



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 30.08.2023

Saksnr.: 23-034315ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer
Førstelagmann
Ekstraordinær
lagdommer

Lisa Vogt-Lorentzen
Marianne Vollan
Hans-Petter Jahre

Ankende part	Pra Group Europe AS	Advokat Daniel Markus Hermod Herde
--------------	---------------------	------------------------------------

Ankemoøpart	Staten v/Skatteetaten	Advokat Ida Thue
-------------	-----------------------	------------------

1. Sakens spørsmål og bakgrunn

Saken gjelder om Skatteklagenemndas vedtak 24. juni 2020 for PRA Group Europe Subholding AS, er ugyldig. Vedtaket gjelder inntektsårene 2014 og 2015 og begrenser fradrag for gjeldsrentekostnader til nærstående i henhold til skatteloven § 6-41, slik bestemmelsen da lød. Når denne rentebegrensingsregelen omtales i det følgende, siktes det til slik den lød i 2014 og 2015, med mindre annet er presisert.

Det sentrale spørsmålet er om begrensningen i fradragsretten etter skatteloven § 6-41, sammenholdt med konsernbidragsreglene, er forenlig med retten til fri etablering etter EØS-avtalen artikkel 31.

Tingretten har i den påankende dommen avsnitt 3–13 gitt følgende redegjørelse for sakens bakgrunn, som lagmannsretten legger til grunn som uomstridt:

«PRA Group er et globalt konsern innen kjøp av fordringer og betjening av gjeld. Konsernet har flere selskaper i Europa, og disse eies av holdingselskapet PRA Group Europe Holding S.à.r.l. Holdingselskapet er skattemessig hjemmehørende i Luxembourg.

PRA Group Europe Subholding AS (skattemessig hjemmehørende i Norge) var et heleid datterselskap av holdingselskapet PRA Group Europe Holding S.à.r.l. PRA Group Europe Subholding AS ble finansiert med en blanding av egenkapital og lån fra morselskapet. Rentekostnadene for inntektsåret 2014 og 2015 knytter seg til denne gjelden.

Selskapet mottok ingen andre verdioverføringer fra morselskapet i 2014 og 2015. I selvangivelsen for 2014 og 2015 krevde selskapet fradrag for disse gjeldsrentene, jf. skatteloven § 6-40. Selskapet la til grunn at skatteloven § 6-41 medførte en reduksjon i fradragsberettiget beløp. Avskåret rentefradrag for inntektsåret 2014 utgjorde 132 969 145 kroner og 11 580 008 kroner for inntektsåret 2015, til sammen 144 549 153 kroner. PRA Group Europe Subholding AS ble innfusjonert i PRA Group Europe AS i november 2016.

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 (nr. 192/16/COL). ESA konkluderte med at Norge, ved å opprettholde 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.

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. ESAs vurdering av lovendringen er etter det opplyste ennå ikke avsluttet.

I brev av 7. desember 2016 anmodet PRA Group Europe AS om endring av ligning for inntektsårene 2014 og 2015. Selskapet gjorde gjeldende at rentebegrensningsreglen var i strid med etableringsretten i EØS-avtalen artikkel 31, og at Norge var forpliktet til å innrømme fullt fradrag for påløpte gjeldsrenter.

I skattekontorets vedtak av 7. juli 2017 ble anmodningen om gjenopptakelse tatt til følge. Etter ny realitetsbehandling ble ligningen for 2014 og 2015 fastholdt.

PRA Group Europe AS påklaget vedtaket til Skatteklagenemnda 31. juli 2017. Ved Skatteklagenemnda vedtak 24. juni 2020 i stor avdeling ble klagen ikke tatt til følge.

Den 8. september 2020 tok PRA Group Europe AS ut stevning for Oslo tingrett med påstand om at selskapet innrømmes fullt fradrag for påløpte gjeldsrenter i inntektsårene 2014 og 2015, dvs. uten rentefradragsbegrensning etter skatteloven § 6-41.

Staten v/Skatteetaten imøtegikk dette i tilsvarende av 29. oktober 2020, med påstand om frifinnelse.

Under saksforberedelsen besluttet tingretten å innhente en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen om de EØS-rettslige spørsmålene saken reiser. Foreleggelsen ble sendt 1. juli 2021. Uttalelsen fra EFTA-domstolen forelå 1. juni 2022.»

Oslo tingrett avsa 15. desember 2022 dom med slik domsslutning:

- «1. Staten v/Skatteetaten frifinnes.
2. Partene bærer sine egne sakskostnader.»

Pra Group Europe AS har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 27. og 28. juni 2023 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte ved sine prosessfullmektiger. Om bevisføringen vises det til rettsboken.

2. Partenes syn på saken

Partene er enige om at vilkårene for rentebegrensning etter skatteloven § 6-41 er oppfylt. De er videre enige om at de norske konsernbidragsreglene utgjør en restriksjon i etableringsfriheten, men at denne er rettferdiggjort av hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å hindre skatteomgåelse. Videre er partene enige om at den nasjonale og den grenseoverskridende situasjonen er sammenlignbare.

Uenigheten i saken gjelder særlig tre spørsmål: Det grunnleggende spørsmålet er om samspillet mellom konsernbidragsreglene og begrensningen i fradragsretten etter skatteloven § 6-41 utgjør en restriksjon som må rettfærdiggjøres særskilt – altså ut over rettfærdiggjøringen av konsernbidragsreglene. Dersom det er nødvendig, er partene uenige om hvorvidt restriksjonen kan rettfærdiggjøres. Og hvis restriksjonen ikke kan rettfærdiggjøres, er partene uenige om hva som blir konsekvensene av dette for vedtaket.

Den ankende part, **Pra Group Europe AS**, har i hovedtrekk anført:

Skatteklagenemndas vedtak er ugyldig. Rentebegrensningsregelen som er anvendt i vedtaket, er i strid med etableringsfriheten i EØS-avtalen artikkel 31, jf. 34. Det foreligger ikke «særlige grunner» til å fravike tolkningsuttalelsen fra EFTA-domstolen, som er i tråd med praksis fra EU-domstolen.

Når konsernbidragsreglene virker sammen med rentebegrensningsregelen i skatteloven § 6-41, oppstår en restriksjon som må rettfærdiggjøres særskilt. Rentefradragsfordelen for nasjonale konserner er ikke en naturlig forlengelse eller del av konsernbidragsreglene, men en egen fordel.

Restriksjonen er ikke rettfærdiggjort av tvingende allmenne hensyn.

Det er ikke tale om en skattekonsolideringsfordel, men en rentefradragsfordel. Det medfører at restriksjonen ikke kan rettfærdiggjøres av behovet for å sikre en balansert fordeling av makten til å ilegge skatter mellom medlemsstatene.

Kombinasjonen av hensynet til balansert fordeling av beskatningsretten og behovet for å bekjempe generell skatteomgåelse kan ikke påberopes.

Restriksjoner på rentefradragsregler kan bare rettfærdiggjøres av hensynet til bekjempelse av konkret skatteomgåelse. Dette hensynet kan ikke rettfærdiggjøre den aktuelle restriksjonen fordi den ikke treffer konkret nok. En slik restriksjon må spesifikt rette seg mot rent kunstige arrangementer som ikke gjenspeiler en økonomisk virkelighet. Videre må regelen åpne for at skattyter kan vise at transaksjonen er gjort på armlengdes vilkår eller er kommersielt begrunnet, noe den norske regelen ikke gjorde.

Rådsdirektiv (EU) 2016/1164 av 12. juli 2016 om fastsettelse av regler mot skatteomgåelse som direkte påvirker det indre markeds virkemåte (ATAD-direktivet) er ikke relevant. Det var ikke i kraft i 2014/2015. Direktivet er ikke en kodifisering av gjeldende rett om de fire friheter, men innfører nye hindringer på de fire friheter. Det utgjør derfor ikke en relevant kilde for å tolke de fire friheter før implementering. ATAD-direktivet er ikke EØS-relevant. Ettersom skattedirektiver ikke er en del av EØS-avtalen, vil løsningen i EU og EØS ikke nødvendigvis være den samme.

ATAD-direktivet åpner uansett ikke for den løsningen som fulgte av norsk internrett. I artikkel 4 gis en hovedregel, som er obligatorisk å innføre, samt en mulighet til å gi regelen virkning på gruppenivå. Hvis en stat benytter seg av denne muligheten, må den imidlertid sørge for at implementeringen skjer i samsvar med de fire friheter, herunder innføre mulighet for unntak, sml. artikkel 4 nr. 5.

De fire friheter går uansett foran ATAD-direktivet som sekundærrett, og hvis direktivet diskriminerer, må det settes til side. Det er usikkert hva utfallet ville blitt av en sak om prøving av ATAD-direktivet i EU-domstolen. Det tilsier at direktivet ikke bør tillegges avgjørende vekt. Direktivet ble vedtatt etter EU-domstolens dom 25. februar 2010 i saken X Holding (C-337/08) og kan bero på en misoppfatning om at alle fordeler som bunner i konsolidering, er rettfærdiggjort. Nyere EU-dommer på skatterettens område tilsier at terskelen for å sette til side direktiver og forordninger som i strid med primærretten, er blitt lavere enn tidligere. Innholdet i andre lands rentebegrensningsregler er uten betydning.

De norske reglene kunne enkelt likebehandlet grenseoverskridende og nasjonale situasjoner og er derfor uforholdsmessige. De går lengre enn å anvendes på rent kunstige arrangementer. Man kunne unnlatt å inkludere mottatt konsernbidrag ved beregningen av rentefradragsrammen. Rentebegrensningsregelen kunne inneholdt en egenkapitalbasert unntaksregel. Alternativt kunne man hensyntatt konsernselskapets EBITDA/skattepliktige resultat. Man kunne også gitt skattepliktige mulighet til å vise at en transaksjon er reell, gjort på armlengdes vilkår og forretningsmessig begrunnet. Det vises herunder til någjeldende regler.

Restriksjonen er dermed ikke rettfærdiggjort, og den er i strid med EØS-retten.

Motstriden medfører at den EØS-stridige restriksjonen må settes ut av kraft. Domstolen kan ikke innføre nye, dels uklare vilkår, slik staten har tatt til orde for. Det vil motvirke EØS-pliktig likebehandling og forutberegnelighet. Videre vil det være problematisk etter Grunnloven § 75 om maktfordeling og § 97 om ulovlig tilbakevirkning.

Det er nedlagt slik påstand:

- «1. Skatteklagenemndas vedtak av 24. juni 2020 er ugyldig.
2. Ligningen for inntektsårene 2014 og 2015 oppheves og henvises til ny behandling hvor det innrømmes fullt fradrag for påløpte gjeldsrenter, dvs. uten begrensning av fradrag for gjeldsrenter etter skatteloven § 6-41.
3. PRA Group Europe AS tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten.»

Ankemotparten, **staten ved Skatteetaten**, har i hovedtrekk anført:

Skatteklagenemndas vedtak er gyldig. Begrensning av gjeldsrente i henhold til skatteloven § 6-41 er forenlig med EØS-avtalen artikkel 31 om etableringsfrihet.

Det foreligger «særlige grunner» til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. EFTA-domstolen har kommet til en uriktig konklusjon, trolig fordi den har misforstått innholdet i norsk internrett og/eller den underliggende internretten i dommene den har vist til fra EU-domstolen. Uttalelsen om at de norske reglene betyr at Norge har gitt avkall på beskatningsmyndighet i den nasjonale situasjonen, det vil si for selskaper som er del av et norsk konsern, viser at EFTA-domstolen har misforstått innholdet av norsk rett. Konsernbidragsreglene gjør ikke at Norge har gitt avkall på beskatningsmyndighet, for når fradragsrammen for mottakeren (skattepliktig inntekt) øker, så reduseres den for giveren. Samlet skattepliktig inntekt endres derfor ikke. Regelen denne saken gjelder, er en sjablonregel og ikke en misbruksregel. Det er derfor ikke naturlig å supplere den med en adgang til å vise at den konkrete transaksjonen er i tråd med prinsippet om armlengdes avstand eller lignende. EFTA-domstolens forståelse hindrer statene i å innføre tiltak for å sikre at skatten betales i den staten der verdiene skapes.

Sentrale deler av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse gjelder uansett subsumpsjonen, og det kreves ikke særlige grunner for å fravike disse delene av uttalelsen.

Saken er ikke sammenlignbar med praksis fra EU-domstolen om andre skattefordeler enn skattekonsolideringsregler («other tax advantages»).

Regelen i skatteloven § 6-41 likebehandler selskaper i internasjonale og nasjonale og konserner. Den utgjør derfor ingen restriksjon på tjenestefriheten.

Det oppstår ingen ny restriksjon når skatteloven § 6-41 virker sammen med konsernbidragsreglene. Virkningen er bare en logisk konsekvens av kjernen i konsernbidragsreglene. Ettersom mottatt konsernbidrag utgjør skattepliktig inntekt, jf. § 10-3, skal bidraget regnes med i alle sammenhenger hvor skattepliktig inntekt er en variabel, herunder i § 6-41 tredje ledd. Hvis konsernbidrag ikke tas med i beregningen av alminnelig inntekt etter § 6-41, vil det bryte med § 10-3. At mottatt konsernbidrag er skattepliktig inntekt etter § 10-3, er en integrert og nødvendig del av konsernbidragsordningen og speiler reduksjonen i inntekt og fradragsretten for giveren i § 10-2. Konsernbidragsreglene kan ikke oppfylle formålet om symmetri og nøytralitet uten § 10-3.

Rentebegrensingsregelen skal motvirke overskuddsflytting og sikre skattefundamentet. Regelen er i tråd med anbefalinger fra The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) knyttet til erosjon av skattefundamentet og overskuddsflytting («base erosion and profit shifting», BEPS), det vil si skatteplanleggingsstrategier som brukes av multinasjonale foretak som utnytter hull og misforhold i skatteregler for å unngå å betale skatt. ATAD-direktivet artikkel 4 inneholder en tilsvarende regel som den norske. Det samme gjør internretten i en rekke EU-land, som også har tilsvarende regler om konsernbidrag som Norge. I direktivets fortale er det forutsatt at rentebegrensingsregelen

skal virke sammen med regler om konsernbeskatning og konsernbidrag forbeholdt nasjonale konserner. Det er irrelevant at ATAD-direktivet ikke er del av EØS-avtalen og ikke var i kraft i 2014/2015.

Sakens spørsmål ligger i homogenitetsprinsippets kjerne. De fire frihetene må tolkes likt i EU og EØS. Skatteregler som er forenlige med de fire frihetene i EU, er det også i EØS.

En restriksjon vil uansett kunne rettferdiggjøres av hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å motvirke skatteomgåelse.

Det skal ikke gjøres en vurdering av om restriksjonen er forholdsmessig. Spørsmålet er om man kan identifisere tiltak som er like effektive for å oppnå målet reglene skal sikre. Hvordan skatteloven § 6-41 nå lyder, er irrelevant. Lovendringen i 2019 var ikke foranlediget av uttalelsen fra ESA 25. oktober 2016 (nr. 192/16/COL).

Dersom lagmannsretten skulle komme til at rentebegrensningsregelen som er anvendt i vedtaket, er i strid med etableringsfriheten, skal retten avsi dom for at vedtaket er ugyldig, uten retningslinjer i slutningen for videre behandling. Hvis det er flere ulike, innskrenkende tolkninger som kan løse EØS-striden, kan staten fritt velge mellom disse alternativene. Å sette skatteloven § 6-41 helt ut av kraft vil være den mest radikale formen for innskrenkende tolkning og gå lenger enn nødvendig for å løse motstriden.

Det er nedlagt slik påstand:

- «1. Anken forkastes.
2. Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.»

3. Lagmannsrettens syn på saken

3.1 Innledning og konklusjon

Lagmannsretten er kommet til at samvirket mellom konsernbidragsreglene og begrensningen i fradragretten etter skatteloven § 6-41 gir en restriksjon på etableringsfriheten som må rettferdiggjøres særskilt.

Lagmannsretten kan ikke se at denne restriksjonen er begrunnet i tvingende, allmenne hensyn i form av hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og/eller hensynet til motvirkning av skatteomgåelse. Etersom lagmannsretten er enig i EFTA-domstolens konklusjoner og hovedtrekkene i begrunnelsen, har det ikke vært nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til om EFTA-domstolen for visse spørsmål også har tatt stilling til bevisbedømmelsen eller subsumpsjonen, sml. HR-2021-1453-S (Nav) avsnitt 66.

Skatteklagenemndas vedtak 24. juni 2020 bygger på en uriktig lovforståelse og er ugyldig.

I det følgende vil lagmannsretten først redegjøre for de relevante internrettslige reglene og deretter de sentrale EU- og EØS-rettslige reglene, for så å ta stilling til sakens spørsmål.

3.2 De internrettslige reglene om rentebegrensning og konsernbidrag

3.2.1 Innledning

Saken gjelder hvorvidt samvirke mellom to internrettslige regelsett gir en virkning som innebærer en restriksjon på retten til fri etablering etter EØS-avtalen, og om restriksjonen i så fall er rettferdiggjort av tvingende, allmenne hensyn. Den aktuelle virkningen oppstår når konsernbidragsreglene i skatteloven §§ 10-2 til 10-4 virker sammen med rentefradragsregelen i § 6-41 ved å påvirke fradragsrammen i sistnevnte regel.

3.2.2 Begrensningen i fradragsrett for rentekostnader etter skatteloven § 6-41

Skatteloven § 6-40 første ledd gir en generell fradragsrett for rentekostnader.

I skatteloven § 6-41 er denne fradragsretten begrenset for netto rentekostnader på gjeld til nærstående. Bestemmelsens tredje ledd lød slik i 2014 og 2015:

«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.»

Formålet med regelen er å motvirke skattetilpasning ved at internasjonale konserner plasserer uforholdsmessig mye av sin gjeld, og dermed sine rentekostnader, i land med høye skattesatser, mens renteinntekter og fordringer kanaliseres til konsernselskaper hjemmehørende i land med lavere eller ingen skattlegging. Regelen er ment å «gjøre det norske skattegrunnlaget mer robust samtidig som en styrker rammebetingelsene for nasjonale bedrifter som konkurrerer med flernasjonale selskap», jf. Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.1 på side 102. Samme sted er det vist til samarbeidet i regi av OECD for å motvirke problemet med uthuling av skattegrunnlag og overskuddsflytting (BEPS), som skulle ferdigstilles i 2015. Det er fremhevet at skatteplanlegging med rentefradrag kan medføre «et betydelig provenytap», samtidig som konkurransen vris fordi internasjonale virksomheter kan oppnå å betale betydelig mindre skatt enn konkurrenter som ikke har

samme tilpasningsmuligheter. Dette er «lite økonomisk effektivt og kan true selskapsskattegrunnlaget», jf. punkt 4.2.1 på side 103.

Skatteloven § 6-41 tredje ledd fastsetter en fradragssamme når netto rentekostnader overstiger fem millioner kroner. Man får ikke fradrag for rentekostnader på gjeld til nærstående som går ut over denne rammen.

Fradragsrammen er angitt til 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». Beregningen innebærer en skattemessig tilnærming til det regnskapsmessige resultatbegrepet EBITDA, som er en forkortelse for «earnings before interest, taxes, depreciations and amortizations/Resultat før rentekostnader, skatt og avskrivninger (nedskrivninger)», jf. Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.7.1 på side 111.

Fradragsbegrensningen etter skatteloven § 6-41 beregnes isolert for hvert enkelt selskap, også når selskapet inngår i et konsern, jf. Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.7.1 på side 111.

Skattemessige inntekter og kostnader ved ligningen («alminnelig inntekt eller årets udekkede underskudd») ble valgt som utgangspunktet for beregningen av fradragsrammen fordi skattemessige størrelser er vanskeligere for skattyter å påvirke enn regnskapsmessige størrelser, jf. Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.6 og 4.7.1 på side 110 og 111.

Departementet anså det som en fordel at rentefradraget begrenses til en andel av en beregnet resultatstørrelse fordi et selskaps gjeldsbetjeningsevne er en indikasjon på om lånefinansieringen har bakgrunn i normale, forretningsmessige vurderinger, og ikke skattemessige forhold, jf. punkt 4.6 på side 108.

Regelen er sjablonmessig. Departementet mente at hensynet til «forutsigbarhet og konsistent håndheving av regelverket taler mot skjønnsbaserte unntak, for eksempel basert på om en transaksjon er gjennomført på markedsmessige vilkår». Det ble også fremhevet at slike unntak ville være svært ressurskrevende, jf. proposisjonen punkt 4.6 på side 109.

3.2.3 Konsernbidragsreglene i skatteloven §§ 10-2 til 10-4

Konsernbidrag er verdioverføringer mellom selskaper 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. Konsernbidragsreglene i skatteloven §§ 10-2 til 10-4 skal bidra til at skattereglene ikke påvirker hvordan virksomheten legges opp, og bestemmelsene bygger på skattemessig symmetri, jf. også HR-2019-140-A (Yara) avsnitt 44 med videre henvisninger. Om formålet med reglene fremgår av avsnitt 45 og 46:

«(45) Av forarbeidene, jf. Ot.prp.nr.16 (1979-1980) side 6 flg. og Ot.prp.nr.1 (1999-2000) side 25 flg., fremgår at konsernbidragsreglene er ment å ivareta to

formål. Det ene er å tilrettelegge for nettobeskatning innad i konsern ved at overskudd kan overføres til selskap med skattemessig underskudd. Ved slike overføringer vil i realiteten et skattemessig underskudd i et konsernselskap redusere skattemessig overskudd i et annet konsernselskap, også omtalt som skatteutjevning innenfor konsern.

- (46) Det andre formålet er muligheten for å kunne overføre midler mellom konsernselskaper, gjennom rene verdioverføringer, med sikte på å bygge opp reserver i det eller de selskaper i konsernet hvor det til enhver tid er hensiktsmessig ut fra en bedriftsøkonomisk vurdering. Når det gis konsernbidrag mellom to konsernselskaper som begge har overskudd, vil giver få skattefradrag mens mottaker vil bli beskattet for konsernbidraget.»

Kun selskaper som er skattepliktige til Norge, kan gi og motta konsernbidrag med skattemessig virkning, jf. skatteloven § 10-4.

3.2.4 Samvirke mellom reglene om konsernbidrag og rentebegrensningsregelen

Konsernbidrag etter skatteloven §§ 10-2 til 10-4 inngår i skattemessige inntekter ved beregningen av EBITDA etter § 6-41 tredje ledd, jf. Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.7.1 side 110 og 111. Selskapet som mottar konsernbidrag, vil derved få en økt fradragsramme, mens giverens fradragsramme vil bli tilsvarende redusert. Reglene kan brukes for å redusere eller fjerne konsekvensene av rentebegrensningsregelen i § 6-41, slik at selskapet vil kunne trekke fra en større andel av sine rentekostnader på gjeld til nærstående. Denne muligheten er forbeholdt selskaper som er skattepliktige til Norge, jf. § 10-4.

Under høringen av lovforslaget argumenterte et advokatfirma for at forslaget til skatteloven § 6-41 var i strid med EØS-avtalens bestemmelser om fri etableringsrett. Det ble vist til at selskap i Norge som er eid av utenlandske morselskap i EØS-området, ikke har samme mulighet som selskaper eid av norske morselskap, til å overføre midler til morselskapene gjennom konsernbidrag og lån. Til dette bemerket departementet at fradragsbegrensningen både skal gjelde for norskeide og utenlandskeide konserner, og at begrensningen av konsernbidragsreglene til kun å gjelde hjemmehørende selskaper ikke er i strid med etableringsfriheten, jf. Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.6 på side 110.

3.2.5 Endringene i skatteloven § 6-41 fra 1. januar 2019

Ved lov 20. desember 2018 nr. 102 ble første og tredje til sjette ledd i skatteloven § 6-41 endret med virkning fra inntektsåret 2018 og 2019. Om forholdet til EØS-retten fremgår følgende av Prop.1 LS (2018–2019) punkt 9.13 på side 183 flg.:

«I en grunnlagt uttalelse 25. oktober 2016 har EFTAs overvåkningsorgan (ESA) konkludert med at den norske rentebegrensningsregelen er i strid med EØS-avtalen. ESA uttaler at den gjeldende rentebegrensningsregelen, sett i sammenheng med konsernbidragsreglene, innebærer en indirekte diskriminering og strider mot retten til fri etablering. ESA viser til at norske skattekonsern kan unngå rentebegrensning ved

å benytte konsernbidragsreglene i stedet for å yte lånefinansiering, og at denne muligheten ikke foreligger for et grenseoverskridende (skatte)konsern. Etter ESAs syn er den gjeldende rentebegrensningsregelen uforholdsmessig fordi det mangler en unntaksbestemmelse ('sikkerhetsventil') i grenseoverskridende tilfeller der det kan påvises at lånetransaksjonen er reell og forretningsmessig begrunnet.

I svarbrev av 31. januar 2017 til den grunngitte uttalelsen har Finansdepartementet fastholdt at gjeldende rentebegrensningsregel er i samsvar med EØS-avtalen. For øvrig orienterte departementet i brevet om det pågående arbeidet med endring av rentebegrensningsregelen som ledd i oppfølgingen av skattereformen, jf. punkt 9.2. [...]

Etter den foreslåtte EBITDA-regelen i konsern får skattyter avskåret rentefradraget dersom netto rentekostnader overstiger en fradagsramme på 25 % av EBITDA. Skattyter kan likevel kreve fullt fradrag for rentekostnadene i inntektsåret dersom ett av alternativene etter den todelte unntaksregelen kommer til anvendelse. Hvis skattyter godtgjør at forholdet mellom egenkapital og balansesum (egenkapitalandelen) i regnskapsmessig balanse ikke er lavere enn forholdet mellom egenkapital og balansesum i konsernregnskapet globalt, kan skattyter kreve fullt fradrag for sine rentekostnader i inntektsåret. Hvis skattyter er i et konsern med flere skattepliktige enheter i Norge, kan skattyter alternativt kreve fullt fradrag for sine rentekostnader i inntektsåret dersom det godtgjøres at egenkapitalandelen for de norske enhetene i konsernet samlet ikke er lavere enn egenkapitalandelen i konsernregnskapet globalt. Når skattyter er i et innenlandsk konsern, vil egenkapitalandelen etter unntaksregelen basert på den norske delen av konsernet, tilsvare egenkapitalandelen i hele konsernet. Innenlandske konsern kan dermed alltid unngå rentebegrensning etter EBITDA-regelen i konsern ved å benytte unntaksregelen (men EBITDA-regelen mellom nærstående kan medføre rentebegrensning, jf. nedenfor). Ved låneforhold mellom selskap i et innenlandsk konsern, er det heller ikke risiko for overskuddsflytting, jf. formålet med rentebegrensningsreglene. *Skattyter som er i et grenseoverskridende konsern, kan på den annen side kreve fullt fradrag for rentekostnader dersom det påvises at egenkapitalkravet etter en av de alternative unntaksreglene er oppfylt ('sikkerhetsventil'). EBITDA-regelen i konsern med unntaksregelen antas derfor å være i samsvar med EØS-avtalen, også dersom en legger ESAs syn på EØS-retten til grunn, jf. den grunngitte uttalelsen.*

Den foreslåtte EBITDA-regelen mellom nærstående parter utenfor konsern likebehandler videre innenlandske og grenseoverskridende låneforhold. I disse tilfellene er det heller ikke mulig å benytte konsernbidragsregler innenlands i stedet for å yte lånefinansiering, og dermed ikke grunnlag for eventuell indirekte diskriminering, jf. ESAs syn over.

Departementet viser for øvrig til utviklingen internasjonalt, der flere land har foreslått regler om begrensning av rentefradraget basert på EBITDA uten globale unntaksregler. Storbritannia har innført en EBITDA-regel som gjelder på den nasjonale delen av konsernet, med global unntaksregel som bygger på EBITDA. EUs skatteomgåelsesdirektiv (og OECDs BEPS-anbefalinger) åpner også for at landene kan foreta ulike valg med hensyn til global unntaksregel og subjekt for rentefradragsbegrensningen.

På denne bakgrunn antar departementet at forslaget her til endring av rentebegrensningsreglene, på samme måte som gjeldende regler, jf. departementets brev 31. januar 2017, ikke innebærer forskjellsbehandling i strid med EØS-retten.» (lagmannsrettens uthevninger)

3.3 De EØS-rettslige og EU-rettslige reglene

3.3.1 EØS-avtalen og de fire friheter

EØS-avtalen er gjort til norsk lov ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde mv. 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven) § 1. Bestemmelser i lov og forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal ved konflikt gå foran andre bestemmelser, jf. § 2.

Skattelovgivningen er ikke en del av EØS-avtalen, og skattereglene internt i EU/EØS er ikke harmonisert, jf. blant annet HR-2019-140-A (Yara) avsnitt 47. De internrettslige skattereglene må imidlertid være forenlige med de fire friheter, det vil si fri bevegelighet av varer, personer, tjenester og kapital. Retten til fri etablering er omfattet av disse frihetene, jf. EØS-avtalen artikkel 31 nr. 1, jf. artikkel 34.

Etableringsfriheten gir 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 hvis den gjør det mindre interessant for EØS-selskaper å etablere datterselskaper i EØS-staten, jf. EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 28 med videre henvisning.

Spørsmålet i saken er om rentebegrensningsregelen i skatteloven § 6-41 i kombinasjon med konsernbidragsreglene i §§ 10-2 til 10-4 er i strid med denne etableringsfriheten.

Staten har bevisbyrden og må underbygge konkret at restriksjonene er begrunnet i tvingende, allmenne hensyn, er egnet til å virkeliggjøre de formålene de forfølger, og ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå dette, jf. blant annet EFTA-domstolens dom 5. mai 2021 i sak E-8/20 (Nav 1) avsnitt 125 og HR-2021-1453-S (Nav) avsnitt 169.

Homogenitetshensynet innebærer at EU-domstolens avgjørelser er relevante ved vurderingen av om en norsk regel er i samsvar med EØS-retten, jf. EØS-avtalen artikkel 6.

Prøvingen skjer i flere ledd, jf. blant annet EU-domstolens oppsummering i dom 30. november 1995 i sak C-55/94 (Gebhard) avsnitt 37. De sentrale spørsmålene i vår sak er om det foreligger en restriksjon på etableringsfriheten, om denne i så fall er begrunnet i tvingende allmenne hensyn, samt om den er egnet til og nødvendig for å ivareta disse.

En *restriksjon* er tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende frihetene som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, jf. blant annet EFTA-domstolens dom 19. april 2016 i sak E-14/15 (Holship) avsnitt 115:

«EØS-avtalen artikkel 31 forbyr enhver restriksjon på etableringsretten i EØS. Tiltak som kan hindre utøvelsen av de grunnleggende friheter som sikres i EØS-avtalen, eller gjøre den mindre interessant, er, selv om de får anvendelse uten hensyn til nasjonalitet, en krenkelse av disse friheter som må rettfærdiggjøres (jf. sakene E-2/06 ESA mot Norge, Sml. 2007 s. 164 (avsnitt 64), og E-9/11 ESA mot Norge, Sml. 2012 s. 442 (avsnitt 82)).»

En restriksjon på etableringsfriheten er forbudt også om den er av begrenset omfang eller av mindre betydning, jf. E-14/15 (Holship) avsnitt 116. Det går imidlertid en grense for hvor fjerntliggende eller usikker virkningen på samhandelen kan være, jf. blant annet EU-domstolens dom 20. juni 1996 i sak C-418/93 (Semararo Casa) avsnitt 32.

Forutsatt at den nasjonale situasjonen og den grenseoverskridende situasjonen er objektivt sammenliknbare, kan en restriksjon bare rettfærdiggjøres dersom den er begrunnet i *tvingende, allmenne hensyn*, samt egnet til og nødvendig for å ivareta disse hensynene.

Tiltak som er direkte diskriminerende, kan bare rettfærdiggjøres av de traktatfestede formålene, jf. blant annet EU-domstolens dom 22. oktober 2004 i sakene C-344/13 og C-367/13 (Bianco og Fabretti) avsnitt 38. Andre restriksjoner kan begrunnes også i andre allmenne, tvingende hensyn enn de traktatfestede. Rettspraksis har godtatt en rekke ulike formål. Lavere skatteproveny er ikke i seg selv et tvingende allment hensyn, jf. blant annet EU-domstolens storkammerdom 13. desember 2005 i sak C-446/03 (Marks & Spencer) avsnitt 44, storkammerdom 18. juli 2007 i sak C-231/05 (Oy AA) avsnitt 53 og dom 20. januar 2021 i sak C-484/19 (Lexel) avsnitt 68 samt EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 49. Å sikre effektiv skattekontroll og sammenheng i skattesystemet, bevare fordelingen av beskatningsmyndighet mellom EØS-statene og ivareta symmetrien dem mellom, samt motvirke skatteomgåelse, er imidlertid tvingende, allmenne hensyn som kan rettfærdiggjøre en restriksjon på utøvelsen av frihetene, jf. EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 40 med videre henvisninger.

De påberopte hensynene i denne saken er hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å motvirke skatteomgåelse.

Hensynet til en *balansert fordeling av beskatningskompetansen* kan rettfærdiggjøre en ordning når denne er utformet for å forhindre atferd som kan sette medlemsstatens rett til å utøve sin beskatningsmyndighet hva gjelder aktiviteter på sitt territorium, i fare, jf. blant annet C-231/05 (Oy AA) avsnitt 54, C-484/19 (Lexel) avsnitt 59 og EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 42. Opprettholdelsen av en slik balansert fordeling kan gjøre

det nødvendig at man på den økonomiske virksomheten til et selskap hjemmehørende i en medlemsstat, kun anvender skattereglene i den staten med hensyn til både fortjeneste og tap, jf. Lexel avsnitt 60. EU-domstolen har særlig anerkjent denne begrunnelsen når det stilles et krav om bosted for tilgang til en bestemt skatteordning, for å unngå at skattyter fritt kan velge i hvilken stat et overskudd skal skattlegges eller et tap tas i betraktning, og fritt kan flytte beskatningsgrunnlaget mellom medlemsstatene, jf. avsnitt 61. Av disse grunner har domstolen fastslått at konsolidering av overskudd og underskudd på morselskapsnivå for selskaper som inngår i en skatteenhet, er en fordel som med rette kan forbeholdes hjemmehørende selskaper, jf. avsnitt 62. Lagmannsretten legger til grunn at de norske konsernbidragsreglene i skatteloven §§ 10-2 til 10-4 er rettferdiggjort av dette hensynet, jf. også EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 41 og 42.

Men når det gjelder andre skattefordeler enn overføring av overskudd eller underskudd innenfor et skattekonsolidert, nasjonalt konsern, må det foretas en egen vurdering av om staten er berettiget til å forbeholde disse fordelene for selskaper som tilhører en slik gruppe, og utelukke dem i grenseoverskridende situasjoner, jf. blant annet EU-domstolens dom 2. september 2015 i sak C-386/14 (Groupe Steria) avsnitt 27 og 28, dom 22. februar 2018 i sakene C-398/16 og C-399/16 (X og X) avsnitt 39 følgende, C-484/19 (Lexel) avsnitt 63 og EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 44.

For at en begrensning av etableringsfriheten skal kunne begrunnes med hensynet til å *motvirke skatteomgåelse*, må det spesifikke formålet med begrensningen være å hindre atferd som involverer opprettelsen av rent kunstige arrangementer, som ikke gjenspeiler økonomiske realiteter, med sikte på å unnsnippe skatt som normalt skal betales på overskudd som genereres av aktiviteter utført på nasjonalt territorium, jf. blant annet C-484/19 (Lexel) avsnitt 49. Ved avgjørelsen av om en transaksjon representerer et slikt arrangement, må skattyter gis anledning til å bevise at arrangementet har en kommersiell begrunnelse, jf. avsnitt 50. Og hvis transaksjonen er et rent kunstig arrangement uten underliggende, kommersiell begrunnelse, krever forholdsmessighetsprinsippet at avslaget på krav om fradrag bør begrenses til den delen av rentekostnaden som overstiger det som ville vært avtalt, dersom forholdet mellom partene hadde vært på armlengdes avstand, jf. avsnitt 51. Det vises også til EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 49.

Hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å motvirke skatteomgåelse er forbundet med hverandre. De er også forbundet med behovet for å beskytte finanspolitisk (territoriell) sammenheng og det skattemessige prinsippet om territorialitet, jf. blant annet Sjoerd Douma m.fl. (red.), Terra/Wattel – European Tax Law, Volume I General Topics and Direct Taxation (8. utgave) punkt 3.2.2.

Konstruksjon av rent kunstige arrangementer, som beskrevet ovenfor, kan gripe inn i medlemsstatenes rett til å utøve sin beskatningsmyndighet og sette balansen i beskatningskompetansen i fare, jf. blant annet C-484/19 (Lexel) avsnitt 74. Nasjonal

lovgivning som ikke har som spesifikt formål å utelukke fra skattefordeler slike rent kunstige arrangementer, kan derfor i visse tilfeller begrunnes samlet i de to hensynene, jf. avsnitt 72 og 75. Bekjempelsen av skatteomgåelse må imidlertid da utgjøre et særlig aspekt ved behovet for å opprettholde balansen i beskatningskompetansen, jf. avsnitt 73. Dersom medlemsstaten ikke kan påberope seg hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen, kan ikke et tiltak begrunnes samlet i dette hensynet og hensynet til å motvirke skatteomgåelse, jf. avsnitt 76.

Tiltaket må være *egnet* som middel til å oppnå det aktuelle legitime formålet. Videre kan tiltaket ikke være mer inngripende i friheten enn det som er *nødvendig* for å ivareta det legitime formålet. Dette kravet er ikke oppfylt hvis formålet oppnås like effektivt med mindre inngripende tiltak. Det kan med andre ord ikke eksistere andre, mindre inngripende tiltak som medfører at det valgte beskyttelsesnivået nås, jf. for eksempel HR-2016-2554-P (Holship) avsnitt 97 med videre henvisinger.

I visse tilfeller kan tiltaket underkjennes fordi inngrepet tiltaket gjør i grunnfrihetene er så stort at det står i et helt urimelig forhold til målsetningen med tiltaket, altså forholdsmessighet i snever forstand. En slik kvalifisert urimelighetssensur gjøres imidlertid sjelden eksplisitt, jf. LB-2018-141762 punkt 8 e med videre henvisninger.

3.3.2 ATAD-direktivet

Rådsdirektiv (EU) 2016/1164 om fastsettelse av regler mot skatteomgåelse som direkte påvirker det indre markeds virkemåte («tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market», forkortet til ATAD) ble vedtatt 12. juli 2016. ATAD-direktivet er et minimumsdirektiv, jf. artikkel 3. Det er ikke omfattet av EØS-avtalen.

Formålet med direktivet er å legge til rette for at skatt betales der hvor overskudd og verdi genereres, jf. fortalen punkt 1. Samme sted er behovet for tillit til rettferdigheten i skattesystemene og for at regjeringer effektivt kan utøve sin skattesuverenitet, fremhevet. Disse politiske målene er oversatt til konkrete handlingsanbefalinger i sammenheng med OECDs initiativ mot baseerosjon og profittflytting (BEPS). Baseerosjon og profittflytting refererer til skatteplanleggingsstrategier som brukes av multinasjonale foretak som utnytter gap og misforhold i skatteregler for å unngå å betale skatt. Det ble ansett som nødvendig å fastsette regler for å styrke vernet mot aggressiv skatteplanlegging i det indre marked, men hensiktsmessig å begrense reglene til generelle bestemmelser og overlate gjennomføringen til medlemsstatene. Målet ble antatt best å kunne oppnås ved å skape et minimumsnivå av beskyttelse for nasjonale selskapsskattesystemer mot skatteunngåelsespraksis i hele unionen, jf. punkt 3 i fortalen.

For å motvirke uthuling av skattegrunnlag i det indre marked og forskyvning av overskudd ut av det indre marked, ble det ansett nødvendig å fastsette regler om blant annet

begrensninger i fradragretten for rentekostnader. Det fremgår imidlertid at reglene bør unngå å skape andre hindringer for markedet, jf. fortalen punkt 5.

Artikkel 4 står i kapitlet om tiltak mot skatteomgåelse. Punkt 1 og 5 lyder slik:

«Interest limitation rule

1. Exceeding borrowing costs shall be deductible in the tax period in which they are incurred only up to 30 percent of the taxpayer's earnings before interest, tax, depreciation and amortisation (EBITDA).

For the purpose of this Article, Member States may also treat as a taxpayer:

- (a) an entity which is permitted or required to apply the rules on behalf of a group, as defined according to national tax law;
- (b) an entity in a group, as defined according to national tax law, which does not consolidate the results of its members for tax purposes.

In such circumstances, exceeding borrowing costs and the EBITDA may be calculated at the level of the group and comprise the results of all its members.

[...]

5. Where the taxpayer is a member of a consolidated group for financial accounting purposes, the taxpayer may be given the right to either:
 - (a) fully deduct its exceeding borrowing costs if it can demonstrate that the ratio of its equity over its total assets is equal to or higher than the equivalent ratio of the group and subject to the following conditions:
 - (i) the ratio of the taxpayer's equity over its total assets is considered to be equal to the equivalent ratio of the group if the ratio of the taxpayer's equity over its total assets is lower by up to two percentage points; and
 - (ii) all assets and liabilities are valued using the same method as in the consolidated financial statements referred to in paragraph 8;
 - or
 - (b) deduct exceeding borrowing costs at an amount in excess of what it would be entitled to deduct under paragraph 1. This higher limit to the deductibility of exceeding borrowing costs shall refer to the consolidated group for financial accounting purposes in which the taxpayer is a member and be calculated in two steps:
 - (i) first, the group ratio is determined by dividing the exceeding borrowing costs of the group vis-à-vis third-parties over the EBITDA of the group; and
 - (ii) second, the group ratio is multiplied by the EBITDA of the taxpayer calculated pursuant to paragraph 2.»

Artikkel 4 nr. 1 første ledd pålegger medlemsstatene å innføre en rentebegrensningsregel basert på EBITDA. I andre ledd er medlemsstatene gitt en mulighet til å gi denne rentebegrensningsregelen anvendelse for (a) en enhet som er tillatt eller pålagt å anvende reglene på vegne av en gruppe, og (b) en enhet i en gruppe som ikke konsoliderer resultatene til medlemmene for skatteformål. Overskridelse av lånekostnader og EBITDA kan da i henhold til tredje ledd beregnes på konsernnivå og omfatte resultatene til alle

medlemmene. Når skattyter er medlem av et konsolidert konsern for regnskapsformål, gir artikkel 4 nr. 5 mulighet for på visse vilkår å gi unntak, slik at rentekostnader kan trekkes fra selv om de går ut over fradagsrammen.

Fortalen punkt 7 lyder slik:

«Where the taxpayer is part of a group which files statutory consolidated accounts, the indebtedness of the overall group at worldwide level may be considered for the purpose of granting taxpayers entitlement to deduct higher amounts of exceeding borrowing costs. It may also be appropriate to lay down rules for an equity escape provision, where the interest limitation rule does not apply if the company can demonstrate that its equity over total assets ratio is broadly equal to or higher than the equivalent group ratio. The interest limitation rule should apply in relation to a taxpayer's exceeding borrowing costs without distinction of whether the costs originate in debt taken out nationally, cross-border within the Union or with a third country, or whether they originate from third parties, associated enterprises or intra-group. Where a group includes more than one entity in a Member State, the Member State may consider the overall position of all group entities in the same State, including a separate entity taxation system to allow the transfer of profits or interest capacity between entities within a group, when applying rules that limit the deductibility of interest.»

Lagmannsretten kommer tilbake til ATAD-direktivet under den konkrete vurderingen.

3.3.3 EFTA-domstolens dom i vår sak

Som nevnt har tingretten innhentet en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i saken. Om betydningen av EFTA-domstolens rådgivende tolkningsuttalelser har Høyesterett i storkammer uttalt følgende i HR-2021-1453-S (Nav) avsnitt 64–66:

«(64) EFTA-domstolens tolkningsuttalelser er ikke formelt bindende. Den nasjonale domstolen må derfor ta selvstendig stilling til hvordan EØS-retten skal forstås og anvendes i den konkrete saken. Ved tolkningen av EØS-retten må den nasjonale domstolen imidlertid legge 'stor vekt på hva EFTA-domstolen har uttalt om hvordan EØS-retten skal forstås', jf. HR-2016-2554-P Holship avsnitt 77. Om bakgrunnen for dette heter det i samme avsnitt i dommen:

'Formålet med EFTA-domstolen er ifølge fortalen til ODA blant annet 'å nå frem til og opprettholde en lik fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i nevnte avtale, og å nå frem til lik behandling av enkeltpersoner og markedsdeltagere med hensyn til de fire friheter og konkurransevilkårene'. Nasjonale domstoler må derfor normalt følge EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten og kan ikke fravike en tolkningsuttalelse av EFTA-domstolen uten at det foreligger 'særlige grunner', se Rt-2013-258 avsnitt 93-94 med henvisning til plenumsdommen i Rt-2000-1811 på side 1820. For at EFTA-domstolen skal fylle den rolle som den er tiltenkt, kan domstolens forståelse av

EØS-retten følgelig ikke fravikes uten at det foreligger gode og tungtveiende grunner for det.’

- (65) EFTA-domstolens forståelse av EØS-retten kan altså ikke fravikes uten at det foreligger ‘gode og tungtveiende grunner for det’. Om den nærmere kompetansefordelingen mellom EFTA-domstolen og den nasjonale domstolen heter det videre i avsnitt 78:

‘Det EFTA-domstolen skal uttale seg om i rådgivende tolkingsuttalelser, er tolkningen av EØS-retten, se ODA artikkel 34 første ledd. Bevisbedømmelsen hører under de nasjonale domstolene. Det samme gjelder i utgangspunktet den konkrete subsumsjon, men her går det ikke noe skarpt skille. Hvor langt EFTA-domstolen vil gå i å utpensle EØS-retten i detalj i en tolkingsuttalelse, beror blant annet på de spørsmål som den nasjonale domstol har stilt, og hvor detaljert faktum er angitt i spørsmålsskriftet.’

- (66) Mange EØS-rettslige regler er etter sin art skjønnsmessige eller har karakter av generelle prinsipper. Ved tolkningen og anvendelsen av de grunnleggende frihetene i EØS-avtalens hoveddel står eksempelvis vurderinger av om restriksjoner er egnede, nødvendige og forholdsmessige, sentralt. Oppgaven for EFTA-domstolen vil da være å gi presiserende retningslinjer for anvendelsen av den EØS-rettslige regelen, og herunder klargjøre hvilke momenter som skal inngå og vektlegges. Bevisbedømmelsen og den konkrete avgjørelsen av om en nasjonal bestemmelse eller regulering er forenlig med EØS-retten, ligger til den nasjonale domstolen. I den grad EFTA-domstolen – for eksempel ut fra de spørsmålene den nasjonale domstolen har stilt – har foretatt mer konkrete vurderinger, vil dette kunne være til hjelp for den nasjonale domstolen, men slike uttalelser har isolert sett ikke den samme vekt som der domstolen direkte uttaler seg om forståelsen av EØS-retten. Dette følger allerede av at EFTA-domstolen i tolkningsaker som er forelagt av nasjonale domstoler verken tar stilling til faktum i saken eller innholdet i nasjonal rett.»

Oslo tingrett forela følgende spørsmål for EFTA-domstolen ved brev 1. juli 2021:

- «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?»

I uttalelse til EFTA-domstolen 16. september 2021 fremholdt Kommissjonen at mens forskjellsbehandlingen i C-386/14 (Groupe Steria), C-398/16 og C-399/16 (X og X) og C-484/19 (Lexel) lå utenfor konsolidering av (overføring av tap mellom) konsernselskaper, har forskjellsbehandlingen i denne saken ikke rot i en «annen skattefordel», men i den skattefordelen konsernbidragsreglene gir, som ble ansett rettfærdiggjort i blant annet C-231/05 (Oy AA). Kommissjonen mente derfor at det ikke var tale om en restriksjon forårsaket av den kombinerte anvendelsen av de to regelsettene, men en logisk konsekvens av den berettigede restriksjonen som konsernbidragsreglene utgjør, jf. avsnitt 36 og 37.

I uttalelse samme dag pekte ESA på klare paralleller i faktum mellom vår sak og C-398/16 (X BV) og C-484/19 (Lexel). Etter ESAs syn begrenser lovgivningen vår sak gjelder, etableringsfriheten på tilsvarende måte som i disse sakene, jf. avsnitt 34. ESA mente at forskjellsbehandlingen ikke var begrunnet med hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og pekte herunder på at det dreier seg om den fiskale suvereniteten til én og samme stat, jf. avsnitt 65. Hensynet til å motvirke skatteomgåelse kunne heller ikke rettfærdiggjøre restriksjonen, jf. avsnitt 69–75. ESA kunne ikke se at ATAD-direktivet satte saken i et annet lys, jf. avsnitt 76–78. Reglene gikk etter ESAs syn utover det som er nødvendig for å forhindre helt kunstige ordninger som fører til skatteomgåelse. Selv om Norge hadde vært underlagt bestemmelsene i direktivet, ville dette derfor ikke alene rettfærdiggjort restriksjonen, jf. avsnitt 78. ESA kunne ei heller se at hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å hindre skatteomgåelse samlet kunne rettfærdiggjøre restriksjonen, jf. avsnitt 79–81.

EFTA-domstolen besvarte spørsmålene i dom 1. juni 2022 i sak E-3/21. Spørsmål 1 og 2 ble besvart samlet.

I avsnitt 26 beskrev EFTA-domstolen virkningen av konsernbidragsreglene sammen med rentebegrensingsregelen slik:

«En slik overføring [av konsernbidrag] vil øke mottakerselskapets EBITDA og dermed øke dets fradragssramme etter rentebegrensingsreglene, mens giveren vil få en tilsvarende reduksjon i sin fradragssramme. Dette vil igjen øke mottakerselskapets mulighet til å påta seg gjeld og betale renter til andre konsernselskaper uten å være underlagt rentebegrensingsreglene. 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) rentebegrensingsreglene ved å yte et konsernbidrag til et konsernselskap som er skattepliktig til en annen EØS-stat.»

EFTA-domstolen konstaterte at kombinasjonen av rentebegrensingsreglene og konsernbidragsreglene kan begrense selskapers utøvelse av etableringsadgangen, jf. avsnitt 29. Domstolen slo deretter fast i avsnitt 30 at det ifølge rettspraksis ikke endrer vurderingen at restriksjonen skyldes samspill mellom to regelsett, særlig når det ene

fastsetter et unntak fra eller en endring av det andre. EFTA-domstolen konkluderte med at den grenseoverskridende situasjonen og den nasjonale situasjonen er sammenlignbare, ut fra formålet med og innholdet i de nasjonale bestemmelsene, jf. avsnitt 31–35.

EFTA-domstolens svar på spørsmål 1 og 2 var derfor følgende:

«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.»

EFTA-domstolen la til grunn at konsernbidragsreglene var rettferdiggjort i behovet for å opprettholde en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom EØS-statene, jf. avsnitt 41 og 42. Domstolen konstaterte imidlertid at saken ikke gjaldt 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», jf. avsnitt 43. Den pekte på at begrunnelsen som gjelder for overføring av overskudd eller underskudd innen et skattemessig integrert konsern, ikke nødvendigvis får anvendelse på rentebegrensningsreglene. For disse 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», noe som også kan motvirke skatteomgåelse, jf. avsnitt 45.

Ettersom fordelene dermed falt utenfor virkeområdet for ordningen for konserninterne overføringer, måtte den vurderes og begrunnes særskilt, jf. avsnitt 44 og 46.

EFTA-domstolen viste til at hensynet til å sikre en balansert fordeling av beskatningsmyndigheten har vært godtatt av 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. avsnitt 47. I avsnitt 48 uttalte imidlertid EFTA-domstolen følgende:

«Slike hensyn kan likevel ikke rettferdiggjøre 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).»

Når det gjaldt bekjempelse av skatteomgåelse, pekte EFTA-domstolen på at restriksjonen skyldes det forhold at kun konsernselskaper som er skattepliktige i Norge, kan benytte konsernbidragsreglene for å redusere eller fjerne konsekvensene av rentebegrensingsreglene, jf. avsnitt 50. Deretter uttalte domstolen i avsnitt 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 rentekostnadene 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).»

EFTA-domstolen pekte på at det følger av fast rettspraksis at nasjonale domstoler, for å kunne vurdere rent kunstige arrangementer, må foreta en konkret vurdering av saken, og at skattyteren må gis anledning til å bevise eventuelle kommersielle begrunnelser for arrangementet, jf. avsnitt 53. Domstolen konstaterte at det fremgår av sakens dokumenter at reglene ikke gir skattytere slik mulighet, og at fradraget som ble nektet, dermed ikke nødvendigvis var begrenset til den del av rentekostnadene som oversteg det som ville ha vært avtalt på armlengdes avstand, jf. avsnitt 54. De nasjonale reglene kunne dermed 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», jf. avsnitt 55.

Avslutningsvis bemerket EFTA-domstolen at den ikke tillå ATAD-direktivet avgjørende vekt. Det ble blant annet vist til at direktivet verken er gjennomført i EØS-avtalen eller var i kraft i EU på det relevante tidspunktet, jf. avsnitt 56.

På denne bakgrunn var EFTA-domstolens svar på spørsmål 3 følgende:

«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.»

3.4 Konkret vurdering

3.4.1 Innledning

Lagmannsretten legger til grunn at saken gjelder handel mellom EØS-stater, jf. EØS-avtalen artikkel 1, og at den nasjonale og den grenseoverskridende situasjonen er objektivt sammenliknbare, jf. EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 31–35:

- «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 sammenliknbare (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 sammenliknbare, 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 forskjellbehandlingen 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 sammenliknbarhet 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, sammenliknbare. 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 sammenliknbarhet.
- 34 Videre spør den anmodende domstol hvilken betydning det har for vurderingen av sammenliknbarhet 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).»

Dette er for øvrig ikke omstridt mellom partene.

Spørsmålene er, som nevnt tidligere, om det foreligger en restriksjon på etableringsfriheten, om restriksjonen i så fall er begrunnet i tvingende, allmenne hensyn, om den er egnet til og nødvendig for å ivareta hensynene, samt eventuelle konsekvenser for vedtaket.

3.4.2 Foreligger det en restriksjon på etableringsfriheten?

Regelen i skatteloven § 6-41 om begrensning i rentefradrag likebehandler selskaper i internasjonale og nasjonale konserner. Den utgjør derfor i seg selv ingen restriksjon på etableringsfriheten.

De norske konsernbidragsreglene utgjør derimot en restriksjon. I samsvar med praksis fra EU-domstolen legger imidlertid lagmannsretten til grunn at denne restriksjonen er rettferdiggjort av hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å motvirke skatteomgåelse, jf. blant annet C-446/03 (*Marks & Spencer*) avsnitt 46 og 59, C-231/05 (*Oy AA*) avsnitt 60 og C-337/08 (*X Holding*) avsnitt 28 flg.

Spørsmålet er om det oppstår en restriksjon som må rettferdiggjøres særskilt, når konsernbidragsreglene virker sammen med rentebegrensningsregelen i skatteloven § 6-41, eller om virkningen bare er en konsekvens av kjernen i konsernbidragsreglene.

EU-domstolen har avsagt en rekke dommer om ulike skattekonsolideringsordninger som skal sikre en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene og motvirke skatteomgåelse. Det vises blant annet til C-446/03 (*Marks & Spencer*), C-231/05 (*Oy AA*), C-337/08 (*X Holding*) og C-386/14 (*Groupe Steria*). Domstolen har vurdert slike ordninger kombinert med regler om begrensning i fradragrett for renteutgifter i C-398/16 (*X BV*) og C-484/19 (*Lexel*). Lagmannsretten kommer tilbake til disse dommene.

Staten har anført at samvirke mellom to regler som hver for seg ikke er i strid med de fire friheter, ikke kan gi en tredje regel som utgjør en restriksjon som må rettferdiggjøres

særskilt. Etter lagmannsrettens syn kan EU-domstolens praksis ikke forstås slik. Blant andre C-386/14 (*Groupe Steria*) og C-398/16 (*X BV*) gjaldt samvirke mellom to regler, der den ene var en skattekonsolideringsregel rettfærdiggjort av hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen, og den andre i seg selv ikke forskjellsbehandlet. Når de to reglene virket sammen, oppsto likevel en restriksjon på etableringsfriheten som måtte rettfærdiggjøres særskilt. Med andre ord kan en kombinasjon av regler gi opphav til en relevant restriksjon. Lagmannsretten viser her også til C-484/19 (*Lexel*) avsnitt 40, 41 og 78, EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 29 og CFE Tax Advisors Europe, Opinion Statement ECJ-TF 3/2022 on the EFTA Court decision of 1 June 2022 in Case E-3/21, PRA Group Europe, on the discriminatory interaction between the «interest barrier» and group contributions avsnitt 10. CFE Tax Advisors Europe er en paraplyforening som forener 30 europeiske, nasjonale skatterettsinstitutter og sammenslutninger av skatterådgivere fra 24 europeiske land, og er en del av European Union Transparency.

Til støtte for sitt syn har staten videre vist til at de norske reglene ikke tilsvarer reglene som EU-domstolen har vurdert i disse sakene. Etter lagmannsrettens syn er ikke dette avgjørende for bruken av dommene som rettskilde. Det sentrale for EU-domstolens vurderinger er ikke den tekniske utformingen av den enkelte regelen, men hvilken virkning den gir i praksis. Det er dermed nødvendig å gå relativt konkret til verks ved bedømmelsen av hvilken betydning domstolens praksis har for spørsmålene saken reiser.

C-386/14 (*Groupe Steria*) gjaldt et fransk skatteintegreringsregime. Utbytte som franske morselskaper mottok fra sine datterselskaper, ble trukket fra i nettooverskuddet til morselskapet, med unntak for en andel kostnader knyttet til de aktuelle kapitalandelene. For morselskaper som var en del av et skatteintegrert konsern, ble imidlertid dette tillegget «nøytralisert» når utbyttet kom fra et datterselskap som var del av samme konsern. Dette innebar at utbytte fra et slikt datterselskap ble trukket fra i morselskapets nettooverskudd i sin helhet, mens utbytte fra datterselskaper som ikke inngikk i et slikt skatteintegrert konsern, bare delvis var fritatt for selskapsskatt. Adgangen til å inngå i et skatteintegrert konsern var forbeholdt franske selskaper. Når disse reglene virket sammen, utgjorde de en restriksjon på etableringsfriheten, jf. avsnitt 16–20.

Sakene C-398/16 (*X BV*) og C-399/16 (*X NV*) ble avgjort sammen og omtales som *X og X*.

C-398/16 (*X BV*), som er den sentrale i vår sammenheng, gjaldt samvirke mellom en skattekonsolideringsregel og en regel om begrensning i fradragrett for rentekostnader. Etter nederlandsk rett var et selskap avskåret fra å trekke fra rentekostnader for lån tatt opp i et nærstående selskap, for å finansiere kapitalinnskudd i et nærstående selskap. Samtidig var det adgang for hjemmehørende selskaper til å inngå i en skatteintegrert enhet. Denne integreringen innebar at kapitalinnskudd innad i enheten var skattemessig nøytralt (ikke-eksisterende). Samlet førte reglene til at hvis morselskapet og datterselskapet som mottok kapitalinnskudd, var hjemmehørende, kunne renteutgiftene trekkes fra fordi

sammenhengen mellom rentekostnadene og kapitalinnskuddet ikke fremgikk. Ettersom det bare var hjemmehørende selskaper som kunne inngå i en skatteintegrert enhet, var denne muligheten ikke tilgjengelig når kapitalinnskuddet gikk til et ikke-hjemmehørende selskap. I sistnevnte konstellasjon var eneste mulighet for fradrag å påvise at det var overveiende forsvarlige forretningsgrunner for gjelden og for den tilhørende rettslige transaksjonen.

Virkingen av reglene utgjorde en restriksjon fordi morselskapet ville blitt behandlet gunstigere hvis datterselskapet hadde vært et hjemmehørende selskap. Morselskapet kunne da ha dannet en skatteenhet med datterselskapet og trukket sine rentekostnader på lånet fra overskuddet uten å oppfylle ytterligere vilkår, jf. avsnitt 31. Denne ulike behandlingen kunne gjøre det mindre attraktivt for morselskaper – når det etablerer datterselskaper i andre medlemsstater – å utøve sin etableringsfrihet, jf. avsnitt 32.

Under drøftelsen av om situasjonene var sammenlignbare, konstaterte domstolen at forskjellsbehandlingen stammet fra kombinasjonen av to lovbestemmelser med ulikt formål, jf. avsnitt 34 og 35. Regelen om begrensning i fradragsretten skilte ikke mellom hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaper, og skattekonsolideringsregelen var rettferdiggjort av hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen. Kombinasjonen av reglene ga likevel en forskjellsbehandling som ikke var rettferdiggjort.

C-484/19 (Lexel) gjaldt også samvirke mellom en skattekonsolideringsregel og en regel om rentefradrag. Det svenske selskapet Lexel hadde tatt opp et lån i et fransk selskap i samme konsern. Under henvisning til en misbruksregel i de svenske reglene som begrenser fradragsretten for rentebetalinger til nærstående, ble Lexel nektet skattefradrag for rentebetalningene fordi myndighetene mente at formålet med lånet var å oppnå en skattefordel, jf. avsnitt 3–9 og 22. Av lovforarbeidene fremgikk at denne misbruksregelen ikke gjaldt for renter på lån mellom selskaper som seg imellom hadde adgang til å gi konsernbidrag. Kun selskaper som var skattepliktige i Sverige, hadde slik adgang, jf. avsnitt 9–12 and 38. I praksis fikk derfor misbruksregelen ikke anvendelse på selskaper i hjemmehørende konserner. Samme mulighet var ikke åpen for et svensk selskap som betalte renter til et ikke-hjemmehørende selskap i samme konsern. Dette anså EU-domstolen som en begrensning av etableringsfriheten, jf. avsnitt 31, 40 og 41.

Lagmannsretten bemerker at konsernbidrag etter skatteloven §§ 10-2 til 10-4 inngår i skattemessige inntekter ved beregningen av EBITDA etter § 6-41 tredje ledd, slik at selskapet som mottar konsernbidrag, får økt sin fradragsramme. Konsernbidragsreglene kan dermed redusere eller fjerne konsekvensene av rentebegrensningsregelen i § 6-41, slik at selskapet kan trekke fra en større andel av sine rentekostnader på gjeld til nærstående. Denne muligheten er forbeholdt selskaper som er skattepliktige til Norge, ettersom det bare er slike selskaper som kan motta konsernbidrag, jf. § 10-4.

I vår sak ble PRA Group Europe Subholding AS, som var skattemessig hjemmehørende i Norge, finansiert med en blanding av egenkapital og lån fra sitt morselskap, som var skattemessig hjemmehørende i Luxembourg. PRA Group Europe Subholding AS krevde fradrag for gjeldsrentene til morselskapet i henhold til den alminnelige adgangen til å trekke fra rentekostnader i skatteloven § 6-40. Paragraf § 6-41 medførte en reduksjon i fradragsberettiget beløp med til sammen 144 549 153 kroner for inntektsårene 2014 og 2015. Dersom morselskapet i stedet hadde vært skattemessig hjemmehørende i Norge, kunne det gitt datterselskapet konsernbidrag og ved det økt fradragsrammen, noe som igjen hadde økt fradragene og redusert skatten for datterselskapet.

Lagmannsretten forstår EU-domstolens praksis slik at konsolidering av underskudd og overskudd rettmessig kan forbeholdes nasjonale konserner. Ut fra hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen kan ikke statene pålegges å tillate grenseoverskridende overføring av skattemessige underskudd. Å nekte andre skattefordeler enn slik overføring av overskudd og underskudd i grenseoverskridende situasjoner, krever imidlertid en selvstendig begrunnelse. Det vises til sammenligning til C-386/14 (Groupe Steria) avsnitt 28 og C-398/16 og C-399/16 (X og X) avsnitt 24 og C-484/19 (Lexel) avsnitt 63, jf. også Z.M. Reijn m.fl., Tax Grouping in an EU Context: All Roads Lead to Brussels, publisert i European Taxation juli 2018 side 299 flg., punkt 3.5.

Det er dermed forskjell på fordeler som følger direkte av konsernbidragsreglene, og fordeler som oppstår når disse kombineres med og reduserer virkningen av en regel om begrensning i fradragsretten for renter.

Lagmannsretten kan ikke se at den virkningen konsernbidragsreglene har på anvendelsen av rentebegrensningsregelen, er uatskillelig fra konsernbidragsordningen. I C-386/14 (Groupe Steria) fremholdt Frankrike, med støtte fra Nederland og Storbritannia, på tilsvarende måte som staten i vår sak, at den aktuelle virkningen var uatskillelig fra skatteintegreringsordningen, jf. avsnitt 24. EU-domstolen var ikke enig, jf. avsnitt 27. Det måtte foretas en selvstendig rettmessighetsvurdering av andre skattemessige fordeler enn overføring av underskudd innenfor det skatteintegreerte konsernet, jf. avsnitt 28.

På tilsvarende måte som i C-398/16 (X BV) og C-484/19 (Lexel) begrenser reglene i vår sak etableringsfriheten ved å gi norske debitorselskaper som er i et konsern med norske selskaper, mulighet for å fjerne eller minimere virkningen av rentebegrensningsreglene ved å motta konsernbidrag, mens denne muligheten ikke er åpen for norske debitorselskaper i konsern med selskaper skattemessig hjemmehørende i andre EØS-stater.

Forskjellsbehandling av hjemmehørende datterselskaper ut fra hvor deres morselskap har sitt sete, utgjør en hindring for etableringsfriheten hvis den gjør det mindre interessant for EØS-selskaper å etablere datterselskaper i staten, jf. EFTA-domstolens dom 13. september 2017 i E-15/16 (Yara) avsnitt 34 og 35. Dette endres ikke av at begrensningen stammer fra

samvirke mellom to regelsett. Å overse forskjellsbehandling som oppstår fra slik kombinasjon av regler, ville svekket virkningen av EØS-avtalen artikkel 31.

Lagmannsretten er dermed enig i EFTA-domstolens uttalelser i vår sak (E-3/21) avsnitt 29 og 30:

- «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.»

Etter dette er lagmannsretten kommet til at samvirket mellom konsernbidragsreglene og reglene om begrensning i fradragsretten etter skatteloven § 6-41 utgjør en restriksjon på etableringsfriheten som må rettferdiggjøres særskilt.

3.4.3 Er restriksjonen begrunnet i tvingende, allmenne hensyn?

Det aktuelle tiltaket er ikke direkte diskriminerende. Restriksjonen kan derfor også begrunnes i andre allmenne, tvingende hensyn enn de traktatfestede. Hensynene som staten har påberopt som begrunnelse, er hensynet til en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene og hensynet til å motvirke skatteomgåelse.

Som nevnt, har EU-domstolen vurdert ulike skattekonsolideringsordninger som skal sikre balansert fordeling av beskatningskompetansen og motvirke skatteomgåelse, i flere saker.

C-446/03 (Marks & Spencer) gjaldt en regel som ga morselskaper hjemmehørende i Storbritannia rett til å trekke fra i sin skattepliktige fortjeneste tap påført et datterselskap, men bare hvis datterselskapet var etablert i Storbritannia. EU-domstolen fastslo i storkammer at blant annet hensynet til en balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å motvirke skatteomgåelse i utgangspunktet rettferdiggjorde et slikt tiltak,

jf. avsnitt 45, 49–51 og 59. Den konkrete ordningen gikk ut over det som var nødvendig, jf. avsnitt 55–58 og 59, men begrunnelsen for dette er ikke relevant for vår sak.

I *C-231/05 (Oy AA)* vurderte EU-domstolen en ordning der datterselskaper etablert i Finland, kunne trekke fra i sin skattepliktige inntekt konserninterne, finansielle overføringer til fordel for sitt morselskap, men bare hvis morselskapet var etablert i Finland. Domstolen fastslo i storkammer at en slik ordning var begrunnet i hensynet til en balansert fordeling av beskatningskompetansen og hensynet til å motvirke skatteomgåelse, samt egnet til å ivareta disse hensynene, jf. avsnitt 60. Selv om lovgivningen ikke var spesifikt utformet med sikte på å utelukke skattefordeler fra rent kunstige ordninger, blottet for økonomisk virkelighet og skapt med sikte på å unnsnippe skatt, gikk den ikke ut over det som var nødvendig for å ivareta de legitime formålene, jf. avsnitt 63–65.

C-337/08 (X Holding) gjaldt regler som ga nederlandske morselskaper og deres hjemmehørende datterselskaper anledning til å beskattes som om de utgjorde én skatteenhet (også omtalt som skatteintegreert enhet eller skatteintegreert konsern). I tillegg til at fortjeneste og tap ble konsolidert på morselskapsnivå, var transaksjonene innad i konsernet skattemessig nøytrale (ikke-eksisterende), jf. avsnitt 18. Et aksjeselskap etablert i Nederland ble nektet å danne en slik skatteenhet med et ikke-hjemmehørende datterselskap. Også denne ordningen anså EU-domstolen som begrunnet i og egnet til å ivareta de samme to hensynene, jf. avsnitt 28–33. Ettersom et morselskap sto fritt til å danne en skattemessig enhet med et datterselskap, og like fritt til å oppløse en slik enhet, ville en adgang til å inkludere ikke-hjemmehørende datterselskaper i en slik skatteenhet vært ensbetydende med å gi morselskapet frihet til å velge skatteordning for datterselskapets tap og stedet der dette tas inn regnskapet, jf. avsnitt 31 og 32. Tiltaket besto også nødvendighetstesten, jf. avsnitt 34–42.

EU-domstolen har i flere senere avgjørelser presisert innholdet i *C-337/08 (X Holding)*.

C-386/14 (Groupe Steria) gjaldt som nevnt et fransk skatteintegreringsregime som – kombinert med en regel som begrenset fradrag for utbytte fra datterselskaper – innebar at utbytte fra et datterselskap som var del av samme skatteintegreerte konsern, ble trukket fra i morselskapets nettooverskudd i sin helhet, mens utbytte fra datterselskaper som ikke inngikk i et slik skatteintegreert konsern, bare delvis var fritatt for selskapsskatt. Adgangen til å inngå i et skatteintegreert konsern var forbeholdt franske selskaper, jf. avsnitt 16–20.

Som det fremgår over, ble virkningen saken gjaldt, ikke ansett som uatskillelig fra skatteintegreringsordningen, jf. avsnitt 24. EU-domstolen uttalte at det ikke kan utledes av *C-337/08 (X Holding)* at enhver forskjellsbehandling mellom selskaper i et skatteintegreert konsern, og selskaper som ikke tilhører en slik gruppe, er forenlig med etableringsfriheten. Domstolen hadde i den saken bare konstatert at bostedsvilkåret var rettfærdiggjort hva gjaldt en ordning som åpnet for at underskudd overføres innenfor det skatteintegreerte

konsernet, jf. avsnitt 27. Det måtte foretas en selvstendig rettmessighetsvurdering av andre skattemessige fordeler enn slik overføring, jf. avsnitt 28.

EU-domstolen konstaterte deretter at forskjellsbehandlingen i Groupe Steria bare gjaldt utbytte mottatt av hjemmehørende morselskaper. Det dreide seg dermed om den skattemessige suvereniteten til én og samme medlemsstat. Restriksjonen kunne derfor ikke begrunnes med hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen, jf. avsnitt 29.

Uttalelsene ble fulgt opp i dom 6. oktober 2015 i saken *C-66/14 (Finanzamt Linz)*.

I *C-398/16 og C-399/16 (X og X)* presiserte EU-domstolen innholdet av *C-337/08 (X Holding)* på samme måte som i *C-386/14 (Groupe Steria)*, se avsnitt 24. Deretter påpekte domstolen at X og X gjaldt andre skattefordeler enn overføring av underskudd innenfor en skatteintegreert enhet, jf. avsnitt 25.

EU-domstolen konstaterte at *C-398/16 (X BV)* gjaldt adgang til å trekke fra rentekostnader, ikke den fordel som lå i generell motregning av kostnader og inntekter i en skatteintegreert enhet. Adgangen til å trekke fra rentekostnader var ikke forbeholdt skatteintegreerte enheter, men gjaldt ethvert selskap, og den var bare begrenset ved den omtalte rentebegrensningsregelen. Ved å unngå denne begrensningen, oppnådde morselskaper som kunne inngå i en skatteintegreert enhet med sitt datterselskap, derfor ikke en fordel spesifikt knyttet til konsolideringsregelen for skatteintegreerte enheter, jf. avsnitt 40. Dette gjaldt desto mer fordi anvendelsen av rentebegrensningsregelen ikke var avhengig av beskatningsstedet for den inntekten som rentebetalingene utgjorde, og dermed hvilken stat som dro fordel av beskatningen, jf. avsnitt 41.

Selv om begrensningen i fradragsretten internrettslig var begrunnet med hensynet til å motvirke skatteomgåelse, jf. avsnitt 46–48, ga kombinasjonen med skattekonsolideringsregelen en forskjellsbehandling som ikke var rettfærdiggjort. EU-domstolen påpekte at for at en begrensning av etableringsfriheten skal kunne begrunnes ut fra forebygging av misbruk, må det spesifikke målet med denne begrensningen være å forhindre slikt misbruk. Det kunne ikke være tilfelle i X BV ettersom forskjellsbehandlingen ikke stammet fra rentebegrensningsregelen alene, men fra denne sammenholdt med skattekonsolideringsregelen, jf. avsnitt 49. EU-domstolen viste til at når et morselskap finansierer kjøp av aksjer i et datterselskap ved lån tatt opp i et annet nærstående selskap, er risikoen for at lånet ikke reflekterer en reell økonomisk transaksjon og bare er ment kunstig å skape en fradragsberettiget omkostning, ikke mindre når morselskapet og datterselskapet er hjemmehørende i samme medlemsstat og inngår i en skatteintegreert enhet, enn når datterselskapet er etablert i en annen medlemsstat og ikke har adgang til å inngå i en slik enhet med morselskapet, jf. avsnitt 50.

Også i *C-484/19 (Lexel)* presiserte EU-domstolen innholdet av *C-337/08 (X Holding)* på samme måte som i *C-386/14 (Groupe Steria)* og *C-398/16* og *C-399/16 (X og X)*, se avsnitt 62 og 63. Selv om forskjellsbehandlingen i *Lexel* besto i et krav om bosted for kreditorselskapet, måtte fordelene ikke forveksles med fordelene av konsolidering innen integrerte skatteenheter. Domstolen konstaterte at tvisten dreide seg om muligheten for å trekke fra rentekostnader, ikke generell utligning av kostnader og inntekter spesifikke for slike skatteenheter, jf. avsnitt 65.

EU-domstolen fant det klart at restriksjonen ikke kunne begrunnes i hensynet til å motvirke skatteomgåelse, jf. avsnitt 53–57.

Som vist til over i punkt 3.4.2, gjaldt *Lexel*-saken en misbruksregel som ikke fikk anvendelse på interne lån mellom selskaper som hadde rett til å gi hverandre konsernbidrag. At det fremgikk uttrykkelig av forarbeidene at regelen tok sikte på å forhindre uthuling av det svenske beskatningsgrunnlaget, som skatteplanlegging knyttet til fradrag av renteutgifter i en grenseoverskridende situasjon ville kunne føre til, måtte ikke forveksles med behovet for å opprettholde en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene, jf. avsnitt 67. De rentekostnadene som *Lexel* ba om fradrag for, ville ha vært fradragsberettiget hvis kreditorselskapet ikke hadde vært nærstående. Og hvis en grenseoverskridende transaksjon er gjort på vilkår som viser armlengdes avstand, er det ingen forskjell mellom en konsernintern og en ekstern transaksjon, sett opp mot hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen, jf. avsnitt 69. Dette hensynet kunne derfor ikke begrunne restriksjonen, jf. avsnitt 70.

Ettersom restriksjonen ikke kunne begrunnes i hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen, kunne tiltaket heller ikke bli tilstrekkelig begrunnet av de to hensynene samlet, jf. avsnitt 71–76. Restriksjonen var dermed ikke rettfærdiggjort.

Staten har i vår sak påpekt at det etter reglene EU-domstolen vurderte i *Lexel*-saken, ikke var nødvendig faktisk å gi konsernbidrag for å bli unntatt fra misbruksregelen; det var tilstrekkelig å være i posisjon til det. Lagmannsretten kan ikke se at det er avgjørende for bruken av dommen som rettskilde ettersom vår sak ikke gjelder selve konsernbidraget.

Lagmannsretten bemerker at det ikke kan utledes av praksis fra EU-domstolen at enhver forskjellsbehandling som er knyttet til konsernbidrag, er forenlig med etableringsfriheten.

Vår sak gjelder adgang til å trekke fra rentekostnader, ikke den fordelene det i seg selv utgjør å kunne utjevne underskudd og overskudd i et konsern gjennom konsernbidrag, slik også EFTA-domstolen la til grunn i sin dom (*E-3/21*) avsnitt 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.»

Ved slike andre skattemessige fordeler enn overføring av underskudd og overskudd innad i et konsern, må det foretas en selvstendig vurdering av om tiltaket er tilstrekkelig begrunnet i tvingende, allmenne hensyn, jf. også E-3/21 avsnitt 44 og 45:

- «44 Ved vurdering av rettfærdiggjøringen for eventuelle fordeler som gis norske selskaper, må det foretas en vurdering av denne fordels art. Nærmere bestemt må fordelen, om den 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.»

Det første spørsmålet her er dermed om den aktuelle rentefordelen kan begrunnes i hensynet til *balansert fordeling av beskatningskompetansen*, jf. E-3/21 avsnitt 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).»

EU-domstolen har gjentatte ganger slått fast at behovet for å sikre en balansert fordeling av skattekompetansen mellom medlemsstatene rettfærdiggjør en forskjellsbehandling når systemet som vurderes, har til formål å hindre adferd som kan gripe inn i en medlemsstats rett til å utøve sin skattekompetanse for virksomhet som drives på dens territorium, jf. blant annet C-484/19 (Lexel) avsnitt 59–61. EFTA-domstolen har i vår sak tilsvarende pekt på at dette hensynet godtas som begrunnelse 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. E-3/21 avsnitt 47. Deretter fremgår av avsnitt 48:

«Slike hensyn kan likevel ikke rettferdiggjøre 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 [...]»

Staten har anført at EFTA-domstolen har misforstått når den her legger til grunn at staten «gir avkall på noe av sin beskatningsmyndighet». Det er vist til at når fradragssrammen for mottakeren (skattepliktig inntekt) øker, så reduseres den for giveren, slik at samlet skattepliktig inntekt derfor ikke endres.

Lagmannsretten kan ikke se at EFTA-domstolen har misforstått. Hjemmehørende morselskaper kan bruke konsernbidrag til å øke fradragssrammen for rentekostnader til nærstående i det hjemmehørende konsernselskapet der dette gir den største skattefordelen. Rentebegrensningsregelen i skatteloven § 6-41 skiller ikke på grunnlag av kreditorens skattemessige bosted. Dette innebærer at Norge gir avkall på noe av sin beskatningsmyndighet ved at rentekostnader kan trekkes fra, uten at Norge nødvendigvis har myndighet til å skattelegge den motsvarende renteinntekten. Skattefradrag gis til et datterselskap som skatter til Norge, når selskapet mottar konsernbidrag fra sitt norske morselskap, men ikke til et datterselskap som skatter til Norge, når morselskapet ikke er hjemmehørende og derfor ikke kan gi datterselskapet konsernbidrag. Forskjellsbehandlingen gjelder dermed Norges skattemessige suverenitet, altså den skattemessige suvereniteten til én og samme medlemsstat, sml. C-386/14 (Groupe Steria) avsnitt 29.

Etter lagmannsrettens syn er det klare paralleller mellom vår sak og C-398/16 (X BV) og C-484/19 (Lexel). Både Lexel og X BV gjaldt rentebegrensningsregler som i prinsippet gjaldt både hjemmehørende og ikke-hjemmehørende selskaper, men som i praksis ikke fikk anvendelse for hjemmehørende selskapsgrupper. I X BV var dette fordi nederlandske selskaper kunne unngå reglene ved å danne skatteintegreerte enheter. I Lexel var det fordi svenske konserner som kunne foreta konserninterne overføringer, var unntatt. Som i X BV og Lexel, er den relevante fordel i vår sak ikke anvendelsen av skattekonsolideringsreglene i seg selv, men muligheten disse gir til å trekke fra rentebetalingen til nærstående. EU-domstolens begrunnelser i disse sakene kan derfor i stor grad overføres til vår sak.

Adgangen til å trekke fra rentekostnader etter skatteloven § 6-40 første ledd er ikke begrenset til å gjelde lån fra selskaper som er i posisjon til å motta/gi konsernbidrag etter §§ 10-2 til 10-4 til debitorselskapet. Ved å minske nedslagsfeltet for begrensningen i § 6-41, oppnår selskaper som mottar konsernbidrag, ikke en fordel spesifikt knyttet til skattekonsolideringsregelen. Anvendelsen av rentebegrensningsregelen er som nevnt heller ikke avhengig av beskatningsstedet for den inntekten rentebetalingen utgjør, og dermed hvilken stat som drar fordel av beskatning av denne inntekten, sml. C-398/16 og C-399/16

(X og X) avsnitt 40 og 41. I C-484/19 (Lexel) var det for øvrig krav om at kreditor og debitor mellom seg måtte ha rett til konsernbidrag, noe som innebar at de måtte skatte til Sverige, for å gå klar av en misbruksregelen, uten at dette førte til at restriksjonen kunne begrunnes i hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen.

Rentebegrensningsregelen i skatteloven § 6-41 har ikke som formål å ivareta en balansert fordeling av beskatningskompetansen mellom stater, men å motvirke skatteomgåelse. At selskaper i norske konserner i større grad enn selskaper i grenseoverskridende konserner kan unngå denne begrensningen og trekke fra rentekostnader på lån fra nærstående, hindrer ikke adferd som kan gripe inn i medlemsstatens rett til å utøve skattekompetanse for virksomhet på dens territorium. Reglene gir dermed en forskjellsbehandling som ikke er begrunnet i hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen.

Det andre spørsmålet er om hensynet til *motvirke skatteomgåelse* kan begrunne forskjellsbehandlingen.

For at en begrensning av etableringsfriheten skal kunne begrunnes ut fra forebygging av misbruk, må det spesifikk målet med begrensningen være å forhindre slikt misbruk. Det kan vanskelig sies å være tilfelle i vår sak, ettersom forskjellsbehandlingen ikke stammer fra rentebegrensningsregelen alene, men fra denne sammenholdt med konsernbidragsreglene, sml. C-398/16 og C-399/16 (X og X) avsnitt 49. Reglene i vår sak gjelder, går lenger enn det som er nødvendig for å forhindre helt kunstige ordninger som fører til skatteomgåelse. Lagmannsretten bemerker for øvrig at i en situasjon der et selskap tar opp lån fra et nærstående selskap, er risikoen for at lånet ikke reflekterer en reell økonomisk transaksjon og bare er ment kunstig å skape en fradragsberettiget omkostning, ikke mindre når debitorselskapet er i posisjon til å motta konsernbidrag etter skatteloven § 10-3, enn når det ikke er det, sml. samme dom avsnitt 50.

Selv om begrensningen i fradragsretten etter skatteloven § 6-41 dels er ment å motvirke skatteomgåelse, kan dermed dette hensynet ikke begrunne den restriksjonen som oppstår når konsernbidragsreglene virker sammen med rentebegrensningsregelen. Det vises herunder til EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) avsnitt 49–55:

«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 rettferdiggjøre 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 rettferdiggjort, 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 rentebegrensningsreglene, 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 rentebegrensningsreglene 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.»

Ettersom staten ikke kan påberope seg hensynet til balansert fordeling av beskatningskompetansen som begrunnelse for restriksjonen, kan den heller ikke begrunnes samlet i dette hensynet og hensynet til å motvirke skatteomgåelse, sml. blant annet C-484/19 (*Lexel*) avsnitt 72–76.

3.4.4 Betydningen av ATAD-direktivet

EFTA-domstolen la ikke vekt på ATAD-direktivet og begrunnet dette slik i avsnitt 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.»

Selv om direktivet verken er gjennomført i EØS-avtalen eller var i kraft på det relevante tidspunktet, er det imidlertid et spørsmål om de hensynene – og den avveiningen av disse mot etableringsfriheten – som direktivet hviler på, tilsier at også den norske ordningen kan begrunnes i tvingende, allmenne hensyn.

EU-direktiver må være i samsvar med reglene om fri bevegelse, jf. blant annet EU-domstolens dom 16. januar 2003 i saken C-12/00 (Kommissjonen mot Spania) avsnitt 97. Det skal imidlertid mye til for at EU-domstolen konstaterer at nasjonale regler som kun gjennomfører et totalharmoniseringsdirektiv, er i strid med de fire friheter. Det ville samtidig innebære en konstatering av at selve direktivet, som EUs lovgivere har vedtatt, er i strid med primærretten. Det vises blant annet til Fredrik Sejersted mfl., EØS-rett, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2011 punkt 16.4 på side 299 flg.

Som det fremgår over i punkt 3.3.2, er imidlertid ATAD-direktivet et minimumsdirektiv. Det innebærer at direktivet bare fastsetter en minstenorm som medlemsstatene plikter å gjennomføre. I den grad statene har gått ut over denne minstenormen, prøves den nasjonale lovgivningen i større grad direkte opp mot primærretten. Lagmannsretten legger til grunn at dette også gjelder når de nasjonale reglene er basert på valgfrie deler av et minimumsdirektiv, jf. EU-domstolens dom 18. september 2003 i saken C-168/01 (Bosal) avsnitt 25 og 26 og C-386/14 (Groupe Steria) avsnitt 37–39.

Lagmannsretten kan ikke se at det norske regelsettet som lagmannsretten skal vurdere, er identisk med den minstenormen ATAD-direktivet artikkel 4 fastsetter. Det fremstår som uklart om de norske konsernbidragsreglene ville oppfylt definisjonen i artikkel 4 nr. 1 andre ledd, jf. også fortalen punkt 7. Dersom de hadde oppfylt vilkårene, ville det uansett bare gitt en adgang til å innføre en slik regel så langt som den ikke er i strid med blant annet etableringsfriheten. I denne sammenhengen ville det vært naturlig å vurdere om det skulle vedtas unntak i henhold til artikkel 4 nr. 5, jf. også fortalen punkt 5. En slik bredere

vurdering ble for øvrig gjort ved endringen av skatteloven § 6-41 i 2019, jf. Prop.1 LS (2018–2019) punkt 9.13 på side 183 flg., som er gjengitt over i punkt 3.2.5.

Spenningsforholdet mellom ATAD-direktivet og etableringsfriheten, herunder EU-domstolens praksis knyttet til denne, har skapt debatt i det europeiske skatterettsmiljøet. EFTA-domstolens dom i vår sak (E-3/21) er også kommentert i denne debatten.

Reijn m.fl., har i *Tax Grouping in an EU Context: All Roads Lead to Brussels*, som omtalt over, fremholdt at ved konsernbidragsregimer som det norske, bør EBITDA fastsettes per enhet for å gå klar av EU-domstolens praksis. EBITDA-beregningen kan gjøres før og dermed eksklusiv konsernbidraget, jf. punkt 5.1.4.

I *Terra/Wattel – European Tax Law, Volume I General Topics and Direct Taxation*, som omtalt over, er det slått fast at ATAD-direktivet ved første øyekast synes å stride mot de fire friheter fordi skattyter ikke er gitt mulighet til å bevise at de underliggende transaksjonene er forretningsmessig begrunnet. I punkt 19.4.1.2 anføres imidlertid at *i en ATAD-direktivkontekst* vil den nasjonale og den grenseoverskridende situasjonen ikke være sammenlignbare, og det antas at EU-domstolen ikke vil underkjenne nasjonal lovgivning som tilsvarer direktivets minstenorm, jf. punkt 19.3.

I *Opinion Statement ECJ-TF 3/2022 on the EFTA Court decision of 1 June 2022 in Case E-3/21, PRA Group Europe, on the discriminatory interaction between the «interest barrier» and group contributions* spør CFE Tax Advisors Europe om den blotte eksistensen av ATAD-direktivet og de underliggende verddivurderingene kan føre til et annet resultat enn EFTA-domstolen kom til i vår sak, dersom EU-domstolen skal ta stilling til en lignende sak. De peker imidlertid på at vår sak ikke gjelder en regel om rentebarrieregrupper («interest barrier group»), der en gruppe behandles som én enkelt skattebetaler og som er det artikkel 4 nr. 1 regulerer, men innvirkningen av et gruppebeskatningsregime på rentebarrierereglene. Slik potensielt diskriminerende virkning er imidlertid også til stede i for eksempel Sverige, hvor konsernbidragssystemet likeledes er begrenset til innenlandske konsernenheter og vil få slik effekt på den svenske implementeringen av ATAD-direktivets rentebarriereregel. Se uttalelsen punkt 12 #2.

Under implementeringen av ATAD-direktivet artikkel 4 i Sverige ble det lagt til grunn at effekten av konsernbidrag på rentebarrieren var i samsvar med EU-retten. Se Regeringens proposition 2017/18:245, *Nya skatteregler för företagssektorn*, punkt 6.2.2 side 108:

«I och med att företag som kan lämna konsernbidrag till varandra i viss utsträckning kan fördela avdragsunderlagen inom koncernen, uppstår frågan om förslaget står i överensstämmelse med EU-rätten. Det kan inte uteslutas att en sådan utjämningsmöjlighet skulle kunna betraktas som en inskränkning av etableringsfriheten i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Anledningen till att lämnade och mottagna konsernbidrag ingår i avdragsunderlaget

är emellertid att avdragsunderlaget motsvarar skattemässigt EBITDA. Koncernbidrag utgör således en del av beräkningen av det skattemässiga resultatet av näringsverksamheten. En prövning bör göras av den generella ränteavdragsbegränsningsregeln inklusive koncernbidragsreglerna. Det kan därvid konstateras att de svenska reglerna om koncernbidrag är förenliga med etableringsfriheten i FEUF, sedda tillsammans med de svenska reglerna om koncernavdrag (se t.ex. mål C-231/05 Oy AA, RÅ 2009 ref. 13–15 och RÅ 2009 not. 35–37). Mot den bakgrunden bör även det nu aktuella förslaget anses stå i överensstämmelse med EU-rätten.»

Som det fremgår, hviler imidlertid konklusjonen på en henvisning til C-231/05 (Oy AA). Forholdet til C-386/14 (Group Steria) synes ikke å være vurdert. Ettersom lovforslaget er fra 2017, er spørsmålet heller ikke vurdert opp mot C-398/16 (X BV) og C-484/19 (Lexel).

CFE Tax Advisors Europe påpeker at hvis man vurderer kombinasjonen av reglene – slik de selv synes å anbefale i punkt 10, blir spenningsforholdet til ATAD-direktivet artikkel 4 nr. 1 åpenbart, jf. punkt 13. Siden det å behandle en rentebarrieregruppe som én enkelt skattyter etter artikkel 4 nr. 1 andre og tredje ledd, er valgfritt, er dette ingen uttømmende harmonisering. Implementering av et slikt valgfritt alternativ må derfor gjøres i samsvar med etableringsfriheten. CFE Tax Advisors Europe mener at i lys av EFTA-domstolens dom i vår sak vil medlemslandene i hovedsak kun ha valget mellom å utvide regelen om rentebarrieregrupper til også å omfatte ikke-hjemmehørende gruppemedlemmer i EU/EØS (noe som vil undergrave det politiske målet med ATAD-direktivet artikkel 4) og å unnlate å bruke muligheten til å gi regler om rentebarrieregrupper (noe som vil få rentebarrieren til å gjelde situasjoner utenfor risikoen for profittflytting). Dersom man alternativt anser artikkel 4 nr. 1 – enten bare den grunnleggende regelen i første ledd eller også andre og tredje ledd – som en uttømmende harmonisering, må nasjonale tiltak vurderes i lys av bestemmelsene i direktivet og ikke primærretten. Kompatibiliteten med de fire frihetene blir da et spørsmål om direktivet er i samsvar med primærretten.

Lagmannsretten legger til grunn at EU-domstolen ikke har tatt stilling til disse spørsmålene knyttet til ATAD-direktivet. At direktivet ikke omfattes av EØS-avtalen, innebærer for øvrig at en restriksjon i prinsippet kan bli vurdert annerledes i EFTA enn i EU. Det fremstår videre som uklart om direktivregelen på relevante punkter tilsvarer kombinasjonen av de norske koncernbidragsreglene og rentebegrensingsregelen. Artikkel 4 nr. 1 gir EUs medlemsstater et visst spillerom, hvor EBITDA kan beregnes på konsernnivå og omfatte resultatene til alle medlemmene, men direktivet angir ikke preskriptivt hvordan dette i så fall skal gjøres. I den grad et direktiv gir statene et skjønn som kan utøves ved implementering av direktivets bestemmelser, må dette skjønn utøves i samsvar med de grunnleggende bestemmelsene i Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF) eller EØS-avtalen.

Etter lagmannsrettens syn er det uklart om ATAD-direktivet artikkel 4 gjenspeiler en avveining av hensyn som – anvendt på faktum i vår sak – medfører at den aktuelle restriksjonen er rettferdiggjort. Lagmannsretten viser her særlig til C-386/14 (Groupe Steria), C-398/16 (X BV) og C-484/19 (Lexel), som gjennomgått ovenfor.

På denne bakgrunn er lagmannsretten enig med EFTA-domstolen i at ATAD-direktivet ikke gir grunn til en annen vurdering av om restriksjonen er begrunnet i tvingende, allmenne hensyn. Retten kan heller ikke se at den gjennomføringen av ATAD-direktivet som er gjort i ulike EU-land, som staten har vist til, kan bli avgjørende for vurderingen.

3.4.5 Konklusjon

Lagmannsretten er på denne bakgrunn kommet til at samvirket mellom konsernbidragsreglene og rentebegrensingsregelen i skatteloven § 6-41 utgjør en restriksjon på etableringsfriheten som ikke er rettferdiggjort.

Det er derfor ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til om restriksjonen er egnet til og nødvendig for å ivareta de påberopte hensynene.

3.5 Konsekvensene for vedtaket

Skatteklagenemndas vedtak 24. juni 2020 bygger på en uriktig lovforståelse. Forvaltningsrettens klare utgangspunkt er at en slik innholdsmangel medfører ugyldighet. Det er ikke klart at vedtaket kan rathaberes, og konstatering av ugyldighet er til gunst for den private parten. Det er derfor ikke grunn til å gjøre unntak fra denne hovedregelen.

Etter dette er lagmannsretten kommet til at vedtaket er ugyldig.

Lagmannsretten er enig med staten i at det er flere måter å løse EØS-motstriden på, og at retten derfor ikke bør gi nærmere anvisning på hvordan dette skal gjøres.

3.6 Sakskostnader

Pra Group Europe AS har fått medhold i det vesentlige og har i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten både for tingretten og lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. andre ledd, jf. § 20-9 andre ledd. Lagmannsretten kan ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som taler for at det gjøres unntak fra kostnadsansvaret etter § 20-2 tredje ledd, verken for tingretten eller lagmannsretten.

For tingretten har selskapet krevd dekket 2 436 117,50 kroner i salær. Av dette er 289,5 timer for advokat med en timepris på 5 100 kroner og 360,1 timer for advokatfullmektig med en timepris på 2 500 kroner. For salæret frem til hovedforhandling er det presisert at 540 907 kroner gjelder «før beslutning EFTA», 320 633 kroner «for foreleggelseskriv EFTA», 699 295 kroner til «forberedelse til EFTA-høring» og

466 915 kroner «etter EFTA-avgjørelse». Det fremgår at merverdiavgift er beregnet på 10 prosent av salæret i tråd med selskapets fordelingsnøkkel for inngående merverdiavgift.

Pra Group Europe AS har krevd dekket 583 900 kroner i salær for behandlingen i lagmannsretten. Av dette er 59 timer for advokat med en timepris på 5 100 kroner, 110 timer for advokatfullmektig med en timepris på 2 500 kroner og 16 timer for sekretær til 500 kroner timen. Merverdiavgift er beregnet på samme måte som for tingretten.

Staten har anført at det samlede beløpet Pra Group Europe AS har krevd for ting- og lagmannsrett, er for høyt. Det er vist til at saken ikke har endret seg nevneverdig mellom instansene. Til dette har Pra Group Europe AS vist til at forespørselen til EFTA-domstolen under tingrettsbehandlingen medførte ekstra tidsbruk, samt at det var behov for å gå ytterligere i dybden på forholdet til ATAD-direktivet etter tingrettens dom.

Selv om særlig kostnadskravet for tingretten er stort, finner lagmannsretten kostnadene for begge instanser nødvendige ut fra betydningen av saken, jf. tvisteloven § 20-5. Saken reiser prinsipielle og uavklarte spørsmål som fordrer særlig kompetanse innen skatterett og EØS-rett. Foreleggelsen for EFTA-domstolen for tingretten og statens anførsler knyttet til ATAD-direktivet har videre nødvendiggjort saksforberedelser ut over det ordinære. Lagmannsretten tilkjenner derfor dekning i samsvar med kravene. Til dette kommer rettsgebyr for tingretten med 9 376 kroner og for lagmannsretten med 33 561 kroner.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Skatteklagenemndas vedtak av 24. juni 2020 er ugyldig.
2. I sakskostnader for tingretten betaler staten ved Skatteetaten til Pra Group Europe AS 2 445 493,50 – tomillionerfirehundreogførtifemtusenfirehundreogtittre 50/100 – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.
3. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten ved Skatteetaten til Pra Group Europe AS 617 461 – sekshundreogsyttentusenfirehundreogsekstien – kroner innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Lisa Vogt-Lorentzen

Marianne Vollan

Hans-Petter Jahre

Dokument i samsvar med original:
Ingerid Helene Sandberg