



DOMSTOLENS DOM

9. juli 2014*

*(Beskatning av kontrollerte utenlandske selskaper – Etableringsfrihet – Fri kapitalbevegelse
– Omgåelse av nasjonal lovgivning – Rettferdiggjøring – Forholdsmessighet)*

I forente saker E-3/13 og E-20/13,

ANMODNINGER til EFTA-domstolen i henhold til artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter og Oslo tingrett i en sak mellom

Fred. Olsen m.fl. og Petter Olsen m.fl.

og

Staten, representert ved Sentralskattekontoret for storbedrifter og Skattedirektoratet,

om tolkningen av reglene om etableringsfrihet og fri kapitalbevegelse, særlig tolkningen av EØS-avtalen artiklene 31 og 40, knyttet til skattelovgivningen som gjelder for norskkontrollerte utenlandske selskaper (“NOKUS-reglene”), som tillater nasjonal beskatning av kapital plassert i lavskattland, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Carl Baudenbacher, president, Per Christiansen og Páll Hreinsson (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Gunnar Selvik,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Fred. Olsen og ti andre saksøkere (“Fred. Olsen m.fl.”), representert ved advokat Thor Leegaard og advokat dr. juris Bettina Banoun,
- Petter Olsen og seks andre saksøkere (“Petter Olsen m.fl.”), representert ved advokat Geir Even Asplin,
- Norges regjering, på vegne av saksøkte, representert ved advokat Ketil Bøe Moen og advokat Ida Thue, Regjeringsadvokaten, og seniorrådgiver Janne Tysnes Kaasin, Utenriksdepartementet, som partsrepresentanter,
- Frankrikes regjering, representert ved Diégo Colas og Natacha Rouam, Ministry of Foreign Affairs, som partsrepresentanter,
- Liechtensteins regjering, representert ved Dr. Andrea Entner-Koch og Dr. Mario Frick, som partsrepresentanter,
- Storbritannias regjering, representert ved Jane Beeko, Cabinet Office European Law Division, Treasury Solicitor’s Department, som partsrepresentant, og Raymond Hill, barrister,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Xavier Lewis, Director, og Gjermund Mathisen, Auður Ýr Steinarsdóttir and Clémence Perrin, Officers, Department of Legal and Executive Affairs, som partsrepresentanter,
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Richard Lyal og Wim Roels, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra saksøkerne, representert ved Thor Leegaard og Dr. Bettina Banoun (Fred. Olsen m.fl.) og ved Geir Even Asplin (Petter Olsen m.fl.), saksøkte, representert ved Ketil Bøe Moen, Frankrikes regjering, representert ved Diégo Colas, Liechtensteins regjering, representert ved Dr. Andrea Entner-Koch og Dr. Mario Frick, Storbritannias regjering, representert ved Raymond Hill, ESA, representert ved Gjermund Mathisen, og Kommisjonen, representert ved Richard Lyal, i rettsmøte 5. februar 2014,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Artikkel 31 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (“EØS-avtalen” eller “EØS”) lyder:

1. I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapittel 4.

2. Vedlegg VIII–XI inneholder særlige bestemmelser om etableringsretten.

- 2 EØS-avtalen artikkel 34 lyder:

Når det gjelder anvendelsen av bestemmelsene i dette kapittel, skal selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innen avtalepartenes territorium, likestilles med fysiske personer som er statsborgere i EFs medlemsstater eller EFTA-statene.

Ved selskaper skal forstås selskaper i sivil- eller handelsrettslig forstand, herunder også kooperative selskaper, samt andre juridiske personer i offentlig- eller privatrettslig forstand, unntatt dem som ikke driver ervervsmessig virksomhet.

- 3 EØS-avtalen artikkel 40 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.

Nasjonal rett

- 4 NOKUS-beskatning ble innført i 1992 og er regulert i §§ 10-60 til 10-68 i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (“skatteloven”).
- 5 Etter norsk skattelovgivning om norske aksjeselskaper og stiftelser, skattlegges ikke norske eiere og begunstigede løpende av sin andel i overskuddet i slike innretninger. Skatten ilegges selskapene og stiftelsene direkte, idet disse er skattepliktige innretninger etter norsk rett. Skatt ilegges bare eiere og begunstigede når det norske selskap/stiftelse foretar en utdeling av andel i overskudd til eierne, typisk i form av utbytte eller utdelinger. Deltakere i ansvarlige selskaper skattlegges imidlertid løpende på grunnlag av sin andel i overskuddet.
- 6 NOKUS-reglene innebærer at norske eiere og begunstigede beskattes løpende av sin andel i overskudd i selskaper, selvstendige innretninger og formuesmasser som de eier eller kontrollerer, og som er hjemmehørende i lavskattland, uavhengig av om de utenlandske innretninger foretar utdeling av overskudd til sine norske eiere eller begunstigede.
- 7 Eierne beskattes også i forbindelse med utdelinger. Siden 2006 har norske personlige eiere vært ilagt 72 % skatt på utdelinger som er mottatt fra NOKUS-selskaper.
- 8 I 2007 kom det en ny regel som presiserte at utenlandske selskaper som er etablert i en EØS-stat og utøver reell økonomisk aktivitet der, ikke kan skattlegges etter NOKUS-reglene.
- 9 Anvendelsesområdet for NOKUS-reglene fremgår av skatteloven § 10-60. Reglene gjelder for aksjeselskaper og andre likestilte selskaper eller sammenslutninger, og dessuten selvstendige innretninger og formuesmasser som skattyteren direkte eller indirekte har fordeler av. Hvis minst én av deltakerne har ubegrenset ansvar, kommer NOKUS-reglene ikke til anvendelse. Skatteloven § 10-60 fastsetter videre:

Reglene gjelder videre for skattyter som alene eller sammen med andre direkte eller indirekte kontrollerer annen selvstendig innretning eller formuesmasse hjemmehørende i lavskattland, og som skattyteren direkte eller indirekte har fordeler av.
- 10 I praksis er truster den viktigste formen for formuesmasse hvor NOKUS-reglene har vært benyttet. At truster omfattes av reglene, fremgår av lovens forarbeider (jf. Ot.prp. nr. 16 (1991-92) s. 74).

- 11 Etter skatteloven § 10-61 er den som eier eller kontrollerer et norsk-kontrollert selskap m.v. som nevnt i § 10-60 pliktig til å betale skatt på sin forholdsmessige andel av overskuddet i selskapet eller innretningen uten hensyn til utdeling av verdier fra selskapet eller innretningen til de begunstigede. Følgelig beskattes inntekten til en norsk-kontrollert utenlandsk trust løpende. Skatteloven § 10-62 fastsetter at et selskap anses å være under norsk kontroll dersom minst 50 prosent av aksjene eies eller kontrolleres av norske skattytere. Etter § 10-60 anses en trust å være under norsk kontroll dersom minst halvparten av de begunstigede er norske skattytere og de direkte eller indirekte har fordeler av trusten.
- 12 Det følger av skatteloven § 10-63 at som lavskattland regnes land hvor den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatt selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet som hjemmehørende i Norge.
- 13 I vurderingen av om NOKUS-reglene kommer til anvendelse, beregnes utenlandske foretaks inntekt i samsvar med norske skatteregler som om foretaket var norsk skattyter. Dette følger av skatteloven § 10-65 første ledd, som lyder:

Eiers inntekt settes til vedkommendes andel av selskapets eller innretningens overskudd eller underskudd fastsatt etter reglene i norsk skattelovgivning som om selskapet eller innretningen var skattyter.

- 14 Inntekten beregnet på denne måte, fordeles på de norske skattytere som anses å kontrollere foretaket etter den enkeltes eierandel. For begunstigede i en trust fordeles inntekten på de begunstigede etter en matematisk brøk, avhengig av hvor mange begunstigede det er i trusten
- 15 Etter skatteloven §§ 10-11, 10-12 og 10-42 skal utbytte som personlige skattytere (dvs. fysiske personer) har mottatt fra norske selskaper og utdelinger som personlige deltakere har mottatt fra deltakerlignede selskaper, beskattes med 28 prosent. I samsvar med skatteloven §§ 10-67 første ledd og 10-67 annet ledd skal 72 prosent av beløp utdelt til personlige deltakere fra et NOKUS-selskap tas til beskatning. Norske selskaper med norske eiere beskattet samlet sett for den samme inntekt og etter den samme skattesats som deltakerne i et NOKUS-selskap.
- 16 Fra 2004 har utbytte og aksjegevinster innen EØS-området vært fritatt for alminnelige inntektsskatt etter fritaksmetoden. Hovedhensikten med fritaksmetoden var å unngå dobbeltbeskatning og kjedebeskatning av selskapsinntekter fordelt på deltakerne.
- 17 Fritaksmetoden omfatter følgende inntekter, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd:

(2) Inntekter og tap som omfattes av første ledd er:

a. gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd a til c eller tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet, samt lovlig utdelt utbytte som nevnt i § 10-11 annet ledd, jf. tredje ledd på slik eierandel,

b. gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap som nevnt i § 10-40 første ledd,

c. gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av finansielt instrument med eierandel i selskap mv. som nevnt i dette ledd a som underliggende objekt.

18 Fritaksmetoden kommer blant annet til anvendelse på aksjeselskaper, stiftelser og foreninger, jf. skatteloven § 2-38:

(1) Følgende skattytere er fritatt for skatteplikt av inntekt og har ikke fradragsrett for tap etter bestemmelsene i denne paragraf:

a. selskap mv. som nevnt i § 2-2 første ledd a til d og tilsvarende selskap stiftet i utlandet som er hjemmehørende i Norge,

b. aksjefond,

c. interkommunalt selskap,

d. selskap mv. som er heleid av staten,

e. forening,

f. stiftelse,

g. kommune og fylkeskommune,

h. konkurs- og administrasjonsbo etter debitor som omfattes av dette ledd,

i. selskap mv. hjemmehørende i utlandet som tilsværer selskap mv. som omfattes av dette ledd,

19 Fritaksmetoden gjelder uten begrensninger for utbytter og gevinster fra både norske selskaper og selskaper hjemmehørende i EØS-området. For selskaper hjemmehørende i lavskattland innenfor EØS, kreves det i tillegg at selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet der. § 2-38 lyder som følger:

(3) Følgende inntekter og tap er likevel ikke omfattet av første ledd.

a. inntekt eller tap på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS, jf. § 10-63, og inntekt på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, jf. § 10-63 og som på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land (...)

- 20 Skatteloven § 10-64 bokstav b fastsetter et dokumentasjonskrav som også skal være oppfylt:

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

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

- 21 Dersom deltakeren ikke legger frem en slik erklæring, antas det at NOKUS-beskatning kan skje.
- 22 I inntektsårene denne sak gjelder, hadde Norge ingen skatteavtale med Liechtenstein. En avtale om informasjonsutveksling trådte imidlertid i kraft mellom Norge og Liechtenstein 31. mars 2012, med generell virkning fra 1. januar 2011, slik at den kan anvendes fra og med inntektsåret 2011.
- 23 Når det gjelder beregningen av NOKUS-inntekt, har Finansdepartementet funnet at fritaksmetoden ikke får anvendelse ved beregning av NOKUS-inntekt dersom den begunstigede er en fysisk person. Følgelig var det inntil nylig bare selskapsdeltakere i NOKUS-selskaper som var omfattet av fritaksmetoden, mens personlige deltakere, dvs. fysiske personer, ikke var det. En endring som fikk virkning fra inntektsåret 2013 har gjort at fritaksmetoden også får anvendelse på personlige deltakere i et NOKUS-selskap.

Formuesbeskatning

- 24 Det fremgår av skatteloven § 2-1 syvende ledd at en person bosatt i Norge skal svare formuesskatt:

Plikten til å svare formuesskatt er betinget av at skattyteren bor i riket 1. januar i det år ligningen foretas.

- 25 Skattytere i Norge er formuesskattepliktige for egne eiendeler, jf. skatteloven § 4-1:

Skattepliktig formue fastsettes til omsetningsverdien pr. 1. januar i ligningsåret av skattyterens eiendeler med økonomisk verdi, med fradrag for gjeld som skattyteren hefter for.

- 26 Det følger av Stortingets skattevedtak § 2-7 at personlige skattytere skal betale formuesskatt til staten med 0,4 prosent:

Personlig skattyter og dødsbo svarer formuesskatt til staten av den delen av skattyterens samlede antatte formue som overstiger [x] kroner. Satsen skal være 0,4 pst.

- 27 Det følger av Stortingets skattevedtak § 2-3 at personlige skattytere betaler formuesskatt til kommunene med 0,7 prosent:

Det svares formuesskatt til kommunen dersom skattyter ikke er fritatt for slik skatteplikt etter skatteloven kapittel 2. Skattyter som har krav på personfradrag etter skatteloven § 15-4, skal ha et fradrag i formuen på [x] kroner. ... Satsen for formuesskatt til kommunene må ikke være høyere enn 0,7 pst. Maksimumssatsen gjelder når ikke lavere sats er vedtatt av kommunen.

- 28 De begunstigede er blitt beskattet med en sats på inntil 1,1 % (0,4 % til staten pluss 0,7 % til kommunen). Eiendelene i trusten er av skattemyndighetene for skatteformål fordelt og tilordnet den enkelte begunstigede etter en matematisk brøk, avhengig av hvor mange begunstigede det er i trusten.

- 29 Det følger av skatteloven § 4-2 at det ikke er formuesskatteplikt for betingede rettigheter:

Ved fastsettelse av skattepliktig formue unntas følgende eiendeler:

rettighet som er avhengig av at en betingelse inntrer

tidsbegrenset bruksrett

tidsbegrenset rett til periodisk ytelse.

- 30 En bruksnyter er skattepliktig etter skatteloven § 4-50:

Er det ved ... gyldig disposisjon bestemt at inntektsnytelsen av en kapital ... i kortere eller lengre tid skal tilkomme en person, men at selve kapitalen ... skal tilfalle en annen person, stiftelse eller innretning, formueslignes rente- eller bruksnyteren for kapitalen ... så lenge denne retten vedvarer.

- 31 Begunstigede i familiestiftelser er underlagt formuesbeskatning etter samme skattesats, forutsatt at vilkårene i § 4-50 er oppfylt. For personlige deltakere i ansvarlige selskaper er det presisert i skatteloven § 4-40 at verdien av deltakerens selskapsandel skal settes til en andel av selskapets nettoformue beregnet som om selskapet selv var skattyter:

For deltaker i deltakerlignet selskap som omfattes av § 10-40, settes verdien av deltakerens selskapsandel ved formuesligningen til en andel av selskapets nettoformue beregnet som om selskapet var skattyter.

- 32 I motsetning til dette svarer ikke bl.a. aksjeselskaper formuesskatt, jf. skatteloven § 2-36 første ledd. Videre svarer selskaper og innretninger som er selvstendige skattesubjekter ikke skatt til kommune selv om de må betale formuesskatt til staten, jf. § 2-36 annet ledd.
- 33 Plikten til å betale formuesskatt gjelder også om eierandelene er i utenlandske selskaper.
- 34 Norske innretninger under selvstendig bestyrelse, stiftelser og familiestiftelser formuesbeskattes med 0,3 %, mens begunstigede i norske stiftelser og formuesmasser ikke selv beskattes for formuen.
- 35 Det fremgår av skatteloven § 2-2 første ledd bokstav h at stiftelser og innretninger under selvstendig bestyrelse er formuesskattepliktige til Norge dersom de er hjemmehørende her:

Plikt til å svare skatt har følgende selskaper m.v. såfremt de er hjemmehørende i riket:

h. innretning eller forening under selvstendig bestyrelse, herunder

1. stiftelser

- 36 Det fremgår av skatteloven § 2-32 at også ideelle formuesmasser som ikke har erverv til formål, skal formuesbeskattes dersom avkastningen fortrinnsvis tilfaller medlemmer av en bestemt slekt:

(1) Mild stiftelse, kirkesamfunn, menighet, selskap eller innretning som ikke har erverv til formål, er fritatt for formues- og inntektsskatt.

...

(5) Familiestiftelse og andre formuesmasser hvor avkastningen fortrinnsvis tilfaller medlemmer av en bestemt slekt, skattlegges for formue.

- 37 Det følger av skatteloven § 2-36 annet ledd at norske og utenlandske innretninger som er selvstendige skattesubjekter, jf. § 2-2 første ledd, er fritatt for skatt til kommune og fylkeskommune:

Fritatt for skatt til kommune og fylkeskommune er norske og utenlandske selskaper og innretninger som er selvstendige skattesubjekter, jf. § 2-2 første ledd.

- 38 Ifølge Stortingets skattevedtak § 3-3 er satsen 0,3 %:

Selskaper og innretninger som nevnt i skatteloven § 2-36, og som ikke er fritatt for formuesskatteplikt etter skatteloven kapittel 2, svarer formuesskatt til staten med 0,3 pst. Formue under 10 000 kroner er skattefri.

- 39 Lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser (stiftelsesloven) definerer en stiftelse som en selvstendig formuesverdi som overdras for et bestemt formål.

Med stiftelse forstås en formuesverdi som ved testament, gave eller annen rettslig disposisjon selvstendig er stilt til rådighet for et bestemt formål av ideell, humanitær, kulturell, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller annen art. En rettsdannelse som oppfyller vilkårene i første punktum, er en stiftelse etter denne loven, uavhengig av om den er betegnet som legat, institusjon, fond eller annet.

Protokoll 1 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon

- 40 Artikkel 1 i protokoll nr. 1 av 20. mars 1952 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjon ("EMK") lyder:

Artikkel 1 Vern om eiendom

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.

Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter.

II Faktum og saksgang

- 41 Ptarmigan Trust ble etablert i Liechtenstein 13. oktober 1980 som en diskresjonær, ugjenkallelig og tidsbegrenset trust. Trusten ble opprettet for å ivareta den norske Olsen-families interesser i visse selskaper.

- 42 Det er tre kategorier personer involvert i en prototypisk trust: stifter, forvalter og begunstiget. Stifteren overfører midler til forvalteren, som gis i oppgave å administrere midlene til fordel for den begunstigede. Forvalteren er den juridiske eier av eiendelene, men han må bruke dem i samsvar med trustens vilkår. Den begunstigede er den reelle eier (dvs. har visse eiendomsrettigheter etter reglene om *equity*) og har rett til å håndheve trustens vilkår.
- 43 I en diskresjonær trust som Ptarmigan Trust utøver forvalterne eierskapsfunksjonene i samsvar med trustavtalen og tar etter eget skjønn beslutninger om utdelinger av midler til de begunstigede. Dermed har de begunstigede ingen ubetinget rett til å kreve utbetalinger fra trusten.
- 44 Siden opprettelsen har Ptarmigan Trust, som er registrert i Liechtenstein og underlagt lovgivningen i Liechtenstein, vært registrert hos skattemyndighetene i Liechtenstein som en "formuesforvaltning", med fritak for ordinær formuesskatt, inntektsskatt og skatt på kapitalgevinst. Skattefritaket er gitt under forutsetning av at trusten ikke utøver noen forretningsvirksomhet eller kommersiell virksomhet på det liechtensteinske marked.
- 45 Siden opprettelsen i 1980 har Ptarmigan Trust vært delt i to fond, Fond A og Fond B, med separate privatpersoner som begunstigede i hvert fond. De begunstigede av Ptarmigan Trust er medlemmer av Olsen-familien. Fred. Olsen og hans etterkommere begunstiget etter Fond A, mens Petter Olsen og hans etterkommere er begunstiget etter Fond B. Dessuten er de nevntes enker og enkemenn begunstiget i begge fond.
- 46 Ptarmigan Trust eier aksjer i Eagleville Group BV ("Eagleville"), et nederlandsk selskap. Sistnevnte er morselskapet i en stor konsernstruktur med mange aksjeselskaper over hele verden, og ivaretar de sentrale ledelsesfunksjoner i hele konsernet. Eagleville har et nederlandsk datterselskap som opptrer som forvaltningsselskap overfor fire holdingselskaper som leder hver sine grupperinger av datterselskaper.
- 47 Anvendelse av NOKUS-reglene var frivillig i 1992 og 1993, men ble obligatorisk fra 1994. Formålet med NOKUS-reglene var å motvirke skatteomgåelse og underlegge norskeid kapital samme skattebehandling enten den er plassert i Norge eller i et lavskattland (kapitaleksportnøytralitet).
- 48 NOKUS-reglene innebærer at norske deltakere i et NOKUS beskattes løpende på grunnlag av deres andel i overskuddet i selskaper, formuesmasser og selvstendige innretninger som de eier eller kontrollerer, og som er hjemmehørende i lavskattland.
- 49 Anvendelsesområdet for NOKUS-reglene fremgår av skatteloven og anses å omfatte trusters, som en form for "selvstendig innretning eller formuesmasse".

- 50 Etter at NOKUS-reglene ble innført i 1992, har skattemyndighetene funnet at deltakerne Ptarmigan Trust kunne holdes ansvarlig for NOKUS-skatt på sin andel av overskuddet som trusten oppnådde.
- 51 Noen av de norske begunstigede tok i 1993 opp spørsmålet om NOKUS-reglens anvendelse på trusten med norske skattemyndigheter. Etter behandling i skatteforvaltningen brakte noen av skattyterne ligningsvedtaket for 1994 om NOKUS-beskatning inn for domstolene.
- 52 Skattyterne og de begunstigede etter Ptarmigan Trust anførte prinsipalt at trusten ikke var under norsk kontroll, at de ikke hadde hatt fordeler av trusten, og at Liechtenstein ikke var et lavskattland. Høyesterett forkastet alle disse argumentene i en dom av 10. juni 2002 (Rt. 2002 side 747).
- 53 For Høyesterett ble det ikke anført av skattyterne og de begunstigede i Ptarmigan Trust at NOKUS-beskatningen var uforenlig med EØS-retten, og dette ble således ikke vurdert av Høyesterett.
- 54 Etter dommen i Høyesterett har de begunstigede gjort gjeldende at beskatning basert på NOKUS-reglene er i strid med EØS-avtalen artikkel 31 om etableringsadgang, og EØS-avtalen artikkel 40 om fri kapitalbevegelse. De begunstigede har reist to separate klager mot staten. Ligningene for årene 2001-2003 og 2010-2011 er ved søksmål brakt inn for Oslo tingrett. Ligningene for årene 2004-2006 er brakt inn for skatteklagenemnda.
- 55 Den 13. mars 2013 innga skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter, og senere, den 30. august 2013, Oslo tingrett, en anmodning om rådgivende uttalelse.
- 56 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen av skatteklagenemnda og Oslo tingrett. Skatteklagenemnda stilte fem spørsmål, som Oslo tingrett senere også anmodet om svar på. Oslo tingrett anmodet dessuten om svar på ytterligere to spørsmål, som her omtales som spørsmål 6 og 7. Spørsmålene er som følger:
- 1) *Omfattes etableringsformen trust av etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31? Tilleggsspørsmål: Hvem er i så fall rettighetssubjekt etter avtalebestemmelsen?*
 - 2) *Forutsatt at hovedspørsmål 1) besvares bekreftende: Vil en trust oppfylle kravet til virksomhet i EØS-avtalen artikkel 31?*
 - 3) *Forutsatt at hovedspørsmål 1) besvares benektende: Omfattes en trust av retten til fri kapitalbevegelse i EØS-avtalens artikkel 40?*

- 4) *Forutsatt at hovedspørsmål 1) eller 3) besvares bekreftende: Innebærer NOKUS-reglene en eller flere restriksjoner på etableringsfriheten eller retten til fri flyt av kapital?*
- 5) *Forutsatt at hovedspørsmål 4) besvares bekreftende: Kan restriksjonen anses begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og er restriksjonen forholdsmessig?*
- 6) *Er det en restriksjon etter EØS-avtalen art. 31 og/eller art. 40 – og kan den eventuelt påberopes av begunstigede i en trust som beskrevet foran i pkt. 2 i foreleggelsesskrivet – når de begunstigede løpende formuesbeskattes for trustens eiendeler, og beskattes med 1,1 % i skattesats?*
- 7) *Dersom spørsmålet besvares bekreftende: Kan restriksjonen anses begrunnet i tvingende allmenne hensyn og er restriksjonen forholdsmessig? Er beskatningen i strid med EØS-avtalens krav til grunnleggende rettigheter? Vil det være av betydning om informasjonsutvekslingsavtalen mellom Norge og Liechtenstein er trådt i kraft?*

57 Det henvises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og de skriftlige innlegg fremmet for EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for domstolens begrunnelse

III Spørsmål om avvisning

58 Etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (“ODA”) kan enhver domstol i en EFTA-stat anmode EFTA-domstolen om rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen dersom den finner det nødvendig for å kunne avsi dom.

59 Formålet med denne fremgangsmåte er å etablere samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler som et middel for å sikre en ensartet tolkning av EØS-retten og for å bistå domstolene i EFTA-statene i saker der de må anvende EØS-rettslige bestemmelser (se sak E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Sml. 1994-1995 s. 15 (avsnitt 25)). Det følger at en streng fortolkning av begrepet «domstol» ikke er nødvendig etter ODA artikkel 34 (se sak E-23/13 *Hellenic Capital Market Commission*, dom av 9. mai 2014, ennå ikke i Sml. (avsnitt 34), og den rettspraksis som det vises til der).

60 Dermed tar EFTA-domstolen hensyn til en rekke faktorer for å fastslå om den anmodende domstol kvalifiserer som en domstol etter ODA artikkel 34. Disse

omfatter særlig hvorvidt det foreleggende organ er opprettet ved lov, om det har en permanent eksistens, har bindende avgjørelsesmyndighet, anvender rettsregler, er uavhengig og eventuelt om saksbehandlingen er en partsprosess og tilsvarende rettergangen i ordinære domstoler (se sak E-1/11 *Dr A*, Sml. 2011 s. 484 (avsnitt 34 og 35), og den rettspraksis som det vises til der).

- 61 Norges regjering har bestridt at skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter kan regnes som en domstol etter OD artikkel 34, og dermed at anmodningen om rådgivende uttalelse kan behandles. Kommisjonen har gitt uttrykk for lignende tvil, særlig hva angår skatteklagenemndas uavhengighet og typen saker den behandler.
- 62 Norges regjering gjør gjeldende at skatteklagenemnda ikke har obligatorisk domsmyndighet, ettersom klagerne i den nasjonale sak kunne ha påklaget ligningene for årene 2004–2006 direkte for nasjonale domstoler, uten at de var nødt til først å ha uttømt alle andre klagemuligheter. Regjeringen anfører at skatteklagenemnda bare er den første forvaltningsmessige klageinstans etter nasjonal lovgivning, fordi dens vedtak kan overprøves av Riksskattenemnda dersom Skattedirektoratet anmoder om det.
- 63 For det andre anfører Norges regjering at saksbehandlingen for skatteklagenemnda ikke er en partsprosess i en forstand som kan sammenlignes med en kontradiktorisk rettergang. Ifølge regjeringen består saksbehandlingen for skatteklagenemnda i en skriftlig korrespondanse der skattyteren mottar et utkast til vedtak fra Sentralskattekontoret for storbedrifter, som fungerer som sekretariat for skatteklagenemnda. Skattyteren får deretter muligheten til å kommentere utkastet til vedtak, men bare i skriftlig form. I den tredje og endelige fase av prosedyren legger sekretariatet saken frem for skatteklagenemnda og svarer på spørsmål fra sistnevnte.
- 64 Regjeringens syn er at sett fra skattyters ståsted oppfyller denne saksbehandling ikke de standarder for kontradiksjon som gjelder i en domstol.
- 65 Regjeringen anfører dessuten at skatteklagenemnda ikke er uavhengig nok til å kvalifisere som en domstol etter ODA artikkel 34, ettersom den ikke er tilstrekkelig beskyttet mot inngripen eller press utenfra som kan være egnet til å svekke medlemmenes mulighet til en uavhengig bedømmelse av den enkelte sak. Videre gjør regjeringen i hovedsak gjeldende at det ikke foreligger tilstrekkelige garantier som sikrer upartiskheten til skatteklagenemndas medlemmer, ettersom nemnda ikke har et uavhengig sekretariat som har ansvar for å forberede sakene den behandler, og saksforberedelsen blir overlatt til en saksbehandler som arbeider ved Sentralskattekontoret for storbedrifter.
- 66 Det må innledningsvis sies at skatteklagenemnda har en permanent eksistens, og at den er opprettet i medhold av lov, anvender rettsregler og har bindende

avgjørelsesmyndighet i form av nemdsvedtak som innebærer en endelig avgjørelse av de aktuelle rettskrav, såfremt vedtakene ikke etter klage blir omgjort av Riksskattenemda, eller kjent ugyldig av domstolene.

- 67 Når det gjelder Norges regjerings anførsel om at skatteklagenemda ikke oppfyller kravene til uavhengighet som er nødvendige for regnes som en domstol etter ODA artikkel 34, minner EFTA-domstolen om at begrepet uavhengighet, som er helt sentralt for domsfunksjonen, fremfor alt innebærer at det aktuelle organ opptrer som en tredjepart overfor det myndighetsorgan som fattet det omtvistede vedtak.
- 68 Uavhengighetsbegrepet har både et eksternt og et internt aspekt. Det eksterne aspekt innebærer at organet er beskyttet mot påvirkning eller press utenfra som kan være egnet til å svekke medlemmenes mulighet til en uavhengig bedømmelse av den enkelte sak. Det interne aspekt er knyttet til upartiskhet og søker å sikre like muligheter for sakens parter og deres respektive interesser i saken (se for eksempel *Dr A*, som omtalt over, avsnittene 38 til 40, og den rettspraksis som det vises til der).
- 69 Disse garantier for uavhengighet og upartiskhet forutsetter at det finnes regler om blant annet organets sammensetning og oppnevning, funksjonsperiode, når organets medlemmer ikke kan delta i behandlingen av en sak, på hvilket grunnlag de har plikt til å vike sete, og på hvilket grunnlag de kan avsettes, som gjør det mulig å fjerne enhver rimelig tvil hos utenforstående om at organet er upåvirket av ytre faktorer og nøytralt overfor de interesser som står mot hverandre (se *Dr A*, som omtalt over, avsnitt 40, og den rettspraksis som det vises til der).
- 70 Skatteklagenemda har i sin anmodning angitt at dens leder og medlemmer oppnevnes av Finansdepartementet på åremål av 4 års varighet, med mulighet for forlengelse etter departementets vurdering. Skatteklagenemndas medlemmer kan ikke avsettes, men det er en mulighet for ikke å forlenge deres åremål.
- 71 Det er nevnt i anmodningen at det ikke er en fulltidsbeskjeftigelse å være nemdsmedlem, og at samtlige medlemmer har separate yrkeskarrierer. Nåværende medlemmer mottar lønnsinntekt som for eksempel advokat eller statsautorisert revisor, og anser seg økonomisk uavhengig av vervet som nemdsmedlem. Det er videre angitt i anmodningen at skatteklagenemda ikke er underlagt noen instruksjonsmyndighet, og at den dermed har en tilsvarende faglig selvstendig avgjørelsesmyndighet som en domstol.
- 72 Ifølge denne beskrivelse, som ikke er bestridt av noen av partene som fremmet skriftlige innlegg for EFTA-domstolen eller deltok under den muntlige høring, har skatteklagenemda en status som er tilstrekkelig atskilt og uavhengig fra Sentralskattekontoret som fattet det påklagde vedtaket. Derfor legger EFTA-domstolen til grunn at skatteklagenemda utøver en rettslig eller tilnærmet rettslig funksjon og som sådan må regnes som en domstol etter ODA artikkel 34.

- 73 Regjeringen gjør også gjeldende at en rådgivende uttalelse ikke er nødvendig for å løse tvisten for skatteklagenemda. Bakgrunnen for den aktuelle anmodning var sentralskattekontorets begjæring om overprøving av et vedtak fattet av likningskontoret 18. desember 2007 om at de begunstigede i Ptarmigan Trust ikke skulle NOKUS-beskattes for sin del av trustens inntekter og underskudd i perioden 2004 til 2006. Dette var i tråd med de begunstigedes anførsler. Regjeringen gjør gjeldende at begjæringen om overprøving ble trukket tilbake av Skattedirektoratet 15. april 2013 av praktiske årsaker, noe som ledet til den endelige konklusjon at de begunstigede ikke skulle NOKUS-beskattes for perioden 2004 til 2006.
- 74 Fordi ligningskontorets vedtak om anvendelsen av NOKUS-reglene ikke lenger er påklaget til skatteklagenemda, fastholder regjeringen at er det ikke nødvendig å besvare spørsmålene i anmodningen for å løse en tvist, ettersom svarene ikke har noen betydning for utfallet for eventuelle gjenstående spørsmål som gjelder årene 2004 til 2006.
- 75 Det følger imidlertid av fast rettspraksis at spørsmål fra en nasjonal domstol om tolkningen av EØS-retten, under de faktiske og rettslige omstendigheter som nevnte domstol har ansvar for å angi, og hvis nøyaktighet det ikke er opp til EFTA-domstolen å fastslå, nyter godt av en formodning om relevans (se sak E-19/11 *Vin Trío*, Sml. 2012 s. 974 (avsnitt 26), og den rettspraksis som det vises til der).
- 76 Følgelig kan EFTA-domstolen avstå fra å besvare et spørsmål fra en nasjonal domstol bare når det er ganske åpenbart at tolkningen av EØS-retten som søkes, ikke har noen relevans for hovedsakens faktiske forhold eller formål, når spørsmålet er hypotetisk, eller når EFTA-domstolen ikke har det faktiske eller rettslige materiale som er nødvendig for å kunne gi et nyttig svar på spørsmålene den er forelagt (se sak E-10/04 *Piazza*, Sml. 2005 s. 76 (avsnitt 21), og den rettspraksis som det vises til der).
- 77 Det følger av dette at en anmodning forelagt EFTA-domstolen etter ODA artikkel 34 i prinsippet må anses å være gyldig såfremt den ikke er blitt trukket tilbake av domstolen som fremsatte den, eller opphevet som følge av en ankesak for en høyere domstol.
- 78 I lys av disse betraktninger må det bemerkes at partene i hovedsaken, i sine svar på EFTA-domstolens spørsmål i rettsmøtet 5. februar 2014, bekreftet at saken fortsatt verserer for skatteklagenemda mer enn ni måneder etter at Skattedirektoratet trakk tilbake begjæringen om overprøving og anmodet skatteklagenemda om å trekke tilbake sin anmodning til EFTA-domstolen.
- 79 Det følger av dette at skatteklagenemda fremdeles anser det som nødvendig å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen. Under disse omstendigheter finner EFTA-domstolen at anmodningen må kunne tas til behandling.

IV Det første og annet spørsmål

- 80 Ved sitt første og annet spørsmål ønsker skatteklagenemda og Oslo tingrett i hovedsak å få vite om en trust – som den hvis begunstigede er blitt NOKUS-beskattet som beskrevet i anmodningene til EFTA-domstolen – omfattes av EØS-avtalen artikkel 31 som en etableringsform, og i så tilfelle hvem som er rettighetssubjekt etter de relevante bestemmelser i EØS-avtalen. Videre stiller de nasjonale organer spørsmål ved om en trust oppfyller kravet til økonomisk aktivitet etter EØS-avtalen artikkel 31.
- 81 Saksøkerne gjør gjeldende at Ptarmigan Trust er omfattet av etableringsfriheten. Etter deres syn ville det ikke være holdbart å hevde at trusten ikke er omfattet av etableringsfriheten bare som følge av at den ikke anses som en juridisk person. Saksøkerne anfører videre at etablering er et meget vidt begrep. Dette argument støttes av Frankrikes regjering, som anfører at etableringsfriheten følgelig ikke er begrenset til opprettelse av selskaper som er egne rettssubjekter, men også omfatter opprettelse av enheter som ikke er egne rettssubjekter.
- 82 Norges regjering anfører derimot at enheter som ikke har status som juridisk person og ikke er en integrert del av et annet selskap, ikke omfattes av etableringsfriheten. Denne oppfatning støttes i det vesentlige av Storbritannias regjering. Norges regjering legger til at Ptarmigan Trust ikke ble etablert av de begunstigede selv, og at trusten heller ikke brukes av de begunstigede som et middel til å utøve sin rett til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet eller opprette og lede foretak i Liechtenstein. Videre har begunstigede i trusten ikke ervervet aksjer i trusten som gir dem mulighet til å utøve “bestemmende innflytelse” over beslutningene som tas i trusten, slik dette begrepet er definert i rettspraksis.
- 83 Storbritannias regjering anfører videre at stifteren og de begunstigede av en trust bare kan påberope seg etableringsfriheten dersom de har bestemmende innflytelse over trustens aktiviteter og bruker den som et instrument for faktisk utøvelse av en stabil og vedvarende økonomisk aktivitet i vertsstaten i et ikke nærmere angitt tidsrom. På den annen side kan forvalterne påberope seg etableringsfriheten, men bare for sine egne økonomiske aktiviteter i forbindelse med forvaltningen av trustens formue. Selve trusten kan ikke betraktes som en sekundær etablering av forvalterne.
- 84 ESA anfører at etableringsfriheten må tolkes dit hen at den omfatter friheten til å etablere en trust, eller til å få en trust etablert, herunder trusten som ikke er juridiske personer. En EØS-stat, hjemstaten, bør ikke kunne hindre sine skattesubjekter i å utøve sin rett til å få en trust etablert i en annen EØS-stat, vertsstaten, på de samme vilkår som fastsatt i vertsstatens lovgivning for dens egne borgere. Følgelig er det ESAs syn at tiltak truffet av vertsstaten som hindrer slik utøvelse er i strid med EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1 annet ledd, som fastsetter at etableringsfriheten skal

omfatte retten til “å opprette og lede foretak”, herunder, men ikke begrenset til “selskaper”.

- 85 Dessuten anfører ESA at når norske skattytere anses som deltakere i et NOKUS-selskap, og dette NOKUS-selskapet er en trust, bør de kunne påberope seg etableringsfriheten og motsette seg NOKUS-beskatning i den utstrekning NOKUS-beskatningen begrenser denne frihet. Kommisjonen anfører tilsvarende at nasjonal lovgivning om CFC (*controlled foreign companies*), slik som NOKUS-beskatningen, som behandler begunstigede av en trust som direkte mottakere av trustens inntekt, omfattes av bestemmelsene i EØS-avtalen om etableringsfrihet.
- 86 Ifølge Kommisjonen er det nødvendig, for å kunne foreta en korrekt analyse av den aktuelle frihet, å ta i betraktning ikke de begunstiges forhold til trusten eller forvalteren eller trustformuen i dag, men situasjonen for stifteren på det tidspunkt trusten ble opprettet. Det vil si at når en stifter oppretter en trust i en annen EØS-stat, må man spørre seg om han, når han gjør dette, utøver sin etableringsfrihet.
- 87 Kommisjonen anfører at svaret på dette spørsmål må være bekreftende i den grad trusten har som formål å drive økonomisk aktivitet. Under disse omstendigheter må trusten betraktes som et instrument til å drive ervervsmessig virksomhet på samme måte som et selskap eller enhver annen type enhet som nevnt i EØS-avtalen artikkel 34 annet ledd.
- 88 Når det gjelder det andre spørsmål, anfører Norges regjering og Storbritannias regjering i hovedsak at begrepet etablering faktisk krever at en enhet har status som juridisk person og innebærer at det rent faktisk utøves en ervervsmessig virksomhet ved hjelp av en fast innretning i denne medlemsstat i et ikke nærmere angitt tidsrom. Dermed er det bare en reell etablering i vertsstaten og utøvelse av reell økonomisk aktivitet der som faller inn under virkeområdet til bestemmelsene om etableringsfrihet. Hva angår spørsmålet om økonomisk aktivitet, støttes denne oppfatning i det vesentlige av Frankrikes regjering.
- 89 Saksøkerne gjør gjeldende at Ptarmigan Trust driver reell økonomisk aktivitet som omfattes av EØS-avtalen artikkel 31 og 34. De anfører at Ptarmigan Trust er etablert i Liechtenstein, og at all forvaltning av trusten finner sted der. De anfører videre at trustforvalterne har brukt betydelige ressurser på forvaltningen av trusten, og at trustforvalterne har regelmessige formuesforvaltermøter.
- 90 Denne oppfatning støttes av Liechtensteins regjering, som anfører at trustens personale og én av de tre trustforvalterne befinner seg i Liechtenstein. Denne aktivitet utøves ved hjelp av en fast innretning, og trusten er en selvstendig enhet som, gjennom forvalterne, på langsiktig basis, eier og leder flere selskaper. Ettersom det å eie og lede selskaper etter EØS-avtalen betraktes som økonomisk aktivitet, og i betraktning av at Ptarmigan Trust er en ugjenkallelig trust, gjør Liechtensteins

regjering gjeldende at trusten utøver en økonomisk aktivitet i et ikke nærmere angitt tidsrom.

- 91 Norges regjering setter spørsmålstegn ved om trusten oppfyller kravet om reell økonomisk aktivitet i EØS-avtalen artikkel 31 og 34. Regjeringen anfører at trusten ble registrert hos skattemyndighetene i Liechtenstein i 1980 med fritak for ordinær formuesskatt på den forutsetning at den ikke skulle utøve noen forretningsvirksomhet eller kommersiell virksomhet i Liechtenstein. Etter trustavtalen forventes forvalterne videre ikke å engasjere seg i ledelsen av de selskapene trusten eier, noe forvalterne faktisk heller ikke har gjort. Ifølge Norges regjering fremstår Ptarmigan Trust dermed bare som et middel til å opparbeide inntekter uten å øke skattebelastningen.
- 92 Saksøkerne bestrider denne tolkning av trustavtalen. De anfører at det følger av avtalen og av rettspraksis at forvalterne plikter å påse at selskapene trusten eier blir ledet på en god måte, og anfører videre at forvalterne spiller en aktiv rolle i utvelgelsen og utnevnelsen av styremedlemmer i datterselskapene. De spiller også en aktiv rolle som kontaktpunkt for datterselskapenes ledelse og er med på å drøfte og håndtere løpende forretningsmessige saker.

Rettsens bemerkninger

- 93 Etableringsfriheten etter EØS-avtalen artiklene 31 til 34 gjelder både for fysiske personer som er statsborgere i en EØS-stat, og for rettssubjekter ("selskaper"), uavhengig av om de har status som selvstendig rettssubjekt eller ikke, forutsatt at de er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EU-stat eller en EØS-stat og har sitt vedtektsbestemte sete, sin hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak på avtalepartenes territorium. Med forbehold for de unntak og vilkår som er fastsatt, gir den adgang til å starte og utøve enhver type selvstendig næringsvirksomhet på territoriet til en annen EØS-stat, samt til å opprette og drive foretak og opprette agenturer, filialer eller datterselskaper. Det følger av dette at en juridisk person eller enhet kan etableres, i EØS-avtalens forstand, i mer enn én bestemt EØS-stat, hva selskaper angår, gjennom opprettelse av agenturer, filialer eller datterselskaper (jf. EØS-avtalen artikkel 31).
- 94 Etablering i EØS-avtalens forstand er derfor et meget vidt begrep, og gir borgerne i EØS-statene mulighet til, på stabil og vedvarende måte, å delta i og dra fordel av det økonomiske liv i en annen EØS-stat enn sin egen, og dermed bidra til en dypere økonomisk og sosial integrasjon i EØS-området (se sak E-1/09 *ESA mot Liechtenstein*, Sml. 2009-2010 s. 46 (avsnitt 28), og den rettspraksis som det vises til der).
- 95 Under henvisning til dette mål om integrasjon omfatter etableringsretten ethvert tiltak som tillater eller til og med bare legger til rette for tilgang til andre EØS-stater

og utøvelse av økonomisk aktivitet i disse stater gjennom å gi de berørte personer mulighet til reelt å delta i det økonomiske liv i staten på samme vilkår som nasjonale aktører (se, for sammenligning, sak C-411/03 *SEVIC Systems*, Sml. 2005 s. I-10805 (avsnitt 18)).

- 96 Følgelig har begrepet etablering etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34 en særskilt EØS-betydning, og må ikke tolkes snevert. Derfor må enhver person eller enhet, herunder en trust, som utøver reell økonomisk aktivitet anses å utøve sin etableringsfrihet etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34.
- 97 Det avgjørende aspekt for reell forretningsvirksomhet som utgjør etablering, er at en person eller enhet driver virksomhet, for eksempel i form av levering av tjenester mot betaling, i et ubestemt tidsrom og ved en fast innretning.
- 98 En fast innretning kan oppnås eller opprettholdes ved slik virksomhet som personlig å bosette seg i vertsstaten, etablere ledelsen der og/eller ansette personale til å utføre de tjenester som trengs på etableringsstedet. Derimot kan en enhet som i lys av sin grad av eksistens med hensyn til lokaler, personale og utstyr ikke utøve noen virksomhet i en annen EØS-stat, og hvis stiftelse dermed kanskje ikke gjenspeiler den økonomiske realitet, ikke påberope seg EØS-avtalen artiklene 31 og 34 på grunn av dens mangel på økonomisk aktivitet (se sak C-196/04 *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, Sml. 2006 s. I-7995 (avsnittene 67 og 68), og den rettspraksis som det vises til der).
- 99 Spørsmålet om den aktuelle enhet utøver reell økonomisk virksomhet kan ikke besvares abstrakt. Det avhenger av de faktiske bestemmelser i enhetens vedtekter, for eksempel – som i foreliggende sak – trustens stiftelsesdokument, og enhetens faktiske virksomhet og dens ledelse. Dersom en konkret vurdering for eksempel viser at trusten deltar i ledelsen av et konserns selskaper eller andre aktiviteter for et konsern, som forvaltning av felles ressurser, og at trustens faktiske stiftelse gjenspeiler dens faktiske aktiviteter, må dette anses for å være reell økonomisk virksomhet, hvilket betyr at det foreligger etablering. Som angitt av Kommisjonen som svar på et muntlig spørsmål fra domstolen er det ikke et krav at den økonomiske virksomhet finner sted i EØS-staten der enheten er etablert. Det er tilstrekkelig at de finner sted i EØS-området.
- 100 Forutsatt at disse vilkår er oppfylt kan verken rettssubjektets status etter nasjonal lovgivning, enhetens inntektsnivå eller opprinnelsen til enhetens midler få noen konsekvenser for om det foreligger etablering etter EØS-retten eller ikke.
- 101 For at saksøkerne i saken skal kunne påberope seg EØS-avtalen artiklene 31 og 34 må de nasjonale domstoler fastslå, ved en vurdering av de faktiske forhold, som hører inn under deres eksklusive jurisdiksjon, at de aktuelle aktiviteter er reelle. De nasjonale domstoler må dermed basere sin undersøkelse på de objektive og

verifiserbare elementer som er beskrevet i avsnittene 96 til 99 i denne dom, og foreta en helhetsvurdering av alle sakens omstendigheter som gjelder den berørte virksomhet.

- 102 Når det gjelder spørsmålet forelagt EFTA-domstolen om hvem som er rettighetssubjekt etter bestemmelsene i EØS-avtalen, er det ikke relevant om nasjonale regler kan påvirke andre parter enn saksøkerne, i deres egenskap av begunstigede av trusten. For å være virksom må etableringsfriheten også innebære, i en situasjon som den hovedsaken gjelder, at de begunstigede har rett til å påberope seg EØS-avtalen artiklene 31 og 34 i den utstrekning anvendelsen av nasjonale regler som er i strid med disse bestemmelser påvirker deres rettslige stilling (jf. sak C-18/11 *Philips Electronic UK*, dom av 6. september 2012, publisert elektronisk (avsnittene 38 og 39)).
- 103 I lys av disse betraktninger må svaret på de to første spørsmål bli at en trust som Ptarmigan Trust omfattes av EØS-avtalen artikkel 31 forutsatt at den faktisk utøver en reell økonomisk virksomhet i en EØS-stat i et ubestemt tidsrom og ved en fast innretning. Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om dette er tilfelle. Alle de interesserte parter, det vil si trustens stiftere, forvaltere og begunstigede, er rettighetssubjekt etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34.

V Det tredje spørsmål

- 104 De tredje spørsmål som stilles av skatteklagenemda og Oslo tingrett, bygger på den forutsetning at EFTA-domstolens svar på det første spørsmål er benektende, og at EØS-avtalen artiklene 31 og 34 ikke kommer til anvendelse på sakene som står for dem. Det følger av betraktningene i avsnittene 96 til 99 i denne dom at denne fastsettelsen i all vesentlighet avhenger av vurderingen av de faktiske forhold i den nasjonale sak, som etter ODA artikkel 34 hører under den nasjonale domstol.
- 105 Dersom skatteklagenemda og Oslo tingrett skulle finne at saksøkernes aktiviteter ikke er av en slik art at EØS-avtalen artiklene 31 og 34 får anvendelse, vil EFTA-domstolen, for å gi et så nyttig svar som mulig innenfor rammen av fremgangsmåten for samarbeid fastsatt i ODA artikkel 34, også vurdere problemstillingen som reises i skatteklagenemdas og Oslo tingretts tredje spørsmål.
- 106 Saksøkerne anfører at inntekt fra trusten, særlig utbytte som tilflyter begunstigede i Norge fra et nederlandsk selskap gjennom en trust i Liechtenstein, må være omfattet av EØS-avtalen artikkel 40 og vedlegg XII til EØS-avtalen. Denne oppfatning deles av Liechtensteins regjering, som gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 40 må fokusere på og beskytte de ulike former for deltakelse i truster som Ptarmigan Trust.
- 107 Norges regjering hevder at forholdet mellom de begunstigede og Ptarmigan Trust ikke kan betraktes som en «investering» etter EØS-avtalen artikkel 40. De

begunstigede har ikke stilt noen kapital til rådighet for trusten, og de har heller ikke ervervet «aksjer» som gir dem mulighet til å delta effektivt i ledelsen av trusten. Derimot, hevder regjeringen, tjener investeringer etter EØS-avtalen artikkel 40 til å etablere eller opprettholde varige, direkte forbindelser mellom de personer som fremskaffer kapitalen, og de foretak som kapital stilles til rådighet for med henblikk på å drive økonomisk aktivitet.

Rettenns bemerkninger

- 108 Etter fast rettspraksis forbyr EØS-avtalen artikkel 40 generelt restriksjoner på overføring av kapital mellom EØS-stater (se sak E-1/04 *Fokus Bank*, Sml. 2004 s. 11 (avsnitt 25)). Forutsetningene for at denne bestemmelse skal komme til anvendelse er angitt i Vedlegg XII til EØS-avtalen. Vedlegg XII fastsetter at direktiv 88/361 av 24. juni 1988 (“direktiv 88/361”) og Vedlegg I til dette direktiv får anvendelse for EØS.
- 109 Selv om begrepet “kapitalbevegelse” ikke er definert i EØS-avtalen i artikkel 40, er det enighet om at direktiv 88/361, og nomenklaturen som er vedlagt det, har veiledende betydning for når det gjelder å definere dette begrep (se sak E-9/11 *ESA mot Norge*, Sml. 2012 s. 442 (avsnitt 80)), med det forbehold, som fastsatt i nomenklaturens innledning, at listen som der er angitt ikke er uttømmende.
- 110 Det følger av dette at begrensninger på den frie bevegelse for kapital mellom borgere av stater som er part i EØS-avtalen, må vurderes i lys av EØS-avtalen artikkel 40 og Vedlegg XII til EØS-avtalen. Disse bestemmelser har samme rettslige virkeområde som de i alt vesentlig identiske bestemmelser i artikkel 63 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (se sak E-1/00 *Íslandsbanki-FBA*, Sml. 2000-2001 s. 8 (avsnitt 16); sak C-452/01 *Ospelt og Schlössle Weissenberg*, Sml. 2003 s. I-9743 (avsnitt 28), og, i tilsvarende retning, generaladvokat Geelhoeds forslag til avgjørelse i samme sak, punkt 72 og 73, og sak C-284/09 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2011 s. I-9879 (avsnitt 96), og den rettspraksis som det vises til der).
- 111 Når det gjelder spørsmålet om nasjonal lovgivning faller inn under virkeområdet for den ene eller den annen bevegelsesfrihet, fremgår det klart av det som nå er fast rettspraksis at formålet med den berørte lovgivning må tas i betraktning (jf. sak C-157/05 *Holböck*, Sml. 2007 s. I-4051 (avsnitt 22), og sak C-168/11 *Beker*, dom av 28. februar 2013, publisert elektronisk (avsnitt 24)).
- 112 Videre fremgår det klart av rettspraksis at et omtvistet tiltak i prinsippet skal vurderes bare i forhold til den ene av disse to friheter dersom det fremgår, i lys av sakens omstendigheter, at den ene frihet er fullstendig sekundær i forhold til den annen og kan vurderes sammen med denne (jf. sak C-182/08 *Glaxo Wellcome*, Sml. 2009 s. I-8591 (avsnitt 37), og den rettspraksis som det vises til der).

- 113 I denne sammenheng har EFTA-domstolen tidligere lagt til grunn at nasjonal lovgivning som er ment å gjelde bare for eierandeler som gjør det mulig for eieren å utøve bestemmende innflytelse over beslutningene i et selskap og treffe avgjørelser om dets virksomhet, faller inn under virkeområdet for etableringsfriheten (se sak E-14/13 *ESA mot Island*, Sml. 2013 s. 924 (avsnitt 27), og den rettspraksis som det vises til der).
- 114 På den annen side må nasjonale bestemmelser som kommer til anvendelse på eierandeler som er kjøpt utelukkende for det formål å foreta en finansiell investering, uten noen intensjon om å påvirke foretakets ledelse og styring, vurderes utelukkende i lys av den frie kapitalbevegelse (se *ESA mot Island*, som omtalt over (avsnitt 28), og for sammenligning, sak C-35/11 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, dom av 13. november 2012, publisert elektronisk (avsnitt 92), og den rettspraksis som det vises til der, og *Beker*, som omtalt over (avsnitt 26)).
- 115 EFTA-domstolen bemerker at til forskjell fra situasjonene i *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, som omtalt over (avsnittene 31 og 32), og sak C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Sml. 2007 s. I-2107 (avsnittene 28 til 33) får den norske lovgivning hovedsaken gjelder anvendelse ikke bare på selvstendige innretninger som gjør det mulig for eieren å utøve bestemmende innflytelse over beslutningene i et selskap og treffe avgjørelser om dets aktiviteter, men også på formuesmasser hjemmehørende i lavskattland, som skattyteren kontrollerer, direkte eller indirekte, og har fordeler av.
- 116 I den grad den norske lovgivning gjelder inntekt som har sitt utspring i en EØS-stat, kan det følgelig ikke fastslås ut fra dens formål om den primært faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31 eller virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 40.
- 117 Under slike omstendigheter tar EFTA-domstolen i betraktning de faktiske forhold i saken for å fastslå om den situasjon tvisten i hovedsaken gjelder, faller inn under virkeområdet til den ene eller den annen av disse bestemmelser (jf. *Test Claimants in the FII Group Litigation*, som omtalt over (avsnittene 93 og 94), og den rettspraksis som det vises til der, og *Beker*, som omtalt over (avsnittene 27 og 28)).
- 118 Ut fra anmodningene later det imidlertid til at de faktiske forhold i hovedsaken er omstridt. Som allerede nevnt i avsnitt 101 i denne dom, hører tvister som gjelder de faktiske forhold, inn under nasjonale domstoler.
- 119 I fravær av nærmere opplysninger i anmodningene som er forelagt EFTA-domstolen er det derfor opp til de nasjonale domstoler å vurdere om anvendelsen av NOKUS-reglene faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artiklene 31 og 34 eller EØS-avtalen artikkel 40. I denne vurdering må de nasjonale domstoler ta hensyn til

sakenes faktiske forhold samt betraktningene i avsnittene 96 og 99 vedrørende etableringsfriheten.

- 120 Dersom resultatet av denne vurdering er at saksøkerne ikke anses å ha utnyttet rettighetene i EØS-avtalen artiklene 31 og 34, eksempelvis fordi de har godtgjort at de utøver bestemmende innflytelse over en selvstendig innretning i en annen EØS-stat eller utøver reelle økonomiske aktiviteter i en annen EØS-stat i den grad som er nødvendig for at EØS-avtalen artiklene 31 og 34 skal få anvendelse, må de nasjonale domstoler foreta en separat vurdering av om de skattemessige tiltakene faller inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 40.
- 121 I vurderingen av om omstendighetene i hovedsaken er av en slik art at EØS-avtalen artikkel 40 får anvendelse, er det viktig å huske på at begrepet “kapitalbevegelse” etter denne bestemmelse i prinsippet må fortolkes dit hen at det omfatter slike finansielle operasjoner som i hovedsak gjelder investering av midler snarere enn godtgjørelse for varer og tjenester (jf. forente saker 286/82 og 26/83 *Luisi og Carbone*, Sml. 1984 s. 377 (avsnittene 21 til 23)).
- 122 I den grad saksøkernes aktiviteter som omfattes av EØS-avtalen artikkel 40 gjelder “direkte investeringer” etter direktiv 88/361 og Vedlegg XII til EØS-avtalen, fremgår det av listen i post I i direktivet og i de forklarende merknader til direktivet at begrepet direkte investering viser til investeringer foretatt av fysiske eller juridiske personer, som har til formål å opprette eller opprettholde varige og direkte forbindelser mellom personen som stiller kapitalen til rådighet og foretaket som kapitalen stilles til rådighet for, med henblikk på utøvelse av en økonomisk aktivitet (se *Holböck*, som omtalt over (avsnittene 34 og 35), og den rettspraksis som det vises til der).
- 123 Dersom de nasjonale domstoler finner at saksøkerne ikke har utøvd noen økonomisk aktivitet, vil saksøkerne følgelig ikke kunne påberope seg EØS-avtalen artikkel 40 for så vidt som deres kapitalbevegelse utgjør direkte investering i direktivets betydning.
- 124 Nasjonale tiltak som påvirker kapitalbevegelser som er av “personlig” art, og hvis elementer ikke er begrenset til én enkelt EØS-stat, kan imidlertid falle inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 40 i samsvar med nomenklaturen vedlagt direktiv 88/361, se post XI i Vedlegg I til direktivet, uavhengig av hvorvidt saksøkerne har utøvd økonomisk virksomhet (jf. særlig sak C-513/03 *van Hilten-van der Heijden*, Sml. 2006 s. I-1957 (avsnitt 42), sak C-11/07 *Eckelkamp m.fl.*, Sml. 2008 s. I-6845 (avsnitt 39), sak C-43/07 *Arens-Sikken*, Sml. 2008 s. I-6887 (avsnitt 30), sak C-67/08 *Block*, Sml. 2009 s. I-883 (avsnitt 20), og sak C-35/08 *Busley og Cibrian Fernandez*, Sml. 2009 s. I-9807 (avsnitt 18)). En slik fastsettelse må bygge på en vurdering av de faktiske forhold i den enkelte sak, og hører derfor under de nasjonale domstoler.

125 I lys av ovenstående betraktninger må svaret på det tredje spørsmål bli at begunstigede av formuesmasser som er opprettet som en trust, og som er gjenstand for nasjonale skattemessige tiltak som de hovedsaken gjelder, vil kunne påberope seg EØS-avtalen artikkel 40 dersom de ikke anses å ha utøvd bestemmende innflytelse over en selvstendig innretning i en annen EØS-stat eller å ha utøvd en økonomisk virksomhet som omfattes av etableringsfriheten. Det er opp til de nasjonale domstoler å foreta den endelige vurdering av dette, på grunnlag av sakens faktiske omstendigheter.

VI Det fjerde spørsmål

126 Ved sitt fjerde spørsmål ønsker skatteklagenemda og Oslo tingrett å få vite om NOKUS-reglene innebærer en eller flere restriksjoner på etableringsfriheten eller retten til fri flyt av kapital.

127 Saksøkerne og Liechtensteins regjering gjør gjeldende at regelen om løpende skattlegging av borgere bosatt i en EØS-stat for inntekt fra en trust opprettet i en annen EØS-stat, innebærer en restriksjon på etableringsfriheten og på fri kapitalbevegelse. De anfører at etter skatteloven § 10-60 skattlegges de potensielle begunstigede av Ptarmigan Trust til en mye høyere sats enn de hadde blitt dersom trusten ikke hadde vært underlagt NOKUS-reglene. Dessuten skattlegges de på et mye tidligere tidspunkt enn de ville ha blitt dersom bare norske selskaper hadde vært involvert. ESA støtter denne oppfatning og peker på at NOKUS-reglene innebærer forskjellsbehandling ettersom skattytere som er begunstigede av en trust som er omfattet av NOKUS-reglene, settes i en mindre gunstig posisjon enn hjemmehørende skattytere som er begunstigede av en trust som ikke er omfattet av NOKUS-reglene.

128 Norges regjering, Frankrikes regjering og Storbritannias regjering anfører at for å kunne vurdere om det foreligger en restriksjon, er det nødvendig å fastslå om en individuell investor som gjør tilsvarende investeringer i Norge, er i en objektivt sammenlignbar situasjon som de begunstigede i Ptarmigan Trust. Videre er det nødvendig å bringe på det rene om en slik investor ville blitt behandlet på en gunstigere måte enn de begunstigede. Det pekes på at ettersom norsk rett ikke anerkjenner diskresjonære trust, er det ikke mulig å sammenligne behandlingen av en person hjemmehørende i Norge som er begunstiget i trusten, med en person hjemmehørende i Norge som er begunstiget av en diskresjonær trust registrert i Norge. En diskresjonær trust er dessuten forskjellig fra et ansvarlig selskap; sistnevnte krever at minst én av deltakerne har ubegrenset ansvar, og et ansvarlig selskap er ikke en selvstendig formuesmasse på lik linje med en trust.

129 Kommisjonen vedgår at en trust ikke er en egen juridisk person overfor forvalteren. Men samtidig er ikke de begunstigede den samme juridiske person som forvalteren. Det forhold at en forvalter bosatt i Norge kan bli skattepliktig for formue som

trusten innehar andre steder, er uten betydning for beskatningen av de begunstigede av trusten. Nærmere bestemt gjenspeiler det faktum at en deltaker i et ansvarlig selskap umiddelbart blir skattepliktig for sin andel av selskapets inntekter, ikke annet enn at det ansvarlige selskapet ikke er en egen juridisk person atskilt fra deltakeren, og følgelig er han (den forholdsmessige) mottakeren av inntektene. Kommisjonen konkluderer at dét ikke gir grunnlag for å utlede at begunstigede av truster kan beskattes av inntekt mottatt av en helt annen person. Ettersom det ikke er gitt noe eksempel på beskatning av denne type i en rent intern situasjon, gjør Kommisjonen gjeldende at å tilskrive begunstigede en ikke-hjemmehørende trusts inntekt dermed utgjør en restriksjon.

- 130 Videre gjør Kommisjonen gjeldende at fraværet av en innretning etter norsk rett som er identisk med en trust etter lovgivningen i Liechtenstein, ikke innebærer at det ikke finnes noen intern sammenlignbar innretning, og at Norge derfor kan ha full handlefrihet.
- 131 Saksøkerne anfører også at NOKUS-reglene saken gjelder, for inntektsårene 2004 til 2006 utgjør en egen restriksjon på etableringsfriheten ettersom de innebærer økonomisk dobbeltbeskatning av aksjeinntekter, herunder utbytte, som mottas fra et NOKUS som er en trust og deretter deles ut av trusten til dens begunstigede.
- 132 Dette argument støttes for det vesentlige av ESA og Kommisjonen. De anfører at denne økonomiske dobbeltbeskatning oppstår som et resultat av NOKUS-beskatningen av aksjeinntekter, herunder utbytte, som mottas av trusten når midlene som deles ut som utbytte allerede er beskattet på de utdelende selskapers hånd (f.eks. i form av selskapsskatt for Ptarmigans datterselskaper). Denne internasjonale økonomiske dobbeltbeskatning videreføres faktisk med, og kommer i tillegg til, tilleggsbeskatningen av utdelinger fra trusten til personlige begunstigede.
- 133 Kommisjonen bemerker også at NOKUS-reglene ikke synes å gi fradrag for skatt betalt på underliggende inntekt hos de selskaper som trusten eier aksjer i. Den antyder at denne beskatning kan være mindre gunstig enn den ordning som kommer til anvendelse i rent interne situasjoner. I så tilfelle anfører Kommisjonen at dette medfører en restriksjon.
- 134 ESA gjør gjeldende at det kan foreligge forskjellsbehandling med hensyn til økonomisk dobbeltbeskatning når man sammenligner situasjonen til personlige deltakere i et NOKUS-selskap med situasjonen til personlige deltakere i et ansvarlig selskap. I motsetning til sistnevnte gis personlige deltakere i et NOKUS-selskap ingen mulighet til å avhjelpe den økonomiske dobbeltbeskatning som NOKUS-beskatningen innebærer. Dermed utsettes de for en mindre gunstig beskatning enn deltakerne i et ansvarlig selskap.

- 135 Norges regjering gjør gjeldende at beskatning av utdelinger til de begunstigede er forenlig med EØS-avtalen. For slike utdelinger blir de begunstigede lignet på samme måte som andre personlige skattytere, eksempelvis aksjonærer i aksjeselskaper og deltakere i deltakerlignede selskaper. Om de utdelte midlene tidligere er blitt beskattet i underliggende selskaper kan ikke ha noen betydning.

Rettsens bemerkninger

- 136 Det må innledningsvis nevnes at selv om EØS-avtalen artikkel 31 etter sin ordlyd særlig har til formål å sikre nasjonal behandling i en vertsstat, forbyr bestemmelsen også at hjemstaten hindrer sine egne statsborgere eller selskaper stiftet i samsvar med dens lovgivning i å etablere seg i en annen EØS-stat.
- 137 Forbudet mot forskjellsbehandling, enten det er hjemlet i EØS-avtalen artikkel 4, 31 eller 40, forutsetter at sammenlignbare situasjoner ikke skal behandles forskjellig, og at forskjellige situasjoner ikke skal behandles på samme måte med mindre slik behandling er objektivt begrunnet (se sak E-15/11 *Arcade Drilling*, Sml. 2012 s.676 (avsnittene 59 og 60), og den rettspraksis som det vises til der).
- 138 For å vurdere om en forskjell i den skattemessige behandling, slik som den skatteloven § 10-60 medfører, innebærer forskjellsbehandling, er det nødvendig å bringe på det rene om en skattyter bosatt i Norge som mottar utbetalinger fra en annen innenlandsk enhet, er i en objektivt sammenlignbar situasjon, hva beskatning av utbetalinger angår, som en skattyter som mottar utbetalinger fra en enhet hjemmehørende i en annen EØS-stat.
- 139 Etter skatteloven § 10-61 skal den som eier eller kontrollerer et NOKUS beskattes for sin forholdsmessige andel av overskuddet i innretningen uten hensyn til om midler er blitt utbetalt fra innretningen til de begunstigede eller ikke. Inntekten i en norskkontrollert utenlandsk trust må følgelig beskattes løpende.
- 140 Det bestrides ikke at en regel som den som er gitt i skatteloven § 10-60, som fastsetter at de som har eierinteresser i et rettssubjekt, som de begunstigede av Ptarmigan Trust, skal være skattepliktige uten hensyn til om midler er blitt utbetalt til dem eller ikke, ikke har noe motstykke i noen interne situasjon der den begunstigede er en annen skattepliktig fysisk eller juridisk person enn parten som eier inntektene, og der begge parter er hjemmehørende i Norge. Det følger således av § 10-60 i samme lov at denne regel bare får anvendelse på skattytere som har fordeler av selvstendige innretninger eller formuesmasser hjemmehørende i lavskattland, som beskrevet i bestemmelsen.
- 141 Denne forskjellsbehandling skaper en skattemessig ulempe for hjemmehørende skattytere som er omfattet av NOKUS-lovgivningen. De hindres i å utøve sin etableringsfrihet fordi de motiveres fra å etablere, erverve eller opprettholde et

foretak i en annen EØS-stat der skattenivået er kjent for å være lavt. Denne forskjellsbehandling utgjør en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34.

- 142 Det faktum at trust er ikke anerkjent som skattemessig hjemmehørende i Norge, kan ikke i seg selv rettferdiggjøre en forskjellsbehandling, da dette – så lenge selskapsretten i EØS-statene ikke er fullt ut harmonisert på EØS-plan – ville frata etableringsfriheten enhver virkning (jf. sak C-303/07 *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, Sml. 2009 s. I-5145 (avsnitt 50)).
- 143 Videre er det ikke relevant for vurderingen av om det foreligger en restriksjon at skattytere i Norge etter skatteloven ikke betaler mer skatt på overskuddet i et NOKUS enn det de ville måtte betale dersom trusten eller innretningen hadde vært etablert i Norge. Det er like fullt slik at skattyterne som omfattes av skatteloven § 10-60, blir beskattet for overskuddet i en annen juridisk person, hvilket ikke er tilfelle for skattytere hjemmehørende i Norge som har eierinteresser i andre, innenlandske juridiske personer (jf. *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, som omtalt over (avsnitt 45)).
- 144 Dersom den skattemessige ulempe som er et resultat av forskjellsbehandlingen av hjemmehørende skattytere etter skatteloven, hindrer de begunstigede i å investere midler i en annen EØS-stat, uten noen intensjon om å påvirke et foretaks ledelse eller styring, eller i å gjennomføre kapitalbevegelser av personlig art, utgjør den en restriksjon på den frie kapitalbevegelse etter EØS-avtalen artikkel 40 og Vedlegg XII til EØS-avtalen.
- 145 Når det gjelder argumentet om at de nasjonale CFC-reglene saken gjelder, for inntektsårene 2004 til 2006 innebærer økonomisk dobbeltbeskatning, nevner EFTA-domstolen at en regel i nasjonal lovgivning som innebærer at personlige deltakere i et CFC i en annen EØS-stat, i motsetning til deltakere i sammenlignbare innenlandske enheter, ikke gis mulighet til å avhjelpe den økonomiske dobbeltbeskatning CFC-beskatningen innebærer, setter personlige deltakere i et CFC i en annen EØS-stat i en mindre gunstig stilling enn deltakere i innenlandske selskaper.
- 146 I en slik situasjon har den norske lovgivning den virkning at den hindrer personer som er hjemmehørende i Norge fra å investere i en annen EØS-stat.
- 147 En slik beskatning har også en begrensende virkning med hensyn til økonomiske aktører i andre EØS-stater, ettersom den gjør det vanskelig for dem å skaffe seg kapital i Norge. Dersom kapitalinntekt som ikke er av norsk opprinnelse får en mindre gunstig skattemessig behandling enn kapitalinntekt utbetalt av enheter hjemmehørende i Norge, blir aksjene i økonomiske enheter etablert i andre EØS-stater mindre attraktive for investorer hjemmehørende i Norge sammenlignet med

aksjer i selskaper som har sitt hovedsete i Norge (jf. sak C-35/98 *Verkooijen*, Sml. 2000 s. I-4071 (avsnitt 35), sak C-334/02 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 2004 s. I-2229 (avsnitt 24), og sak C-319/02 *Manninen*, Sml. 2004 s. I-7477 (avsnitt 23)).

- 148 Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre, på grunnlag av betraktningene i avsnittene 143 og 145 over, om anvendelsen av nasjonal lovgivning medfører en ulempe for hjemmehørende personer som investerer i en annen EØS-stat, eller om den utgjør en hindring for økonomiske aktører som er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Om så er tilfelle, utgjør økonomisk dobbeltbeskatning som den hovedsaken gjelder, en restriksjon på etableringsfriheten, som er forbudt etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34, eller, avhengig av den nasjonale domstols vurdering i lys av betraktningene i avsnittene 96 til 99 og 120 til 124 i denne dom, en restriksjon på den frie kapitalbevegelse, som i prinsippet er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 40.
- 149 Svaret på det fjerde spørsmål må derfor bli at forskjellsbehandlingen som skatteloven § 10-60 medfører, skaper en skattemessig ulempe for skattytere hjemmehørende i Norge og som er omfattet av CFC-lovgivningen, som hindrer dem i å utøve sin etableringsfrihet fordi de motiveres fra å etablere, erverve eller opprettholde et foretak i en EØS-stat der skattenivået er kjent for å være lavt. Den utgjør derfor en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34.
- 150 Dersom den skattemessige ulempe som er et resultat av forskjellsbehandlingen av hjemmehørende skattytere etter skatteloven § 10-60 hindrer de begunstigede i å investere midler i en annen EØS-stat, uten noen intensjon om å påvirke et foretaks ledelse eller styring, eller i å gjennomføre kapitalbevegelser av personlig art, utgjør den en restriksjon på den frie kapitalbevegelse etter EØS-avtalen artikkel 40 og Vedlegg XII til EØS-avtalen.
- 151 Videre utgjør en regel i nasjonal lovgivning som innebærer at personlige deltakere i et CFC i en annen EØS-stat, i motsetning til deltakere i sammenlignbare innenlandske enheter, ikke gis mulighet til å avhjelpe den økonomiske dobbeltbeskatning CFC-skatten innebærer, en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34, eller, avhengig av den nasjonale domstols vurdering, en restriksjon på den frie kapitalbevegelse, som i prinsippet er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 40.

VII Det femte spørsmål

- 152 Ved sitt femte spørsmål ønsker skatteklagenemda og Oslo tingrett i hovedsak å bringe på det rene, dersom det tredje og fjerde spørsmål besvares bekreftende, om restriksjoner på etableringsfriheten og på fri kapitalbevegelse som er et resultat av NOKUS-reglene kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn, og i så tilfelle, om slike restriksjoner er forholdsmessige.

- 153 Norges regjering anfører at CFC-regler som de hovedsaken gjelder, må kunne anses, når det gjelder et land som er part i EØS-avtalen, å være begrunnet i tvingende allmenne hensyn knyttet til bekjempelse av skatteunndragelse og behovet for å sikre effektiv skattekontroll. Kort sagt er kravene at CFC-regler kan anses som legitime dersom selskapet eller sammenslutningen som undersøkes, ikke utøver reell økonomisk aktivitet i den berørte stat.
- 154 Regjeringens syn er at NOKUS-reglene er egnede i forhold til oppnåelsen av det forfulgte mål, og at de ikke går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå det. Regjeringen gjør særlig gjeldende at det er legitimt for skattyterens hjemstat å kreve verifiserbar dokumentasjon på om aktiviteten til et CFC oppfyller kravene om reell økonomisk aktivitet. Denne oppfatning støttes i det vesentlige av Frankrikes regjering og Storbritannias regjering, og sistnevnte tilføyer at den nasjonale lovgivning også kan begrunnes i hensynet til å opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmyndighet.
- 155 Saksøkerne hevder derimot at opprettelsen av Ptarmigan Trust ikke var skattemessig motivert og ikke har medført noen uthuling av det norske skattefundament. Uansett er det klart at hensynet til å hindre omgåelse av nasjonale regler ikke kan begrunne en beskatning som er mer byrdefull enn det som ville være tilfelle for nasjonale investeringer. Dessuten går NOKUS-reglene lenger enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet til å hindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning. Disse påstandene støttes i det alt vesentlige av Liechtensteins regjering.
- 156 Når det gjelder CFC-beskatningen av trusten som sådan, anfører ESA at Norge er berettiget til å anvende CFC-regler for å beskatte inntekter i en trust i Liechtenstein som ikke er en reell etablering som utøver en reell økonomisk aktivitet i Liechtenstein dersom trusten i realiteten tjener til å unngå den skatt som normalt skal betales på overskudd fra aktiviteter utført på norsk territorium. ESA anfører dessuten at CFC-deltakerne må gis mulighet til å fremføre bevis for at CFC-enheten faktisk er etablert og dets aktiviteter reelle, og beviset må godtas av kompetente nasjonale myndigheter etter nødvendig verifisering eller dokumentasjon.
- 157 Kommisjonen anfører at selv om anvendelsesområdet for NOKUS-reglene potensielt er vidtrekkende, er det begrenset for EØS-statenes vedkommende av bestemmelsene i skatteloven § 10-64, som i hovedsak begrenser deres anvendelsesområde til reelle skatteomgåelsessituasjoner. Etter Kommisjonens oppfatning er det legitimt å benytte antakelser om skatteunndragelse eller skatteomgåelse når aktiviteter tilsynelatende utøves i et lavskattland. Det må imidlertid være mulig for skattyteren å fremføre bevis på det motsatte, slik angitt i skatteloven § 10-64.
- 158 Kommisjonen anfører videre at NOKUS-lovgivningen, i tråd med rettspraksis, for det første krever at de begunstigede av en trust dokumenterer at trusten faktisk er

etablert i en EØS-stat og utøver reelle økonomiske aktiviteter der, og for det annet at Norge kan verifisere denne informasjon gjennom en skatteavtale eller annen ordning, som kan være en erklæring fra skattemyndighetene i etableringsstaten som bekrefter at dokumentasjonen er riktig.

- 159 Når det gjelder spørsmålet om i hvilken grad NOKUS-reglene medfører internasjonal økonomisk dobbeltbeskatning av aksjeinntekter, herunder utbytte, som utbetales til et CFC som er en trust hjemmehørende i et lavskattland i EØS, dersom dobbeltbeskatningen unngås eller oppheves i sammenlignbare interne situasjoner, anser ESA at rettferdiggjøring er vanskelig. Ifølge ESA synes dette å være en problemstilling for fysiske personer som beskattes som deltakere i et CFC som er en trust.
- 160 Kommisjonen anfører at begunstigede av en trust ikke kan skattlegges tyngre enn de ville ha blitt om de hadde vært aksjeeiere i selskapene som trusten eier aksjer i. Dersom de begunstigede av Ptarmigan Trust hadde vært aksjeeiere i Eagleville, ville de ha blitt beskattet med 28 % på utbytte som er mottatt fra dette selskap. De ville ikke ha fått den ekstra skattebyrde som anvendelsen av NOKUS-reglene tilsynelatende medfører i denne sak. Derfor er den økte skattebelastning etter Kommisjonens oppfatning uforholdsmessig.

Rettsens bemerkninger

- 161 Som uttalt over, kan den særskilte skattebehandling etter CFC-reglene og de ulemper dette medfører for hjemmehørende deltakere i enheter som omfattes av slike regler, være til hinder for slike personer eller enheters utøvelse av etableringsfriheten eller retten til fri kapitalbevegelse, og motivere dem til ikke å utøve sine rettigheter etter EØS-avtalen artikkelene 31 og 34 eller EØS-avtalen artikkel 40. I så tilfelle utgjør den nasjonale lovgivning en restriksjon på disse friheter.
- 162 Ifølge fast rettspraksis kan en restriksjon på etableringsfriheten bare tillates dersom den er begrunnet i tvingende allmenne hensyn (se f.eks. *Arcade Drilling*, som omtalt over (avsnitt 82), og den rettspraksis som det vises til der).
- 163 Videre er det også nødvendig at restriksjonen er egnet til å nå dette mål og, og at den ikke går lengre enn det som er nødvendig for å nå det (se *ESA mot Norge*, som omtalt over (avsnitt 83), og den rettspraksis som det vises til der, og *Arcade Drilling*, som omtalt over (avsnitt 83)).
- 164 EFTA-domstolen minner om at en EØS-stat har anledning til å treffe tiltak som tar sikte på å forhindre at økonomiske aktører etablert i denne stat, under dekke av de rettigheter som ble etablert ved EØS-avtalen, urettmessig prøver å omgå nasjonal lovgivning, eller som tar sikte på å forhindre at disse selskaper urettmessig eller ved

svik utnytter bestemmelsene i EØS-regelverket (se *Arcade Drilling*, som omtalt over (avsnitt 87)).

- 165 Under slike omstendigheter kan nasjonale domstoler i hver enkelt sak ta hensyn til objektive bevis på misbruk eller svikaktig atferd fra de berørte personer for eventuelt å nekte dem å dra fordel av bestemmelsene i EØS-retten som de søker å bygge på. Nasjonale domstoler må likevel vurdere atferden i lys av de mål disse bestemmelser forfølger (se *Arcade Drilling*, som omtalt over (avsnitt 88)).
- 166 Hensynet til å forhindre tap av skatteinntekt er ikke et tvingende allment hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon på en frihet som er sikret i EØS-avtalen (jf. *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, som omtalt over (avsnitt 49)). Dersom formålet er å hindre skatteomgåelse, kan et nasjonalt tiltak som begrenser etableringsfriheten eller den frie kapitalbevegelse være berettiget dersom det spesifikt retter seg mot rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler den økonomiske virkelighet og som utelukkende er beregnet på å unngå den skatt som normalt skal betales på overskudd fra aktiviteter utført på nasjonalt territorium (jf. sak C-282/12 *Itelcar*, dom av 3. oktober 2013, publisert elektronisk (avsnitt 34), og den rettspraksis som det vises til der).
- 167 For at en restriksjon på etableringsfriheten skal være begrunnet i hensynet til å motvirke omgåelse av regler, må følgelig tiltakets spesifikke formål være å motvirke atferd som innebærer opprettelse av rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler den økonomiske virkelighet, med sikte på å unngå den skatt som normalt ville påløpe på overskuddet generert av virksomhet utøvd på nasjonalt territorium.
- 168 Denne typen atferd må anses å undergrave EØS-statenes rett til å utøve sin beskatningsmyndighet overfor aktiviteter som utøves på deres territorium, og dermed forrykke fordelingen av beskatningsmyndighet mellom EØS-statene (jf. *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, som omtalt over (avsnitt 56), og den rettspraksis som det vises til der).
- 169 I lys av disse betraktninger må det vurderes om restriksjonen på etableringsfriheten, eller alternativt på den frie kapitalbevegelse, som CFC-reglene medfører, kan begrunnes i hensynet til å motvirke rent kunstige arrangementer, og i så tilfelle om restriksjonen står i forhold til dette mål.
- 170 Det fremgår av anmodningene at NOKUS-reglene omfatter situasjoner der skattytere, enten som fysiske eller som juridiske personer, alene eller sammen med andre direkte eller indirekte kontrollerer andre selvstendige innretninger eller formuesmasser hjemmehørende i lavskattland, og som skattyteren direkte eller indirekte har fordeler av. Ifølge lovgivningen er lavskattland stater hvor den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør

mindre enn to tredjedeler av den skatt selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom den/det hadde vært hjemmehørende i Norge.

- 171 Fra 2007 er det fastsatt i skatteloven § 10-60 bokstav b) at utenlandske selskaper som er etablert i en EØS-stat og utøver reell økonomisk virksomhet der, ikke kan skattlegges etter NOKUS-reglene.
- 172 Ved å sørge for at overskudd som hjemmehørende skattytere mottar fra et CFC som ikke utøver reell økonomisk virksomhet og er underlagt meget gunstige skatteregler i en annen EØS-stat, blir beskattet som del av slike skatteyteres skattegrunnlag, gjør CFC-reglene det mulig å hindre opptreden som ikke har noe annet formål enn å unngå den skatt som normalt ville påløpe på overskuddet generert av aktiviteter utøvd på nasjonalt territorium. Slike regler er derfor egnet til å sikre oppnåelse av det fastsatte mål.
- 173 For å være i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet må et tiltak som har til formål å hindre rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler den økonomiske virkelighet og som utelukkende har til formål å oppnå en urettmessig skattefordel, gjøre det mulig for den nasjonale domstol å foreta en særskilt vurdering i hvert enkelt tilfelle, der det tas hensyn til den enkelte saks særtrekk, basert på objektive elementer, med henblikk på å vurdere de berørte personers misbruk eller svikaktige atferd (jf. *Glaxo Wellcome*, som omtalt over (avsnitt 99)).
- 174 For å kunne fastslå at det foreligger et slikt arrangement må det, i tillegg til et subjektivt element bestående av intensjonen om å oppnå en skattemessig fordel, finnes objektive omstendigheter som viser at formålet med etableringsfriheten ikke er oppnådd til tross for at vilkårene fastsatt i EØS-retten formelt sett er overholdt (jf. *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, som omtalt over (avsnitt 64)).
- 175 Intensjonen om å oppnå en skattemessig fordel er ikke i seg selv tilstrekkelig til å utgjøre et kunstig arrangement, ei heller det faktum at aktivitetene til den utenlandske enhet kunne vært utøvd av en enhet etablert i hjemstaten. Spørsmålet om bestemte hendelser eller transaksjoner er å anse som kunstige, må vurderes på grunnlag et sett med objektive omstendigheter som verifiseres i hver enkelt sak. Følgelig skal intensjonen om urettmessig å utnytte bestemmelsene i EØS-regelverket utledes fra situasjonens kunstige karakter, som skal vurderes i lys av de objektive omstendigheter. Det avgjørende er det faktum at virksomheten, sett fra et objektivt ståsted, ikke har noen annen fornuftig forklaring enn å sikre en skattemessig fordel. Om så er tilfelle, er arrangementet av rent kunstig art (jf. generaladvokat Poiaras Maduros forslag til avgjørelse i sak C-255/02 *Halifax m.fl.*, Sml. 2006 s. I-1609 (punktene 70 og 71)).

- 176 Formålet med etableringsfriheten, er å oppnå reell økonomisk virksomhet innenfor EØS-området med sikte på økonomisk integrasjon. Derfor er et arrangement ikke rent kunstig dersom den juridiske konstruksjon gjenspeiler en økonomisk realitet i etableringsstaten som kan bekreftes på grunnlag av objektive og verifiserbare elementer som omtalt i avsnittene 96 til 99 i denne dom.
- 177 Dersom vurderingen av disse forhold leder til den konklusjon at enheten er en fiktiv etablering som ikke utøver noen reell økonomisk virksomhet på etableringsstatens territorium, må opprettelsen av enheten anses å være et rent kunstig arrangement der. Dette kan særlig være tilfelle når det dreier seg om et "postkasseselskap" eller "frontselskap" (jf. sak C-341/04 *Eurofood IFSC*, Sml. 2006 s. I-3813 (avsnittene 34 og 35)).
- 178 En type arrangement som er beskrevet i foregående avsnitt, er egnet til å undergrave EØS-statenes rett til å utøve sin beskatningsmyndighet overfor aktiviteter som utøves på deres territorium, og dermed forrykke fordelingen av beskatningsmyndighet mellom EØS-statene (jf. *Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas*, som omtalt over (avsnitt 56), og den rettspraksis som det vises til der).
- 179 For at CFC-reglene skal overholde EØS-retten under disse omstendigheter må beskatningen etter CFC-reglene være utelukket når opprettelsen av et CFC eller besittelsen av eiendeler som utgjør kapitalbevegelse, til tross for tilstedeværelsen av skattemessige motiver, gjenspeiler den økonomiske virkelighet, på grunnlag av betraktningene med hensyn til etableringsfriheten som er beskrevet i avsnittene 96 til 99 i denne dom, og betraktningene med hensyn til den frie kapitalbevegelse som er beskrevet i avsnittene 120 til 124 i denne dom.
- 180 I den utstrekning anvendelsen av CFC-regler som de hovedsaken gjelder ikke kan begrenses til rent kunstige arrangementer, fastslått på grunnlag av objektive elementer, men omfatter alle tilfeller der en hjemmehørende skattyter har skaffet seg direkte eller indirekte kontroll over en annen selvstendig innretning eller formuesmasse hjemmehørende i lavskattland innenfor EØS, som skattyteren direkte eller indirekte har fordeler av, går virkningen av slike regler lenger enn det som er nødvendig for å oppnå målet om å hindre rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler den økonomiske virkelighet og som utelukkende har til formål å oppnå en urettmessig skattefordel (jf., med de nødvendige tilpasninger, *Glaxo Wellcome*, som omtalt over (avsnitt 100)).
- 181 I lys av ovenstående betraktninger må svaret på det femte spørsmål bli at en restriksjon på etableringsfriheten, eller eventuelt på den frie kapitalbevegelse, som er et resultat av nasjonale CFC-regler som de hovedsaken gjelder, kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn, og særlig i hensynet til å hindre omgåelse av skattereglene eller opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmyndighet

EØS-statene imellom. Restriksjonen er forholdsmessig dersom den bare gjelder rent kunstige arrangementer som har til formål å unngå den nasjonale skatt som skal betales i sammenlignbare situasjoner. Følgelig må et slikt skattemessig tiltak ikke anvendes når det er bevist, på grunnlag av objektive faktorer som kan etterprøves av tredjeparter, at et CFC, til tross for tilstedeværelsen av skattemessige motiver, faktisk er etablert i EØS-vertsstaten og utøver reell økonomisk virksomhet som finner sted i EØS-området.

VIII Det sjette spørsmål

- 182 Fred. Olsen og de ti andre saksøkere i saken hans for Oslo tingrett anfører at formuesskattebelastningen utgjør en restriksjon som er i strid med EØS-avtalen.
- 183 Fred. Olsen m.fl. er av den oppfatning at formuesbeskatningen utgjør en restriksjon på frihetene som er sikret i EØS-avtalen artikkelene 31 og 40 fordi Norge, for formuesbeskatningsformål, skattlegger saksøkerne for eiendeler som eies av trusten. Faktisk skattlegges saksøkerne som om de eide aksjer i et unotert aksjeselskap, samtidig som deres situasjon ikke kan sammenlignes med situasjonen til en aksjeeier. Saksøkerne hevder at de ikke er i en situasjon som kan sammenlignes med situasjonen til aksjeeiere eller personlige deltakere i gjennomslittige innretninger, fordi de ikke har rett til å utøve typiske eierskapsfunksjoner slik som aksjeeiere eller personlige deltakere.
- 184 Saksøkerne anfører videre at de ilegges skatt på eiendeler de ikke eier, og at denne beskatning ikke finner sted i en rent intern kontekst. De gjør gjeldende at i motsetning til de begunstigede av Ptarmigan Trust blir begunstigede av norske innretninger under selvstendig bestyrelse og familiestiftelser generelt ikke ilagt formuesskatt. I stedet er det stiftelsen, i den utstrekning den er skattepliktig, som ilegges formuesskatt.
- 185 I så henseende peker saksøkerne på at norske familiestiftelser og formuesmasser er ilagt en formuesbeskatning på 0,3 %, ikke den generelle satsen på 1,1 %. Fred. Olsen m.fl. anfører at de uansett ikke kan beskattes med en høyere sats enn om Ptarmigan Trust hadde vært en familiestiftelse i Norge. Disse argumenter støttes i all vesentlighet av Petter Olsen og de seks andre saksøkere i saken hans for Oslo tingrett.
- 186 Når de to situasjoner er sammenlignbare, utgjør ifølge Fred. Olsen m.fl. den mindre gunstige behandling av begunstigede i grenseoverskridende situasjoner en restriksjon på etableringsfriheten og/eller den frie kapitalbevegelse. De anfører videre at i rent interne situasjoner har det forhold at en skattyter "potensielt" er i en situasjon der han eller hun kan motta en utdeling i fremtiden, ikke vært ansett som tilstrekkelig til å ilegge formuesskatt.

- 187 Endelig anfører Fred. Olsen m.fl. at ligningsverdien av saksøkernes interesse er satt høyere enn virkelig verdi, noe som ikke ville vært tilfelle i en sammenlignbar intern situasjon.
- 188 Norges regjering gjør gjeldende at de begunstigede av Ptarmigan Trust behandles på samme måte som både aksjeeiere i et aksjeselskap og deltakere i et ansvarlig selskap. Disse aksjeeierne/deltakerne formuesbeskattes alle til en sats på 1,1 %. Videre ilegges formuesskatten uten hensyn til om aksjeeierne/deltakerne har mottatt utdelinger eller ikke, og uten hensyn til om de juridisk eller faktisk har mulighet til å påvirke beslutninger om utdelinger.
- 189 Regjeringen anfører at det er en annen situasjon for stiftelser, og forklarer at stiftelser anses som selveiende innretninger, mens begunstigede av en stiftelse ikke anses å eie stiftelsens eiendeler. Dermed blir formuesskatt bare ilagt stiftelsen, ikke de begunstigede. Dette innebærer også at skattenivået er lavere ettersom stiftelser etter norsk rett, i likhet med andre juridiske, skattepliktige innretninger, bare betaler formuesskatt til staten, ikke til kommunen.
- 190 Regjeringen anfører videre at det finnes objektive forskjeller mellom en trust som Ptarmigan Trust og alle former for innretninger som er lovlig etablert i Norge. Stiftelser anses som selveiende innretninger, mens begunstigede av en stiftelse ikke anses å eie stiftelsens eiendeler, hvilket blant annet innebærer at stiftelsens eiendeler ikke utdeles til de begunstigede når stiftelsen oppløses. Dermed blir formuesskatt bare ilagt stiftelsen, ikke de begunstigede. Stiftelser er dessuten strengt regulert i norsk lovgivning, og en trust som Ptarmigan Trust ville ikke oppfylle disse lovkravene.
- 191 Regjeringens syn er at det vil være riktigere å sammenligne de begunstigede med aksjeeiere i et aksjeselskap eller med deltakere i et ansvarlig selskap enn med begunstigede av en stiftelse. På dette grunnlag utgjør ikke den relevante lovgivning om formuesskatt en restriksjon etter EØS-avtalen artiklene 31 eller 40 anvendt på omstendighetene i den foreliggende sak.
- 192 Storbritannias regjering anser at det ut fra anmodningens underliggende faktiske forhold ikke er klart om de begunstigede faktisk har blitt behandlet mindre gunstig enn sammenlignbare skattytere. Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere eventuelle uenigheter om faktum, herunder vurdere om de begunstigede av trusten, ut fra de faktiske forhold, er i en sammenlignbar situasjon med andre grupper av norske skattytere som behandles gunstigere.
- 193 Både ESA og Kommisjonen anfører at selv om det etter norsk rett ikke finnes noen innretning lik en trust etter lovgivningen i Liechtenstein, betyr ikke det at det i det hele tatt ikke finnes noen intern sammenlignbar innretning, og at Norge derfor har full handlefrihet med hensyn til behandlingen av de begunstigede. ESA gjør

gjeldende at dersom anvendelsen av formuesskattereglene på de begunstigede fører til en annen skattemessig behandling enn den som gjelder for begunstigede av en sammenlignbar innretning etablert etter norsk rett, og følgelig fører til en forskjellbehandling som er til ulempe for de begunstigede, foreligger det en restriksjon på etableringsfriheten.

- 194 ESA er av den oppfatning at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere hva som er det beste sammenligningsgrunnlaget etter norsk skattelovgivning for begunstigede av en trust etablert i en annen EØS-stat, idet det tas i betraktning at det sammenligningsgrunnlagsom velges, bør være det som ligger de begunstigedes situasjon nærmest, medfører minst restriksjoner på utøvelsen av etableringsfriheten og bidrar mest til rettssikkerheten.
- 195 Kommisjonen gjør gjeldende at sammenligningen må gjøres med andre typer innretninger som en norsk hjemmehørende har en økonomisk interesse i, og som utgjør en egen juridisk person. Etter Kommisjonens oppfatning vil den nærmeste norske ekvivalenten til en familietrust, uansett hvilken tilnærming man tar til inntektsskatten, være en familiestiftelse eller formuesmasse.
- 196 ESA anfører at dersom de begunstigede av Ptarmigan Trust anses å være i en situasjon som kan sammenlignes med situasjonen til begunstigede av en norsk familiestiftelse, bør de behandles likt ettersom formuesskatteregler ikke kan anvendes på en måte som innebærer forskjellsbehandling. ESA merker seg at en norsk familiestiftelse og de begunstigede av Ptarmigan Trust skattemessig behandles forskjellig, og anfører at slik forskjellsbehandling kan hindre hjemmehørende i å etablere en trust i en annen EØS-stat, og gi dem et insentiv til å beholde sine midler i Norge i stedet.
- 197 Kommisjonen anfører at det enkle faktum at den enkelte begunstigede blir skattlagt under omstendigheter der formuesskatten i en intern situasjon ville blitt betalt av stiftelsen eller formuesmassen, ikke i seg selv utgjør en restriksjon. Men ettersom skattesatsen for norske familiestiftelser og formuesmasser er på 0,3 %, anser Kommisjonen på den annen side at å ilegge en funksjonelt sett tilsvarende grenseoverskridende innretning en mye høyere sats, nemlig den totale satsen på 1,1 % som det fremgår av de omtvistede ligningene, innebærer forskjellsbehandling. Kommisjonen konkluderer at anvendelsen av en samlet formuesskattesats på 1,1 % på trustens eiendeler i et tilfelle som det foreliggende utgjør en begrensning ettersom den fører til tyngre beskatning av begunstigede av en trust i Liechtenstein enn av begunstigede av en sammenlignbar norsk innretning.

Rettens bemerkninger

- 198 Skattesatsen på 1,1 % som kommer til anvendelse på eiendelene til de begunstigede av trusten i Liechtenstein etter skatteloven § 2-1 og 2-3, generelt sett utgjør mindre

gunstig behandling sett i forhold til den skattesats, som etter Stortingets skattevedtak § 3-3 er redusert til 0,3 %, som får anvendelse på eiendeler tilhørende familiestiftelser som definert i stiftelsesloven § 2, dersom de begunstigede av slike familiestiftelser eller sammenlignbare formuesmasser ikke selv er ilagt formuesskatt.

- 199 For å vurdere om en forskjell i den skattemessige behandling, slik som den Stortingets skattevedtak § 3-3 medfører, innebærer forskjellsbehandling, er det imidlertid nødvendig å bringe på det rene, hva beskatningen av en trust som den hovedsaken gjelder angår, om de begunstigede av en trust og de begunstigede av en familiestiftelse som definert i stiftelsesloven § 2, er i en objektivt sammenlignbar situasjon.
- 200 I dette henseende må det nevnes at “stiftelse” etter stiftelsesloven § 2 er “en formuesverdi som ved testament, gave eller annen rettslig disposisjon selvstendig er stilt til rådighet for et bestemt formål av ideell, humanitær, kulturell, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller annen art. En rettsdannelse som oppfyller vilkårene i første punktum, er en stiftelse etter denne loven, uavhengig av om den er betegnet som legat, institusjon, fond eller annet.”
- 201 Det følger av dette at vurderingen av om en trust som Ptarmigan Trust er i en objektivt sammenlignbar situasjon som en familiestiftelse etter norsk rett, må foretas i lys av de faktiske omstendigheter i hovedsaken og av tolkningen av nasjonal lovgivning. Som Kommisjonen med rette anfører, må sammenligningen gjøres med andre typer innretninger som en norsk hjemmehørende har en økonomisk interesse i, og som utgjør en egen juridisk person. Hvilken tilnærming man tar til inntektsbeskatning, kan ikke være avgjørende.
- 202 I saker i medhold av ODA artikkel 34 hører enhver vurdering av de faktiske forhold i saken og av hvordan nasjonal lovgivning anvendes, under den nasjonale domstol. EFTA-domstolen nevner imidlertid at den nærmeste ekvivalenten til en familietrust etter norsk rett synes å være en familiestiftelse eller formuesmasse.
- 203 Svaret på det sjette spørsmål må derfor bli at det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om saksøkerne som begunstigede av Ptarmigan Trust er i en sammenlignbar situasjon som begunstigede av familiestiftelser eller formuesmasser som ikke er ilagt formuesskatt etter norsk rett. Om så er tilfelle, utgjør forskjellen med hensyn til skattesats en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31 eller, alternativt, EØS-avtalen artikkel 40.

IX Det syvende spørsmål

- 204 Når det gjelder mulig rettferdiggjøring, anser Petter Olsen m.fl. at formålet med formuesbeskatningen utelukkende er proveny hensynet, og at begrunnelsen

utelukkende er at formuende skattytere anses å ha skatteevne til å tåle en viss beskatning av sin formue.

- 205 Fred. Olsen m.fl. anfører at restriksjonen ikke kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. De gjør gjeldende at hensynet til sammenheng i skattesystemet ikke er relevant i denne sak ettersom det, for at dette hensyn skal kunne påberopes, må være mulig å bevise at det er en forbindelse mellom en skattefordel som skattyteren mottar, og den generelle beskatning som anvendes. Etter deres syn er det ingen forbindelse mellom byrden formuesskatten utgjør, og andre skatter saksøkerne ilegges. Tvert imot anser de at de er ilagt en mer byrdefull inntektsskatt og formuesskatt enn de ville vært i en sammenlignbar intern situasjon.
- 206 Ifølge Fred. Olsen m.fl. kan ikke hensynet til en balansert fordeling av beskatningsmyndighet påberopes som begrunnelse. De gjør videre gjeldende at hensynet til å motvirke omgåelse av nasjonal skattelovgivning bare kan begrunne restriksjoner som rammer «rent kunstige arrangementer». Dermed kan risikoen for skatteomgåelse ikke begrunne restriktive formuesskatteregler. Endelig anfører Fred. Olsen m.fl. at verken hensynet til effektiv skattekontroll eller hensynet til effektiv inndrivelse av skattegjeld rettferdiggjør denne restriktive regel.
- 207 Norges regjering anfører at en formuesbeskatning som innebærer en restriksjon, godt kan være forenlig med EØS-retten dersom den er egnet og nødvendig for å ivareta sosiale hensyn som de som er fastsatt i forbindelse med NOKUS-reglene som nevnt over, for eksempel for å motvirke skatteunndragelse, sikre effektiv skattekontroll og opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmyndighet mellom EØS-statene. Den gjør gjeldende at dersom truste hadde vært fritatt for ordinær formuesskatt, samtidig som denne skatt måtte betales for investeringer i selskaper og ansvarlige selskaper etter norsk rett, ville dette innebære en forskjellsbehandling av trustene og et insentiv til å opprette truste i lavskattland for skatteformål. Dette ville være stikk i strid med målene som nevnt over.
- 208 Storbritannias regjering anfører at i den utstrekning anvendelsen av norsk formuesskatt på interessene til de begunstigede i trusten innebærer en restriksjon, er den begrunnet i hensynet til å motvirke skatteomgåelse og i hensynet til å opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmyndighet. Den er også forholdsmessig i forhold til disse hensyn i den utstrekning den er til hinder for at norske hjemmehørende flytter eiendeler til instrumenter som truste i andre stater med henblikk på å unngå den formuesskatt som normalt påløper norske hjemmehørendes globale eiendeler.
- 209 ESA anser at når det gjelder formuesskatteregler, er hensynet til å motvirke atferd som innebærer opprettelse av rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler den økonomiske virkelighet, med sikte på å unngå den skatt som normalt ville påløpe på overskudd generert av aktiviteter utøvd på nasjonalt territorium, irrelevant som

begrunnelse. Grunnen er at formuesskattereglene ikke er fastsatt for å motvirke opprettelsen av rent kunstige skattearrangementer med henblikk på å unngå den skatt som normalt skal betales på nasjonalt territorium, men for å sikre omfordeling og effektiv bruk av ressurser. ESA anfører derfor at norske myndigheter ikke synes å ha godtgjort noen tvingende allmenne hensyn som kan begrunne den restriksjon på etableringsfriheten som formuesskattereglene utgjør.

- 210 Kommisjonen mener at en EØS-stat som anvender et system med formuesbeskatning, er berettiget til å sikre at all formue som tilfaller dens hjemmehørende bruksnytere, omfattes av denne skatts anvendelsesområde. I den grad beskatning av den enkelte begunstigede og ikke bare av trusten selv kan anses å utgjøre en restriksjon, er den berettiget ut fra hensynet til en balansert fordeling av beskatningsmyndighet. Imidlertid anser Kommisjonen at vedkommende stat, når den gjør det, må respektere logikken i sitt eget system. Det går ikke an å rettfærdiggjøre at begunstigede av en trust beskattes tyngre enn de hadde blitt dersom eiendelene tilhørte en sammenlignbar intern innretning som en familiestiftelse eller formuesmasse. Kommisjonen anser at enhver slik tilleggsskatt er i strid med EØS-avtalen artikkel 31.
- 211 Fred. Olsen m.fl. anfører også at inntekts- og formuesbeskatningen er i strid med artikkel 1 i protokoll 1 til EMK. De gjør gjeldende at den samlede beskatning er i strid med EØS-avtalen, og at rettighetene i EMK i den forbindelse må vektlegges. Etter deres oppfatning har krenkelsen av eiendomsretten fastsatt i artikkel 1 i protokoll 1 til EMK ikke tilstrekkelig klar hjemmel, slik at beskatningen derfor er i strid med nevnte bestemmelse. Videre anser de at krenkelsen er uforholdsmessig.
- 212 Norges regjering anfører at anvendelsesområdet for de grunnleggende rettigheter er irrelevant i sakens anledning ettersom saken faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Skulle EFTA-domstolen derimot finne at de grunnleggende rettigheter er relevante i vurderingen av de EØS-rettslige spørsmål saken gjelder, er beskatningen i saken fullt forenlig med disse rettigheter.
- 213 Storbritannias regjering anfører at tiltaket mot flytting av eiendeler til CFC-enheter og formuesbeskatningen av egne borgere som eier eiendeler i slike selskaper, ikke medfører for store byrder på skattyteren. Derfor foreligger det ikke brudd på artikkel 1 i protokoll 1 til EMK.
- 214 Kommisjonen anser at artikkel 1 i protokoll 1 til EMK verken legger noe til eller trekker noe fra resonnementet som fører til konklusjonen om at anvendelse av en høyere skattesats enn den som kommer til anvendelse i en sammenlignbar intern situasjon, er i strid med EØS-avtalen artikkel 31. Likeledes, hadde de begunstigede blitt beskattet med en sats på 0,3 %, ville dette ikke vært uforenlig med EØS-avtalen artikkel 31, og det ville ikke vært grunnlag for å påstå at artikkel 1 i protokoll 1 til EMK skulle føre til en annen konklusjon. Kommisjonen anfører at EFTA-domstolen

ikke har myndighet til å besvare den nasjonale domstols spørsmål hva dette angår, siden dette ikke er et EØS-rettslig spørsmål.

- 215 Når det gjelder spørsmålet om formuesbeskatningen er i strid med kravet om å respektere grunnleggende rettigheter, anser ESA at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om anvendelsen av formuesskattereglene på de begunstigedes særlige tilfelle, legger en for stor byrde på de begunstigede eller innebærer et fundamentalt inngrep i deres økonomiske stilling.
- 216 Fred. Olsen m.fl. gjør gjeldende at EU-domstolens rettspraksis ikke gir grunnlag for å hevde at avtalen om informasjonsutveksling må oppfylle standarden til EU-direktivene om informasjonsutveksling og administrativt samarbeid. Skulle EFTA-domstolen ikke være enig i dette, anfører Fred. Olsen m.fl. at avtalen mellom Norge og Liechtenstein ikke desto mindre er like effektiv som direktivene.
- 217 Når det gjelder avtalen mellom Norge og Liechtenstein om utveksling av skatteinformasjon, anfører Kommisjonen at EU-domstolen ofte har lagt til grunn at mangelen på en avtale om utveksling av skatteinformasjon kan berettige tiltak som behandler grenseoverskridende situasjoner mindre gunstig enn interne situasjoner. ESA og Kommisjonen er imidlertid i hovedsak enige om at fraværet av en slik avtale ikke rettferdiggjør anvendelsen av en høyere skattesats på grenseoverskridende arrangementer, siden graden av tilgjengelighet av opplysninger om inntekt eller eiendeler i det andre landet normalt ikke har betydning for skattesatsen. Følgelig ser Kommisjonen i foreliggende sak ingen grunn til å legge vekt på ikrafttreddelsen av en avtale med Liechtenstein om utveksling av skatteinformasjon.
- 218 I dette henseende anfører Norges regjering imidlertid at vurderingen av om en trust og en stiftelse befinner seg i en sammenlignbar situasjon, kan hvile på faktorer i tilknytning til trusten i Liechtenstein som bare myndighetene i Liechtenstein kan verifisere. Fraværet av en effektiv bilateral avtale om informasjonsutveksling i skattesaker kan derfor like gjerne gjelde i formuesskattesaker.
- 219 Storbritannias regjering anser at det ut fra faktum ikke er klart om norske skattemyndigheter trenger opplysninger fra skattemyndighetene i Liechtenstein for å kunne gjøre vedtak om de begunstigede har plikt til å betale formuesskatt på sine interesser i Ptarmigan Trust. Den bemerker videre at selv om de begunstigede skulle godtgjøre at Ptarmigan Trust utøver reell økonomisk aktivitet i Liechtenstein, vil de fortsatt ha plikt til å betale formuesskatt på sine interesser i trusten i den utstrekning de faktisk er eiere av trustens eiendeler. Men i den utstrekning skattemyndighetene faktisk trenger slike opplysninger for å kunne bestemme hva slags aktiviteter trusten utøver og hvem som eier dens eiendeler, er det berettiget for Norge å kreve at de begunstigede dokumenterer de aktuelle fakta og at bevisene som skattyteren fremfører, kan verifiseres. Dersom noe av bevisene de begunstigede fremfører ikke

kan verifiseres fordi det ikke finnes noen samarbeidsavtale i kraft mellom Norge og Liechtenstein, er det berettiget for Norge å nekte de begunstigede eventuelle relevante skattefordeler.

Rettsens bemerkninger

- 220 Dersom den nasjonale domstol finner at saksøkerne i hovedsaken er utsatt for forskjellsbehandling med hensyn til formuesbeskatningen sammenlignet med innenlandske familiestiftelser eller lignende juridiske innretninger, kan et tiltak som på denne måte er egnet til å hindre etableringsfriheten eller den frie kapitalbevegelse som er sikret i EØS-avtalen artikkelene 31, 34 og 40, bare tillates dersom det forfølger et legitimt mål som er forenlig med EØS-avtalen og er begrunnet i tvingende allmenne hensyn. Om så er tilfelle, må anvendelsen av tiltaket videre være egnet til å nå dette mål, og ikke gå lengre enn det som er nødvendig for å nå det (se *Arcade Drilling* (avsnittene 82 og 83) og den rettspraksis som det vises til der).
- 221 Når det gjelder mulige begrunnelser innenfor området direkte skatter, følger det av fast rettspraksis at målet om å sikre effektiv skattekontroll (sak C-250/95 *Futura Participations og Singer*, Sml. 1997 s. I-2471 (avsnitt 31), og den rettspraksis som det vises til der), hensynet til sammenheng i skattesystemet og til å bevare fordelingen av beskatningsmyndighet EØS-statene imellom (*Fokus Bank*, som omtalt over (avsnitt 32), og den rettspraksis som det vises til der), og behovet for å hindre omgåelse av skattereglene (*Arcade Drilling*, som omtalt over (avsnitt 87)) utgjør tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon på grunnleggende friheter som er sikret i EØS-avtalen.
- 222 Men dersom den nasjonale domstol finner at saksøkerne, som begunstigede av Ptarmigan Trust, er i en sammenlignbar situasjon som begunstigede av norske familiestiftelser eller andre innenlandske enheter, kan de nevnte begrunnelser ikke brukes for å rettferdiggjøre en tyngre beskatning som således utgjør en restriksjon på etableringsfriheten, eller alternativt på den frie kapitalbevegelse.
- 223 Følgelig er det ikke nødvendig for EFTA-domstolen å besvare det syvende spørsmål som er forelagt den av den nasjonale domstol, som gjelder relevansen av det forhold at avtalen mellom Norge og Liechtenstein om informasjonsutveksling i skattesaker har trådt i kraft.
- 224 Når det gjelder spørsmålet om formuesbeskatningen er i strid med EØS-avtalens krav til grunnleggende rettigheter, må det nevnes at EFTA-domstolen ved tidligere anledninger har lagt til grunn at bestemmelsene i EØS-avtalen og saksbehandlingsbestemmelsene i ODA skal fortolkes i lys av de grunnleggende rettigheter. Bestemmelsene i EMK og Den europeiske menneskerettighetsdomstols dommer er viktige kilder når det gjelder å fastslå anvendelsesområdet for disse

grunnleggende rettigheter (se sak E-18/11 *Irish Bank*, Sml. 2012 s. 592 (avsnitt 63), og den rettspraksis som det vises til der).

- 225 EØS-avtalens krav til grunnleggende rettigheter får i hovedsak anvendelse i alle situasjoner som er underlagt EØS-retten. Når EFTA-domstolen blir anmodet om en rådgivende uttalelse, må den gi all den veiledning med hensyn til fortolkning som er nødvendig for at den nasjonale domstol skal kunne vurdere om lovgivningen er forenlig med de grunnleggende rettigheter, hvis overholdelse EFTA-domstolen skal sikre.
- 226 Dersom en EØS-stat påberoper seg tvingende allmenne hensyn for å rettferdiggjøre regler som er egnet til å hindre utøvelsen av etableringsfriheten eller den frie kapitalbevegelse, må en slik rettferdiggjøring, som fastsatt i EØS-retten, fortolkes i lys av de generelle prinsipper i EØS-retten, og særlig i lys av de grunnleggende rettigheter. Dermed kan de nasjonale regler saken gjelder bare omfattes av de fastsatte unntak såfremt de er forenlige med de grunnleggende rettigheter.
- 227 Dersom det er klart at den nasjonale lovgivning er egnet til å hindre utøvelsen av en eller flere av de grunnleggende rettigheter som er sikret i EØS-avtalen, kan unntakene i EØS-regelverket som rettferdiggjør dette bare benyttes i den grad dette er i samsvar med de grunnleggende rettigheter som EFTA-domstolen håndhever. Denne forpliktelse om å overholde de grunnleggende rettigheter faller åpenbart inn under EØS-rettens virkeområde (jf. sak C-390/12 *Pfleger*, dom av 30. april 2014, publisert elektronisk (avsnitt 36)).
- 228 Når det gjelder formuesbeskatning som den hovedsaken gjelder, bemerker EFTA-domstolen at beskatning i prinsippet innebærer et inngrep i eiendomsretten, som er en av de grunnleggende rettigheter etter EØS-avtalen (jf. *Burden mot Storbritannia*, sak nr. 13378/05, dom avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol 29. april 2008 (avsnitt 59)).
- 229 Eiendomsretten etter EØS-retten nyter imidlertid ikke godt av et absolutt vern. Følgelig kan utøvelsen av eiendomsretten begrenses, forutsatt at slike begrensninger faktisk forfølger mål som er begrunnet i allmenne hensyn, og ikke, sett i forhold til det mål som skal oppnås, utgjør et uforholdsmessig og utillatelig inngrep som medfører at selve substansen av den sikrede rettighet blir svekket (jf. sak C-84/95 *Bosphorus*, Sml. 1996 s. I-3953 (avsnitt 21), forente saker C-402/05 P og C-415/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation mot Rådet og Kommisjonen*, Sml. 2008 s. I-6351 (avsnitt 355), og sak C-548/09 P *Bank Melli Iran mot Rådet*, Sml. 2011 s. I-11381 (avsnittene 89, 113 og 114)).
- 230 For at et slikt inngrep skal være forenlig med de grunnleggende rettigheter etter EØS-avtalen, må det være fastsatt ved lov og respektere eiendomsrettens kjerne. Videre kan inngrepet bare finne sted såfremt det er nødvendig og faktisk bidrar til å

oppnå mål begrunnet i allmenne hensyn som er anerkjent i EØS-regelverket, eller ivaretar behovet for å verne andres rettigheter og friheter.

- 231 Under omstendigheter som de hovedsaken gjelder, og som allerede nevnt i avsnitt 220, er en ubegrunnet eller uforholdsmessig restriksjon på etableringsfriheten i form av formuesbeskatning også forbudt etter EØS-avtalen artikkel 31 om etableringsfrihet, eller av EØS-avtalen artikkel 40 om fri kapitalbevegelse.
- 232 Det følger av dette at en vurdering av den påståtte restriksjon som den nasjonale formuesbeskatning i foreliggende sak utgjør etter EØS-avtalen artikkel 31 eller 40 EEA, også omfatter mulige begrensninger på utøvelsen av eiendomsretten hva grunnleggende rettigheter angår, og at en egen vurdering av dette følgelig ikke er nødvendig.
- 233 Svaret på det syvende spørsmål som stilles av Oslo tingrett må derfor bli at forskjellen i skattesats ikke kan rettferdiggjøres dersom de begunstigede av Ptarmigan Trust er i en sammenlignbar situasjon som begunstigede av familienstiftelser eller formuesmasser som ikke er ilagt formuesskatt etter norsk rett.

X Sakskostnader

- 234 Omkostninger som er påløpt for saksøkerne, Storbritannias, Frankrikes, Liechtensteins og Norges regjeringer, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for skatteklagenemda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter og Oslo tingrett, ligger det til den nemda og den domstolen å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av skatteklagenemda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter og Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

1 og 2. En trust som Ptarmigan Trust omfattes av EØS-avtalen artikkel 31 forutsatt at den faktisk utøver en reell økonomisk virksomhet i en EØS-stat i et ubestemt tidsrom og ved en fast innretning. Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om dette er tilfelle. Alle de interesserte parter, det vil si trustens stiftere, forvaltere og begunstigede, er rettighetssubjekt etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34.

3. Begunstigede av formuesmasser som er opprettet som en trust, og som er gjenstand for nasjonale skattemessige tiltak som de hovedsaken gjelder, vil kunne påberope seg EØS-avtalen artikkel 40 dersom de ikke anses å ha utøvd bestemmende innflytelse over en selvstendig innretning i en annen EØS-stat eller å ha utøvd en økonomisk virksomhet som omfattes av etableringsfriheten. Det er opp til de nasjonale domstoler å foreta den endelige vurdering av dette, på grunnlag av de faktiske omstendigheter i saken.

4. Forskjellsbehandlingen som skatteloven § 10-60 medfører, skaper en skattemessig ulempe for hjemmehørende skattytere som er omfattet av CFC-lovgivningen, som hindrer dem i å utøve sin etableringsfrihet fordi de motiveres fra å etablere, erverve eller opprettholde et foretak i en EØS-stat der skattenivået er kjent for å være lavt. Den utgjør derfor en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artiklene 31 og 34. Dersom den skattemessige ulempe for hjemmehørende skattytere som er et resultat av forskjellsbehandlingen etter skatteloven § 10-60, hindrer de begunstigede i å investere midler i en annen EØS-stat, uten noen intensjon om å påvirke et foretaks ledelse eller styring, eller i å gjennomføre kapitalbevegelser av personlig art, utgjør den en restriksjon på den frie kapitalbevegelse etter EØS-avtalen artikkel 40 og Vedlegg XII til EØS-avtalen.

Videre utgjør en regel i nasjonal lovgivning som innebærer at personlige deltakere i et CFC i en annen EØS-stat, i motsetning til deltakere i sammenlignbare innenlandske enheter, ikke gis mulighet til å avhjelpe den økonomiske dobbeltbeskatning den norske CFC-beskatning innebærer, en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen

artiklene 31 og 34, eller, avhengig av den nasjonale domstols vurdering, en restriksjon på den frie kapitalbevegelse, som i prinsippet er forbudt etter EØS-avtalen artikkel 40.

5. En restriksjon på etableringsfriheten, eller eventuelt på den frie kapitalbevegelse, som er et resultat av nasjonale CFC-regler som de hovedsaken gjelder, kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn, og særlig i hensynet til å hindre omgåelse av skattereglene eller opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmyndighet EØS-statene imellom. Restriksjonen er forholdsmessig dersom den bare gjelder rent kunstige arrangementer som har til formål å unngå den nasjonale skatt som skal betales i sammenlignbare situasjoner. Følgelig må et slikt skattemessig tiltak ikke anvendes når det er bevist, på grunnlag av objektive faktorer som kan etterprøves av tredjeparter, at et CFC, til tross for tilstedeværelsen av skattemessige motiver, faktisk er etablert i EØS-vertsstaten og utøver reell økonomisk virksomhet som finner sted i EØS-området.

6. Det er opp til den nasjonale domstol å avgjøre om saksøkerne som begunstigede av Ptarmigan Trust er i en sammenlignbar situasjon som begunstigede av familiestiftelser eller formuesmasser som ikke er ilagt formuesskatt etter norsk rett. Om så er tilfelle, utgjør forskjellen med hensyn til skattesats en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31 eller, alternativt, EØS-avtalen artikkel 40.

7. Forskjellen i skattesats kan ikke rettferdiggjøres dersom de begunstigede av Ptarmigan Trust er i en sammenlignbar situasjon som begunstigede av familiestiftelser eller formuesmasser som ikke er ilagt formuesskatt etter norsk rett.

Carl Baudenbacher

Per Christiansen

Páll Hreinsson

Avsagt i åpen rett i Luxembourg den 9. juli 2014.

Gunnar Selvik
Justissekretær

Carl Baudenbacher
President