



RETTSMØTERAPPORT
i forente saker E-3/13 og E-20/13

ANMODNING 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 saker mellom

Fred. Olsen m.fl. (sak E-3/13 og sak E-20/13)

og

Staten, representert ved Sentralskattekontoret for storbedrifter og Skattedirektoratet, (sak E-3/13 og sak E-20/13)

om tolkningen av reglene om etableringsfrihet og fri flyt av kapital, særlig tolkningen av EØS-avtalen artikler 31 og 40, og skattelovgivningen som gjelder for norsk kontrollerte utenlandske selskaper, som tillater nasjonal beskatning av kapital plassert i lavskattland.

I Innledning

1. Ved brev av 13. mars 2013, registrert ved EFTA-domstolen 18. mars 2013 som sak E-3/13, anmodet Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (“skatteklagenemnda”) om en rådgivende uttalelse i en sak som står for nemnda mellom Fred. Olsen og 14 andre klagere (“saksøkerne”) og staten, representert ved Sentralskattekontoret for storbedrifter (“saksøkte”).

2. Ved brev av 30. august 2013, registrert ved EFTA-domstolen 9. september 2013 som sak E-20/13, anmodet Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse i en sak som står for tingretten mellom Fred. Olsen og 19 andre klagere (“saksøkerne”) og staten, representert ved Skattedirektoratet (“saksøkte”).

3. Sakene er knyttet sammen ved de parter og de juridiske spørsmål sakene gjelder. Etter å ha mottatt de skriftlige innlegg i sak E-3/13 besluttet EFTA-domstolen den 12. september 2013 etter artikkel 39 i Rettergangsordningen å slå sammen den skriftlige og muntlige behandling av de to saker.

4. Den sentrale problemstilling i de forente saker er om skatt på norskkontrollerte utenlandske selskaper (“NOKUS” eller “CFC” – *Controlled foreign company*) som ilegges norske skattytere som også er begunstigede i Ptarmigan Trust i Liechtenstein, er i strid med EØS-avtalen artikkelene 31 eller 40. Saksøkerne mener seg utsatt for en beskatning som er mer byrdefull enn det som ville vært tilfelle ved investeringer i Norge.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

5. Artikkelen 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.

6. 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.

7. 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

8. 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”).

9. Etter norsk skattelovgivning skattlegges ikke norske eiere og begunstigede løpende av sin andel i overskuddet i norske aksjeselskaper og stiftelser. Skatten ilegges aksjeselskapene og stiftelsene direkte som selvstendige skattesubjekter 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. Personlige deltakere i deltakerlignende selskaper blir imidlertid beskattet løpende for deres andel i overskuddet.

10. 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.

11. Eierne beskattes også i forbindelse med utdelinger. Siden 2006 har norske personlige eiere også vært ilagt skatt på 72% av utdelinger som er mottatt fra NOKUS-selskaper.

12. 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.

13. 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.

14. I praksis er trusten den viktigste formen for formuesmasse hvor NOKUS-reglene har vært benyttet. At anvendelsesområdet omfatter trusten, fremgår av lovens forarbeider (jf. Ot.prp. nr. 16 (1991-92) s. 74).¹

15. Skatteloven § 10-62 fastsetter at et selskap anses å være under norsk kontroll dersom minst 50% 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.

16. 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 skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom den/det hadde vært hjemmehørende i Norge.

17. Ved iligningen av NOKUS-skatt 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.

18. 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

19. 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 blir i sum beskattet for den samme inntekt og med det samme skattenivå som deltakerne i NOKUS-selskapet.

20. Fra 2004 har utbytte og aksjegevinster innen EØS-området blitt fritatt for den alminnelige inntektsskatt i samsvar med med fritaksmetoden. Hovedhensikten med fritaksmetoden var å unngå dobbeltbeskatning og kjedebeskatning av selskapsinntekter fordelt på selskapsdeltakerne.

21. Fritaksmetoden omfatter følgende inntekter, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd:

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

¹ Dette har for øvrig også blitt stadfestet av Høyesterett, jf. Rt. 2002 s. 747.

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.

22. 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 tilsvarer selskap mv. som omfattes av dette ledd,

23. Fritaksmetoden gjelder uten begrensninger for utbytter og gevinster fra både norske selskaper og selskaper hjemmehørende i EØS-området. For selskaper hjemmehørende i lavskatteland 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 (...)

24. Skatteloven § 10-64 bokstav b fastsetter et dokumentasjonskrav som også må 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.

25. Dersom deltakeren ikke legger frem en slik erklæring, antas det at det i utgangspunktet kan foretas NOKUS-beskatning.

26. I de inntektsår 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.

27. 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. Inntil nylig var dermed selskapsdeltakere i et NOKUS-selskap omfattet av fritaksmetoden, men ikke personlige deltakere, dvs. fysiske personer. En endring gjeldende fra inntektsåret 2013 har gjort fritaksmetoden anvendelig også for personlige deltakere i et NOKUS-selskap.

Formuesbeskatning

28. 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.

29. 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.

30. Det følger av Stortingets skattevedtak § 2-1 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.

31. 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.

32. 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.

33. 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.

34. En bruksnyter er skattepliktig etter skatteloven § 4-50:

Er det ved ... gyldig disposisjon bestemt at inntektsnyttelsen 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.

35. Staten har vist til at de begunstigede i Ptarmigan Trust har blitt formuesbeskattet etter samme skattesats som gjelder for eksempelvis aksjonærer i aksjeselskaper og personlige deltakere i deltakerlignede selskaper. Begunstigede i familienstiftelser blir også formuesbeskattet etter den samme sats forutsatt at vilkårene i § 4-50 er oppfylt. For personlige deltakere i deltakerlignede 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.

36. I motsetning til dette svarer bl.a. aksjeselskaper ikke formuesskatt, jf. skatteloven § 2-36 første ledd. Videre er det slik at selskaper og innretninger som er selvstendige skattesubjekter, ikke svarer skatt til kommune selv om de må betale formuesskatt til staten, jf. § 2-36 annet ledd.

37. Plikten til å betale formuesskatt gjelder også om eierandelene er i utenlandske selskaper.

38. Skattyterne har trukket frem reguleringen av familiestiftelser. Norske innretninger under selvstendig bestyrelse, stiftelser og familiestiftelser formuesbeskattes med 0,3 %, mens begunstigede i norske stiftelser og formuesmasser ikke selv beskattes for formuen.

39. 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

40. 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.

41. 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.

42. 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.

43. Lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser (stiftelsesloven) § 2 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 menneskerettskonvensjon

44. Artikkel 1 i protokoll nr. 1 av 20. mars 1952 til Den europeiske menneskerettskonvensjon ("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.

III Faktum og saksgang

45. 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.

46. Det er tre kategorier personer i en trust: stifter, forvalter og begunstiget. Stifteren overlater midler i forvalterens hender 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* (rimelighet)) og har rett til å håndheve trustens vilkår.

47. I en diskresjonær trust som Ptarmigan 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.

48. 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 avkastning. Skattefritaket er gitt under forutsetning av at trusten ikke utøver noen forretningsvirksomhet eller kommersiell virksomhet i Liechtenstein.

49. 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 etter Ptarmigan er medlemmer av den norske familie Olsen. Fred. Olsen og hans

etterkommere er 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.

50. Ptarmigan Trust eier aksjer i Eagleville Group BV (“Eagleville”), et nederlandsk selskap. Det 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.

51. NOKUS-reglene ble innført i norsk lovgivning i 1992. Reglene ble anvendt på frivillig basis i 1992 og 1993, men ble obligatoriske 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).

52. 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.

53. Anvendelsesområdet for NOKUS-reglene fremgår av skatteloven og anses å omfatte trustar, som en form for “selvstendig innretning eller formuesmasse”.

54. 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 denne trust oppnådde.

55. Noen av de norske begunstigede tok i 1993 opp med norske skattemyndigheter spørsmålet om NOKUS-reglenes anvendelse på trusten. Etter behandling i skatteforvaltningen brakte noen av skattyterne ligningsvedtaket for 1994 om NOKUS-beskatning inn for domstolene.

56. Skattyterne og de begunstigede etter Ptarmigan Trust anførte prinsipielt 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 argumenter i en dom av 10. juni 2002.

57. 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.

58. 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. Deretter innga de begunstigede to separate søksmål mot staten. Ligningene for årene 2001-2003 og 2010-2011 er brakt inn for Oslo tingrett. Ligningene for årene 2004-2006 er brakt inn for skatteklagenemnda.

59. Den 13. mars 2013 anmodet skatteklagenemnda for Sentralskattekontoret for storbedrifter, og senere, den 30. august 2013, Oslo tingrett, om en rådgivende uttalelse.

IV Spørsmål

60. Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen av skatteklagenemnda og Oslo tingrett. Skatteklagenemnda stiller de fem første 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 foreleggesskrivet – 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?**

V Skriftlige innlegg

61. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg mottatt i begge saker fra:

- Fred. Olsen og 10 andre saksøkere (“Fred. Olsen m.fl.”), representert ved advokat Thor Leegaard og advokat Bettina Banoun,
- Petter Olsen og 6 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,
- Frankrikes regjering, representert ved Diégo Colas og Natacha Rouam, Ministry of Foreign Affairs,
- Liechtensteins regjering, representert ved Dr Andrea Entner-Koch og Dr Mario Frick,
- Det forente kongerikes regjering, representert ved Jane Beeko, Cabinet Office European Law Division, Treasury Solicitor’s Department, og Raymond Hill, barrister,
- EFTAs overvåkningsorgan (“ESA”), representert ved Xavier Lewis, Director, og Gjermund Mathisen, Auður Ýr Steinarsdóttir og Clémence Perrin, Officers, Department of Legal and Executive Affairs,
- Europakommisjonen (“Kommisjonen”), representert ved Richard Lyal og Wim Roels, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste.

VI Sammendrag av fremsatte argumenter

Det første og annet spørsmål

Saksøkerne

62. I sak E-3/13 ble skriftlig innlegg inngitt av Fred. Olsen og 10 andre saksøkere i saken som står for Skatteklagenemnda. I sak E-20/13 ble skriftlig innlegg også inngitt av Petter Olsen og 6 andre saksøkere i saken som står for Oslo tingrett. I dette skriftlige innlegg ble det sagt at den sistnevnte gruppe av saksøkere i prinsippet er enige med anførselene fremsatt av den førstnevnte gruppe av saksøkere i sak E-3/13. Følgelig vil begge grupper bli samlet omtalt som “saksøkerne” i denne rettsmøterapport, med mindre noe annet er angitt.

63. Saksøkerne gjør gjeldende at Ptarmigan Trust er omfattet av etableringsfriheten. Etter deres syn ville det ikke være holdbart å hevde at Ptarmigan Trust ikke er omfattet av etableringsfriheten bare som følge av at en trust ikke anses som en juridisk person. I dette henseende hevder saksøkerne at det følger av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 31 og praksis fra Den europeiske unions domstol (“EU-domstolen”) at etableringsfriheten omfatter etablering av filialer, selv om filialer ikke anses som egne juridiske personer.²

64. Med henvisning til at det gjennom trusten eies og forvaltes et stort industrikonsern, anfører saksøkerne at bakgrunnen for opprettelsen av trusten var å beskytte konsernets økonomiske interesser. Under disse omstendigheter hevder saksøkerne at det da blir en for snever tilnærming å berøve de begunstigede beskyttelse etter EØS-avtalen mot diskriminerende beskatning på bakgrunn av at en trust er en annen etableringsform enn andre enheter.

65. Når det gjelder spørsmålet om hvem som er rettighetssubjekt etter bestemmelsene i EØS-avtalen dersom det første spørsmålet besvares bekreftende, anfører saksøkerne at skattytere som er borgere bosatt i en EØS-stat, og som utsettes for diskriminerende beskatning, har rettigheter etter EØS-avtalen. Etter deres oppfatning kan de begunstigede i trusten, som er borgere bosatt i en EØS-stat, påberope seg de fire friheter, herunder fri bevegelse av kapital og etableringsfriheten. Det spiller ingen rolle i den sammenheng, hevder saksøkerne, at de begunstigede ikke deltok i den opprinnelige grenseoverskridende opprettelse av trusten. Det avgjørende etter EØS-avtalen er at de begunstigede lider skade under regler som forskjellsbehandler innenlandske og grenseoverskridende forhold.³

66. Når det gjelder det andre spørsmål, anfører saksøker at en trust oppfyller kravet til økonomisk aktivitet etter EØS-avtalen artikkel 31, og at det ikke kan stilles

² Det vises til sak C-270/83 *Kommisjonen mot Frankrike* (“*Avoir Fiscal*”), Sml. 1986 s. I-273 (avsnitt 22).

³ Det vises til sak C-18/11 *Philips Electronics*, dom av 6. september 2012, ennå ikke i Sml. (avsnitt 39).

strengere krav til en trust enn til andre enheter. Slik saksøkerne ser det, må Ptarmigan Trust anses å være reelt etablert i Liechtenstein, og følgelig må kravet til aktivitet etter EØS-avtalen artikkel 31 være oppfylt. Saksøkerne mener at det følger av rettspraksis at NOKUS-regler bare kan komme til anvendelse på “rent kunstige arrangementer”, og at anvendelsen av slike regler må utelukkes der stiftelsen av NOKUS, til tross for at det foreligger skattemotiver, gjenspeiler den økonomiske virkelighet.⁴

67. Ifølge saksøkerne må kravet til etablering og utøvelse av økonomisk aktivitet tilpasses den bransje NOKUS-selskapet faktisk opererer innenfor, og kravet vil være oppfylt dersom NOKUS-selskapet har den tilknytning til sin etableringsstat og driver den type aktivitet som et selskap i vedkommende bransje vanligvis har og driver.

68. Saksøkerne anfører at det ikke kan stilles strengere krav til en trust enn til andre innretninger. Slik saksøkerne ser det, er det ikke tvilsomt at Ptarmigan Trust driver reell økonomisk aktivitet. Her støtter saksøkerne seg blant annet på det faktum at Ptarmigan Trust er etablert i Liechtenstein, at all forvaltning av trusten finner sted der, at trustforvalterne har brukt betydelige ressurser på forvaltningen av trusten, og at trustforvalterne har regelmessige møter om formuesforvaltningen.

Saksøkte

69. Norges regjering anfører at spørsmålene forelagt EFTA-domstolen fra Skatteklagenemnda må avvises på to separate grunnlag. For det første anføres det at Skatteklagenemnda ikke oppfyller kravet til “domstol” i ODA artikkel 34. Videre anføres det at spørsmålene som EFTA-domstolen er anmodet om å besvare, er uten betydning for tvisten som står for Skatteklagenemnda.

70. Norges regjering anfører at når det gjelder saken for skatteklagenemnda, kan de begunstigede i en trust som Ptarmigan Trust verken påberope seg EØS-avtalen artikkel 31 eller artikkel 40, og at det ikke er nødvendig å besvare de andre spørsmål forelagt EFTA-domstolen.

71. Norges regjering bemerker at de norske begunstigede gjør gjeldende at deres situasjon kan sammenliknes med *Cadbury Schweppes*⁵-saken, der EU-domstolen la til grunn at reglene om etableringsfrihet gjaldt for CFC-beskatning av et britisk selskap med et datterselskap i Irland. I denne sak slo EU-domstolen fast at beskatning av et morselskap for datterselskapets overskudd, er til ulempe for innenlandske selskaper med datterselskap i lavskattland og kan hindre dem i å etablere, erverve eller opprettholde et datterselskap i en medlemsstat med et lavt beskatningsnivå.⁶

72. Ifølge Norges regjering kan trusters, som Ptarmigan Trust, ikke falle inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 31. I dette henseende må det skilles klart

⁴ Det vises til sak C-196/04 *Cadbury Schweppes*, Sml. 2006 s. I-7995 (avsnittene 51 og 65 til 68).

⁵ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over.

⁶ Samme sted (avsnitt 31).

mellom situasjonen for et selskap som søker å etablere seg i en annen EØS-stat ved å opprette et agentur, en filial eller et datterselskap der, og situasjonen for de begunstigede i en diskresjonær trust som Ptarmigan. Norges regjering anser ikke Ptarmigan Trust som en "juridisk person". Dessuten er trusters ukjent som egne rettssubjekter etter norsk rett.

73. Norges regjering anfører at EØS-avtalen artikkel 34 annet ledd definerer selskaper som 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. Videre omfattes bestemmelsene i nasjonal lovgivning som kommer til anvendelse på aksjeinnehav i et selskap etablert i en annen EØS-stat, som gir en person anledning til å utøve bestemmende innflytelse over selskapets beslutninger og treffe avgjørelse om dets drift, av etableringsfriheten.⁷

74. Norges regjering bemerker at de norske begunstigede i Ptarmigan Trust har gjort gjeldende at deres situasjon kan sammenliknes med *Cadbury Schweppes*-saken. Men ifølge Norges regjering er det to fundamentale forskjeller mellom situasjonen for et selskap som søker å etablere seg i en annen EØS-stat ved å opprette et agentur, en filial eller et datterselskap der, og situasjonen for de begunstigede i en diskresjonær trust som Ptarmigan Trust.

75. For det første ble ikke Ptarmigan Trust etablert av de begunstigede selv, og trusten brukes heller ikke 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 gjør Norges regjering gjeldende at begunstigede i trusters ikke erverver aksjer i trusten som gir dem mulighet til å utøve "bestemmende innflytelse" over beslutningene som tas i trusten, slik dette begrepet er definert i EU-domstolens rettspraksis.

76. Derneft, ifølge Norges regjering, er en trust ikke en juridisk person, og en trust er heller ikke en del av en annen juridisk person, i motsetning til en filial, som nevnes uttrykkelig i EØS-avtalen artikkel 31. Norges regjering anfører at enheter som ikke har status som juridisk person og ikke er en integrert del av et annet selskap, ikke omfattes av etableringsfriheten fastsatt i EØS-avtalen artikkel 31.

77. Norges regjering understreker at etableringsfriheten er ment å gi borgerne i EØS-statene mulighet til, på stabil og vedvarende måte, å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat enn sin egen, og dermed bidra til en dypere økonomisk og sosial integrasjon i EØS-området.⁸ Videre innebærer begrepet etablering at det rent faktisk utøves en ervervsmessig virksomhet ved hjelp av en fast innretning i denne

⁷ Det vises til sak C-251/98 *Baars*, Sml. 2000 s. I-2787 (avsnitt 22) og *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 31).

⁸ Det vises til sak C-55/94 *Gebhard*, Sml. 1995 s. I-4165 (avsnitt 25).

medlemsstat i et ikke nærmere angitt tidsrom.⁹ 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. Rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler den økonomiske virkelighet, vil derimot ikke omfattes av reglene om etableringsfrihet.¹⁰

78. Norges regjering gjør gjeldende at etter rettspraksis skal vurderingen av om en enhet utøver reell økonomisk aktivitet, baseres på objektive kriterier som kan etterprøves av tredjemann, særlig med hensyn til i hvilken grad enheten har lokaler, personale og utstyr.¹¹

79. Norges regjering er av den oppfatning at Ptarmigan Trust ikke oppfyller kravet om reell økonomisk aktivitet. Ptarmigan Trust ble registrert hos skattemyndighetene i Liechtenstein i 1980 med fritak for ordinær formuesskatt på den forutsetning at trusten ikke utøver noen forretningsvirksomhet eller kommersiell virksomhet i Liechtenstein. Etter trustavtalen forventes forvalterne videre ikke å engasjere seg i ledelsen av de selskaper trusten eier, noe forvalterne ifølge Norges regjering heller ikke har gjort. Ptarmigan Trust fremstår dermed bare som et middel til å opparbeide inntekter uten å øke skattebelastningen.

Frankrikes regjering

80. Frankrikes regjering anfører at etablering er et meget vidt begrep, og at etableringsfriheten ikke er begrenset til opprettelse av selskaper som er egne rettssubjekter.¹² Følgelig vil etableringsfriheten også omfatte opprettelse av enheter som ikke er egne rettssubjekter.

81. Ifølge Frankrikes regjering omhandler begrepet etablering etter EØS-avtalen artikkel 31 imidlertid faktisk utøvelse av en ervervsmessig virksomhet ved hjelp av en fast innretning i en EØS-stat i et ikke nærmere angitt tidsrom.¹³ Etter dens oppfatning kan ikke det at eieren utøver sine eierrettigheter og det at en trust forvalter midlene den innehar, som hovedsakelig omfatter erverv og salg av aksjer eller andre verdipapirer av en forvalter for å maksimere utbytte og kapitalavkastning, i seg selv betraktes som økonomisk aktivitet.¹⁴

82. Frankrikes regjering anfører at Ptarmigan Trust ikke utøver økonomisk aktivitet i Liechtenstein, og derfor får ikke etableringsfriheten anvendelse på Ptarmigan Trust

⁹ Det vises til sak C-221/89 *Factortame m.fl.*, Sml. 1991 s. I-3905 (avsnitt 20).

¹⁰ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnittene 54 og 55).

¹¹ Samme sted (avsnitt 67).

¹² Det vises til forente saker C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-409/07 og C-410/07 *Stoß*, Sml. 2010 s. I-8069 (avsnitt 59).

¹³ Det vises for sammenligningens skyld til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 54).

¹⁴ Det vises til sak C-155/94 *Wellcome Trust*, Sml. 1996 s. I-3013 (avsnittene 32 til 41).

eller på beskatningen av overskudd og utbytte fra denne trust. Følgelig er etableringsfriheten ikke anvendelig i den foreliggende sak.

Liechtensteins regjering

83. Liechtensteins regjering anfører at en trust etter trustretten i Liechtenstein er en selvstendig enhet som kan påberope seg alle de grunnleggende rettigheter etter EØS-avtalen, herunder etableringsfriheten, adgangen til å yte tjenester og fri kapitalbevegelse. Trusten representeres av trustforvalteren, og det er forvalteren som primært besitter rettighetene etter bestemmelsene i EØS-avtalen.

84. Slik Liechtensteins regjering ser det, er en trust opprettet i Liechtenstein i samsvar med loven om personer og selskaper (PGR) i en tilsvarende situasjon som et "selskap", og kan derfor betraktes som en selvstendig enhet som har de rettigheter og plikter som forvalteren ivaretar.

85. Liechtensteins regjering anfører at dersom en trust kan anses som en selvstendig enhet med tilnærmet like virkninger som en stiftelse osv., kan den behandles på samme måte som en juridisk person. Ifølge Liechtensteins regjering åpner ordlyden i EØS-avtalen artikkel 31 for en slik tolkning, det vil si å regne truster som juridiske personer. Etter annet ledd i artikkel 31 nr. 1 er ikke truster utelukket fra å kunne dra fordel av etableringsfriheten.

86. Liechtensteins regjering anfører at Ptarmigan Trust utøver økonomisk aktivitet ettersom trusten har sine lokaler i Liechtenstein og dens ledelse og personale også befinner seg der, i tillegg til en av de tre forvaltere. Dessuten utøves virksomheten gjennom et fast driftssted. Videre er Ptarmigan Trust 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, gjør Liechtensteins regjering gjeldende at Ptarmigan Trust utøver økonomisk aktivitet.¹⁵

87. Liechtensteins regjering anfører i tillegg at Ptarmigan Trust er en ugjenkallelig trust og følgelig utgjør en økonomisk aktivitet som utøves i et ikke nærmere angitt tidsrom.

Storbritannias regjering

88. Storbritannias regjering anfører at truster som sådan ikke kan nyte godt av etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31¹⁶ med mindre de er egne rettssubjekter etter lovgivningen i medlemsstaten de er opprettet i. Stifteren og de begunstigede i en trust kan bare påberope seg etableringsfriheten dersom de har bestemmende innflytelse over trustens aktiviteter og bruker den som et instrument for

¹⁵ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 54), sak C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.*, Sml. 2006 s. I-289 (avsnitt 112) og *Wellcome Trust*, som omtalt over (avsnittene 32 og 33). Dessuten vises det til EFTAs overvåkningsorgans beslutning nr. 44/11/COL av 15. februar 2011.

¹⁶ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 41).

faktisk utøvelse av en stabil og vedvarende økonomisk aktivitet i vertsmedlemsstaten 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.

89. Storbritannias regjering peker på at både artikkel 34 i EØS-avtalen og artikkel 54 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (“TEUV”) fastsetter at det er selskaper som er “opprettet i samsvar med lovgivningen i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat”, som kan påberope seg etableringsfriheten.

90. I denne sammenheng anfører Storbritannias regjering at trust er ikke er egne rettssubjekter, verken etter retten i Norge eller i Liechtenstein. De er heller ikke fysiske personer eller selskaper eller kooperative selskaper etter lovgivningen i noen av disse stater. Faktisk er en trust et juridisk arrangement bestående av en avtale om rettigheter og plikter mellom stifteren, forvalterne og de begunstigede, som brukes for å eie eiendeler. I den utstrekning trusten ikke anerkjennes som et “selskap” av den EØS-stat den er opprettet i (Liechtenstein), kan ikke trusten selv påberope seg etableringsfriheten for å flytte sin primære etablering fra en EØS-stat til en annen eller opprette en sekundær etablering i en annen EØS-stat.

91. Storbritannias regjering gjør gjeldende at for å kunne påberope seg etableringsfriheten vil det være nødvendig å godtgjøre at trusten driver reell økonomisk aktivitet. Dette krav er ikke oppfylt når trusten bare kjøper eiendeler, som passive instrumenter, i en annen medlemsstat.

92. Ifølge Storbritannias regjering følger det av rettspraksis at hensikten med etableringsfriheten er å bidra “til en dypere økonomisk og sosial integrasjon i Fellesskapet”.¹⁷ Dermed krever etableringsfriheten at det utøves “reell økonomisk aktivitet” i vertsstaten i et ikke nærmere angitt tidsrom.¹⁸

93. Motsatt, hevder Storbritannias regjering, kan etableringsfriheten ikke påberopes der en borger eller et selskap bare kjøper eiendeler, som passive investeringer, i en annen medlemsstat. I omstendigheter der en stiftelse kjøper og eier eiendeler, som en investering, i en annen medlemsstat, skal “disse eiendeler forvaltes aktivt” for at bestemmelsene om etableringsadgang skal komme til anvendelse.¹⁹

94. Storbritannias regjering anfører at dersom disse prinsipper anvendes på nærværende sak, i den utstrekning forvalterne bare besitter trustens investeringer og mottar inntekten fra disse i Liechtenstein uten aktivt å forvalte trusten fra dette land,

¹⁷ Det vises til sak C-2/74 *Reyners*, Sml. 1974 s. 631 (avsnitt 21) og *Gebhard*, som omtalt over (avsnitt 25).

¹⁸ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnittene 54 og 65 til 68).

¹⁹ Det vises til sak C-451/05 *ELISA*, Sml. 2007 s. I-8251 (avsnitt 64) og sak C-97/09 *Schmelz*, Sml. 2010 s. I-10465 (avsnitt 38).

utøver verken trusten eller forvalterne økonomisk aktivitet i Liechtenstein i en utstrekning som gjør at de kan påberope seg etableringsfriheten.

95. Storbritannias regjering bemerker at det ikke fremgår klart av de faktiske forhold anført av skatteklagenemnda i den første anmodning om rådgivende uttalelse om noen ledelsesfunksjoner ble utøvd i Liechtenstein i en utstrekning som gjør at etableringsfriheten kan påberopes, selv om det bemerkes at skatteklagenemnda hadde funnet at de viktigste ledelsesfunksjoner i Olsen-konsernet ble ivaretatt av et nederlandsk selskap, Eagleville Group BV, og dettes BV-datterselskap i Nederland.

96. Storbritannias regjering anfører at Oslo tingrett i sin anmodning om rådgivende uttalelse fastslår at "Eagleville ivaretar de sentrale ledelsesfunksjonene i hele konsernet". Deretter opplyses det imidlertid om det som synes å være en uløst faktisk uenighet mellom staten og de begunstigede av trusten med hensyn til om forvalterne er aktivt involvert i forvaltningen av trustens midler. Dette gjenspeiler deres motstridende syn i sak E-3/13, der staten anførte at forvalterne ikke forventes å engasjere seg i ledelsen av selskapene som eies av etter trustavtalen. De begunstigede hevdet på sin side at forvalterne aktivt forvalter trusten i Liechtenstein.

97. Storbritannias regjering anfører at det er opp til nasjonale domstoler å løse denne faktiske uenighet om Ptarmigan Trusts og dens forvalteres faktiske funksjoner. Imidlertid sier Storbritannias regjering seg enig med Frankrikes regjering i at så lenge trusten bare besitter eiendeler og nå og da selger eller kjøper aksjer og verdipapirer, er ikke dette i seg selv en økonomisk aktivitet. Kravet om at eiendelene må forvaltes aktivt for at de skal utgjøre en økonomisk aktivitet, er felles både i EU-domstolens rettspraksis i forbindelse med mva²⁰ og de grunnleggende friheterESA

98. ESA anfører at etableringsfriheten ikke bare burde omfatte friheten til å etablere en trust, eller til å få en trust etablert, herunder truster som ikke er juridiske personer. ESA peker på at en EØS-stat, hjemstaten, ikke burde kunne hindre sine hjemmehørende 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. Dersom vertsstaten hindrer utøvelsen av denne rett, må det være 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".

99. 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 bestride NOKUS-beskatning i den utstrekning NOKUS-beskatningen begrenser denne frihet.

²⁰ Det vises til *Wellcome Trust*, som omtalt over (avsnittene 32 til 41) og sak C-651/11 *X BV*, dom av 30. mai 2013, ennå ikke i Sml. (avsnittene 36 og 37).

Kommisjonen

100. Kommisjonen anfører at nasjonal CFC-lovgivning som behandler begunstigede av en trust som direkte mottakere av trustens inntekt, omfattes av bestemmelsene i EØS-avtalen om etableringsfrihet.

101. Ifølge Kommisjonen er det nødvendig for å kunne foreta en korrekt analyse av den aktuelle frihet, å ta i betraktning ikke de begunstigedes forhold til trusten eller forvalteren eller trustformuen i dag, men situasjonen for stifteren da trusten ble opprettet. Det vil si at når en stifter oppretter en trust i en annen EØS-stat, må man spørre om han, når han gjør dette, utøver etableringsfriheten.

102. 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.

103. Kommisjonen understreker at når det gjelder spørsmålet om hvilken frihet som kommer til anvendelse, bør man ta i betraktning de aktuelle reglers formål, ikke de særskilte omstendigheter i den enkelte sak.²¹

104. Kommisjonen anfører at foreliggende sak derfor bør vurderes under etableringsfriheten.²² Når det gjelder tillegsspørsmålet til første spørsmål, anfører Kommisjonen at de begunstigede i en trust må kunne påberope seg EØS-avtalen artikkel 31 i den grad anvendelsen av regler i nasjonal lovgivning som er i strid med nevnte bestemmelse, berører deres rettslige stilling. Det at de ikke er de samme personer som har utøvd sin etableringsfrihet, er ikke relevant.²³

Det tredje spørsmål

105. Når det gjelder spørsmålet om en trust faller inn under virkeområdet for fri kapitalbevegelse etter EØS-avtalen artikkel 40, anfører saksøkerne at de begunstigede etter Ptarmigan Trust, som er etablert i Liechtenstein, ikke kan treffe beslutninger vedrørende driften av trusten. Likevel har norske skattemyndigheter funnet at de begunstigede kontrollerer trusten.

106. Saksøkerne anfører at EØS-avtalen artikkel 40 og artikkel 1 i rådsdirektiv 88/361/EØF av 24. juni 1988 om gjennomføring av traktatens artikkel 67 (“direktiv 88/361/EØF”) forbyr restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i medlemsstatene. Slik saksøkerne ser det, må inntekt fra en trust omfattes av EØS-

²¹ Det vises til forente saker C-436/08 og C-437/08 *Haribo og Österreichische Salinen*, Sml. 2011 s. I-305 (avsnitt 34).

²² Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnittene 52 til 55).

²³ Det vises til *Philips Electronics*, som omtalt over (avsnittene 38 og 39).

avtalen artikkel 40. Særlig må utbytte som tilflyter begunstigede i Norge fra et nederlandsk selskap gjennom en trust i Liechtenstein, omfattes.

107. Norges regjering anfører at nasjonal lovgivning som regulerer besittelse av aksjer som ikke tillater eieren å utøve en bestemmende innflytelse over et selskaps beslutninger, kan falle inn under virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 40 ettersom en slik lovgivning vil kunne hindre personer hjemmehørende i Norge å investere etter EØS-avtalen artikkel 40.²⁴

108. Imidlertid hevder Norges regjering at forholdet mellom de begunstigede og Ptarmigan Trust ikke kan betraktes som en investering etter EØS-avtalen artikkel 40. De begunstigede har nemlig ikke stilt noen kapital til rådighet for Ptarmigan Trust, og de har heller ikke ervervet "aksjer" som gir dem mulighet til å delta effektivt i ledelsen av trusten.

109. Derimot, påstår Norges regjering, 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.²⁵

110. Norges regjering anfører at i en sak som den foreliggende synes det naturlig at virkeområdet for fri kapitalbevegelse bør fastsettes ut fra kriterier tilsvarende dem som regulerer virkeområdet for etableringsfriheten. I denne sammenheng anfører Norges regjering at det har vært foretatt en del utdelinger fra Ptarmigan Trust til en del av de begunstigede i løpet av de år som er relevante for saken som går for Oslo tingrett; disse utdelinger synes ikke å være en del av saken for Oslo tingrett. Slike utdelinger beskattes på samme måte som utdelinger fra selskaper etablert i Norge. Denne beskatning omfattes ikke av NOKUS-lovgivningen anvendt i forvaltningsvedtakene i foreliggende sak, og saksøkerne har heller ikke bedt tingretten om å behandle dette forhold. Selv om saksøkerne anfører at beskatning av slike utdelinger kombinert med andre beskatningselementer er i strid med EØS-retten, stiller Norges regjering spørsmål ved om utdeling av midler fra trusten bør anses som en kapitalbevegelse som er relevant for denne sak.

111. Frankrikes regjering deler Norges regjeringens oppfatning om at EØS-avtalen artikkel 40 ikke kommer til anvendelse i denne sak. Som støtte for sitt syn gjør den gjeldende at NOKUS-reglene bare gjelder beskatning av den andel av overskuddet i et selskap, en formuesmasse eller en selvstendig innretning som eies eller kontrolleres av norske deltakere.

112. Frankrikes regjering anfører at NOKUS-reglene bare kommer til anvendelse på aksjer som gir innehaveren, eller flere innehavere sammen, for eksempel begunstigede

²⁴ Det vises til sak C-326/07 *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 2009 s. I-2291 (avsnitt 36) og sak C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Sml. 2006 s. I-11753 (avsnitt 34).

²⁵ Det vises til sak C-112/05 *Kommisjonen mot Tyskland*, Sml. 2007 s. I-8995 (avsnitt 18).

av en trust, mulighet til å utøve bestemmende innflytelse over beslutningene i et selskap, en innretning eller en formuesmasse og treffe avgjørelse om driften. Følgelig omfattes disse regler ikke av EØS-avtalen artikkel 40. Det faktum at EØS-avtalen artikkel 31 ikke kommer til anvendelse i denne sak, innebærer ikke i seg selv at EØS-avtalen artikkel 40 må komme til anvendelse.²⁶

113. Derneft gjør Frankrikes regjering gjeldende at truster ikke er oppført på listen i direktiv 88/361/EØF. Selv om den vedgår at listen ikke er uttømmende, anfører den at selv om listen ikke spesifikt nevner tradisjonelle truster, som Ptarmigan Trust, nevner den uttrykkelig aksjefond (“unit trust”). Dette kan tolkes slik at enhver trust som ikke er et aksjefond, for eksempel en tradisjonell trust, med hensikt er utelukket fra listen i direktiv 88/361/EØF. Med andre ord er det mulig å hevde at lovgiverne i EU ikke hadde til hensikt å la overskudd og utbytte fra tradisjonelle truster omfattes av fri kapitalbevegelse.

114. Dermed anfører Frankrikes regjering at overskudd og utbytte fra tradisjonelle truster ikke omfattes av fri kapitalbevegelse, og at EØS-avtalen artikkel 40 følgelig ikke kommer til anvendelse i denne sak.

115. Liechtensteins regjering anfører at truster omfattes av virkeområdet for fri kapitalbevegelse etter EØS-avtalen artikkel 40. Den gjør gjeldende at EØS-avtalen artikkel 40 må fokusere på og beskytte de ulike former for deltakelse i truster som Ptarmigan Trust. Liechtensteins regjering påpeker at stiftere fritt må kunne bestemme om deres eiendeler eller rettigheter skal settes inn i en trust i Liechtenstein eller andre steder. Ellers ville deres valgfrihet være begrenset. Den ser det slik at stifteren har opprettet trusten for å sikre ledelsen av visse selskaper, men også for å sikre at dette ville bli gjort i de diskresjonært begunstigedes interesse.

116. Liechtensteins regjering argumenterer at under de rådende forhold ville ingen norsk borger overføre eller flytte sine eiendeler til en forvalter i Liechtenstein for å opprette en trust i Liechtenstein dersom dagens NOKUS-regler ble ansett som effektive og gyldige.

117. Storbritannias regjering slutter seg til Kommisjonens anførsler om at man i en vurdering av hvilken frihet som kommer til anvendelse, må vurdere de enkelte reglers formål. Det er et helt annet spørsmål om den aktuelle frihet har blitt utøvd på de faktiske forhold i det enkelte tilfelle.

118. Storbritannias regjering anfører at formålet med NOKUS-reglene er å hindre “skattemotiverte investeringer og kapitalplasseringer i lavskatteland”.²⁷ Denne regel gjelder bare skattytere “som alene eller sammen med andre direkte eller indirekte

²⁶ Det vises til sak C-492/04 *Lasertec*, Sml. 2007 s. I-3775 (avsnitt 106).

²⁷ Det vises til anmodningen om rådgivende uttalelse i sak E-20/13, punkt 5.2.1.

kontrollerer annen selvstendig innretning eller formuesmasse hjemmehørende i lavskattland”.²⁸

119. Følgelig er de norske regler ment å komme til anvendelse bare i tilfelle der norske skattytere har en bestemmende innflytelse over den aktuelle innretning eller fond. Derfor faller de bare inn under virkeområdet for etableringsfriheten.²⁹

120. ESA er i hovedsak enig i denne fremstilling. ESA anfører at CFC-regler generelt bestemmer den skattemessige behandling av overskudd fra utenlandske innretninger kontrollert av hjemmehørende. Siden slike regler er rettet mot, og dermed bare berører, hjemmehørende eiere som har en bestemmende innflytelse over en utenlandsk innretning, ligger reglenes tyngdepunkt på de hjemmehørendes mulighet til å etablere seg, gjennom datterselskaper, i andre land. Derfor må anvendelsen av CFC-regler generelt undersøkes utelukkende etter etableringsfriheten, og eventuelle begrensende virkninger på den frie kapitalbevegelse vil bare være uunngåelige konsekvenser av enhver begrensning av etableringsfriheten.³⁰

121. ESA anfører at dette også vil være tilfellet for CFC-regler slik som de norske regler denne sak gjelder, som hjemler for NOKUS-beskatning av en trust i Liechtenstein der de begunstigede er norske hjemmehørende. Det faktum at lovgivningen i Liechtenstein ikke betrakter de begunstigede som eiere av trusten eller som å ha bestemmende innflytelse over den, har ingen betydning for dette. Det som har betydning, er at nevnte begunstigede etter norsk skattelovgivning, og (utelukkende) for denne lovgivnings formål, anses som eiere av (formuesmassen i) trusten,³¹ eller med andre ord som deltakere i et NOKUS som er en trust.

122. Kommisjonen gjør gjeldende at når det gjelder spørsmålet om hvilken frihet som kommer til anvendelse, bør man ta i betraktning de aktuelle reglers formål, ikke de særskilte omstendigheter i den enkelte sak.³² Derfor bør foreliggende sak vurderes etter etableringsfriheten.³³

Det fjerde spørsmål

Saksøkerne

123. Saksøkerne 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. Videre hevder de at

²⁸ Samme sted, punkt 5.2.2.

²⁹ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 31).

³⁰ Samme sted (avsnittene 31 til 33).

³¹ Det vises til henvisningsbeslutningen (punkt 3.3) og Høyesteretts dom i Rt. 2002 s. 747.

³² Det vises til *Haribo og Österreichische Salinen*, som omtalt over (avsnitt 34).

³³ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnittene 52 til 55).

skattlegging av borgere som er bosatt i en EØS-stat, for utbytte som en trust etablert i en annen EØS-stat mottar fra et selskap etablert i en tredje EØS-stat, skal betraktes som en restriksjon på etableringsfriheten og på fri kapitalbevegelse.

124. Saksøkerne anfører at NOKUS-reglene i foreliggende sak vil kunne omfattes av EØS-avtalen artikkel 31 og 40. Ettersom løpende CFC-beskatning har vært betraktet som en restriksjon på frihetene opprettet ved EU-traktaten,³⁴ anser saksøkerne at NOKUS-reglene utgjør en restriksjon på etableringsfriheten fastsatt i EØS-avtalen artikkel 31. Saksøkerne gjør videre gjeldende at anvendelsen av NOKUS-reglene innebærer fremskyndet beskatning sammenlignet med investeringer i eller gjennom norske selskaper. Når det gjelder Ptarmigan Trust, ilegges de begunstigede hvert år NOKUS-beskatning uavhengig av om de mottar inntekt i det aktuelle år eller i fremtidige år. I denne sammenheng understreker saksøkerne det faktum at de begunstigede ikke har noe krav på utdelinger fra trusten, og de har heller ikke noen formelle muligheter for å påvirke trusten.

125. Saksøkerne anfører at NOKUS-reglene også innebærer en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 40 om fri bevegelse av kapital i EØS-området. De mener at trustens investeringer i den underliggende konsernstruktur i seg selv må anses som tilstrekkelige til at bestemmelsene om fri kapitalbevegelse skal komme til anvendelse. NOKUS-reglene er til hinder for at konsernet kan skaffe seg ny kapital. Ved å skattlegge de norske begunstigede for inntekt fra trusten vil det bli vanskeligere for selskaper hjemmehørende i andre EØS-stater å skaffe kapital fra både Norge og Liechtenstein.

Saksøkte

126. Norges regjering anfører at dersom bestemmelsene om fri kapitalbevegelse i EØS-avtalen artikler 31 og 40 skulle få anvendelse på skattyterne i deres egenskap av begunstigede av Ptarmigan Trust, må det vurderes om NOKUS-reglene utgjør en restriksjon. I så henseende må det vurderes om NOKUS-reglene innebærer forskjellsbehandling av norske skattytere som er begunstigede av Ptarmigan Trust.³⁵

127. Norges regjering anfører at norsk lovgivning ikke tillater etablering av diskresjonære trustar, og at Høyesterett har slått fast at trustar som Ptarmigan Trust ville ha vært i strid med Grunnloven.³⁶

128. På denne bakgrunn viser Norges regjering til at det er mulig å gjøre gjeldende at det i foreliggende sak ikke er noen forskjell overhodet, ettersom det ikke finnes norske diskresjonære trustar med begunstigede som kan behandles annerledes enn norske skattytere som er begunstigede av Ptarmigan Trust.

³⁴ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over.

³⁵ Samme sted (avsnittene 43 og 44).

³⁶ Det vises til Høyesteretts dom, Rt. 2002, s. 747.

129. Norges regjering vedgår imidlertid at man etter rettspraksis må vurdere om det finnes innretninger etter norsk lovgivning som kan anses som sammenlignbare med trust, og hvis beskatning er gunstigere.³⁷ I dette henseende anfører Norges regjering at det etter norsk lovgivning ikke finnes noen selskaper som kan anses som sammenlignbare med trust, som Ptarmigan Trust, og som skattemessig behandles gunstigere.

130. Den norske regjering bemerker at norsk lovgivning ikke tillater etablering av diskresjonære trust og at Norges Høyesterett har fastslått at en trust som Ptarmigan Trust ville være i strid med den norske Grunnlov. Selv om dette ikke automatisk innebærer at det ikke finnes noen sammenlignbare sammenslutninger, vil alle sammenslutninger som kan bli etablert etter norsk rett avvike fra en trust av denne type på relevante punkter. Den norske regjering anfører for eksempel at aksjeselskaper og stiftelser er skattesubjekter og egne juridiske personer, og dessuten at en stiftelse er en selveiende enhet. En trust mangler disse egenskaper. En trust er også forskjellig fra et deltakerlignet selskap. Sistnevnte krever at minst en av deltakerne har ubegrenset ansvar, mens det mangler trustens karakter av å være en uavhengig kapitalmasse.

131. Til tross for slike forskjeller anfører den norske regjering – vedrørende den løpende beskatning – at deltakerne i trusten behandles på samme måte som deltakere i et deltakerlignet selskap. De behandles også på samme måte som et aksjeselskap; den eneste forskjell er at løpende beskatning i det sistnevnte selskap ilegges selskapet og ikke aksjonærene. Det anføres at dette ikke er en forskjell som fører til at det forelegger en restriksjon.³⁸ Heller ikke en forskjell mellom beskatning av et selskap i et lavskattelands sammenlignet med et selskap i et normalskattelands innebærer en relevant forskjellsbehandling i denne sak.³⁹

132. Den norske regjering anfører at fritaksmetoden er irrelevant for saken for Oslo tingrett, siden det ikke har vært noe aksjeinntekter i de aktuelle inntektsår. Saksøkte anfører videre at siden fritaksmetoden vil bli innført også for personlige deltakere i et NOKUS-selskap og tre i kraft fra og med inntektsåret 2013, kan det ikke være noen aktuell interesse basert på fremtidig skattemessig behandling. Saksøkte reiser også spørsmål om det er relevante forskjeller som ikke kunne være saklig begrunnet mellom personlige deltakere i en trust som Ptarmigan Trust og aksjonærer og deltakere i et deltakerlignet selskap som kunne anvende fritaksmetoden også inntil 2013.

Frankrikes regjering

133. Frankrikes regjering anfører at dersom EFTA-domstolen skulle komme til at EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet skulle få anvendelse i foreliggende sak, ville NOKUS-reglene likevel ikke innebære forskjellsbehandling, og uansett ville de være begrunnet.

³⁷ Det vises til sak C-303/07 *Aberdeen*, Sml. 2009 s. I-5145 (avsnitt 50).

³⁸ Det vises til *Test Claimants in the FII Group Litigation*, som omtalt over, avsnittene 41 flg.

³⁹ Det vises til sak C-298/05 *Columbus Container*, Sml. 2007, s. I-10451.

134. Frankrikes regjering bemerker, som den nasjonale domstol også peker på, at det som er avgjørende for å vurdere om NOKUS-reglene innebærer forskjellsbehandling, er om de norske begunstigede i en trust, som Ptarmigan Trust, utsettes for en mindre gunstig beskatning enn deltakere eller eiere av andeler i en sammenlignbar innretning. Dette reiser spørsmålet om hva slags selskap eller innretning som kan sammenlignes med en trust som Ptarmigan Trust.

135. Frankrikes regjering mener at en tradisjonell trust underlagt lovgivningen i Liechtenstein, som Ptarmigan Trust, ikke kan sammenlignes med et aksjeselskap underlagt norsk lovgivning. Etter norsk lovgivning er aksjeselskaper å anse som egne skattesubjekter. Derfor er det selskapet selv som løpende skattlegges for sin inntekt. Derimot betraktes ikke en tradisjonell trust underlagt lovgivningen i Liechtenstein som et eget skattesubjekt, verken etter norsk lovgivning eller etter lovgivningen i Liechtenstein. Det er derfor inntekten heller ikke beskattes på trustens hånd, men på deltakerne i trusten, og det er derfor deltakerne i en trust som utgjør et NOKUS, skattlegges løpende for sin andel i overskuddet, enten de nå mottar utdelinger fra trusten eller ikke. Videre bør ikke truster sammenlignes med ansvarlige selskaper, for i motsetning til ansvarlige selskaper utgjør ikke truster underlagt lovgivningen i Liechtenstein egne rettssubjekter og driver ingen økonomisk aktivitet. Dessuten har ikke begunstigede av en trust noe ansvar, ifølge den nasjonale domstol, mens deltakere i et ansvarlig selskap har ubegrenset ansvar.

136. Frankrikes regjering påpeker forskjellene mellom en trust og et ansvarlig selskap og anfører at de begunstigede av en trust ikke bør anses som underlagt samme skattemessige behandling som deltakerne i et ansvarlig selskap. Følgelig er den av den oppfatning at NOKUS-reglene ikke innebærer forskjellsbehandling av de begunstigede av en trust som utgjør et NOKUS.

Liechtensteins regjering

137. Liechtensteins regjering anfører at EØS-avtalen artikkel 31 må tolkes slik at den er til hinder for at eiendeler og overskudd i en trust basert i én medlemsstat, kan inkluderes i inntekten og eiendelene til en person bosatt i en annen medlemsstat gjennom anvendelsen av CFC-regler. I dette henseende anfører den at ut fra NOKUS-reglene må de begunstigede av Ptarmigan Trust betale mer skatt enn de måtte ha betalt om de hadde eid et holdingselskap i Norge eller eid de selskapene som Ptarmigan Trust eier og kontrollerer.

138. Liechtensteins regjering anfører at de begunstigede av Ptarmigan Trust utsettes for en dobbeltbeskatning som, ut fra NOKUS-reglene, finner sted når trusten mottar utbytte fra sine eierandeler, og igjen når trusten deler ut utbytte til de begunstigede. I denne sammenheng peker Liechtensteins regjering på at slik dobbeltbeskatning ikke hadde funnet sted dersom trusten hadde vært hjemmehørende i Norge.

139. Liechtensteins regjering anfører at NOKUS-reglene innebærer restriksjoner på etableringsfriheten og på fri kapitalbevegelse. 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. Og dessuten skattlegges de mye tidligere enn de ville ha blitt dersom bare norske selskaper hadde vært involvert.

Storbritannias regjering

140. 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.⁴⁰ Videre er det nødvendig å bringe på det rene om en slik investor ville blitt behandlet på en gunstigere måte enn de begunstigede.

141. Storbritannias regjering peker på at ettersom norsk rett ikke anerkjenner diskresjonære trustar, er det ikke mulig å sammenligne behandlingen av en i Norge hjemmehørende person begunstiget i trusten, med en i Norge hjemmehørende person begunstiget av en diskresjonær trust registrert i Norge. Ifølge Storbritannias regjering kan beskatning av en kunstig innretning, som en diskresjonær trust, basert på overføring av det juridiske eierskapet til eiendeler for å sikre lav inntektsbeskatning, ikke sammenlignes med en ordinær økonomisk effektiv investering gjennom en nasjonal mellommann.

142. Storbritannias regjering anfører imidlertid at selv om man med rette skulle kunne sammenligne en investering i et norsk ansvarlig selskap med en investering i en trust i Liechtenstein, fremgår det ikke klart av anmodningen om rådgivende uttalelse om deltakerne i norske ansvarlige selskaper skattlegges både for overskuddet i det ansvarlige selskap og for utdelinger fra det. I så tilfelle er beskatningen ifølge Storbritannias regjering ikke noe mindre gunstig etter NOKUS-reglene.

ESA

143. ESA mener at det er tre tiltak i denne sak som ved første øyekast kan utgjøre en begrensning på den frie bevegelse: 1) CFC-beskatningen av trusten som sådan, 2) mangelen på muligheter for å klage på den dobbeltbeskatning som oppstår i forbindelse med CFC-beskatning, og 3) beskatningen av utdelinger til de norske begunstigede.

144. Når det gjelder det første tiltak, anfører ESA at CFC-beskatningen synes å utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten. ESA peker på at NOKUS-reglene innebærer forskjellsbehandling ettersom norske skattytere som er begunstigede av en trust som er omfattet av CFC-reglene, utsettes for en mindre gunstig beskatning enn skattytere bosatt i Norge dersom de er begunstigede av en trust som ikke er omfattet av CFC-reglene.⁴¹

⁴⁰ Det vises til sak C-170/05 *Denkavit International og Denkavit France*, Sml. 2006 s. I-11949 (avsnittene 34 til 36).

⁴¹ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over.

145. Når det gjelder det annet tiltak, hevder ESA at det at det ikke finnes noen muligheter for å klage på den økonomiske dobbeltbeskatningen som oppstår i forbindelse med CFC-beskatningen, utgjør en restriksjon. ESA anfører at denne økonomiske dobbeltbeskatning oppstår som et resultat av NOKUS-beskatningen av aksjeinntekter, herunder utbytte, som mottas av en trust når midlene som deles ut som utbytte allerede er beskattet på det utdelende selskaps hånd (f.eks. i form av selskapsskatt for Ptarmigans datterselskaper), og denne internasjonale økonomiske dobbeltbeskatning faktisk videreføres med, og kommer i tillegg til, tilleggsbeskatningen av utdelinger fra trusten til personlige begunstigede.

146. ESA anfører at NOKUS-reglene saken gjelder, for inntektsårene 2004-2006 innebærer 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.

147. Med hensyn til det tredje tiltak anfører ESA at dette tiltak, beskatning av utdelinger til de begunstigede, ikke i seg selv utgjør CFC-beskatning. Nærmere bestemt slår ESA fast at beskatningen av utdelinger fra trusten i Liechtenstein til begunstigede som er norske skattytere, utgjør regulær beskatning av i Norge hjemmehørende personers globale inntekter. Slik ESA ser det, praktiseres ikke denne beskatning på en måte som innebærer forskjellsbehandling ettersom lignende regler kommer til anvendelse på utbytte utdelt fra aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper.

148. ESA bemerker at ifølge den nasjonale domstol er det slik i Norge at beskatning av utdelinger hos de begunstigede tilsvarende beskatning av utbytte fra aksjeselskaper hos personlige skattytere og beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskaper hos personlige eiere. Dersom det forholder seg slik, er ESA av den oppfatning at norsk beskatning av utdelinger til begunstigede som er norske skattytere, ikke utgjør en restriksjon på den frie bevegelse. Dessuten kan en slik totalt ikke-diskriminerende beskatning ikke anses å begrense etableringsfriheten, og den kan heller ikke anses å begrense den frie bevegelse av kapital.

Kommisjonen

149. Kommisjonen anfører at virkningen av NOKUS-reglene i en sak som den foreliggende er at de begunstigede av trusten beskattes løpende av trustens inntekt uten hensyn til om inntekten faktisk deles ut til dem eller ikke.

150. Kommisjonen bemerker at det er to forhold som innebærer et potensial for dobbeltbeskatning: for det første synes ikke NOKUS-reglene å gi fradrag for skatt betalt på underliggende inntekt hos de selskaper som trusten eier aksjer i, og for det annet betales det skatt når trusten mottar inntekt, og igjen når denne inntekt deles ut til de begunstigede.

151. Kommisjonen stiller spørsmål ved om denne beskatning er mindre gunstig enn den ordning som kommer til anvendelse i rent interne situasjoner. I så tilfelle vil dette innebære en restriksjon.

152. Når det gjelder den første potensielle restriksjon, anfører Kommisjonen at ifølge skatteklagenemnda er en trust ikke et eget rettssubjekt, og dessuten er det flere situasjoner, blant annet ansvarlige selskaper, der deltakerne beskattes umiddelbart av virksomhetens overskudd, uavhengig av om de mottar overskuddet eller ikke.

153. Kommisjonen vedgår at en trust ikke er en egen juridisk person som er atskilt fra forvalteren. Men samtidig er ikke de begunstigede den samme juridiske person som forvalteren. I denne sammenheng er det forhold at en forvalter bosatt i Norge kan bli skattepliktig for formue som trusten innehar andre steder, 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, slik at han er (den forholdsmessige) mottakeren av inntektene. Ifølge Kommisjonen er dette ikke grunnlag for å konkludere at begunstigede av truster kan beskattes av inntekt mottatt av en helt annen person. Siden skatteklagenemnda ikke har gitt noe eksempel på beskatning av denne typen i en rent intern situasjon, gjør Kommisjonen gjeldende at å tilskrive begunstigede en ikke-hjemmehørende trusts inntekt dermed utgjør en restriksjon.

154. Videre gjør Kommisjonen gjeldende at fraværet av en innretning etter norsk rett som er identisk med en trust etter lovgivningen i Liechtenstein, innebærer ikke at det ikke finnes noen intern sammenlignbar innretning, og at Norge derfor kan ha full handlefrihet.⁴²

155. Når det gjelder den andre potensielle restriksjon, dobbeltbeskatningen, synes tilnærmingen overfor personlige skattytere hjemmehørende i Norge som berøres av NOKUS-reglene, etter Kommisjonens oppfatning å ha til formål å sidestille dem med aksjeeiere i norske selskaper.

156. Kommisjonen peker på at inntekten i trusten beskattes med 28%, og deretter skatlegges de begunstigede med ytterligere 28% skatt på utdelingene fra trusten. Etter Kommisjonens syn må det faktum at trusten ikke har krav på fritak fra visse skatter slik et norsk selskap ville hatt, føre til den konklusjon at anvendelsen av NOKUS-reglene utgjør en restriksjon.

⁴² Det vises til *Aberdeen*, som omtalt over.

Det femte spørsmål

Saksøkerne

157. Saksøkerne anfører at opprettelsen av Ptarmigan Trust var motivert av kommersielle hensyn. Med samtidig hevder de at de selv om opprettelsen av Ptarmigan Trust hadde vært skattemessig motivert, så ville ikke dette kunne begrunne opprettholdelse av den restriksjon NOKUS-reglene innebærer.

158. Saksøkerne bemerker at en nasjonal bestemmelse som utgjør en restriksjon på etableringsfriheten og på fri kapitalbevegelse, i visse ekstraordinære tilfeller kan opprettholdes dersom den er begrunnet i tvingende allmenne hensyn.

159. Saksøkerne hevder 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.

160. Dessuten anfører saksøkerne at NOKUS-reglene går lenger enn det som er nødvendig for å ivareta hensynet til å hindre omgåelse av nasjonal skattelovgivning. Etter deres oppfatning er virkeområdet for den norske utgave av CFC-reglene markert mer vidtrekkende enn reglene i andre EØS-stater. Dette illustrerer at de norske CFC-regler klart kunne ivaretatt sine formål på en måte som i mindre grad griper forstyrrende inn i det fellesmarked EØS-avtalen søker å etablere. For det første legger NOKUS-reglene opp til en strengere "omgåelsesnorm" enn hva EU-domstolen anvender. For det andre er det klart ifølge EU-domstolens rettspraksis at det for CFC-regler må foreligge en uthuling av det nasjonale skattefundament.⁴³ For det tredje er NOKUS-reglenes anvendelse heller ikke begrenset til tilfelle der det foreligger et motiv om skatteunndragelse eller i det hele tatt en skattebesparelse. For det fjerde gir ikke NOKUS-lovgivningen tilstrekkelig beskyttelse mot økonomisk dobbeltbeskatning. Til sist vil saksøkerne fremheve at de hensyn regler av CFC-typen er ment å fremme, er ivaretatt på langt mindre inngripende måter av andre medlemsstater.

Saksøkte

161. Norges regjering anfører at for at NOKUS-reglene skal kunne anses som begrunnet etter EØS-retten, må de oppfylle visse krav som er fastsatt ved rettspraksis.⁴⁴ 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. Dessuten er det legitimt for skattyterens hjemstat å kreve

⁴³ Det vises til sak C-524/04 *Test Claimants – Thin Cap*, Sml. 2007 s. I-2107 (avsnitt 74) og sak C-201/05 *Test Claimants – CFC*, Sml. 2008 s. I-2875 (avsnitt 77).

⁴⁴ Det vises til sak C-72/09 *Rimbaud*, Sml. 2010 s. I-10659 (avsnitt 51) og *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 59).

verifiserbar dokumentasjon på om aktiviteten faktisk oppfyller kravet om reell økonomisk aktivitet.⁴⁵

Frankrikes regjering

162. Frankrikes regjering anfører at dersom EFTA-domstolen skulle komme til at EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet skulle få anvendelse i foreliggende sak, ville ikke NOKUS-reglene innebære forskjellsbehandling, og uansett ville de være begrunnet ut fra hensynet til å motvirke skatteomgåelse og skatteunndragelse.

163. Ifølge Frankrikes regjering følger det av rettspraksis at målet med NOKUS-reglene, som er å motvirke skatteomgåelse og skatteunndragelse, kan anses å være begrunnet i tvingende allmenne hensyn.⁴⁶

164. Slik Frankrikes regjering ser det, er NOKUS-reglene begrunnet i hensynet til å motvirke skatteomgåelse og skatteunndragelse, i den utstrekning de hjemler løpende skattlegging av de norske begunstigede av en trust, som Ptarmigan Trust, for deres andel av overskuddet uten hensyn til om utbytte faktisk har blitt utbetalt eller ikke, med mindre de begunstigede dokumenterer at trusten faktisk er etablert i en EØS-stat og utøver reell økonomisk aktivitet der, og de fremlegger for norske skattemyndigheter en erklæring fra skattemyndighetene i etableringsstaten som bekrefter at dokumentasjonen er korrekt.

Liechtensteins regjering

165. Liechtensteins regjering anfører at det i den foreliggende sak er klart at Ptarmigan Trust er hjemmehørende i Liechtenstein, en EØS-stat, og utøver "reell økonomisk aktivitet" der, noe som til og med er mer enn den "økonomiske aktivitet" som kreves etter skatteloven § 10-64b. Ptarmigan Trust har et kontor og eget personale i Liechtenstein, og kontoret er organisert for å lede aktivt flere selskaper som eies av Ptarmigan Trust.

166. Liechtensteins regjering anfører at NOKUS-reglene straffer ethvert konsept der et land med lave skatter er involvert, selv om det er en EØS-stat. Etter dens oppfatning er det verken nødvendig eller forholdsmessig å benytte den typen restriksjon som NOKUS-reglene åpner for, for å sikre at norske skattemyndigheter kan hindre at deres hjemmehørende omgår skattereglene.

167. Liechtensteins regjering anfører at dagens NOKUS-regler går lenger enn det som er nødvendig for å oppnå målet om å motvirke skatteomgåelse⁴⁷, og kan ikke

⁴⁵ Det vises til *Kommisjonen mot Italia* (avsnitt 69), *Rimbaud* (avsnitt 40), begge som omtalt over, og sak C-48/11 *A Oy*, dom av 19. juli 2012, ennå ikke i Sml. (avsnitt 35).

⁴⁶ Det vises til sak E-15/11 *Arcade Drilling*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 676 (avsnitt 87) og for sammenligning sak C-318/10 *SIAT*, dom av 5. juli 2012, ennå ikke i Sml. (avsnitt 36).

⁴⁷ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnitt 60).

begrunnes i tvingende allmenne hensyn siden NOKUS-reglene ikke står i forhold til målet.

Storbritannias regjering

168. Storbritannias regjering anfører at CFC-lovgivning som den Norge har vedtatt, kan begrunnes i hensynet til å opprettholde en balansert beskatningsmessig myndighet mellom EØS-statene satt opp mot hensynet til å motvirke skatteomgåelse.⁴⁸

169. Storbritannias regjering peker på at en balansert fordeling av beskatningsmessig myndighet mellom EØS-statene vil være en slik begrunnelse dersom “det aktuelle system er utformet for å forhindre atferd som kan undergrave en EØS-stats rett til å utøve sin beskatningsmyndighet overfor virksomhet på dens territorium”.⁴⁹

170. Storbritannias regjering anfører at CFC-lovgivning som den saken gjelder, både er berettiget og forholdsmessig.

171. Storbritannias regjering anfører at det er forholdsmessig å kreve at skattyteren dokumenterer at selskapets eller innretningens aktiviteter i den andre EØS-staten er reelle. Det er også forholdsmessig – og i tråd med det videre legitime mål å sikre effektiv skattekontroll – at Norge insisterer på at bevisene som fremføres av skattyteren, kan verifiseres.

ESA

172. ESA anser at NOKUS-reglene innebærer to tiltak som begrenser etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31. Det første er NOKUS-beskatningen av trusten som sådan, og det andre er den økonomiske dobbeltbeskatning.

173. Når det gjelder det første restriktive tiltak, anfører ESA at en restriksjon kan begrunnes i hensynet til å motvirke omgåelse av regler dersom tiltakets spesifikke formål er 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 aktiviteter utøvd på nasjonalt territorium. Denne typen atferd er egnet til å undergrave EØS-statenes rett til å utøve sin beskatningsmessige myndighet overfor aktiviteter som utøves på deres territorium, og dermed forrykke fordelingen av beskatningsmessig myndighet mellom EØS-statene.⁵⁰

174. Etter ESAs syn må det vurderes om slike restriksjoner kan begrunnes i hensynet til å motvirke rent kunstige arrangementer, og i så tilfelle om restriksjonen står i forhold til dette mål.

⁴⁸ Det vises til sak C-371/10 *National Grid Indus*, Sml. 2011 s. I-12273 (avsnitt 42).

⁴⁹ Det vises til sak C-311/08 *SGI*, Sml. 2010 s. I-487 (avsnitt 60).

⁵⁰ Det vises til *Cadbury Schweppes*, som omtalt over (avsnittene 55 og 56).

175. ESA anfører 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 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-selskapet faktisk er etablert og dets aktiviteter reelle, og beviset må godtas av kompetente nasjonale myndigheter etter nødvendig verifisering eller dokumentasjon.

176. Når det gjelder det andre restriktive tiltak, anfører ESA at de CFC-regler hovedsaken gjelder, innebærer en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 i den utstrekning de uten unntak 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.

177. ESA mener det er vanskelig å rettferdiggjøre internasjonal økonomisk dobbeltbeskatning dersom dobbeltbeskatning unngås eller oppheves i sammenlignbare interne situasjoner. Dette synes å være en problemstilling for fysiske personer som beskattes som deltakere i et CFC som er en trust.

Kommisjonen

178. 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.

179. Kommisjonen bemerker at det er 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, etter skatteloven § 10-64.

180. Videre anfører Kommisjonen at NOKUS-lovgivningen, i tråd med rettspraksis etter *Cadbury*-saken, 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.

181. Kommisjonen anfører at begunstigede av en trust ikke kan skattlegges tyngre enn de ville ha blitt om de hadde vært aksjeeiere i de selskapene som trusten eier aksjer i. Kommisjonen peker på at 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 skattebyrden som anvendelsen av NOKUS-reglene tilsynelatende medfører i denne sak. Derfor er det Kommisjonens påstand at den økte skattebelastning er uforholdsmessig og i strid med EØS-avtalen artikkel 31.

Det sjette spørsmål (første tillegsspørsmål)

Fred. Olsen m.fl.

182. Fred Olsen m.fl. gjør gjeldende at formuesskattebelastningen utgjør en restriksjon som er i strid med EØS-avtalen av flere grunner. For det første ilegges saksøkerne skatt på eiendeler de ikke eier, og denne beskatning finner ikke sted i en rent intern kontekst. For det annet kan saksøkernes stilling i forhold til Ptarmigan Trust sammenlignes med stillingen til en begunstiget av en norsk familiestiftelse og/eller formuesmasse. Begunstigede av slike innretninger blir ikke formuesbeskattet for eiendelene innretningen eier. For det tredje er norske familiestiftelser og formuesmasser ilagt en formuesbeskatning på 0,3 %, ikke den generelle sats 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. Endelig er ligningsverdien av saksøkernes interesse satt høyere enn virkelig verdi, noe som ikke ville vært tilfelle i en sammenlignbar intern situasjon.

183. Fred Olsen m.fl. anfører at det er i strid med EØS-avtalen artiklene 31 og 40 å ilegge de begunstigede formuesskatt på eiendeler som trusten eier. Videre mener de at EU-domstolen har fastslått at forskjellsbehandling i forbindelse med formuesbeskatning er i strid med EØS-avtalen.⁵¹ De gjør gjeldende at EU-domstolens begrunnelse i *Baars*-saken er relevant for denne saken. Videre klager Fred Olsen m.fl. over at de også nektes skattemessig likebehandling under påskudd av at eiendelene eies av en trust i Liechtenstein. De gjør gjeldende at dette er i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

184. Fred Olsen m.fl. anfører at uansett innebærer denne beskatning en kontantstrømmessig ulempe som utgjør en restriksjon. I *National Grid Indus*⁵² og *Kommisjonen mot Portugal*,⁵³ som begge gjaldt regler for utflyttingsbeskatning, vektla EU-domstolen likviditetsproblemet. Ifølge Fred Olsen m.fl. gjelder det samme her, ettersom de er underlagt formuesbeskatning selv om de ikke har mottatt formuen. Fordi skattesatsen er satt til 1,1 %, og fordi dette potensielt er en sak som gjelder store summer, er ulempen likviditetsmessig sett betydelig.

185. Fred Olsen m.fl. anfører at de ikke eier eiendelene i Ptarmigan Trust. De gjør gjeldende at de heller ikke kan anses som eiere av eiendelene i Ptarmigan Trust ettersom de ikke har myndighet til å utøve noen vesentlige eierskapsfunksjoner, verken i teori eller praksis. Videre anfører Fred Olsen m.fl. at forholdet mellom saksøkerne og Ptarmigan Trusts eiendeler har svært få av de trekkene som kjennetegner "eierskap" slik dette vanligvis forstås i norsk skattemessig sammenheng.

⁵¹ Det vises til *Baars*, som omtalt over.

⁵² Det vises til *National Grid Indus*, som omtalt over.

⁵³ Det vises til sak C-38/10 *Kommisjonen mot Portugal*, dom av 6. september 2012, ennå ikke i Sml.

186. Fred Olsen m.fl. anfører at ved å underlegge de begunstigede av Ptarmigan Trust formuesbeskatning for deres forholdsmessige andel av trustens netto eiendeler etter hovedregelen i skatteloven § 4-1 samtidig som det gis fritak i sammenlignbare interne situasjoner, åpner Norge for ulik behandling av sammenlignbare situasjoner, noe som i sin tur er et brudd på etableringsfriheten og på den frie kapitalbevegelse etter EØS-avtalen.

187. Fred Olsen m.fl. gjør gjeldende at formuesbeskatningen utgjør en restriksjon på frihetene i EØS-avtalen artiklene 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.

188. Fred Olsen m.fl. bemerker at i motsetning til de begunstigede av Ptarmigan Trust blir begunstigede av norske innretninger under selvstendig bestyrelse og familiestiftelser generelt ikke ilagt formuesskatt. Saksøkerne anfører at i rent interne situasjoner har det forhold at en skattyter "potensielt" er i posisjon for å motta en utdeling i fremtiden, ikke vært ansett som tilstrekkelig til å ilegge formuesskatt.

189. Fred Olsen m.fl. er av den oppfatning at stillingen til en begunstiget av Ptarmigan Trust kan sammenlignes med stillingen til en begunstiget av en norsk familiestiftelse. Norske begunstigede av familiestiftelser ilegges ikke formuesskatt på sin forholdsmessige andel av stiftelsens netto eiendeler. I stedet er det stiftelsen, i den utstrekning den er skattepliktig, som ilegges formuesskatt. Når de to situasjonene er sammenlignbare, utgjør en mindre gunstig behandling av begunstigede i grenseoverskridende situasjoner, ifølge Fred Olsen m.fl., en restriksjon på etableringsfriheten og/eller den frie kapitalbevegelse.

190. Videre anfører Fred Olsen m.fl. at de ikke er i en situasjon som kan sammenlignes med situasjonen til aksjeeiere eller personlige deltakere i oversiktlige innretninger. De hevder at de ikke har rett til å utøve typiske eierskapsfunksjoner slik som aksjeeiere eller personlige deltakere.

Petter Olsen m.fl.

191. Petter Olsen m.fl. anfører at formuesbeskatningen er mer byrdefull enn i sammenlignbare situasjoner, for det første fordi formuesbeskatning ikke ilegges begunstigede av norske selvstendige formuesmasser eller innretninger, og for det annet fordi formuesskatten stiger fra 0,3%, som er den sats som anvendes på norske formuesmasser, til 1,1% for de begunstigede.

Saksøkte

192. Norges regjering bemerker 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. Den 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 ilegges formuesskatt bare på stiftelsens hånd, ikke på de begunstigedes hånd. 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.

193. Norges regjering anfører at det finnes objektive forskjeller mellom en trust som Ptarmigan Trust og alle former for innretninger som er lovlig etablert i Norge. Dessuten vil det være riktigere å sammenligne de begunstigede med aksjeeiere i et aksjeselskap eller med deltakere i et ansvarlig selskap enn med begunstigede av en stiftelse. Ifølge Norges regjering utgjør ikke den relevante lovgivning om formuesskatt en restriksjon etter EØS-avtalen artikkelene 31 eller 40 anvendt på omstendighetene i den foreliggende sak.

Storbritannias regjering

194. Storbritannias regjering anser at for at formuesbeskatning av de begunstigedes interesser i trusten skal utgjøre en restriksjon, vil de begunstigede måtte godtgjøre at de objektivt sett befant seg i en sammenlignbar situasjon med andre skattytere som er formuesskattepliktige i Norge, og som har blitt gunstigere behandlet. Men ut fra de faktiske forhold i anmodningen er det ikke klart om de begunstigede faktisk har blitt behandlet mindre gunstig enn sammenlignbare skattytere.

195. Storbritannias regjering anfører at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere eventuelle uenigheter om fakta, herunder vurdere hvorvidt de begunstigede av trusten, ut fra de faktiske forhold, er i en sammenlignbar situasjon med andre grupper av norske skattytere som behandles gunstigere. Imidlertid har Storbritannias regjering oppfattet det slik at personlige skattytere, som de begunstigede av trusten, ilegges en formuesskatt på 1,1%. Det er tilfelle enten de er aksjeeiere i et norsk aksjeselskap eller begunstigede av en trust i Liechtenstein. Under disse omstendigheter synes det ikke som om behandlingen de begunstigede har blitt utsatt for, har vært mindre gunstig, og følgelig vil formuesbeskatning av deres interesser i trusten ikke utgjøre en restriksjon på deres etableringsfrihet i Liechtenstein.

ESA

196. ESA bemerker at det følger av fast rettspraksis at selv om direkte skatter hører inn under EØS-statenes kompetanseområde, må de likevel utøve denne kompetanse i tråd med EØS-retten. ESA gjør gjeldende at de begunstigede av trusten har anledning til å påberope seg etableringsfriheten for å bestride lovligheten av formuesskattereglene etter EØS-avtalen. ESA anfører at anvendelsen av norske formuesskatte regler må undersøkes utelukkende under etableringsfriheten. Enhver begrensende virkning på fri kapitalbevegelse bør anses som en uunngåelig konsekvens av et hinder for etableringsfriheten; følgelig er det ikke grunn til å foreta en uavhengig undersøkelse av disse regler etter EØS-avtalen artikkel 40.

197. ESA gjør gjeldende at selv om Ptarmigan Trust ikke er anerkjent som skattemessig hjemmehørende i Norge, betyr ikke det at det ikke finnes noen intern sammenlignbar innretning og at norske myndigheter derfor skulle kunne behandle de begunstigede forskjellig. ESA er av den oppfatning at det er opp til den nasjonale domstol å vurdere hva som er det beste sammenligningsgrunnlag etter norsk skattelovgivning for begunstigede av en trust etablert i en annen EØS-stat, idet det tas i betraktning at det sammenligningsgrunnlag som velges, bør være det som ligger de begunstiges situasjon nærmest, medfører minst restriksjoner på utøvelsen av etableringsfriheten og bidrar mest til rettssikkerheten.

198. 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 en slik skattemessig forskjellsbehandling kan hindre hjemmehørende i å etablere en trust i en annen EØS-stat og gi dem et insentiv til å etablere sine fond i Norge i stedet.

199. ESA konkluderer derfor med at formuesskattereglene anvendes på de begunstigede på en måte som fører til en annen skattemessig behandling enn av begunstigede av en sammenlignbar innretning etablert etter norsk rett, og følgelig fører til en forskjellsbehandling som er til ulempe for de begunstigede og dermed utgjør en restriksjon på etableringsfriheten.

Kommisjonen

200. Kommisjonen anser 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.⁵⁴ Sammenligningen bør gjøres med andre typer innretninger som en i Norge hjemmehørende person har en økonomisk interesse i, og som utgjør en egen juridisk person i forhold til ham. Kommisjonen anser at uansett hvilken tilnærming man tar til inntektsskatten, vil den nærmeste norske ekvivalent til en familietrust være en familiestiftelse eller formuesmasse.

201. Kommisjonen anfører at det enkle faktum at hver 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 dersom dette likevel blir ansett som en restriksjon, er Kommisjonen av den oppfatning at en slik restriksjon uansett ville være berettiget.

202. Men ettersom skattesatsen for norske familiestiftelser og formuesmasser er på 0,3%, anser Kommisjonen på den annen side at å ilegge en funksjonelt sett ekvivalent

⁵⁴ Det vises til *Aberdeen*, som omtalt over.

grenseoverskridende innretning en mye høyere sats, nemlig den totale satsen på 1,1% som det fremgår av de omtvistede ligninger, 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.

Det syvende spørsmål (annet tilleggsspørsmål)

Fred. Olsen m.fl.

203. 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 oppnår, og beskatningen av inntekt. Etter deres syn er det ingen forbindelse mellom byrden formuesskatten utgjør, og andre skatter saksøkerne ilegges. Tvert imot er saksøkerne ilagt en mer byrdefull inntektsskatt og en mer byrdefull formuesskatt enn de ville vært i en sammenlignbar intern situasjon.

204. Ifølge Fred Olsen m.fl. kan ikke hensynet til en balansert fordeling av beskatningsmyndighet påberopes som begrunnelse. Videre gjør de 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. Dessuten gjør Fred Olsen m.fl. gjeldende at verken hensynet til effektiv skattekontroll eller hensynet til effektiv inndrivelse av skattegjeld rettferdiggjør denne restriktive regel.

205. Fred Olsen m.fl. bemerker at etter fast rettspraksis må anvendelsen av et nasjonalt tiltak være egnet til å sikre oppnåelse av det angitte mål og ikke gå lenger enn det som er nødvendig for å nå det. De anfører at nasjonale tiltak som er ment å ivareta en balansert fordeling av beskatningen og/eller motvirke skatteomgåelse, bare kan anses som forholdsmessige i den utstrekning de fører til at den aktuelle skattyter behandles på samme måte som andre skattytere, dvs. fjerner den fordel som oppnås ved den påståtte uthuling av skattefundamentet/omgåelsestaktikk.⁵⁵ Fred Olsen m.fl. anfører at når norske formuesskatteregler legger høyere skatt enn hva tilfellet ville vært for en norsk stiftelse eller formuesmasse, går de utover det som er nødvendig for å ivareta en balansert fordeling av beskatningen og/eller motvirke skatteomgåelse. Det norske tiltak er derfor ikke forholdsmessig og er følgelig i strid med EØS-avtalen.

206. Fred Olsen m.fl. gjør gjeldende at EU-domstolens rettspraksis ikke gir grunnlag for å hevde at avtalen om informasjonsutveksling må oppfylle standarden angitt i EU-direktivene om informasjonsutveksling og administrativt samarbeid. Skulle EFTA-

⁵⁵ Det vises til *Test Claimants – Thin Cap* (avsnittene 82 og 83) og *SGI* (avsnitt 71 og 72), begge som omtalt over.

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. I *A Oy*⁵⁶ ble det lagt til grunn at avtalen mellom Norge og Finland oppfylte denne standard. Fred Olsen m.fl. anfører at avtalen mellom Norge og Liechtenstein i det store og hele er den samme som avtalen mellom Norge og Finland, og derfor er avtalen mellom Norge og Liechtenstein tilstrekkelig.

207. Fred Olsen m.fl. anfører at inntekts- og formuesbeskatningen er i strid med artikkel 1 i protokoll 1 til EMK. De anfører at den samlede beskatning er i strid med EØS-avtalen, og at rettighetene i EMK i den forbindelse skal vektlegges. De gjør gjeldende at krenkelsen av eiendomsretten fastsatt i artikkel 1 i protokoll 1 til EMK ikke har tilstrekkelig klar hjemmel, og at beskatningen derfor er i strid med nevnte bestemmelse. Videre gjør de gjeldende at krenkelsen er uforholdsmessig av tre grunner. For det første er beskatningen ikke forholdsmessig fordi saksøkerne må betale skatt på en beregnet inntekt eller formue som de ikke har mottatt eller ikke nødvendigvis vil få tilgang til. Slik de ser det, vil beskatningen også innebære et fundamentalt inngrep i deres økonomiske stilling. For det annet beskattes de hardere enn begunstigede i sammenlignbare interne situasjoner. For det tredje må det i forholdsmessighetsvurderingen etter artikkel 1 i protokoll 1 til EMK tas hensyn til hvor lang tid som har gått fra den dato da myndighetene først gjorde sitt vedtak, og til den endelige avgjørelsen forelå.⁵⁷ I denne forbindelse bemerker de at Riksskattenemnda gjorde sitt vedtak om inntektsårene 2001-2003 den 6. desember 2010, nærmere fem år etter at skattemyndighetene hadde gjort sitt første vedtak vedrørende de samme inntektsår.

Petter Olsen m.fl.

208. Petter Olsen m.fl. anser at formålet med formuesbeskatningen utelukkende er proveny hensynet, og begrunnelsen er utelukkende at den formuende skattyter anses å ha skatteevne til å tåle en viss beskatning av sin formue. De hevder at det i norsk rett ikke finnes noen begrunnelse for formuesbeskatning av en skattyter for andre skattyteres formue, og at dette følgelig ikke kan rettferdiggjøre beslagleggingen av skattyternes formue i strid med artikkel 1 i protokoll 1 til EMK eller begrunne restriksjoner på noen av de fire friheter.

Saksøkte

209. 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 beskatningsmessig myndighet mellom EØS-statene. Norges regjering gjør gjeldende at dersom trusters skulle vært fritatt for

⁵⁶ Det vises til *A Oy*, som omtalt over.

⁵⁷ Det vises til Den europeiske menneskerettsdomstols dom 23. april 1987 i saken *Erkner og Hofauer mot Østerrike* (klage nr. 9616/81) (avsnittene 76 til 79).

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 truster i lavskattland for skatteformål. Dette ville være stikk i strid med målene som nevnt over.

210. Norges regjering anfører også betydningen av verifisert informasjon i saker der norske myndigheter ikke selv kan foreta kontroll. For eksempel kan vurderingen av om en trust og en stiftelse befinner seg i en sammenlignbar situasjon, hvile på faktorer i tilknytningen 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.

211. 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 saksøkte av den oppfatning at beskatningen i saken er fullt forenlig med disse rettigheter.

212. Norges regjering anfører at den foreliggende sak klart ikke er et brudd på den rimelige balanse som kreves etter artikkel 1 i protokoll 1 til EMK. Det finnes ingen rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol i en sak som kommer i nærheten av en situasjon tilsvarende den CFC-beskatning eller formuesbeskatning denne sak gjelder. Det finnes heller ingen relevant rettspraksis fra EU-domstolen som innebærer at en skattelovgivning som den foreliggende reiser tvil om dens forenlighet med de grunnleggende rettigheter.

213. Videre anfører Norges regjering at det ikke er snakk om en for stor byrde eller vilkårlig forskjellsbehandling. Den bemerker at en diskresjonær trust som den denne sak gjelder, som har skattefritak i Liechtenstein, er et potensielt redskap for skatteunndragelse. Sett i sammenheng med de begrensede muligheter for å verifisere relevant informasjon med hensyn til omstendighetene i Liechtenstein, krever dette, etter dens mening, at norske myndigheter bruker utstrakt skjønn i avveiningene mellom de begunstigedes interesser og hensynet til å motvirke skatteunndragelse, sikre effektiv skattekontroll og opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmessig myndighet.

ESA

214. 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.

215. 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.

216. ESA anser 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.

217. ESA anfører at eksistensen av avtalen mellom Norge og Liechtenstein ved første øyekast ikke endrer dens juridiske analyse, uten hensyn til det faktum at trusten er omfattet av nevnte avtale. ESA anser at den ikke er relevant for saken ettersom det, etter ESAs syn, ikke foreligger noen tvingende allmenne hensyn som på noen måte ville kunne begrunne en restriksjon på etableringsfriheten.

Kommisjonen

218. 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 skatt 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 rettferdiggjøre at begunstigede av en trust beskattes tyngre enn de hadde blitt dersom trustens eiendeler tilhørte en sammenlignbar intern innretning som en familiestiftelse eller formuesfond. Kommisjonen anser at enhver slik tilleggsatt er i strid med EØS-avtalen artikkel 31.

219. Kommisjonen anser at artikkel 1 i protokoll 1 til EMK verken legger noe til eller trekker noe fra resonnet 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.

220. Når det gjelder avtalen mellom Norge og Liechtenstein, anfører Kommisjonen at EU-domstolen i sin rettspraksis 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.⁵⁸ Imidlertid kan ikke fraværet av en slik avtale rettferdiggjøre anvendelsen av en høyere skattesats på grenseoverskridende arrangementer, siden tilgjengeligheten eller annet av opplysninger om inntekt eller eiendeler i det annet land normalt ikke har betydning for

⁵⁸ Det vises til *Rimbaud*, som omtalt over (avsnitt 14).

skattesatsen. Følgelig ser Kommisjonen i foreliggende sak ingen grunn til å legge vekt på ikrafttredelsen av en avtale med Liechtenstein om utveksling av skatteinformasjon.

Storbritannias regjering

221. Storbritannias regjering anfører at i den utstrekning anvendelsen av Norges 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 truster i andre stater med henblikk på å unngå den formuesskatt som normalt påløper i Norge hjemmehørende personers globale eiendeler.

222. Storbritannias regjering vektlegger at Europarådets medlemsland har en ubestridt rett til å håndheve skattelover for å sikre at skatter betales, noe som må omfatte retten til å treffe tiltak for å hindre skatteomgåelse.⁵⁹ I sin tur må dette omfatte myndighet for medlemslandene til å fastsette inntekt og eiendeler som faktisk tilhører eller kontrolleres av deres skattytere. Følgelig anfører Storbritannias regjering at tiltaket mot flytting av eiendeler til CFC-selskaper og formuesbeskatningen av egne borgere som eier eiendeler i CFC-selskaper, ikke medfører for store byrder på skattyteren. Derfor foreligger det ikke brudd på artikkel 1 i protokoll 1 til EMK.

223. 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 norsk formuesskatt på sine interesser i trusten. Den bemerker videre at selv om de begunstigede skulle godtgjøre at trusten utøver reell økonomisk aktivitet i Liechtenstein, vil de fortsatt ha plikt til å betale norsk formuesskatt på sine interesser i trusten i den utstrekning de faktisk er eiere av trustens eiendeler. Men i den utstrekning norske skattemyndigheter 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.

⁵⁹ Det vises til sak 13616/88 *Kommisjonen mot Frankrike* [1994] 18 EHRR 440 (avsnitt 39).

VII Forslag til svar

224. Fred. Olsen m.fl. foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

Spørsmål 1:

Etableringsformen trust omfattes av etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31.

Tilleggsspørsmål:

Skattyterne som er borgere i en EØS-stat som er utsatt for diskriminerende beskatning er rettighetssubjekt etter EØS-avtalen.

Spørsmål 2:

En trust vil kunne oppfylle kravet til virksomhet etter artikkel 31. Det kan ikke stilles strengere krav til en trust enn til andre etableringsformer.

Spørsmål 3:

En trust omfattes av retten til fri kapitalbevegelse. Borgere i en EØS-stat som beskattes for utbytte fra et selskap etablert i en EØS-stat som utdeler utbytte til en trust etablert i en EØS-stat omfattes av retten til fri kapitalbevegelse.

Spørsmål 4:

Regelen om løpende beskatning av borgere i en EØS-stat for inntekter i trust etablert i en annen EØS-stat innebærer en restriksjon på etableringsfriheten og retten til fri flyt av kapital.

Beskatning av borgere i en EØS-stat for utbytte som en trust etablert i en annen EØS-stat mottar fra et selskap etablert i en annen EØS-stat anses som en restriksjon på etableringsfriheten og retten til fri flyt av kapital.

Spørsmål 5:

Restriksjonene kan ikke anses begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og restriksjonene er ikke forholdsmessig.

225. Fred Olsen m.fl. foreslår at EFTA-domstolen besvarer tilleggsspørsmålene på følgende måte:

Det første tilleggsspørsmål:

Formuesbeskatningen av de begunstigede for trustformuen utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen art. 31 og/eller art. 40 – og dette kan påberopes av de

begunstigede av en trust som beskrevet i pkt. 2 i anmodningen om rådgivende uttalelse.

Uansett utgjør anvendelsen av en skattesats på 1,1% en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31 og/eller artikkel 40 – og dette kan påberopes av de begunstigede av en trust som beskrevet i pkt. 2 i anmodningen om rådgivende uttalelse.

Det annet tilleggsspørsmål:

Restriksjonen kan ikke anses som begrunnet i tvingende allmenne hensyn, og restriksjonene er heller ikke forholdsmessige. Anvendelsen av en skattesats på 1,1% og ligningsverdi på de begunstigedes interesse som er satt høyere enn virkelig verdi, står ikke i forhold til oppnåelsen av noe berettiget formål.

Beskatningen er i strid med EØS-avtalens krav til grunnleggende rettigheter.

Restriksjonene kan ikke anses som berettiget, selv ikke for inntektsårene frem til år 2010. Restriksjonene kan uansett ikke anses som berettiget fra og med inntektsåret 2011, da informasjonsutvekslingen mellom Norge og Liechtenstein trådte i kraft.

226. Petter Olsen m.fl. anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

Spørsmål 1:

Enhver etableringsform, herunder etableringsformen trust, er omfattet av etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31.

Tilleggsspørsmål:

Skattebetalere som er bosatt i en stat omfattet av EØS-avtalen, og som er eksponert for diskriminerende skattlegning, er rettighetshavere etter EØS-avtalen.

Spørsmål 2:

Truster kan oppfylle kravet til virksomhet i EØS-avtalen artikkel 31, på samme måte som enhver annen lovlig organisasjonsform innenfor EØS. Det er ikke adgang til å sette mer byrdefulle vilkår forde økonomiske aktivitetene truster utfører enn for andre juridiske personer.

Spørsmål 3:

En trusts rettigheter er beskyttet av retten til fri bevegelse av kapital etter EØS-avtalens artikkel 40. Skattebetalere som er statsborgere og bosatt i en stat omfattet av EØS-avtalen, som blir skattlagt for utbytte fra et selskap etablert i

en EØS-stat som utbetaler utbytte til en trust som er etablert i en stat omfattet av EØS-avtalen, er beskyttet av retten til fri bevegelse av kapital.

Spørsmål 4:

Reglene om løpende beskatning av skattebetalere som er statsborgere og bosatt i en stat omfattet av EØS-avtalen for inntekter i en trust som er etablert i en annen EØS-stat utgjør en restriksjon på retten til etablering og retten til fri bevegelse av kapital.

Skattlegging av skattebetalere som er statsborgere og bosatt i en stat omfattet av EØS-avtalen for utbytte som en trust etablert i en annen EØS-stat enn skattebetaleren mottar fra et selskap etablert i en annen EØS-stat enn skattebetaleren er en restriksjon på etableringsretten og retten til fri kapitalbevegelse.

Spørsmål 5:

Restriksjonene kan ikke anses begrunnet i tvingende allmenne hensyn og er ikke proporsjonale.

227. Petter Olsen m.fl. anmoder EFTA-domstolen om å besvare tilleggsspørsmålene på følgende måte:

Den løpende formuesskattleggingen av de begunstigede for trustens eiendeler innebærer en restriksjon etter EØS-avtalens artikkel 31 og kan påberopes av de begunstigede i trusten som beskrevet i foreleggelsesskrivets punkt 2.

Den løpende formuesskattleggingen av de begunstigede for trustens eiendeler innebærer en restriksjon etter EØS-avtalens artikkel 40 og kan påberopes av de begunstigede i trusten som beskrevet i foreleggelsesskrivets punkt 2.

Å benytte 1,1% som skattesats innebærer en restriksjon etter EØS-avtalens artikkel 31 og kan påberopes av de begunstigede som beskrevet i punkt 2 i foreleggelsen fra Oslo tingrett.

Å benytte 1,1% som skattesats innebærer en restriksjon etter EØS-avtalens artikkel 40 og kan påberopes av de begunstigede som beskrevet i punkt 2 i foreleggelsen fra Oslo tingrett.

Det er en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31 når selskaper som beskrevet foran, og som har etablert datterselskap i en annen EØS-stat, som Norge har skatteavtale med, og som investerer i aksjer i en eller flere andre EØS-stater som Norge har skatteavtale med, når de norske selskapene blir NOKUS-beskattet for en beregnet potensiell inntekt i det aktuelle datterselskapet.

Det er en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 40 når selskaper som beskrevet foran, og som har etablert datterselskap i en annen EØS-stat, som Norge har

skatteavtale med, og som investerer i aksjer i en eller flere andre EØS-stater som Norge har skatteavtale med, når de norske selskapene blir NOKUS-beskattet for en potensiell inntekt i det aktuelle datterselskapet.

Det annet tillegsspørsmål

Restriksjonen knyttet til løpende formuesbeskatning kan ikke anses begrunnet i tvingende allmenne hensyn og er ikke proporsjonale.

Bruken av en skattesats på 1,1% er i dette konkrete tilfellet disproporsjonalt og i strid med EØS-avtalens artikkel 31.

Bruken av en skattesats på 1,1% er i dette konkrete tilfellet disproporsjonalt og i strid med EØS-avtalens artikkel 40.

Restriksjonen knyttet til NOKUS-beskatning av potensielle inntekter i datterselskaper der det norske selskapet har etablert datterselskap i en annen EØS-stat, som Norge har skatteavtale med, og som investerer i aksjer i en eller flere andre EØS-stater som Norge har skatteavtale med, er ikke begrunnet og er ikke proporsjonal.

Skattleggingen er i strid med grunnleggende EØS-rettsligeprinsipper.

Restriksjonene kan ikke anses begrunnet for inntektsårene frem til år 2010. Dessuten kan ikke restriksjonene anses som begrunnet fra og med inntektsåret 2011 da informasjonsutvekslingsavtalen mellom Norge og Liechtenstein trådte i kraft.

228. Saksøkte foreslår at EFTA-domstolen bør avvise foreleggelsen i sak E-3/13. Skulle EFTA-domstolen komme til at foreleggelsen kan fremmes til realitetsbehandling, og uansett vedrørende sak E-20/13, foreslår saksøkte at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 3 på følgende måte:

De begunstigede av en trust som Ptarmigan Trust kan ikke påberope seg EØS-avtalens artikkel 31 om etableringsadgang eller artikkel 40 om fri kapitalbevegelse under de foreliggende omstendigheter i saken for skatteklagenemnda⁶⁰ og Oslo tingrett⁶¹ vedørende NOKUS-skatt og formuesskatt. Det er ikke nødvendig å besvare de andre spørsmålene forelagt EFTA-domstolen.

229. Dersom EFTA-domstolen også besvarer de øvrige spørsmål, foreslår saksøkte at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 4 til 5 på følgende måte:

⁶⁰ Sak E-3/13.

⁶¹ Sak E-20/13.

CFC-regler slik som fastsatt i norsk lovgivning utgjør ikke restriksjoner etter EØS-avtalen artiklene 31 eller 40 dersom de anvendes på deltakere i en trust som Ptarmigan Trust.

CFC-regler slik som fastsatt i norsk lovgivning er uansett forenlige med EØS-avtalen artiklene 31 og 40 dersom hjemstaten ikke har inngått noen avtale om utveksling av skatteinformasjon med vertsstaten som er like effektiv som utvekslingsmekanismen under direktiv 2011/16/EU, og dersom vertsstaten, i fravær av en slik avtale, ikke har kontrollert at skattyterne utøvde en reell økonomisk aktivitet i vertsstaten. Det er opp til den anmodende domstol å bringe på det rene disse forhold på grunnlag av fakta i saken.

230. Saksøkte foreslår at EFTA-domstolen besvarer det andre tillegsspørsmål på følgende måte:

Formuesbeskatning av begunstigede av en trust som Ptarmigan Trust for deres andel av trustformuen til en sats på 1,1% utgjør ikke en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31 eller artikkel 40.

Formuesskatteregler slik som fastsatt i norsk lovgivning er uansett forenlige med EØS-avtalen artikkel 31 og 40 dersom de er egnet og nødvendige for å ivareta sosiale hensyn, noe som det er opp til den anmodende domstol å bringe på det rene.

231. Frankrikes regjering foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

Bestemmelsene i EØS-avtalen, særlig artikkel 31 og artikkel 40, er ikke til hinder for at en EØS-stat kan ha lovgivning, som NOKUS-reglene, som fastsetter at:

- *de norske deltakere i et selskap, en selvstendig innretning eller formuesmasse, som en trust, som de eier eller kontrollerer, og som er hjemmehørende i et lavskattland (et såkalt "NOKUS") beskattes løpende for sin andel av overskuddet uten hensyn til om de på noe tidspunkt faktisk mottar utdelinger fra det berørte selskap eller den berørte innretning eller trust, med mindre de dokumenterer at selskapet, innretningen eller trusten faktisk er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der, og (i) Norge kan, i samsvar med en skatteavtale eller annen internasjonal avtale, kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten, eller, (ii) dersom det ikke finnes noen slik avtale, med mindre de legger frem for norske skattemyndigheter en erklæring fra skattemyndighetene i etableringsstaten som bekrefter at dokumentasjonen er riktig, og*
- *selv om (i) blant annet aksjeselskaper og selskapsdeltakere i et CFC er fritatt for skatt på utdelinger som er mottatt fra en annen innretning etablert i Norge eller en annen EØS-stat og (ii) utbytte som er mottatt fra en annen*

innretning, ikke medtas i den nettoinntekt som deltakerne i det ansvarlige selskapet lignedes for, nyter ikke deltakere i et NOKUS godt av et slikt fritak.

232. Liechtensteins regjering foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

En trust i Liechtenstein er en selvstendig enhet som kan påberope seg alle de grunnleggende rettigheter etter EØS-avtalen, herunder etableringsfriheten, adgangen til å yte tjenester og fri kapitalbevegelse. Trusten representeres av trustforvalteren, og det er forvalteren som primært besitter rettighetene etter bestemmelsen i EØS-avtalen.

En trust oppfyller kravet til virksomhet i EØS-avtalen artikkel 31.

En trust omfattes av retten til fri kapitalbevegelse i EØS-avtalens artikkel 40.

EØS-avtalen artikkel 31 må tolkes slik at den er til hinder for at eiendeler og overskudd i en trust basert i én medlemsstat, kan inkluderes i inntekten og eiendelene til en person bosatt i en annen medlemsstat gjennom anvendelsen av CFC-regler.

Restriksjonene kan ikke begrunnes i de hensyn skatteklagenemnda har gjort gjeldende, og restriksjonene er ikke egnet.

233. Storbritannias regjering foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

Truster som sådan kan ikke nyte godt av etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 med mindre de er egne rettssubjekter etter lovgivningen i den medlemsstat de er opprettet i. Stifteren og de begunstigede av en trust kan bare 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 vertsmedlemsstaten i et ikke nærmere angitt tidsrom. Forvalterne kan 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.

For å kunne påberope seg etableringsfriheten vil det uansett være nødvendig å godtgjøre at trusten driver reell økonomisk aktivitet. Dette krav er ikke oppfylt når trusten bare kjøper eiendeler, som passive investeringer, i en annen medlemsstat.

NOKUS-reglene innebærer ingen restriksjon på etableringsfriheten eller retten til fri kapitalbevegelse.

Enhver restriksjon på etableringsfriheten eller retten til fri kapitalbevegelse innstiftet ved NOKUS-reglene, er begrunnet i hensynet til å opprettholde en

balansert beskatningsmessig myndighet og/eller til å motvirke skatteomgåelse. Den er også forholdsmessig i forhold til disse mål.

234. Storbritannias regjering foreslår at EFTA-domstolen besvarer tillegsspørsmålene på følgende måte:

Enhver restriksjon på etableringsfriheten som følge av NOKUS-reglene er begrunnet i hensynet til å opprettholde en balansert beskatningsmessig myndighet og/eller til å motvirke skatteomgåelse. Den er også forholdsmessig i forhold til disse mål.

De samme betraktninger gjør seg også gjeldende når det gjelder både inntektsbeskatningen av de begunstigedes interesser i NOKUS-selskaps inntekt og formuesbeskatningen av kapitalverdien av deres interesser i NOKUS-selskapet.

Tiltaket mot flytting av eiendeler til CFC-selskaper og formuesbeskatningen av egne borgere som eier eiendeler i CFC-selskaper, medfører ikke for store byrder på skattyteren. Derfor foreligger det ikke brudd på artikkel 1 i protokoll 1 til EMK.

235. ESA foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

Særskilt skattebehandling etter CFC-regler som de hovedsaken gjelder, og de ulemper dette medfører for hjemmehørende skattytere som er begunstigede i et CFC-selskap som er en trust hjemmehørende i et lavskattland i EØS-området, er egnet til å hindre utøvelsen av etableringsfriheten og hindre etablering eller opprettholdelse av en trust i et lavskattland i EØS, i motsetning til i enhver annen EØS-stat, og utgjør dermed en restriksjon på etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31.

Denne restriksjon er berettiget dersom trusten ikke er en reell etablering som driver reell økonomisk aktivitet i den EØS-stat den er hjemmehørende i, og tjener til å unngå den skatt som normalt skal betales på overskudd fra aktiviteter utført på territoriet til den EØS-stat som ilegger restriksjonene. CFC-deltakerne (de hjemmehørende skattytere), som er best plassert for dette formål, må gis mulighet til å fremføre bevis for at CFC-selskapet faktisk er etablert og dets aktiviteter reelle, og beviset må godtas av kompetente nasjonale myndigheter etter nødvendig verifisering av dokumentene.

CFC-regler som de hovedsaken gjelder, innebærer også en restriksjon på etableringsfriheten etter EØS-avtalen artikkel 31 i den utstrekning de uten unntak medfører internasjonal økonomisk dobbeltbeskatning av aksjeinntekter, herunder utbytte, som mottas av et CFC som er en trust, og som deretter deles ut av trusten til dens begunstigede, såfremt dobbeltbeskatning unngås eller oppheves i sammenlignbare interne situasjoner. Dette synes å være en

problemstilling for personlige deltakere i NOKUS (fysiske personer som er begunstigede av trusten).

Ved at det ikke er gitt hensiktsmessige unntak, er denne restriksjon fortsatt ubegrunnet.

Beskatning av hjemmehørende personlige skattytere for utdelinger foretatt til dem fra en trust hjemmehørende i en annen EØS-stat, utgjør ikke i seg selv en restriksjon på fri kapitalbevegelse eller på etableringsfriheten dersom beskatningen tilsvarende beskatningen av utbytte fra aksjeselskaper på personlige aksjeeieres hånd og beskatningen av utdelinger fra deltakerlignede selskaper på de personlige eieres hånd.

Etableringsfriheten kan påberopes av de begunstigede av trusten i deres egenskap av deltakere i det CFC-selskap som er trusten, for å bestride at de skattlegges på grunnlag av CFC-regler som de hovedsakene gjelder.

236. ESA foreslår at EFTA-domstolen besvarer tillegsspørsmålene på følgende måte:

Det første tillegsspørsmål:

Løpende formuesbeskatning av de begunstigede av en trust basert i en annen EØS-stat for trustens eiendeler, med en sats på inntil 1,1%, utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, som de begunstigede av en slik trust kan påberope seg.

Det annet tillegsspørsmål:

Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere, på grunnlag av de tvingende allmenne hensyn norske myndigheter har gjort gjeldende, om en slik restriksjon kan anses som begrunnet og forholdsmessig.

Det er opp til den nasjonale domstol å vurdere om løpende formuesbeskatning til en sats på inntil 1,1% er i strid med EØS-avtalen når den leses i lys av de grunnleggende rettigheter, samtidig som det tas hensyn til om slike skatteregler legger en for stor byrde på de begunstigede eller innebærer et fundamentalt inngrep i deres økonomiske stilling.

Det forhold at avtalen mellom Norge og Liechtenstein om informasjonsutveksling i skattesaker har trådt i kraft, har ingen betydning i foreliggende sak. Eksistensen av en slik avtale kan imidlertid i praksis potensielt ha betydning for vurderingen av hensyn som kan rettferdiggjøre restriksjoner på etableringsfriheten.

237. Kommisjonen foreslår at EFTA-domstolen besvarer spørsmål 1 til 5 på følgende måte:

Nasjonal CFC-lovgivning som behandler begunstigede av en trust som direkte mottakere av trustens inntekt, omfattes av bestemmelsene i EØS-avtalen om etableringsfrihet.

Løpende beskatning av hjemmehørende begunstigede av en trust beliggende i en annen EØS-stat og mangelen på fritak for dobbeltbeskatning dersom slikt fritak gis i interne situasjoner, utgjør restriksjoner på etableringsfriheten.

Slike restriksjoner kan være berettiget dersom de tjener til å sikre effektiv skattekontroll og til å motvirke skatteomgåelse, og går ikke lenger enn det som er uunngåelig for å oppnå nevnte mål.

238. Kommisjonen foreslår at EFTA-domstolen besvarer tilleggsspørsmålene på følgende måte:

Anvendelsen av en samlet formuesskattesats på 1,1% på eiendelene som innehas av en familietrust i Liechtenstein, under omstendigheter der et tilsvarende norsk arrangement ville medføre skatt til en sats på 0,3%, er i strid med EØS-avtalen artikkel 31 siden det medfører tyngre beskatning av begunstigede av en trust i Liechtenstein enn av begunstigede av en sammenlignbar norsk enhet.

Páll Hreinsson
Forberedende dommer