



EFTA-DOMSTOLENS DOM

1. juni 2022*

(Etableringsadgang – Direkte beskatning – Konsernbidragsregler – Begrensning i fradragsretten for renter på gjeld til nærstående parter – Sammenlignbare situasjoner – Ingen annen skattefordel)

I sak E-3/21,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i saken mellom

PRA Group Europe AS

og

den norske stat v/Skatteetaten,

om tolkningen av reglene om etableringsadgang, særlig tolkningen av artikkel 31 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde sammenholdt med artikkel 34, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president, Per Christiansen og Bernd Hammermann (saksforberedende dommer), dommere,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

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

- PRA Group Europe AS («PRA»), representert ved advokat Anette Fjeld,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved Ida Thue, som partsrepresentant,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Kyrre Isaksen, Claire Simpson og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Wim Roels og Vincent Uher, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra PRA, representert ved Anette Fjeld; den norske stat, representert ved Ida Thue; ESA, representert ved Kyrre Isaksen og Claire Simpson; og Kommisjonen, representert ved Wim Roels, i digitalt rettsmøte 1. desember 2021,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») artikkel 31 nr. 1 lyder:

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 kapitlet om kapital.

- 2 EØS-avtalen artikkel 34 lyder:

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

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

Nasjonal rett

- 3 I de norske inntektsår 2014 og 2015 inneholdt lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 («skatteloven») følgende bestemmelser.
- 4 Skatteloven § 6-40(1) fastsatte en generell regel om fradrag for gjeldsrenter.
- 5 Skatteloven § 6-41, med overskriften «Begrensning av rentefradrag mellom nærstående», lød i utdrag:

(1) Reglene i denne paragraf om begrensning av fradrag for netto rentekostnader på gjeld til nærstående person, selskap eller innretning gjelder for

a. selskap og innretning som nevnt i § 2-2 første ledd,

[...]

(2) I netto rentekostnader etter denne paragraf inngår rentekostnader som nevnt i § 6-40, fratrukket renteinntekter. Gevinst og tap på sammensatte obligasjoner som ikke skal dekomponeres i en obligasjonsdel og en derivatdel for skattemessige formål, regnes i sin helhet som renteinntekt eller rentekostnad. Det samme gjelder for gevinst og tap på fordring som er utstedt til høyere eller lavere kurs enn innløsningskursen. Gevinst og tap som nevnt i foregående punktum regnes ikke som renteinntekt eller rentekostnad for innehaver som har ervervet fordringen i annenhåndsmarkedet.

(3) Dersom netto rentekostnader overstiger 5 millioner kroner, kan de ikke fradras for den delen som overstiger 30 prosent av alminnelig inntekt eller årets udekkede underskudd før begrensning av fradrag etter denne paragraf, tillagt rentekostnader og skattemessige avskrivninger, og redusert med renteinntekter. Avskjæring av rentefradrag etter foregående punktum foretas bare for et beløp inntil størrelsen på netto rentekostnader på gjeld til nærstående person, selskap eller innretning. Det gis ikke fradrag for ytterligere fremført underskudd, jf. § 14-6, eller konsernbidrag, jf. § 10-4, etter at det er foretatt avskjæring av rentefradrag etter dette ledd. Dersom årets netto rentekostnader ikke overstiger 5 millioner kroner, men summen av årets netto rentekostnader og netto rentekostnader til fremføring fra tidligere inntektsår etter syvende ledd overstiger 5 millioner kroner, kan skattyter kreve fradrag for fremførte netto rentekostnader og årets netto rentekostnader innenfor grensen etter dette ledd.

(4) *Med nærstående etter denne paragraf menes*

a. selskap eller innretning som låntakeren, direkte eller indirekte, eier eller kontrollerer med minst 50 prosent,

b. person, selskap eller innretning som, direkte eller indirekte, eier eller kontrollerer låntaker med minst 50 prosent,

c. selskap eller innretning som nærstående etter b, direkte eller indirekte, eier eller kontrollerer med minst 50 prosent, og

d. nærstående person etter b sine foreldre, søsken, barn, barnebarn, ektefelle, samboer, ektefelles foreldre og samboers foreldre, samt selskap eller innretning som disse, direkte eller indirekte, eier eller kontrollerer med minst 50 prosent.

Person, selskap eller innretning regnes som nærstående etter tredje ledd dersom kravet til eierskap eller kontroll etter dette ledd har vært oppfylt på noe tidspunkt i inntektsåret.

[...]

6 Skatteloven § 10-2(1), med overskriften «Fradrag for konsernbidrag», lød i utdrag:

Aksjeselskap og allmennaksjeselskap kan kreve fradrag ved inntektslikningen for konsernbidrag så langt dette ligger innenfor den ellers skattepliktige alminnelige inntekt, og for så vidt konsernbidraget ellers er lovlig i forhold til aksjelovens og allmennaksjelovens regler. Likestilt selskap og sammenslutning kan kreve fradrag for konsernbidrag i den utstrekning aksjeselskap og allmennaksjeselskap kan gjøre det. Bestemmelsen i § 10-4 første ledd annet punktum gjelder likevel ikke når et samvirkeforetak yter konsernbidrag til et foretak som inngår i samme føderative samvirke, jf. samvirkeloven § 32.

7 Skatteloven § 10-3, med overskriften «Skatteplikt for mottatt konsernbidrag», lød:

(1) Konsernbidrag regnes som skattepliktig inntekt for mottakeren i samme inntektsår som det er fradragsberettiget for giveren. Den del av konsernbidraget som giveren ikke får fradrag for på grunn av reglene i § 10-2 annet ledd eller fordi det overstiger den ellers skattepliktige alminnelige inntekt, er ikke skattepliktig for mottakeren.

(2) Konsernbidrag regnes ikke som utbytte i forhold til reglene i §§ 10-10 til 10-13.

- 8 Skatteloven § 10-4, med overskriften «Vilkår for rett til å yte og motta konsernbidrag», lød i utdrag:

(1) Giver og mottaker må være norske selskaper eller sammenslutninger. Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper må tilhøre samme konsern, jf. aksjeloven § 1-3 og allmennaksjeloven § 1-3, og morselskapet må eie mer enn ni tideler av aksjene i datterselskapet samt ha en tilsvarende del av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen, jf. aksjeloven § 4-26 og allmennaksjeloven § 4-25. Kravene må være oppfylt ved utgangen av inntektsåret. Det kan ytes konsernbidrag mellom selskaper hjemmehørende i Norge selv om morselskapet er hjemmehørende i en annen stat, dersom selskapene ellers tilfredsstiller kravene.

(2) Utenlandsk selskap hjemmehørende i land innenfor EØS anses likestilt med norsk selskap hvis:

a. det utenlandske selskapet tilsvarer et norsk selskap eller sammenslutning som nevnt i § 10-2 første ledd,

b. selskapet er skattepliktig etter § 2-3 første ledd b eller petroleumsskatteloven § 2, jf. § 1, og

c. det mottatte konsernbidrag er skattepliktig inntekt i Norge for mottakeren.

[...]

II Faktum og saksgang

- 9 PRA Group er et globalt konsern innen kjøp av fordringer og betjening av gjeld. Konsernet har flere selskaper i Europa som eies av holdingselskapet PRA Group Europe Holding S.à.r.l. («PRA Holding»), som er skattemessig hjemmehørende i Luxembourg. PRA Group Europe Subholding AS («PRA Subholding») var et heleid datterselskap av PRA Holding og skattemessig hjemmehørende i Norge.
- 10 PRA Subholding ble finansiert med en blanding av egenkapital og lån fra PRA Holding. Rentekostnadene for inntektsårene 2014 og 2015 knytter seg til denne gjelden. PRA Subholding mottok ingen andre verdioverføringer fra morselskapet i 2014 og 2015.
- 11 I selvangivelsene for 2014 og 2015 krevde PRA Subholding fradrag for disse gjeldsrentene. I ligningen for inntektsårene 2014 og 2015 ble rentefradrag for til sammen 144 549 153 kroner avskåret med hjemmel i skatteloven § 6-41.
- 12 Ifølge anmodningen kan skyldneren etter skatteloven § 6-41(3) i forbindelse med fradrag for renter betalt på gjeld til nærstående, ikke kreve fradrag for renter som overstiger 30 prosent av «alminnelig inntekt eller årets udekkede underskudd før begrensning av fradrag etter denne paragraf, tillagt rentekostnader og skattemessige

avskrivninger, og redusert med renteinntekter» («EBITDA»). Fradragsbegrensningsregelen i § 6-41 beregnes separat for hvert enkelt selskap, uten hensyn til om selskapet er en del av et konsern. Den anmodende domstol fastslår videre at formålet med skatteloven § 6-41 sett i lys av lovens forarbeider, er å motvirke skattetilpasninger som skjer ved at internasjonale konsern plasserer uforholdsmessig mye av konsernets gjeld, og dermed rentekostnader, i land med høye skattesatser, mens renteinntekter og fordringer kanaliseres til konsernselskap hjemmehørende i land med lavere eller ingen skattlegging.

- 13 Ved brev 7. desember 2016, og etter at PRA Subholding hadde blitt innfusjonert i PRA, anmodet sistnevnte om endring av ligningene for inntektsårene 2014 og 2015.
- 14 Etter ny realitetsbehandling fastholdt skattekontoret ligningene for 2014 og 2015 ved vedtak 7. juli 2017. PRA klaget på vedtaket til Skatteklagenemnda. Ved Skatteklagenemndas vedtak 24. juni 2020 i stor avdeling ble klagen ikke tatt til følge.
- 15 Den 8. september 2020 tok PRA ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at selskapet innrømmes fullt skattefradrag for påløpte gjeldsrenter til nærstående selskaper. Den norske stat v/Skatteetaten har lagt ned påstand om frifinnelse.
- 16 PRA gjør gjeldende at rentebegrensningsregelen er i strid med etableringsadgangen i EØS-avtalen artikkel 31, og at Norge er forpliktet til å innrømme fullt fradrag for påløpte gjeldsrenter. PRA hevder at de norske konsernbidragsregler i skatteloven §§ 10-2 til 10-4 er relevante i vurderingen av om rentebegrensningsreglene i § 6-41 strider mot EØS-avtalen.
- 17 Konsernbidrag er verdioverføringer mellom selskap eller sammenslutninger i et konsern som på visse vilkår gir rett til å kreve skattefradrag for giveren. Bidraget regnes da som skattepliktig inntekt for mottakeren. Det kan bestå av en umiddelbar overføring av penger eller andre formuesverdier, eller at giveren påtar seg å betale et bestemt beløp til mottakeren på et senere tidspunkt. Ifølge anmodningen skal bestemmelsene om konsernbidrag bidra til skattemessig nøytralitet mellom foretak som organiserer virksomheten gjennom avdelinger i et aksjeselskap, og foretak som organiserer virksomheten gjennom flere aksjeselskap i et konsern. Etter skatteloven §§ 10-4 (1) og (2) er det bare selskaper som er skattepliktige til Norge som kan gi og motta konsernbidrag med skattemessig virkning. Det følger av anmodningen at siden et konsernbidrag med skattemessig virkning inngår i beregningsgrunnlaget for EBITDA, vil mottakeren av et skattepliktig konsernbidrag dermed øke sin fradragsramme, mens giveren vil få en tilsvarende reduksjon.
- 18 Under rettergangen for Oslo tingrett ble det vist til en begrunnet uttalelse (vedtak nr. 192/16/COL) fra ESA 25. oktober 2016. Bakgrunnen for nevnte begrunnede uttalelse er som følger:
- 19 I 2014 mottok ESA en klage om anvendelsen av skatteloven § 6-41, som trådte i kraft 1. januar 2014. Etter en gjennomgang av reglene og dialog med den norske stat vedtok ESA en begrunnet uttalelse 25. oktober 2016. ESA konkluderte med at Norge, ved å

oppretholde begrensninger på fradragsretten for renter, slik som fastsatt i skatteloven § 6-41, ikke hadde oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen artikkel 31. ESA tok hensyn til at konsern med norske konsernmedlemmer lettere vil kunne unngå rentebegrensningsreglene på grunn av deres mulighet til å anvende og dra nytte av de norske konsernbidragsreglene. Dette vil kunne hindre norske selskaper fra å etablere konsern over landegrensene med nærstående konsernmedlemmer i andre EØS-stater, og omvendt. ESA anså at tiltakene ikke var forholdsmessige sett opp mot noe uttalt tvingende allmenne hensyn, og derfor ikke kunne rettferdiggjøres.

20 Selv om den norske stat ikke var enig i standpunktet ESA inntok i sin begrunnede uttalelse, opplyste staten at den ville fremme ytterligere forslag for å endre rentebegrensningsreglene. Disse endringer, der det blant annet ble innført visse unntak fra reglene om begrensning av rentefradrag, trådte i kraft 1. januar 2019. Ifølge ESA er vurderingen av lovendringen ennå ikke avsluttet.

21 Oslo tingrett forela følgende spørsmål for EFTA-domstolen ved brev 1. juli 2021, registrert ved EFTA-domstolen påfølgende dag:

1) *Foreligger det en restriksjon på EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34, når konsernbidrag fra norske selskaper øker rentefradragsrammen og da fradragsretten for nærstående [parter] i rentebegrensningsregelen, en adgang som etter norske skatteregler ikke er tilgjengelig ved investeringer av eller i EØS-selskaper?*

2) *Er et EØS-selskap som er i konsern med et norsk selskap, i en sammenlignbar situasjon som et norsk selskap som er i konsern med et annet norsk selskap, og hvilken betydning har det for sammenlignbarhetsvurderingen at det ikke er ytt et faktisk konsernbidrag fra EØS-selskapet til det norske selskapet, men et lån?*

3) *For det tilfelle at det foreligger en restriksjon: Hvilke allmenne hensyn vil kunne begrunne en slik restriksjon?*

22 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter vil i det følgende bare bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Spørsmål 1 og 2

23 Ved spørsmål 1 spør den anmodende domstol om lovgivning som gjør det mulig for et selskap som er skattepliktig i Norge å benytte konsernbidragsreglene for å redusere eller fjerne konsekvensene av regler som begrenser rentefradrag for lån hos nærstående selskaper, forutsatt at selskapet er i et konsern med selskaper som er skattepliktige til Norge, mens dette ikke er mulig om det er i et konsern med selskaper som er

skattepliktige til andre EØS-stater, utgjør en restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 31, sammenholdt med EØS-avtalen artikkel 34.

- 24 Ved den første del av spørsmål 2 spør den anmodende domstol om et selskap som er hjemmehørende i en annen EØS-stat, og som er i konsern med et selskap hjemmehørende i Norge, befinner seg i en sammenlignbar situasjon som et selskap som er hjemmehørende i Norge, og som er i konsern med et annet selskap hjemmehørende i Norge. Den andre del av spørsmål 2 gjelder vurderingen av sammenlignbarhet og hvilken betydning det har for denne vurdering at det faktisk ikke er ytt et konsernbidrag fra det utenlandske EØS-selskap til det norske selskap, men et lån. EFTA-domstolen finner det hensiktsmessig å besvare spørsmål 1 og 2 samlet.
- 25 Skatteloven § 6-41 er et unntak fra den generelle regel om fradrag for gjeldsrenter og begrenser fradragsretten for renter betalt på gjeld til nærstående til en nærmere angitt fradragsramme. Fradragsrammen er på 30 prosent av selskapets skattemessige EBITDA. Denne regel gjelder for alle selskaper uansett hvor de skattemessig hører hjemme. Ifølge anmodningen er formålet med skatteloven § 6-41 å motvirke skattetilpasninger som skjer ved at internasjonale konsern plasserer uforholdsmessig mye av konsernets gjeld, og dermed rentekostnader, i land med høye skattesatser, mens renteinntekter og fordringer kanaliseres til konsernselskap hjemmehørende i land med lavere eller ingen skattlegging.
- 26 Det fremgår av dokumentene fremlagt for EFTA-domstolen at skattelovens forarbeider avklarer at konsernbidragsreglene i skatteloven §§ 10-2, 10-3 og 10-4 kan benyttes for å redusere eller fjerne konsekvensene av rentebegrensningsreglene. Hensikten med konsernbidragsreglene er å bidra til skattemessig nøytralitet mellom foretak som organiserer virksomheten gjennom avdelinger i et aksjeselskap, og foretak som organiserer virksomheten gjennom flere aksjeselskap i et konsern. For å kunne benytte konsernbidragsreglene må både giveren og mottakeren være norske selskaper og tilhøre samme konsern. En slik overføring vil øke mottakerselskapets EBITDA og dermed øke dets fradragsramme etter rentebegrensningsreglene, mens giveren vil få en tilsvarende reduksjon i sin fradragsramme. Dette vil igjen øke mottakerselskapets mulighet til å påta seg gjeld og betale renter til andre konsernselskap uten å være underlagt rentebegrensningsreglene. Motsatt vil et selskap som er skattemessig hjemmehørende i Norge og i et konsern av selskaper som er skattepliktige til andre EØS-stater, ikke på samme måte kunne unndra seg (eller redusere konsekvensene av) rentebegrensningsreglene ved å yte et konsernbidrag til et konsernselskap som er skattepliktig til en annen EØS-stat.
- 27 EFTA-domstolen peker også på at i en situasjon der et selskap kan få fradrag i sin skattepliktige inntekt for konsernbidrag til et annet selskap i samme konsern når det andre selskap er skattepliktig i samme EØS-stat, har det ikke noen hensikt i å ta opp et lån fra et annet selskap i konsernet i den ene hensikt å få fradrag for de tilsvarende rentekostnader (jf. dommen i *Lexel*, C-484/19, EU:C:2021:34, avsnitt 40).
- 28 Etableringsadgangen innebærer en rett for selskaper som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat, og som har sitt vedtektsbestemte sete, sin

hovedadministrasjon eller sitt hovedforetak innenfor EØS-området, til å utøve sin virksomhet i en annen EØS-stat gjennom en filial etablert der. EØS-avtalen artikkel 31 har særlig til formål å sikre nasjonal behandling i en vertsstat. Forskjellsbehandling av innenlandske datterselskaper ut fra hvor deres morselskaper har sitt sete, utgjør en hindring for etableringsadgangen dersom den gjør det mindre interessant for EØS-selskaper å etablere datterselskaper i EØS-staten (se sak E-15/16 *Yara International ASA*, Sml. 2017 s. 434, avsnitt 34 og 35).

- 29 En ordning slik som den hovedsaken gjelder, som er resultatet av kombinasjonen av rentebegrensningsreglene og konsernbidragsreglene, vil kunne begrense selskapers utøvelse av etableringsadgangen. Særlig er norske selskaper som tilhører et konsern med selskaper i andre EØS-stater, og som ønsker å oppta et konsernlån, avskåret fra å nøytralisere eller redusere konsekvensene av rentebegrensningsreglene. Slike selskaper stilles derfor i en ufordelaktig posisjon i forhold til selskaper i konsern der alle selskapene er etablert i Norge.
- 30 Det følger av rettspraksis at det faktisk at en mulig restriksjon på etableringsadgangen skyldes samspillet mellom to sett regler, særlig under omstendigheter der det ene sett fastsetter enten et unntak fra eller en endring av det andre, ikke endrer vurderingen av om det foreligger en restriksjon. Forskjellsbehandlingen kan komme av en kombinasjon av ulike regler eller omstendigheter (jf. dommene i *X og X*, C-398/16 og C-399/16, EU:C:2018:110, avsnitt 34 og 49, og *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 40, 41 og 78). Som påpekt av ESA, ville det å overse forskjellsbehandling som er et resultat av samspillet mellom eller kombinasjonen av regler, svekke virkningen av EØS-avtalen artikkel 31.
- 31 Forskjellsbehandling som er et resultat av en EØS-stats lovgivning, og som går ut over selskaper som utøver sin etableringsadgang, utgjør ikke en hindring for den nevnte frihet hvis den gjelder situasjoner som objektivt sett ikke er sammenlignbare (jf. dommen i *X og X*, som omtalt over, avsnitt 20 og rettspraksis som det vises til der).
- 32 Det er videre fast rettspraksis at spørsmålet om grenseoverskridende og nasjonale situasjoner er sammenlignbare, er en sak som må vurderes ut fra formålet med og innholdet i de aktuelle nasjonale bestemmelser (jf. dommen i *X og X*, som omtalt over, avsnitt 33, og *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 43 og rettspraksis som det vises til der).
- 33 Som påpekt skyldes forskjellsbehandlingen i den foreliggende sak mellom selskaper hjemmehørende i en annen EØS-stat på den ene side og selskaper hjemmehørende i Norge på den annen, en kombinasjon av rentebegrensningsreglene og konsernbidragsreglene. EFTA-domstolen anser det hensiktsmessig å vurdere spørsmålet om sammenlignbarhet i relasjon til denne kombinasjon. Det må legges til grunn at en situasjon der et selskap etablert i én EØS-stat betaler renter på et lån hos et selskap etablert i en annen EØS-stat, og disse to selskapene tilhører samme konsern, ikke skiller seg fra en situasjon der mottakeren av rentebetalingene er et selskap som tilhører samme konsern og som er etablert i samme EØS-stat, nemlig Norge i den foreliggende sak case (jf. dommen i *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 44). Ved vurdering av rentebegrensningsregelen i kombinasjon med konsernbidragsreglene er den nasjonale og den grenseoverskridende situasjon beskrevet av den anmodende domstol,

sammenlignbare. Det faktum at selskaper etablert i samme EØS-stat kan benytte konsernbidragsreglene for å redusere eller fjerne konsekvensene av rentebegrensningsreglene, mens selskaper etablert i ulike EØS-stater ikke kan det, påvirker ikke vurderingen av sammenlignbarhet.

- 34 Videre spør den anmodende domstol hvilken betydning det har for vurderingen av sammenlignbarhet at det faktisk ikke er ytt et konsernbidrag fra det utenlandske EØS-selskap til det norske selskap, men et lån. Det må sondres mellom slike situasjoner. Et konsernbidrag er en ensidig verdioverføring, noe et lån ikke er. Det faktum at et selskap etablert i én EØS-stat faktisk ikke har ytt et konsernbidrag til et selskap i samme konsern som er etablert i en annen EØS-stat, har imidlertid ingen betydning for vurderingen av om dette selskap befinner seg i en situasjon som kan sammenlignes med en situasjon der mottakeren er etablert i samme EØS-stat.
- 35 Som den anmodende domstol påpeker, kan et selskap hjemmehørende i en annen EØS-stat ikke yte et konsernbidrag med skattemessig virkning i Norge, av den grunn at selskapet ikke er skattemessig hjemmehørende i Norge, slik som kreves etter skatteloven § 10-4. I tråd med fast rettspraksis innebærer imidlertid ikke det faktum alene at et selskap er skattemessig hjemmehørende i et annet land, at situasjonene ikke er sammenlignbare og at forskjellsbehandling kan rettferdiggjøres, siden en slik konklusjon ville medføre at EØS-avtalen artikkel 31 fratras sin virkning (jf. dommene i *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, avsnitt 23; *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, avsnitt 37; og *Oy AA*, C-231/05, EU:C:2007:439, avsnitt 30 og rettspraksis som det vises til der).
- 36 EFTA-domstolen tilføyer i denne sammenheng at det for at lovgivning skal anses som en restriksjon på etableringsadgangen, er tilstrekkelig at den kan begrense utøvelsen av denne frihet, uten at det er nødvendig å bringe på det rene om den aktuelle lovgivning faktisk har hatt den konsekvens at den har ført til at en del selskaper etablert i en annen EØS-stat har avstått fra å etablere, erverve eller opprettholde et datterselskap i den aktuelle EØS-stat (jf. dommen i *Oy AA*, som omtalt over, avsnitt 42 og rettspraksis som det vises til der).
- 37 Følgelig må svaret på spørsmål 1 og 2 bli at innenfor rammen av den nasjonale lovgivning hovedsaken gjelder, kan situasjonen til et utenlandsk EØS-selskap som er i et konsern med et norsk selskap, sammenlignes med situasjonen til et norsk selskap som er i et konsern med et annet norsk selskap. Det er uvesentlig for vurderingen av sammenlignbarhet at det faktisk ikke er ytt noe konsernbidrag fra selskapet som er hjemmehørende i en annen EØS-stat til det norske selskap. EØS-avtalen artikkel 31 sammenholdt med EØS-avtalen artikkel 34, må forstås slik at nasjonal lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, utgjør en restriksjon på etableringsadgangen når et selskap som er skattepliktig i Norge kan redusere eller fjerne konsekvensene av regler som begrenser rentefradrag for lån hos nærstående selskaper ved å benytte konsernbidragsreglene, forutsatt at selskapet er i et konsern med andre selskaper som er skattepliktige til Norge, mens dette ikke er mulig om det er i et konsern med selskaper som er skattepliktige i andre EØS-stater.

Spørsmål 3

- 38 Ved spørsmål 3 spør den anmodende domstol hvilke allmenne hensyn som vil kunne rettferdiggjøre en restriksjon som er et resultat av nasjonal lovgivning, slik som den hovedsaken gjelder.
- 39 Det er fast rettspraksis at et nasjonalt tiltak som er til hinder for etableringsadgangen etter EØS-avtalen artikkel 31, kan rettferdiggjøres av tvingende allmenne hensyn, forutsatt at det er egnet til å sikre oppnåelsen av det fastsatte mål og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål (se sak E-8/16 *Netfonds Holding m.fl.*, Sml. 2017 s. 163, avsnitt 112 og rettspraksis som det vises til der, og jf. dommen i *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 46 og rettspraksis som det vises til der).
- 40 I hovedsaken synes det å ha blitt påberopt en rekke grunner for det aktuelle tiltak. Dette omfatter behovet for å opprettholde en balansert fordeling av beskatningsmyndighet og bekjempelsen av skatteomgåelse og skatteunndragelse, eller en kombinasjon av disse to. EFTA-domstolen peker på at å sikre effektiv skattekontroll og sammenheng i skattesystemet, bevare fordelingen av beskatningsmyndighet mellom EØS-statene og ivareta symmetrien dem mellom, samt motvirke skatteomgåelse, er tvingende allmenne hensyn som kan rettferdiggjøre en restriksjon på utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen (se *Yara*, som omtalt over, avsnitt 38, og sak E-19/15 *ESA mot Liechtenstein*, Sml. 2016 s. 437, avsnitt 48 og rettspraksis som det vises til der). Målet om å motvirke skatteunndragelse kan også rettferdiggjøre et tiltak som begrenser utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen (se *Yara*, som omtalt over, avsnitt 38).
- 41 EFTA-domstolen peker på, slik den norske stat bemerker, at det følger av fast rettspraksis at konsernbidragsreglene har vært rettferdiggjort i behovet for å opprettholde den balanserte fordeling av beskatningskompetanse mellom EØS-statene. Rettspraksis har under slike omstendigheter ansett det som legitimt å begrense visse skattefordeler til nasjonale konsern, til utelukkelse av utenlandske EØS-selskaper (se *Yara*, som omtalt over, avsnitt 55, og jf. dommene i *Oy AA*, som omtalt over, avsnitt 67; *X Holding*, som omtalt over, avsnitt 42 og 43, samt *X og X*, som omtalt over, avsnitt 23). Den norske stat anfører i sitt skriftlige innlegg at den samme begrunnelse burde få anvendelse under omstendighetene i den foreliggende sak.
- 42 EFTA-domstolen peker på at det for konsernbidrag tillates konserninterne overføringer av overskudd fra ett selskap til et annet i det samme nasjonale konsern, uten at det som motytelse betales vederlag. Mangelen på vederlag innebærer at slike overføringer ikke bør anses som transaksjoner av kommersiell art i vanlig forstand. Det ville undergrave den balanserte fordeling av beskatningsmyndighet i samsvar med territorialprinsippet dersom skattyterne fritt skulle kunne velge i hvilken stat overskudd skulle beskattes eller underskudd utnyttes, og hadde mulighet til fritt å flytte beskatningsgrunnlaget mellom EØS-stater (jf. dommen i *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 61 og rettspraksis som det vises til der). I slike tilfelle er det ikke rom for å vurdere bidragenenes kommersielle art ved for eksempel en vurdering av armlengdes avstand. Etter prinsippet om

armlengdes avstand skal transaksjoner mellom tilknyttede foretak ikke påvirkes av det spesielle forholdet som eksisterer mellom partene.

- 43 EFTA-domstolen minner imidlertid om at restriksjonen i den foreliggende sak følger av kombinasjonen av rentebegrensningsreglene og konsernbidragsreglene i stedet for konsernbidragsreglene vurdert alene. Temaet i den foreliggende sak gjelder ikke konsernbidragsreglene som sådan, men forskjellsbehandlingen som består i at et norsk selskap eller norske selskaper i et konsern kan benytte slike regler for å redusere eller fjerne konsekvensene av et annet sett med regler, nemlig rentebegrensningsreglene.
- 44 Ved vurdering av rettfærdiggjøringen for eventuelle fordeler som gis norske selskaper, må det foretas en vurdering av denne fordels art. Nærmere bestemt må fordelene, om de faller utenfor virkeområdet for ordningen for konserninterne overføringer, vurderes og begrunnes særskilt.
- 45 EFTA-domstolen peker på at begrunnelsen når det gjelder overføring av overskudd eller underskudd innenfor et skattemessig integrert konsern, ikke nødvendigvis får anvendelse på rentebegrensningsreglene. Når det gjelder disse regler, kan den balanserte fordeling av beskatningsmyndighet ivaretas ved å nekte rentefradrag der arrangementet er rent kunstig, eller i den utstrekning gjeldsgraden eller rentesatsen ikke er i tråd med det som ville vært avtalt med en armlengdes långiver. Dette kan også bidra til å motvirke skatteomgåelse.
- 46 Spørsmålet blir derfor om denne forskjellsbehandling sett hen til rentebegrensningsreglene kan rettfærdiggjøres ut fra behovet for å ivareta fordelingen av beskatningskompetanse mellom EØS-statene. Det er fast rettspraksis at, i saker tilsvarende den hovedsaken gjelder, hvor kombinasjoner av skatteregler fører til at grenseoverskridende situasjoner behandles mindre gunstig enn nasjonale situasjoner – selv om én regel alene (i dette tilfelle konsernbeskatningsregelen) ville kunne begrunnes i den balanserte fordeling av beskatningskompetanse – er dette i seg selv ikke tilstrekkelig til å rettfærdiggjøre den samlede skattemessige situasjon, herunder virkningen på rentebegrensningsreglene (jf. dommen i *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 78).
- 47 I denne sammenheng peker EFTA-domstolen på at hensynet til å sikre en balansert fordeling av beskatningsmyndighet mellom EØS-statene har vært godtatt av Den europeiske unions domstol («EU-domstolen») der likebehandling kan medføre at EØS-stater taper beskatningskompetanse eller aktiviteter utøvd på deres territorium, typisk der skattyteren kan bestemme hvor inntekter og kostnader skal beskattes (jf. dommen i *K*, C-322/11, EU:C:2013:716, avsnitt 49 og 50, 55 og 71).
- 48 Slike hensyn kan likevel ikke rettfærdiggjøre en restriksjon slik som den som oppstår under omstendigheter der skattefradrag er gitt i en nasjonal, men ikke i en grenseoverskridende situasjon. Tvert imot kan en EØS-stat som gir en slik fordel i en nasjonal situasjon (og gir avkall på noe av sin beskatningsmyndighet), spesielt ikke påstå at den samme beskatningsretten er viktig i en grenseoverskridende situasjon, i et forsøk på å begrense likebehandlingen (jf. dommen i *Rewe Zentralfinanz*, C-347/04,

EU:C:2007:194, avsnitt 43). Følgelig synes ikke forskjellsbehandlingen å være rettfærdiggjort med behovet for å ivareta en balansert fordeling av beskatningskompetanse mellom EØS-statene.

- 49 Når det gjelder bekjempelse av skatteomgåelse og skatteunndragelse, minner EFTA-domstolen om at behovet for å forhindre tap av skatteinntekt ikke er et tvingende allment hensyn som kan rettfærdiggjøre en restriksjon på en frihet som sikres i EØS-avtalen. Imidlertid kan et nasjonalt tiltak som begrenser etableringsadgangen i den hensikt å motvirke skatteomgåelse være rettfærdiggjort, forutsatt at det spesifikt retter seg mot rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler en økonomisk virkelighet, og at det er egnet for å sikre at dette mål nås og ikke går lenger enn det som er nødvendig for å nå det (se forente saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen m.fl.*, Sml. 2014 s. 400, avsnitt 166, og *Yara*, som omtalt over, avsnitt 37).
- 50 I den foreliggende sak skyldes restriksjonen det forhold at kun konsernselskaper som er skattepliktige i Norge, kan benytte konsernbidragsreglene for å redusere eller fjerne konsekvensene av rentebegrensingsreglene, mens et norsk selskap som er i konsern med selskaper som er skattepliktige i andre EØS-stater, ikke kan gi eller motta konsernbidrag til eller fra disse selskapene. Dette innebærer at den fulle skattevirkning av rentebegrensingsreglene utelukkende faller på det norske selskap i EØS-konsernet.
- 51 Det er på denne bakgrunn det må vurderes om kriteriene for forskjellsbehandling begrunnet i hensynet til skatteomgåelse/skatteunndragelse, er oppfylt.
- 52 I saker som gjelder rentebegrensning eller fradragsrett, har EU-domstolen ikke tillatt medlemsstatene å begrense slike regler til utelukkende nasjonale situasjoner. Tvert imot kan slike regler kun anvendes for å nekte fradrag for arrangementer i den utstrekning de ikke har noen underliggende kommersiell begrunnelse basert på en vurdering av armlengdes avstand. Der den aktuelle transaksjon utgjør et rent kunstig arrangement uten noen underliggende kommersiell begrunnelse, krever forholdsmessighetsprinsippet at avskjæring av fradragsretten bør begrenses til den del av rentene som overstiger det som ville ha vært avtalt dersom forholdet mellom partene hadde vært på armlengdes avstand (jf. dommene i *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, avsnitt 83, og *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 50 og 51).
- 53 Det er fast rettspraksis at nasjonale domstoler, for å kunne vurdere rent kunstige arrangementer, må foreta en konkret vurdering av saken og ta hensyn til de aktuelle omstendigheter ved hver sak. For å bringe på det rene om en transaksjon utgjør et rent kunstig arrangement som er inngått utelukkende av skattemessige hensyn, må skattyteren videre gis anledning, uten å bli pålagt utilbørlige administrative byrder, til å legge frem bevis på eventuelle kommersielle begrunnelser for arrangementet (jf. dommen i *Lexel*, som omtalt over, avsnitt 50, og se *Yara*, som omtalt over, avsnitt 51 og rettspraksis som det vises til der).
- 54 Det fremgår klart av dokumentene fremlagt for EFTA-domstolen, at de nasjonale regler hovedsaken gjelder, ikke gir skattytere mulighet til å vise at transaksjonen er

kommersielt begrunnet. Det gis ingen mulighet til å vise at en transaksjon er reell og på armlengdes avstand. Dette innebærer videre at fradraget som ble nektet, ikke nødvendigvis var begrenset til den del av rentene som oversteg det som ville ha vært avtalt dersom forholdet mellom partene hadde vært på armlengdes avstand.

- 55 Nasjonale regler som dem hovedsaken gjelder kan derfor omfatte transaksjoner som ikke er rent kunstige eller fiktive arrangementer som er innrettet med sikte på å unngå den skatt som normalt skal betales på overskudd fra aktiviteter utøvd på nasjonalt territorium.
- 56 Den norske stat har i lys av artikkel 4 nr. 5 i rådsdirektiv (EU) 2016/1164 av 12. juli 2016 om fastsettelse av regler mot skatteomgåelse som direkte påvirker det indre markeds virkemåte, anført at det ikke vil være nødvendig å kombinere rentebegrensningsregelen med muligheten for skattyter til å vise at transaksjonen er kommersielt begrunnet. Statens anførsel er imidlertid ikke ubestridt. ESA hevder at rentebegrensningsreglene må være i samsvar med de grunnleggende friheter og vurderingen av forholdsmessighet, slik at skattyter gis mulighet til å begrunne kommersielt overskytende renteutgifter. EFTA-domstolen viser til at dette direktiv verken er gjennomført i EØS-avtalen eller var i kraft i EU på det relevante tidspunkt.
- 57 Følgelig må svaret på det tredje spørsmål bli at en restriksjon som er et resultat av nasjonal lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, kan være rettfærdiggjort når den tjener det legitime formål om å forhindre rent kunstige arrangementer som fører til skatteomgåelse. Hvis nasjonal lovgivning imidlertid ikke gir skattyteren mulighet til å vise at transaksjonen har funnet sted på vilkår som tilsvarer det som ville ha vært avtalt hvis partene hadde hatt et forhold på armlengdes avstand, noe som er opp til den anmodende domstol å fastslå, går den lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål.

IV Saksomkostninger

- 58 Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for den nasjonale domstol, ligger det til denne domstol å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene. Omkostninger som er påløpt i forbindelse med inngivelse av innlegg for EFTA-domstolen, annet enn partenes omkostninger, kan ikke kreves dekket.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Innenfor rammen av nasjonal lovgivning, slik som den hovedsaken gjelder, kan situasjonen til et utenlandsk EØS-selskap som er i et konsern med et norsk selskap, sammenlignes med situasjonen til et norsk selskap som er i et konsern med et annet norsk selskap. Det er uvesentlig for vurderingen av sammenlignbarhet at det faktisk ikke er ytt noe konsernbidrag fra selskapet som er hjemmehørende i en annen EØS-stat til det norske selskap.**

EØS-avtalen artikkel 31 sammenholdt med EØS-avtalen artikkel 34, må forstås slik at nasjonal lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, utgjør en restriksjon på etableringsadgangen når et selskap som er skattepliktig i Norge kan redusere eller fjerne konsekvensene av regler som begrenser rentefradrag for lån hos nærstående selskaper ved å benytte konsernbidragsreglene, forutsatt at selskapet er i et konsern med andre selskaper som er skattepliktige til Norge, mens dette ikke er mulig om det er i et konsern med selskaper som er skattepliktige i andre EØS-stater.

- 2. En restriksjon som følger av nasjonal lovgivning slik som den hovedsaken gjelder, kan være rettferdiggjort når den tjener det legitime formål om å forhindre rent kunstige arrangementer som fører til skatteomgåelse. Hvis nasjonal lovgivning imidlertid ikke gir skattyteren mulighet til å vise at transaksjonen har funnet sted på vilkår som ville ha vært avtalt hvis partene hadde hatt et forhold på armlengdes avstand, noe som er opp til den anmodende domstol å fastslå, går den lenger enn det som er nødvendig for å nå dette mål.**

Páll Hreinsson

Per Christiansen

Bernd Hammermann

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 1. juni 2022.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President