene i hovedsøksmålet, er foreleggelsen for EFTA-domstolen en del av rettergangen for den nasjonale domstolen. Avgjørelsen vedrørende saksomkostninger er derfor en sak for denne domstolen.

På dette grunnlag avgir

DOMSTOLEN,

som svar på spørsmålet som er forelagt av Frostating lagmannsrett ved anmodning av 23. april 2004, følgende rådgivende uttalelse:

**1. EØS-avtalen artikkel 40 utelukker lovgivning hvorved aksjonærer som er hjemmehørende i en bestemt EØS-stat innrømmes godtgjørelse på utbytte utbetalt av et selskap som er hjemmehørende i denne staten, mens aksjonærer som ikke er hjemmehørende i denne staten ikke innrømmes slik godtgjørelse. Det har ikke rettslig betydning hvorvidt skattebetaleren er hjemmehørende i en annen EØS-stat som, i en skatteavtale med den EØS-staten der utbyttet er utbetalt, har påtatt seg å innrømme kredit for kildeskatt, eller hvorvidt skattebetaleren i et bestemt tilfelle faktisk er innrømmet, eller vil bli innrømmet, slik kredit.**

**2. I en situasjon som den hovedsaken gjelder er det ikke i overensstemmelse med EØS-avtalen at en EØS-stat bare forholder seg til det utdelende selskap ved fastsetting og endring av kildeskatt, uten at de berørte aksjonærer varsles.**

Carl Baudenbacher

Per Tresselt

Thorgeir Örlygsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 23. november 2004.

Henning Harborg  
Justissekretær

Carl Baudenbacher  
President