



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 26. mars 2025 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger
dommer Ingvald Falch
dommer Borgar Høgetveit Berg
dommer Knut Erik Sæther
dommer Eyvin Sivertsen

HR-2025-563-A, (sak nr. 24-073908SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 22. mars 2024

Elopak ASA

(advokat Morten Goller)

mot

Staten v/Skatteetaten

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ida Thue)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Falch:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder gyldigheten av Skatteklagenemndas vedtak. Spørsmålet er om det unntaket fra fritaksmetoden som innebærer at utdeling av utbytte fra datterselskaper i lavskatteland er skattepliktig, får anvendelse på to utbytteutdelinger fra et sveitsisk datterselskap. Et spørsmål i den forbindelse er om det vil være i strid med EFTA-konvensjonen å skattlegge utbyttet.
- (3) Den ankende part – Elopak ASA, heretter Elopak – er hjemmehørende i Norge og morselskap i et internasjonalt konsern med selskaper i mange land. Konsernets virksomhet består av produksjon og salg av kartongemballasje og fyllemaskiner for drikkevarer. Elopak hadde preg av å være et holdingselskap.
- (4) Det sveitsiske datterselskapet Elopak Systems AG – her forkortet ESYS – var hjemmehørende i Sveits og underlagt skattereglene i kantonen Zürich. ESYS fungerte som konsernspissen, blant annet ved selv å handle med varer og å ha rettighetene til konsernets patenter og annet. I 2015 ble ESYS' virksomhet flyttet til Norge.
- (5) ESYS kvalifiserte i alle årene frem til og med 2014 for å bli skattlagt etter de såkalte «mixed company»-reglene («gemischte Gesellschaft»-reglene) i kantonen Zürich. Grunnen er at over 80 prosent av selskapets bruttoinntekter og bruttoutgifter stammet fra andre land enn Sveits.
- (6) I årene til og med 2009 benyttet ESYS seg av disse reglene. Den effektive skattesatsen på selskapets nettoinntekter var da omkring 10 prosent. Selskapet utdelte ikke utbytte til Elopak disse årene.
- (7) I perioden 2010–2014 valgte imidlertid ESYS å la seg skattlegge etter de ordinære skattereglene i kantonen Zürich – og ikke etter de gunstigere «mixed company»-reglene. Etter de ordinære reglene var den effektive skattesatsen på nettoinntektene omkring 20 prosent.
- (8) I 2010 og 2014 utdelte ESYS de to utbyttene til Elopak som er gjenstand for denne saken. Begge utdelingene var på omkring 200 millioner kroner.
- (9) Elopaks skattemeldinger for 2010 og 2014 bygger på at utbyttene var omfattet av fritaksmetoden og derfor ikke skattepliktig i Norge. Begrunnelsen var og er at den effektive skattesatsen som ESYS var underlagt i Sveits disse årene – omkring 20 prosent – var høyere enn to tredjedeler av den effektive skattesatsen i Norge, jf. skatteloven § 10-63.
- (10) Sentralskattekontoret for storbedrifter var ikke enig og traff 8. desember 2017 endringsvedtak hvor utbyttene ble skattlagt. Begrunnelsen var i korthet at fordi ESYS kvalifiserte til å kunne skattlegges etter de gunstige «mixed company»-reglene også etter 2009, må det i vurderingen etter skatteloven § 10-63 ses bort fra det valget ESYS tok om ikke å la seg skattlegge etter dem.

(11) Elopak klaget, men i vedtak 16. juni 2021 tok Skatteklagenemnda ikke klagen til følge.

(12) Elopak tok ut søksmål om gyldigheten av klagevedtaket, og Oslo tingrett avsa 22. juni 2023 dom med denne domsslutningen:

- «1. Staten v/Skatteetaten frifinnes.
- 2. Elopak ASA betaler erstatning for sakskostnader til staten v/Skatteetaten med 196 800 – etthundreogtittisekstusenåttehundre – kroner innen 14 – fjorten – dager.»

(13) Elopak anket, og Borgarting lagmannsrett avsa 22. mars 2024 dom med denne domsslutningen:

- «1. Anken forkastes.
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Elopak ASA 135 050 – etthundreogtrettifemtusenogfemti – kroner til staten v/Skatteetaten innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av denne dommen.»

(14) Elopak har anket til Høyesterett og angrepet lagmannsrettens rettsanvendelse. Saken står i samme stilling som for lagmannsretten. Jeg nevner likevel at prosedyren om innholdet og betydningen av EFTA-konvensjonen har vært vesentlig grundigere i Høyesterett.

Partenes syn på saken

(15) Den ankende part – *Elopak ASA* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:

(16) ESYS var i 2010–2014 ikke hjemmehørende «i lavskatteland», se skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a, jf. § 10-63. At ESYS *kunne* vært skattlagt etter «mixed company»-reglene, er ikke avgjørende. I tolkningen av lavskattelandbegrepet kan det ikke ses bort fra den skatteordningen selskapet faktisk var underlagt og betalte skatt etter. Det er ikke holdepunkter for å legge vekt på en tenkt skatt under et annet regime. Statens tolking er i strid med legalitetsprinsippet.

(17) Dessuten er skatteplikten i strid med EFTA-konvensjonen artikkel 23, 24 og 28. Artikkel 23 forbyr alle restriksjoner på etableringsfriheten – ikke bare i vertsstaten, men også i hjemstaten. Dette omfatter også restriksjoner på utbyttebetalinger. Regelen er den samme som i EU og EØS. Artikkel 24 viser riktignok at det bare er diskriminerende restriksjoner som omfattes, men det er ikke grunnlag for å anvende noen annen diskrimineringsregel enn i EU og EØS. I samsvar med presumsjonsprinsippet må de norske skattereglene tolkes slik at det ikke oppstår motstrid.

(18) Elopak ASA har fremsatt denne påstanden:

- «1. Skatteklagenemndas vedtak av 16. juni 2021 i sak NS 55/2021 for inntektsårene 2010 og 2014 for Elopak ASA, oppheves.

2. Elopak ASA tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»

- (19) Ankemotparten – *staten ved Skatteetaten* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (20) ESYS var i 2010–2014 hjemmehørende i lavskatteland. Selskapet ble skattlagt i Sveits etter «mixed company»-reglene i mange år, og det må ses bort fra at selskapet valgte å la seg skattlegge etter andre regler da det skulle utbetale utbytte. Denne tolkningen av reglene er ikke i strid med legalitetsprinsippet.
- (21) EFTA-konvensjonen er en vanlig folkerettslig avtale som private parter ikke kan påberope seg. Konvensjonen pålegger dessuten ikke hjemstaten forpliktelser, og den regulerer ikke skattlegging av utbytte. De norske skattereglene er uansett ikke diskriminerende. EØS-avtalen er ikke relevant ved tolkingen av EFTA-konvensjonen. Under enhver omstendighet er det ikke mulig å bruke EFTA-konvensjonen til å tolke bort reglene i skatteloven.
- (22) Staten ved Skatteetaten har fremsatt denne påstanden:
- «1. Anken forkastes.
2. Staten v/Skatteetaten tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Skattelovens regler – oversikt

- (23) Aksjeutbytte er i utgangspunktet skattepliktig inntekt på mottakerens hånd, se skatteloven § 10-11 første ledd, jf. § 5-20 første ledd bokstav b. Fra dette utgangspunktet gjør § 2-38 første ledd bokstav a og andre ledd unntak når mottakeren er et aksjeselskap. Unntaket omtales gjerne som *fritaksmetoden*, som ble innført med virkning fra 2004.
- (24) Fra disse reglene gjør § 2-38 tredje ledd bokstav a et unntak som innebærer at følgende inntekter og tap likevel ikke omfattes av fritaksmetoden, med den følge at inntektene er skattepliktige og tapene er fradragsberettigete:
- «inntekt eller tap på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS, jf. § 10-63 ...»
- (25) Det utdelende selskapet her, ESYS, var hjemmehørende i Sveits, som er utenfor EØS. Etter ordlyden er derfor Elopak skattepliktig for de utbyttene selskapet mottok fra ESYS dersom Sveits er å anse som «lavskattland» etter § 10-63.
- (26) Bakgrunnen for dette unntaket fra fritaksmetoden er at begrunnelsen for metoden ikke slår til i lavskatteland-tilfellene, se lovforarbeidene i Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) side 64:
- «Hovedbegrunnelsen for fritaksmetoden er at den forebygger kjedebeskatning av inntekt. Innenfor sitt virkeområde medfører fritaksmetoden at aksjeinntekt ikke blir underlagt beskatning hos mottakeren. Dersom aksjeinntekten gjenspeiler inntekt som ikke er beskattet, eller som beskattes svært lavt, slår ikke begrunnelsen for

fritaksmetoden til. Det vil som regel være tilfelle for aksjeinntekter fra utland med lav eller ingen selskapsbeskatning (lavskatteland).

En generell anvendelse av fritaksmetoden på inngående aksjeinntekter vil gi økte incentiver til å flytte virksomhet fra Norge til selskaper hjemmehørende i lavskatteland, samt foreta arbitrasjeforretninger med selskaper hjemmehørende i slike land. Slike tilpasninger vil medføre tap av skattegrunnlag til utlandet.»

- (27) Unntaket fra fritaksmetoden i § 2-38 tredje ledd bokstav a er i utgangspunktet avgrenset mot inntekter fra investeringer i lavskatteland *innenfor EØS*. Begrunnelsen er ifølge proposisjonen side 66–68 at noe annet kunne komme i konflikt med EØS-avtalen, særlig reglene om etableringsfrihet og frie kapitalbevegelser, slik disse var blitt tolket av EU-domstolen.
- (28) Definisjonen av hva som utgjør et lavskatteland, står i skatteloven § 10-63. Det kommer jeg tilbake til.
- (29) Dette innebærer at avgjørelsen av om Elopak er skattepliktig for de aktuelle utbyttene, må bygge på en tolkning og anvendelse av lavskatteland-unntaket i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a, jf. § 10-63. Elopak har anført at det vil være i strid med EFTA-konvensjonen å skattlegge utbyttene. Skulle Elopak ha rett i det, vil folkerettsstriden prege lovtolkningen i en slik grad – gjennom presumsjonsprinsippet – at jeg først tar stilling til om konvensjonen pålegger staten en plikt til ikke å skattlegge utbyttene.

Innholdet i EFTA-konvensjonen

Bakgrunn og tolkningsprinsipper

- (30) Konvensjonen om opprettelse av Det europeiske frihandelsforbund – EFTA-konvensjonen – ble inngått i 1960 og betydelig revidert i 2001. Parter i avtalen har siden 1995 vært Island, Liechtenstein, Norge og Sveits.
- (31) De tre førstnevnte statenes forhold til Den europeiske union (EU) og seg imellom reguleres av EØS-avtalen, som Sveits i 1992 sa nei til å delta i. EFTA-konvensjonen regulerer derfor i praksis de andre EFTA-statenes forhold til Sveits. Sveits inngikk i 1999 flere bilaterale avtaler med EU, som utløste et behov for oppdatering og utdyping av EFTA-konvensjonen. Dette fremgår av fortalet til avtalen om å endre EFTA-konvensjonen.
- (32) Norge ratifiserte den reviderte EFTA-konvensjonen i 2002, etter at Stortinget hadde gitt sitt samtykke, se Innst. S. nr. 79 (2001–2002). Konvensjonen er som sådan ikke gjort til norsk lov.
- (33) EFTA-konvensjonen skal tolkes lojalt i samsvar med reglene i Wienkonvensjonen om traktatretten, særlig dens artikkel 31. Sentralt står traktattekstens ordlyd, som skal forstås i sin sammenheng og i lys av hva traktaten gjelder og dens formål, se blant annet HR-2023-491-P *snøkrabbe II* avsnitt 109.
- (34) Tolkningen av EØS-avtalen er i praksis annerledes. Avtalen domineres av det særegne formålet om å integrere de aktuelle EFTA-statene i EUs indre marked på de områdene EØS-avtalen omfatter. Ifølge EU-domstolen kjennetegnes EUs indre marked av at det

«skal fjerne alle hindringer for etablering af et område for fuldstændig fri bevægelighed, svarende til et nationalt marked, som i øvrigt omfatter fri udveksling af tjenesteydelser og fri etableringsaret». Sitatet er hentet fra avsnitt 41 i EU-domstolens dom 15. juli 2010 i sak C-70/09 *Hengartner og Gasser*, som gjaldt tolkningen av Sveits' bilaterale avtaler med EU. De avtalene skal til sammenligning tolkes i samsvar med Wienkonvensjonens regler, se dommens avsnitt 36.

- (35) Av dette følger at selv om ordlyden er den samme, er det ikke gitt at EFTA-konvensjonen skal tolkes på samme måte som EØS-avtalen.

Reglene om etableringsfrihet og kapitalbevegelser

- (36) Det fremgår av EFTA konvensjonens fortale og artikkel 2 bokstav d at et av konvensjonens formål er «the progressive liberalisation of trade in services and of investment». Artikkel 23 er første bestemmelse i konvensjonens kapittel IX «Investment» og seksjon I «Establishment». Bestemmelsen har under overskriften «Principles and scope» denne ordlyden i nr. 1:

«Within the framework of, and in subject to, the provisions of this Convention, there shall be no restrictions on the right of establishment of companies or firms, formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration and principal place of business in the territory of the Member States. This shall also apply to the setting up of agencies, branches or subsidiaries by companies or firms of any Member State established in the territory of any other Member State.

The right of establishment shall include the right to set up, acquire and manage undertakings, in particular companies or firms within the meaning of paragraph 2, under the conditions laid down for its own undertakings by the law of the Member State where such establishment is effected, subject to the provisions set out hereafter.»

- (37) Sentrale ord her er at «there shall be no restrictions» på retten til å etablere foretak på territoriet til medlemsstatene. Formuleringen er vid og i seg selv verken begrenset til visse typer restriksjoner eller til restriksjoner i foretakenes vertsstater. I St.prp. nr. 10 (2001–2002) punkt 4.2.8.1 om samtykke til ratifikasjon av konvensjonen skriver departementet at artikkel 23 nr. 1 «i det alt vesentlige [er] en kopi av EØS-avtalens artikkel 31, og må forstås på noenlunde samme måte».
- (38) At liberaliseringen er progressiv, fremgår særlig av artikkel 23 nr. 3 til 7. I nr. 3 står det at medlemsstatene «shall endeavour to eliminate gradually remaining discriminations» som statene i samsvar med vedlegg L til O opprettholder. Ingen av disse reservasjonene er aktuelle i saken her.
- (39) Artikkel 23 gjelder imidlertid med forbehold for blant annet artikkel 24, som under overskriften «National treatment» har denne ordlyden i nr. 1:

«Within the scope of application of this chapter, and without prejudice to any special provision contained herein:

- (a) Member States shall grant treatment no less favorable than that accorded to their own companies or firms;

- (b) each Member State may regulate the establishment and operation of companies or firms on its territory, in so far as these regulations do not discriminate against companies or firms of the other Member States in comparison to its own companies or firms.»

- (40) Bestemmelsen kom ifølge samtykkeproposisjonen punkt 4.2.8.1 inn etter sveitsisk ønske. Den fastslår at medlemsstatene plikter å gi en nasjonal behandling som ikke er dårligere enn den de gir egne foretak. Statene kan regulere fritt, men ikke diskriminere andre medlemsstaters foretak. Artikkel 24 klargjør derfor at det her gjelder et *diskrimineringsforbud*, ikke et generelt forbud mot restriksjoner.
- (41) Artikkel 24 har ikke på samme måte som artikkel 23 noen parallell i EØS-avtalen. Det er heller ikke noe i samtykkeproposisjonen som tilsier at EU- og EFTA-domstolens praksis skal vektlegges ved tolkningen av artikkel 24. I punkt 4.2.15.7 er det riktignok sagt at det er «naturlig» at disse domstolenes praksis «vil få betydning», men dette er knyttet til bestemmelser som er «identiske» med bestemmelser i EØS-avtalen. Om EFTA-konvensjonen artikkel 23 og 24 sett i sammenheng innebærer at konvensjonen bare pålegger vertsstaten – og ikke hjemstaten – forpliktelser, er det ikke nødvendig å ta stilling til her.
- (42) Ved fastleggingen av det nærmere innholdet av diskrimineringsforbudet står det for meg sentralt at det inngår i en frihandelsavtale, som her bygger på et liberaliseringsformål. Det restriksjons- og diskrimineringsforbudet som EU-domstolen har utviklet, og som EFTA-domstolen har brukt, må forstås i lys av EU-traktatenes og EØS-avtalens dypere formål om å skape et felles marked. Disse domstolenes tolkning av reglene i EU og EØS kan derfor etter min mening ikke overføres til EFTA-konvensjonen. Det nærmere innholdet av diskrimineringsforbudet i EFTA-konvensjonen artikkel 24 må derfor fastlegges i samsvar med Wienkonvensjonens tolkningsregler.
- (43) EFTA-konvensjonen artikkel 28 står i seksjon II i kapittel IX under overskriften «Capital movement». Artikkel 28 nr. 1 og 2 har denne ordlyden:
- «1. Within the framework of this Chapter, there shall be no restrictions between the Member States on the movement of capital relating to the establishment in another Member State's territory of a company or firm of that Member State.
 2. The movement of capital not relating to the establishment between the Member States shall be ensured in accordance with the international agreements to which they are parties.»
- (44) Jeg leser bestemmelsen slik at den bare sikrer kapitalflyten i forbindelse med foretakenes etablering. Den krever ikke at andre kapitalbevegelser skal kunne gjennomføres uten restriksjoner. Bestemmelsen får derfor ikke betydning i vår sak, som gjelder skattlegging av utbytte fra et allerede etablert og operativt foretak.

Konkret vurdering

- (45) Elopak gjør gjeldende at selskapet diskrimineres dersom utbyttene fra det sveitsiske datterselskapet ESYS skattlegges, siden morselskaper som får utbytte fra datterselskaper i Norge eller EØS, ikke skattlegges.
- (46) Jeg er ikke enig i at sammenligningen med datterselskaper i *Norge* leder til noen diskriminering som rammes av EFTA-konvensjonen artikkel 24. Norske datterselskapers inntekter er allerede høyt skattlagt – i Norge – før utbyttet utdeles til morselskapet. Fritaksmetoden hindrer da at inntektene skattlegges to ganger. Om Sveits bedømmes som et lavskatteland, har sveitsiske datterselskapers inntekter til sammenligning bare vært lavt skattlagt.
- (47) Norske og sveitsiske datterselskaper er derfor ikke i en sammenlignbar situasjon. Da er det ikke diskriminerende å behandle dem ulikt. Skatteloven § 16-30 har dessuten regler om fradrag i norsk skatt for skatt betalt i utlandet, som tar sikte på å hindre dobbelt skattlegging av det utenlandske datterselskapets inntekter.
- (48) Derimot er det riktig at skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a forskjellsbehandler utbytte fra et datterselskap i Sveits med utbytte fra et datterselskap i en *EØS-stat* som også er et lavskatteland. Dette er, som allerede nevnt, begrunnet i Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.
- (49) Jeg kan ikke se at EFTA-konvensjonen artikkel 24 forbyr en slik forskjellsbehandling. Sammenligningen må i saken her skje med morselskaper som har norske datterselskaper, og ikke med morselskaper som har datterselskaper i andre EØS-stater enn Norge. Sveits har ikke sluttet seg til EØS-avtalen og kan ikke kreve at de andre EFTA-statene skal behandle sveitsiske selskaper på samme måte som de behandler EØS-selskaper.
- (50) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at EFTA-konvensjonen ikke pålegger Norge å frita Elopak fra å betale skatt på utbytte mottatt fra ESYS. Konvensjonen får derfor ikke betydning ved tolkningen av de aktuelle reglene i skatteloven.

Lavskatteland-vurderingen

Tolkningen av skatteloven § 10-63

- (51) Som allerede vist, følger det av skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a at et utbytte mottatt fra et selskap hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS er skattepliktig. Bestemmelsen viser til § 10-63, som gir denne definisjonen av lavskatteland:

«Som lavskattland regnes land hvor den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom det/den hadde vært hjemmehørende i Norge.»
- (52) Ordlyden legger med andre ord opp til en sammenligning mellom *på den ene siden* den alminnelige inntektsskatten på selskapets samlede overskudd i vedkommende land og *på den andre siden* den skatten selskapet ville ha blitt ilignet om det hadde vært

hjemmehørende i Norge. Er den utenlandske – her sveitsiske – inntektsskatten mindre enn to tredjedeler av den norske, er Sveits å regne som et lavskatteland.

- (53) Ordlyden peker derfor i retning av en individuell vurdering av selskapets skattemessige behandling i de to landene: Den fastsatte skatten i Sveits sammenlignes med den hypotetiske i Norge. I Rt-2014-196 *Aban* avsnitt 42 er det imidlertid, med henvisning til lovforarbeidene, fastslått at «bestemmelsen ikke kan tas på ordet». Høyesterett bygget derfor ikke sammenligningen på de individuelle inntektene selskapet hadde hatt de aktuelle inntektsårene, men gjorde tilpasninger til det mer bransjetypiske. Siktemålet var å sammenligne de *effektive skattenivåene* i de to landene. En atypisk aksjegevinst ble det derfor sett bort fra. Denne rettsoppfatningen er fulgt opp i HR-2016-586-A *Den Norske Amerikalinje*. Der kom Høyesterett blant annet til at visse finansinntekter måtte tas i betraktning, se avsnitt 30–31.
- (54) Ingen av disse avgjørelsene tar imidlertid direkte stilling til hvilke *skatteregler* sammenligningen skal bygge på. Dette spørsmålet kommer på spissen i denne saken, hvor ESYS de aktuelle årene er skattlagt etter regler med en høy skattesats, men i stedet kunne valgt andre regler med lav sats.
- (55) Skattlegging er et inngrep som etter Grunnloven § 113 krever hjemmel i lov. Hva legalitetsprinsippet innebærer på skatterettens område, fremgår av HR-2024-2073-A *New York-filial* avsnitt 52:
- «Som fremhevet av Høyesterett i Rt-2014-1281 *Z-huset* avsnitt 48 gjelder det på skatterettens område ikke et strengt legalitetsprinsipp, i den forstand at tolkningstvil skal løses til fordel for skattyterne. Legalitetsprinsippet tilsier at lovens ordlyd står sentralt ved tolkningen, men tolkningstvil må løses ut fra det som er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer, og som sikrer tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet for borgerne.»
- (56) Lovens ordlyd står med andre ord sentralt, men er ikke nødvendigvis avgjørende.
- (57) Slik jeg ser det, gir ikke *ordlyden* i skatteloven § 10-63 noe entydig svar på hvilke skatteregler i utlandet sammenligningen skal bygge på. Elopak har likevel rett i at de formuleringene som tilsier at vurderingen skal være individuell, trekker i retning av at beregningen skal bygge på de skattereglene selskapet rent faktisk er skattlagt etter.
- (58) Men slik skal lovbestemmelsen som nevnt ikke forstås. Lovforarbeidene tar uttrykkelig avstand fra individuelle vurderinger av selskapets forhold, se Ot.prp. nr. 16 (1991–1992) side 78–79. Når dette tas i betraktning, er ordlyden i § 10-63 nokså åpen.
- (59) Skattedirektoratets skatteforskrift § 10-63-3 navngir enkelte land som ikke anses som lavskatteland. Sveits er ikke blant dem. Men for flere av de landene som navngis, er det gjort visse unntak for selskaper som «som beskattes med redusert skatt». Jeg er ikke enig med Elopak i at forskriftens formulering har betydning for forståelsen av lovens § 10-63.
- (60) I *Aban*-dommen avsnitt 44–45 sluttet Høyesterett seg til lagmannsrettens oppsummering av hvordan uttrykket «lavskatteland» skal forstås:

«Det må foretas en generell sammenligning mellom den effektive skattesatsen på den alminnelige inntektsskatten for selskapet i inntektsåret 2005. I denne vurderingen

gjøres det tilpasning til det aktuelle selskap og bransjen det opererer i. Det er dermed det effektive skattenivå for den type selskap man står overfor, som skal sammenlignes. Forhold som er av mer konkret, individuell art og ikke er bransjetypiske, skal det i utgangspunktet ikke tas hensyn til.»

- (61) Siktemålet med den generaliseringen som skal gjøres, er å komme frem til «det effektive skattenivå for den type selskap man står overfor». Det skal derfor ses bort fra individuelle forhold som ikke er bransjetypiske. Slik jeg ser det, omfatter dette ikke bare atypiske inntekts- og utgiftsforhold, men også *atypiske valg* selskapet gjør av betydning for egen eller nærstående selskapers skattlegging.
- (62) Synspunktet har noe støtte i *lovforarbeidene*. I Ot.prp. nr. 16 (1991–1992) side 79 står det at det må «foretas en mer generell sammenligning av forskjellen i [skatte]nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og i den annen stat for denne typen selskaper». Dette kan forstås som en henvisning til de skattereglene som er tilgjengelige for den aktuelle typen selskaper, og ikke nødvendigvis de skattereglene selskapet selv har valgt.
- (63) En motforestilling kan være at *formålet* med lavskatteland-unntaket ikke slår til når datterselskapet rent faktisk har vært tilstrekkelig høyt skattlagt i utlandet. Resultatet kan bli kjedebeskatning om vurderingen baseres på andre skatteregler enn dem selskapet er skattlagt etter.
- (64) Men dette synspunktet tar ikke hensyn til at datterselskapet i så fall kan tilpasse seg. Det kan velge lavskatt noen inntektsår, typisk når utbytte ikke utdeles, og høyskatt andre inntektsår, typisk når utbytte utdeles. Derved kan resultatet etter omstendighetene bli at datterselskapets inntekter opptjenes i år med lavskatt, mens utbyttet utbetales i år med høyskatt. Aksepteres en slik tilpasning, kan resultatet bli at inntektene ikke blir skattlagt eller bare lavt skattlagt. Dette vil være i strid med lavskatteland-unntakets formål.
- (65) Mitt syn er etter dette at det er best i samsvar med en avveining av samtlige rettskildefaktorer at datterselskapets valg om å la seg skattlegge høyt, ikke er avgjørende uten videre. Valget kan etter min mening bare være avgjørende hvis dette anses tilstrekkelig bransjetypisk, noe jeg mener vil gi borgerne tilstrekkelig klarhet og forutsigbarhet.
- (66) Dette innebærer at en forutsetning for å kunne se bort fra selskapets valg, må være at det gunstigere og ikke-valgte alternativet er allment tilgjengelig i vedkommende land, og at selskapet kvalifiserer for dette. For øvrig blir vurderingen konkret, slik Aban- og Den Norske Amerikalinje-dommene viser.
- (67) Jeg legger likevel til at det etter omstendighetene kan være grunn til å akseptere selskapets valg dersom lavkattealternativet innebærer at selskapet hadde måttet påta seg tyngende vilkår. Da kan selskapets valg anses bransjetypisk, selv om andre selskaper skulle velge noe annet. I lys av lovformålet kan det etter omstendighetene også være grunn til å godta selskapets høyskattevalg dersom dette har vært konsekvent i lang tid.

Den konkrete vurderingen

- (68) I lys av min tolkning av skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a, jf. § 10-63 er det klart at utbyttet Elopak mottok i 2010 fra ESYS, er skattepliktig.
- (69) Frem til og med 2009 var ESYS skattlagt etter «mixed company»-reglene i kantonen Zürich i Sveits, hvor den effektive skattesatsen var omkring 10 prosent. Dette er mindre enn to tredjedeler av den effektive skattesatsen i Norge.
- (70) Selskapets valg om i 2010 å la seg skattlegge etter de ordinære skattereglene, hvor den effektive skattesatsen var omkring 20 prosent, kan ikke anses som tilstrekkelig bransjetypisk. Selskapet oppfylte også i 2010 vilkårene for å bli skattlagt etter de gunstigere reglene, som lokalt var allment tilgjengelig for alle selskapene som kvalifiserte. I protokollen fra styremøtet 23. juni 2011 går det frem at ESYS «has decided to change from ‘Mixed Company’ taxation to ‘Ordinary’ taxation for the purpose of Dividend distribution to our Norwegian Mother Company». Det var med andre ord den individuelle – selskapsspesifikke – utbyttebetalingen som begrunnet valget om å endre skattleggingen.
- (71) Jeg har derimot vært noe i tvil om det utbyttet Elopak mottok i 2014, er skattepliktig.
- (72) Til forskjell fra i 2010 hadde ESYS da vært skattlagt i flere år etter de ordinære skattereglene. Elopak har imidlertid ikke gitt noen annen begrunnelse for at ESYS fortsatte i den ordinære ordningen enn den jeg siterte fra 2011. ESYS’ virksomhet ble overført til Norge med skattevirkning fra 2015, og planleggingen pågikk noen år. Men det er ikke opplyst at den prosessen kunne ha betydning for valget.
- (73) Det er på det rene at «mixed company»-reglene i 2014 fremdeles var allment tilgjengelige i kantonen, og at ESYS kvalifiserte for å kunne bruke dem. Slik saken er opplyst, kan derfor valget om ikke å benytte disse reglene ikke anses tilstrekkelig bransjetypisk, om man ser bort fra et mulig ønske om å spare skatt i Norge. Jeg har derfor kommet til at også utbyttet i 2014 er skattepliktig.

Konklusjon og sakskostnader

- (74) Min konklusjon er etter dette at de to utbyttebetalingene saken gjelder, er skattepliktige. Skatteklagenemndas vedtak er derfor gyldig, med den følge at anken må forkastes.
- (75) Staten har vunnet saken og har i utgangspunktet krav på dekning av sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Jeg er imidlertid kommet til at Elopak fritas for erstatningsansvaret fordi tungtveiende grunner gjør det rimelig, jf. § 20-2 tredje ledd. Saken har som nevnt budt på noe tvil, og dommen gir avklaringer om innholdet i EFTA-konvensjonen som særlig staten vil ha nytte av. Sakskostnader tilkjennes derfor ikke for noen instans.

(76) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

(77) Dommar **Høgetveit Berg:**

Dissens

- (78) Eg kan i det store og heile slutte meg til fyrstvoterandes tolking av EFTA-konvensjonen. I tolkinga av skattelova § 10-63 har eg derimot, i lys av legalitetsprinsippet, eit anna syn.
- (79) Fyrstvoterande har gjort greie for det rettslege grunnlaget for skatt på aksjeutbyte. På bakgrunn av lovførearbeida og høgsterettspraksis er det semje mellom partane om at det er dei effektive skattesatsane i utlandet og Noreg som skal vurderast opp mot kvarandre. Usemja er knytt til om ein skal eller kan sjå bort frå skattereglar som gjeld, og som faktisk er nytta. Konkret: Er det avgjerande kva for skattereglar ESYS faktisk vart skattlagt etter i Sveits – eller er det avgjerande kva for reglar ESYS kunne vore skattlagt etter i Sveits?
- (80) Legalitetsprinsippet gjer at den einskilde ikkje kan påleggjast plikter utan heimel i lov, jf. Grunnlova § 113. Dette omfattar også skatt. Det er særleg omsynet til at rettsstoda skal vera føreseieleg, som gjer at ordlyden står svært sentralt. Ei tolking som ikkje fylgjer naturleg av ordlyden, gjer det vanskelegare for skattytarane å innrette seg etter regelverket. Kontroll- og effektivitetsomsyn veg også tungt. Desse omsyna tilseier at skattereglar i utgangspunktet må kunna takast på ordet. Eg viser mellom anna til Rt-2014-227 avsnitt 41, Rt-2014-1229 avsnitt 36 og HR-2024-2073-A avsnitt 52. I kva grad desse omsyna gjer seg gjeldande ved tolkinga – og med det kor strengt prinsippet er – vil langt på veg måtte vurderast konkret for det einskilde spørsmålet.
- (81) Ei beinveges lesing av ordlyden i skattelova § 10-63 tilseier at det som skal samanliknast, er fastsett skatt i Sveits og tenkt skatt i Noreg. Vurderinga må då ta utgangspunkt i dei gjeldande og faktisk nytta skattereglane i Sveits.
- (82) Lovførearbeida inneheld formuleringar som kan tyde på at lovgjevarane føresette at dei reglane som skatten faktisk var fastsett etter, er avgjerande, i alle fall så lenge dette var den «alminnelige» skatten i utlandet. Sjå Ot.prp. nr. 16 (1991–1992) punkt 6.9 på side 79:

«Departementets forslag innebærer at særreglene bare skal gjelde for selskaper hjemmehørende i stater med et skattenivå hvor den alminnelige inntektsskatt på et selskaps samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatt et tilsvarende selskap hadde blitt ilignet i Norge. Ved avgjørelsen av om dette kravet er oppfylt er det ikke den konkrete forskjell for et selskap i det enkelte inntektsår som er avgjørende. Det må i stedet foretas en mer generell sammenligning av forskjellen i nivået på den alminnelige inntektsskatt i Norge og i den annen stat for denne typen selskaper. Om selskapet i et enkelt år skulle komme til å betale en skatt som er mindre enn to tredjedeler av den skatt selskapet ville blitt ilignet i Norge, vil det ikke være

avgjørende for om det er et lavskatteland. Det vil tilsvarende ikke utelukke at den annen stat skal anses som lavskatteland om selskapet et enkeltstående år beskattes høyre enn denne grensen. I en del land er det gitt særregler for bestemte typer selskaper, virksomheter eller inntekter. Da må det foretas en sammenligning med de inntektsskatter som gjelder for disse typer innretninger eller inntekter i Norge.»

- (83) Men det konkrete tolkingsspørsmålet i saka her er ikkje uttrykkjeleg nemnt i førearbeida – og statens prosessfullmektig har frå skranken i Høgsterett gjeve uttrykk for at departementet heller ikkje kan ha tenkt på spørsmålet i samband med lovvedtaka i 1992 og 2004.
- (84) Staten har derimot gjort gjeldande at Rt-2014-196 *Aban* avgjer både tolkingsspørsmålet og forholdet til legalitetsprinsippet. Eg kan ikkje sjå at det er grunnlag for dette. *Aban*-dommen gjaldt spørsmålet om kva for *inntekter* som var bransjetypiske og med det relevante i vurderinga av om Singapore var eit lågskatteland. Då Høgsterett vurderte om gevinst ved sal av aksjar var relevant, tok retten utgangspunkt i kva slags selskapstype det var tale om. Dei generelle synspunkta som Høgsterett framheva i dommen hadde god støtte i førearbeida. I vår sak er det ikkje spørsmål om kva for inntekter som er typiske for ESYS' bransje, men kva for *skattereglar* som er nytta. Vedtaket byggjer på at ein i dette tilfellet skal sjå bort frå ESYS' val om å la seg skattlegge etter dei vanlege skattereglane i Sveits. Etter mitt syn er me då eit godt stykke lenger frå ordlyden enn ein var i *Aban*-dommen. Eg er difor heller ikkje samd med staten i at tilhøvet til legalitetsprinsippet, med verknad for saka her, er avgjort i *Aban*-dommen.
- (85) Når løysinga i *Aban*-dommen – trass i svært uheldig lovgevingsteknikk – gjekk klar av legalitetsprinsippet, må det skuldast dei heilt uttrykkjelege presiseringane i førearbeida. For vår problemstilling seier førearbeida derimot ikkje noko eksplisitt som underbyggjer statens utvidande tolking. I høgda er det tale om å trekkje slutningar frå ein tekst som handlar om noko anna.
- (86) Når det korkje av lovførearbeida eller *Aban*-dommen fylgjer at ein skal sjå bort frå dei gjeldande skattereglane som er nytta, må ein spørja om det er andre rettskjelder som kan grunnge ei utvidande tolking av lågskatteland-unntaket i høve til det som fylgjer av ordlyden. Sjølv om omsyna bak legalitetsprinsippet gjer at ulike tolkingsspørsmål må vurderast konkret, kan ikkje kva rettskjelde som helst rokke ved ordlyden.
- (87) Skattedirektoratets skatteforskrift tilseier ikkje ei utvidande tolking av skattelova § 10-63. Tvert om er det også her kan hende haldepunkt for det motsette, ved at forskrifta § 10-63-3 fyrste ledd nyttar uttrykket «beskattes» – og ikkje «kunne vært beskattet» eller liknande.
- (88) Ut frå denne rettskjeldesituasjonen er det ikkje grunn til å gå djupt inn i dei reelle omsyna. Eg nemner likevel at føremålet med unntaket frå fritaksmetoden for lågskatteland etter omstenda kunne tilseia at det kom i bruk i situasjonar som i saka her. Om regelen ikkje blir tolka utvidande, vil det kunne opne for skatteplanlegging. Omsynet til å motverke skattetilpassing kan etter mitt syn likevel ikkje reparere ein manglande heimel. Eit ynske om å spare skatt kan ikkje i seg sjølv bera ei utvidande tolking. Vedtaket byggjer ikkje på omgåingsregelen i skattelova § 13-2. Samstundes ligg det på hi sida føre rettsstekniske omsyn mot ei utvidande tolking. Ei utvidande tolking reiser ei rekkje nye spørsmål, til dømes korleis den alternative skatteordninga må vera utforma, kor mange som må velja å

nytte henne, om skattytaranes val skal vurderast isolert for kvart inntektsår, og så bortetter. Det er etter mitt syn ei lovgjevaroppgåve å ta stilling til dette.

- (89) Min konklusjon er etter dette at vedtaket er ugyldig og må opphevast.
- (90) Dommer **Sivertsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Falch.
- (91) Dommer **Sæther:** Likeså.
- (92) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Høgetveit Berg.
- (93) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.