

## Opinion

# **EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed og investering i fast ejendom**

### 1. Spørgsmål og baggrund

Island overvejer at vedtage lovgivning om udenlandske investeringer i fast ejendom i Island. Disse overvejelser rejser blandt andet spørgsmål om, hvorvidt en sådan lovgivning vil være i strid med EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed. Det er formålet med dette responsum i overensstemmelse med det islandske indenrigsministeriums opdrag af 20. november 2012 at undersøge, hvorvidt EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed giver en selvstændig ret til at investere i fast ejendom og rettigheder over fast ejendom, *eller* om investeringer i fast ejendom ifølge EØS-aftalen kun kan ske på grundlag af reglerne om kapitalens frie bevægelighed, hvis dette sker i forbindelse med de andre »friheder« (den frie bevægelighed for arbejdskraft og tjenesteydelser samt den frie etableringsret). Da de EØS-retlige regler har sammenhæng med EU-retten, indeholder responsummet også en redegørelse for de EU-retlige regler om kapitalens frie bevægelighed. Undtagelsen til EØS-aftalens artikel 40, der gælder for Islands fiskerisektor og fiskeindustri, og som følger af EØS-aftalens bilag XII, punkt 1, litra g, inddrages ikke i dette responsum.

Det islandske indenrigsministeriums opdrag er vedlagt som bilag 1.

### 2. EØS-aftalen

EØS-aftalen indebærer, at EFTA-landene, heriblandt Island, har adgang til EU's indre marked mod at acceptere regler svarende til væsentlige dele af EU-retten. EØS-aftalen indeholder regler, der mere eller mindre ordret gengiver de tilsvarende bestemmelser i EØF-traktaten, der var gældende ved udarbejdelsen af EØS-aftalen, og hvis regler i vidt omfang i dag findes i EUF-traktaten. Som eksempler herpå kan nævnes EØS-aftalens regler om

arbejdskraftens og tjenesteydelseernes frie bevægelighed. Men der er også mange eksempler på, at der er stor forskel på formuleringen og indholdet af de to regelsæt. Sådanne forskelle træder klart frem indenfor områderne landbrug og fiskeri. Der findes endog væsentlige EU-retlige områder, der ikke er omfattet af EØS-aftalen, herunder EU's regler om toldunionen og om den økonomiske og monetære union. EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed indtager en særstilling i forbindelse med en sammenligning med EUF-traktatens regler. Oprindeligt var de EU-retlige regler vagere formuleret end EØS-aftalens regler, men dette ændrede sig ved Maastricht-traktatens ikrafttræden, jf. nedenfor i afsnit 3.

## **2.1 Reglerne om kapitalens frie bevægelighed**

Det hedder i artikel 40 i EØS-aftalen:

»Inden for rammerne af denne aftales bestemmelser må der ikke være restriktioner for kapitalbevægelser mellem de kontraherende parter, såfremt kapitalen tilhører personer, der er bosat eller har hjemsted i EF-medlemsstater eller EFTA-stater, ligesom der ikke må udøves nogen forskelsbehandling, der støttes på parternes nationalitet eller bopæl eller på stedet for kapitalens anbringelse. Bilag XII indeholder de nødvendige bestemmelser til denne artikels gennemførelse.«

Det bestemmes i det i artikel 40 nævnte bilag XII om direktiv 88/361/ EØF om gennemførelse af [EØF-]Traktatens artikel 67, at:

»Direktivets bestemmelser gælder i forbindelse med aftalen med følgende tilpasninger:

...

d) EFTA-staterne kan fortsat anvende den nationale lovgivning til regulering af udenlandske ejerforhold og/eller valutaudlændiges ejerforhold, som er gældende på tidspunktet for aftalens ikrafttrædelse, men dog under iagttagelse af følgende tidsfrister og inden for følgende områder:

...

- indtil den 1. januar 1995 for Norge, indtil den 1. januar 1996 for Østrig, Finland og Island og indtil den 1. januar 1998 for Liechtenstein og Schweiz vedrørende investeringer i indenlandsk fast ejendom.«

EFTA-domstolen har udtalt sig om fortolkningen af EØS-aftalens artikel 40 i Fokus Bank-dommen, der blev afsagt den 23. november 2004. Sagen drejede sig om nogle regler i den norske lovgivning om beskatning af udenlandske aktionærer. EFTA-domstolen udtalte i den forbindelse, at:

»Article 40 EEA prohibits restrictions between the Contracting Parties on the movement of capital belonging to persons resident in EC or EFTA States, and discrimination based on the nationality or the place of residence of natural or legal persons or on the place where such capital is invested. That provision confers a right upon individuals and economic operators to market access (see, with regard to the free movement of services, Case E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v Iceland*, at paragraph 30)«, se sag E-1/04 Fokus Bank ASA, EFTA Court Report 2004, s.11, præmis 25.

Denne præmis fra Fokus-dommen har EFTA-domstolen gentaget i sag E-10/04, Paolo Piazza, EFTA Court Report 2005, s. 76, præmis 32, om sikkerhedsstillelse i forbindelse med retssager, og E-3/11 Pálmi Sigmarsson, EFTA Court Report 2011, s. 430, præmis 29, om begrænsning af retten til at overføre islandske kroner fra Storbritannien til Island.

Der findes i den retsvidenskabelige litteratur udlægninger af Fokus-dommen og den deraf følgende retspraksis, hvor dommen tillægges den betydning, at EFTA-domstolen herved har taget stilling til artikel 40's rækkevidde i enhver henseende. Som nævnt ovenfor drejede sagen sig imidlertid om en national skattelovgivning, og der er gode grunde til at nuancere dommens resultat i forbindelse med spørgsmålet om investeringer i fast ejendom. For det første er det ikke klart, hvad der nærmere skal indlægges i det i dommens præmis 25 anvendte udtryk »market access«. For det andet må artikel 40 ifølge sin ordlyd fortolkes i lyset af direktiv 88/361/EØF, der indeholder særlige regler for kapitalbevægelser, som knytter sig til fast ejendom, jf. det nedenfor i afsnit 3.2.2 om fortolkningen af direktiv 88/361/EØF anførte. Endelig ses der ikke at foreligge domme fra EFTA-domstolen, hvor denne tager stilling til fortolkning af EØS-aftalens artikel 40's betydning i forbindelse med nationale regler om fast ejendom.

EU-domstolen knyttede i Ospelt-dommen, der blev afsagt den 23. september 2003, nogle bemærkninger til fortolkningen af EØS-aftalens artikel 40. Sagen drejede sig om en statsborger i Liechtenstein, der ejede og beboede en ejendom, hvortil der blandt andet hørte nogle landbrugsarealer. Statsborgeren ønskede at overdrage ejendommen til en stiftelse med hjemsted i Liechtenstein. Samtlige landbrugsarealer var bortforpagtede, og det var tanken, at de skulle forblive bortforpagtede, således at heller ikke stiftelsen

skulle drive landbrug. Myndighederne ville imidlertid ikke godkende overdragelsen, idet man henviste til, at stiftelsen efter den påtænkte overdragelse ikke ville opfylde lovgivningens krav om, at ejeren drev landbrug.

Det forelagte præjudicielle spørgsmål drejede sig om fortolkning af reglerne i den dagældende EF-traktat (nu EUF-traktaten), blandt andet reglerne om kapitalens frie bevægelighed.

EU-domstolen fandt anledning til at fortolke EØS-aftalens artikel 40 og udtalte i den forbindelse:

»Et af hovedformålene med EØS-aftalen er ... at opnå den videst mulige gennemførelse af den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital inden for hele EØS, således at det indre marked, der består på Fællesskabets område, kan blive udstrakt til EFTA-staterne. I dette perspektiv har flere af bestemmelserne i aftalen til formål at sikre en så ensartet fortolkning som mulig af aftalen inden for hele EØS (jf. udtalelse 1/92 af 10.4.1992, Sml. I, s. 2821). Det tilkommer herved [EU-] Domstolen at sørge for, at de bestemmelser i EØS-aftalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelserne i traktaten, fortolkes ensartet inden for medlemsstaterne.«

Endvidere udtalte EU-domstolen, at ordninger som den i Liechtenstein, hvorefter handel med landarealer er undergivet begrænsninger fra forvaltningsmyndighedernes side,

»skal vurderes i henhold til aftalens artikel 40 og bilag XII, hvilke bestemmelser har samme retlige indhold som de hovedsagelig identiske bestemmelser i [EUF-]traktatens artikel 63«, se sag C-452/01, Saml. 2003 I, s. 9785, præmis 29 og 32.

Det fremgår af de citerede præmisser, at EU-domstolen ikke ved Ospelt-dommen tog stilling til, om EØS-aftalens artikel 40 med de af bilag XII omfattede retsakter indeholder en selvstændig ret for udlændinge til at investere i fast ejendom.

I øvrigt betones i Ospelt-dommens præmisser betydningen af, at sagsforholdet udspillede sig, medens Østrig var omfattet af EØS-aftalen, og at dommen blev afsagt efter, at Østrig var blevet medlem af EU. EU-domstolen udtalte blandt andet, at:

»Det ville være i strid med ... mål[et] om ensartet anvendelse af bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser i EØS, hvis en stat som Republik-

ken Østrig, der er part i aftalen, der for Østrigs vedkommende trådte i kraft den 1. januar 1994, efter sin tiltrædelse af Den Europæiske Union den 1. januar 1995 under henvisning til [EUF-]traktatens artikel [64] kan opretholde en lovgivning, der begrænser denne frihed med hensyn til en anden stat, der er part i aftalen.«

## **2.2 Mulighed for at fravige EØS-aftalens artikel 40**

I forbindelse med formuleringen af EØS-aftalen blev det forudset, at der kunne opstå situationer, hvor den enkelte kontraherende stat har behov for at træffe såkaldte »beskyttelsesforanstaltninger«. En af årsagerne til, at man fandt det nødvendigt med særlige regler herom, er, at EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed ikke suppleres af regler om et tæt samarbejde om den økonomiske og monetære politik, i modsætning til EF-traktaten (og senere EUF-traktaten). Det bestemmes i EØS-aftalens artikel 43:

### »Stk. 1

Skulle forskelle mellem EF-medlemsstaternes og EFTA-staternes valuta-bestemmelser tilskynde personer, der er bosiddende eller har hjemsted i en af disse stater, til at benytte de i artikel 40 nævnte lettelser for overførsel inden for de kontraherende parters område til at omgå bestemmelserne i en af disse stater vedrørende kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, kan den pågældende kontraherende part træffe egnede forholdsregler med henblik på at fjerne disse vanskeligheder.

### Stk. 2

Såfremt kapitalbevægelserne medfører forstyrrelser i kapitalmarkedets funktion i en EF-medlemsstat eller EFTA-stat, kan den pågældende kontraherende part træffe beskyttelsesforanstaltninger på området for kapitalbevægelser.

### Stk. 3

Såfremt de kompetente myndigheder i en kontraherende part ændrer valutakursen på en måde, der alvorligt fordrejer konkurrencevilkårene, kan de andre kontraherende parter for en strengt begrænset periode træffe de nødvendige foranstaltninger til at afbøde følgerne af en sådan ændring.

### Stk. 4

I tilfælde af, at en EF-medlemsstat eller en EFTA-stat har vanskeligheder eller alvorligt trues af vanskeligheder med hensyn til sin betalingsbalance enten som følge af uligevægt på dens globale betalingsbalance eller som følge af arten af den valuta, den råder over, og navnlig når disse vanske-

ligheder vil kunne bringe dennes aftales funktion i fare, kan den pågældende kontraherende part træffe beskyttelsesforanstaltninger.«

Reglerne for, hvornår en kontraherende stat kan vedtage beskyttelsesforanstaltninger med hjemmel i artikel 43, findes i EØS-aftalens artikel 43-45 og Protokol 18. Disse regler suppleres af generelle regler om beskyttelsesforanstaltninger i EØS-aftalens artikel 112-114. Udgangspunktet for gennemførelse af artikel 43-beskyttelsesforanstaltninger er, at staten under iagttagelse af den foreskrevne fremgangsmåde selv beslutter, hvornår betingelserne for anvendelse af beskyttelsesforanstaltninger er opfyldt. Til sammenligning indeholdt EØF-traktatens artikel 73 en regel om medlemsstaternes adgang til at træffe beskyttelsesforanstaltninger, der opstillede langt strengere betingelser for staternes anvendelse af tilsvarende foranstaltninger.

### **2.3 Reglerne om samarbejde om økonomisk og monetær politik**

I forlængelse af EØS-aftalens kapitel 4 om kapitalens frie bevægelighed indeholder aftalens kapitel 5 én regel om »Samarbejde om økonomisk og monetær politik«. Artikel 46 bestemmer, at

»De kontraherende parter udveksler synspunkter og information om gennemførelsen af denne aftale og om virkningerne af integrationen for den økonomiske aktivitet og de økonomiske og monetære politikker. Desuden kan de drøfte makroøkonomiske forhold, politikker og udsigter. Denne udveksling af synspunkter og information finder sted på et ikke-bindende grundlag.«

Artikel 46 betegnes i den retsvidenskabelige litteratur som ikke-bindende, og dens ordlyd indebærer, at den bedst beskrives som en politisk programerklæring.

### **2.4 Fortolkningen af EØS-aftalen og betydningen af EU-domstolens praksis**

Der er i EØS-retten opstillet et almindeligt princip om ensartet fortolkning af reglerne i EØS-aftalen og EØF-traktaten. Princippet gælder i det omfang, de pågældende regler indholdsmæssigt er identiske. Princippet er blandt andet formuleret på grundlag af EØS-aftalens artikel 6 og artikel 3, stk. 2, i Aftale mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol, jf. straks nedenfor. Der er dog grænser for, hvor langt princippet kan bære. Det fremgår dels af EØS-aftalen selv, dels af EFTA-domstolens praksis. EØS-aftalen indeholder i artikel 105-107 udførlige regler for, hvorledes man skal forholde sig, hvis der udvikler sig en forskellig praksis ved EFTA-domstolen og EU-domstolen. Tilsvarende indeholder artikel 111 reg-

ler for det tilfælde, at der opstår uenighed om fortolkningen og anvendelsen af reglerne i aftalen. I Mag Instruments-dommen om varernes frie bevægelighed og konsumtion af varemærkerettigheder sammenlignede EFTA-domstolen omhyggeligt EØS-aftalen med reglerne i EUF-traktaten (den dagældende EF-traktat). EFTA-domstolen fremhævede blandt andet, at

»Unlike the EC Treaty, the EEA Agreement does not establish a customs union. The purpose and the scope of the EC Treaty and the EEA Agreement are different (see Opinion 1/91 of the ECJ regarding the Draft Agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area [1991] ECR I-6079). Thus, the EEA Agreement does not establish a customs union, but a free trade area«, se sag E-2/97, Mag Instruments, EFTA Court Report 1997, p.127, præmis 25.

EFTA-domstolen gentog i sag E-9/07 og E-10/07, L'Oréal, EFTA Court Report 2008, p. 259, præmis 26, igen i en sag om varernes frie bevægelighed og konsumtion af enerettigheder sin betoning af, at EØS-aftalen ikke etablerer en toldunion. Domstolen udtalte endvidere i præmis 27:

»Homogeneous interpretation and application of common rules is essential for the effective functioning of the internal market within the EEA. The principle of homogeneity therefore leads to a presumption that provisions framed in the same way in the EEA Agreement and EC law are to be construed in the same way. However, differences in scope and purpose may under specific circumstances lead to a difference in interpretation between EEA law and EC law...«.

For så vidt angår EU-domstolens praksis fra *før* undertegnelsen af EØS-aftalen, bestemmes det i EØS-aftalens artikel 6, at:

»[m]ed forbehold af fremtidig udvikling i retspraksis fortolkes bestemmelserne i denne aftale i det omfang, de indholdsmæssigt er identiske med tilsvarende regler i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab samt retsakter udstedt i medfør af disse to traktater, ved deres gennemførelse og anvendelse i overensstemmelse med de relevante afgørelser, der er truffet af De Europæiske Fællesskabers Domstol forud for tidspunktet for undertegnelsen af denne aftale.«

For så vidt angår EU-domstolens afgørelser fra tiden *efter* undertegnelsen af EØS-aftalen, siges det i artikel 3, stk. 2, i Aftale mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol, at

»[v]ed fortolkningen og anvendelsen af EØS-aftalen og denne aftale tager EFTA-Tilsynsmyndigheden og EFTA-Domstolen hensyn til de principper, der er fastlagt i de relevante afgørelser, der er truffet af De Europæiske Fællesskabers Domstol efter tidspunktet for undertegnelsen af EØS-aftalen, og som vedrører fortolkningen af EØS-aftalen eller af regler i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab og traktaten om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, i det omfang, de indholdsmæssigt er identiske med bestemmelserne i EØS-aftalen eller med bestemmelserne i protokol 1 til 4 og bestemmelserne i retsakter svarende til dem, der er anført i bilag I og II til denne aftale.«

Artikel 3, stk. 2, tager ikke udtrykkelig stilling til, hvorledes EFTA-domstolen skal forholde sig til afgørelser fra EU-domstolen, der er truffet efter undertegnelsen af EØS-aftalen, og som fortolker EU-retlig lovgivning, for eksempel et direktiv, der gennem en henvisning i EØS-aftalen er gjort til en del af aftalen.

Da EØS-reglerne om betydningen af EU-domstolens praksis for fortolkningen af EØS-aftalen skelner mellem EU-domstolens praksis fra før og efter EØS-aftalens undertegnelse, er det nødvendigt ved en fortolkning af EØS-aftalens enkelte regler at undersøge EU-domstolens praksis i disse to perioder. Denne undersøgelse gennemføres nedenfor i afsnit 3 med særlig henblik på EU's regler om kapitalens frie bevægelighed.

### 3. EU's regler om kapitalens frie bevægelighed

#### 3.1 Maastrichttraktatens betydning

Med Maastrichttraktatens ikrafttræden den 1. november 1993 ændrede EØF-traktaten (Traktat om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab) betegnelse til EF-traktaten (Traktat om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab) samtidig med, at EU, Den Europæiske Union, blev etableret som en overordnet ramme om de tre europæiske fællesskaber (Det Europæiske Fællesskab, EF, Det Europæiske Atomenergifællesskab, EURATOM, og Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, EKSF). I forbindelse med at EØF-traktaten ændrede titel, blev en række af traktatens bestemmelser ændret, herunder reglerne om kapitalens frie bevægelighed, der både ændrede nummerering og indhold.



De nye regler om kapitalens frie bevægelighed trådte først i kraft den 1. januar 1994, jf. artikel 73A i EF-traktaten. Ikrafttrædelsestidspunktet for de nye regler om kapitalens frie bevægelighed er for Islands vedkommende sammenfaldende med undertegnelsestidspunktet for EØS-aftalen.

### **3.2 EØF-traktatens regler om investering i fast ejendom i medlemsstaterne – retsstillingen før Maastrichttraktaten**

#### *3.2.1 EØF-traktatens artikel 67, stk. 1*

Frem til Maastrichttraktatens ikrafttræden havde EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, følgende ordlyd:

»I det omfang, det er nødvendigt for fællesmarkedets tilfredsstillende funktion, afskaffer Medlemsstaterne gradvis i løbet af overgangsperioden indbyrdes restriktioner for kapitalbevægelser, såfremt kapitalen tilhører personer, der er bosat eller har hjemsted i Medlemsstaterne, ligesom de ophæver enhver forskelsbehandling, der støttes på parternes nationalitet eller bopæl eller på stedet for kapitalens anbringelse.«

Det var i en længere periode ikke afklaret, om artikel 67, stk. 1, havde direkte virkning i national ret.

At en regel har direkte virkning, betyder, at reglen i sig selv skaber rettigheder eller pligter for den enkelte borger eller virksomhed i medlemsstaten, og at reglen i den skikkelse, den har, direkte skal anvendes af medlemsstatens administrative myndigheder og domstole. Den direkte virkning betyder også, at i det omfang, der er modstrid mellem reglen og nationale regler, kan medlemsstatens myndigheder og domstole ikke anvende de nationale regler.

EU-domstolen fortolkede EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, i Casati-dommen, der blev afsagt den 11. november 1980. Domstolen fremhævede, at

»[k]apitalbevægelserne har ... nær sammenhæng med medlemsstaternes økonomiske politik og deres valutapolitik. Det kan på det nuværende udviklingstrin ikke udelukkes, at fuldstændig frihed for alle kapitalbevægelser vil kunne bringe en medlemsstats økonomiske politik i fare eller skabe uligevægt på dens betalingsbalance og dermed være til skade for fællesmarkedets tilfredsstillende funktion.«

Endvidere pegede Domstolen på, at EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, havde fået:

»en anden formulering end bestemmelserne om den frie bevægelighed for varer, personer og tjenesteydelser og kun opstiller en forpligtelse til at liberalisere kapitalbevægelserne ”i det omfang, det er nødvendigt for fællesmarkedets tilfredsstillende funktion”. Denne begrænsning, der også gælder efter overgangsperiodens udløb, virker med forskellig styrke til forskellige tider afhængigt af, hvorledes fællesmarkedets behov og fordele og ulemper for fællesmarkedet ved en liberalisering vurderes på baggrund af dets øjeblikkelige situation og navnlig det opnåede integrationsniveau på områder, for hvilke kapitalbevægelserne har særlig betydning.«

I forlængelse heraf konstaterede Domstolen, at det i første række påhvilede Rådet at foretage vurderingen af fordele og ulemper ved en liberalisering.

Herefter konkluderede Domstolen:

»Det må på grundlag heraf fastslås, at den i [EØF-traktatens] artikel 67, stk. 1, angivne forpligtelse til at afskaffe restriktioner for kapitalbevægelser ikke for en bestemt type bevægelser kan præciseres nærmere uafhængigt af Rådets skøn ... over nødvendigheden af at liberalisere denne type kapitalbevægelser af hensyn til fællesmarkedets tilfredsstillende funktion«, se sag 203/80, Casati, Saml. 1981, s. 2597, præmis 9-12.

Casati-dommen må forstås således – og det er den gængse fortolkning i den retsvidenskabelige litteratur – at det hermed blev fastslået, at EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, ikke havde direkte virkning i national ret. På denne baggrund – og ikke mindst med Domstolens fremhævelse af, at en liberalisering af kapitalbevægelserne afhang af regler vedtaget af Rådet – må det med Casati-dommen endvidere anses for fastslået, at EØF-traktatens artikel 67 ikke i sig selv sikrede kapitalens frie bevægelighed. En investor i én medlemsstat kunne med andre ord ikke foretage investeringer i for eksempel fast ejendom i en anden medlemsstat alene på grundlag af EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, men kunne eventuelt påberåbe sig bestemmelsen i tilknytning til traktatens øvrige regler om de frie bevægeligheder (arbejdskraftens og tjenesteydelseernes frie bevægelighed samt den frie etableringsret).

Der er i den retsvidenskabelige litteratur støtte for, at de »restriktioner for kapitalbevægelser«, som EØF-traktatens artikel 67 nævnte, kun tog sigte på selve kapitalen – først og fremmest nationale regler om valutaoverførsler, men også andre nationale regler om økonomiske transaktioner, herunder be-

talinger til udlandet. EØF-traktatens regler om kapitalens frie bevægelighed er på denne baggrund i sammenligning med de andre frie bevægeligheder (arbejdskraftens og tjenesteydelseernes frie bevægelighed samt den frie etableringsret) blevet karakteriseret som en »hjælpefrihed«.

### *3.2.2 Rådets direktiv 88/361/EØF om gennemførelse af [EØF-]Traktatens artikel 67*

Frem til Maastrichttraktatens ikrafttræden blev kapitalens frie bevægelighed søgt gennemført gennem fællesskabsretlig lovgivning. Den vigtigste del i denne lovgivning var Rådets direktiv 88/361/EØF om gennemførelse af [EØF-]Traktatens artikel 67.

Det hedder i artikel 1, stk.1, at:

»Medlemsstaterne ophæver de restriktioner for kapitalbevægelser, der finder sted mellem valutaindlændinge i medlemsstaterne, medmindre andet er fastsat i nedenstående bestemmelser. For at lette gennemførelsen af dette direktiv, klassificeres kapitalbevægelserne efter nomenklaturen i bilag I.«

I nomenklaturens indledning er det anført, at den ikke er udtømmende, for så vidt angår begrebet kapitalbevægelser, og at den ikke kan fortolkes på den måde, at den begrænser rækkevidden af princippet om en fuldstændig liberalisering af kapitalbevægelserne som fastsat i direktivets artikel 1.

Det fremgår af nomenklaturens punkt II, at som udgangspunkt omfatter udtrykket »kapitalbevægelser« valutaudlændinges investeringer i fast ejendom i indlandet og valutaindlændinges investeringer i fast ejendom i udlandet.

Nomenklaturen har et særligt afsnit med forklarende bemærkninger til de forskellige udtryk, der anvendes i nomenklaturen. Om udtrykkene »valutaindlændinge og valutaudlændinge« er det anført, at der herved forstås:

»Fysiske og juridiske personer som defineret i de i de enkelte medlemsstaters gældende valutabestemmelser.«

For så vidt angår udtrykket »investeringer i fast ejendom«, er det anført, at der herved forstås:

»Privatpersoners køb af fast ejendom og byggegrunde samt opførelse af ejendomme i erhvervsmæssigt eller personligt øjemed. Denne kategori omfatter også brugsrettigheder, servitutter og arealrettigheder.«

Det følger herefter af ordlyden af artikel 1, stk. 1, sammenholdt med direktivets nomenklatur og de dertil hørende forklarende bemærkninger, at direktivet forpligter medlemsstaterne til at ophæve restriktioner for kapitalbevægelser, der foretages af både fysiske og juridiske personer. Det fremgår imidlertid også af nomenklaturen og de forklarende bemærkninger, at kapitalbevægelser i form af investeringer i fast ejendom kun omfatter privatpersoners, det vil sige fysiske personers, investeringer. Juridiske personers, herunder selskabers, investeringer i fast ejendom er ikke omfattet af direktivets ordlyd. Investeringer i fast ejendom kan ifølge de forklarende bemærkninger ske i enten erhvervsmæssigt eller personligt øjemed. Det må antages, at fysiske personer, der investerer i fast ejendom i »personligt øjemed«, er en henvisning til investering i fast ejendom til privat brug, først og fremmest bolig. Dette støttes af for eksempel den franske, tyske og engelske sprogversion af direktivet, hvor der for udtrykket »personligt øjemed« anvendes udtrykkene: »fins ... personnelles«, »persönlichen Zwecken« samt »personal use«. For så vidt angår privatpersoners investeringer i fast ejendom »i erhvervsmæssigt ... øjemed«, fremgår det af de forklarende bemærkninger, at disse først og fremmest kan bestå i køb af fast ejendom og byggegrunde samt opførelse af ejendomme. Det er i denne sammenhæng nærliggende at fortolke udtrykket »erhvervsmæssigt« således, at investeringen i den faste ejendom sker i forbindelse med en anden erhvervsmæssig aktivitet for eksempel etablering af en virksomhed eller byggemodning af byggegrunde og opførelse af bygninger, det vil sige brug af den frie etableringsret eller reglerne om tjenesteydelseernes frie bevægelighed.

Om direktivers retskildemæssige betydning fremgik det af EØF-traktatens artikel 189, stk. 3 (nu EUF-traktatens artikel 288, stk. 3), at:

»Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.«

EØF-traktatens udgangspunkt var således, når det drejer sig om direktiver, at disse ikke har direkte virkning i national ret. For at der kan støttes ret på et direktivs regler ved nationale domstole forudsætter det, at direktivets regler er gennemført i national ret, typisk gennem vedtagelsen af en lov i medlemsstaten.

EU-domstolen har i en række domme fastslået, at direktiver under visse betingelser trods traktatens udgangspunkt kan have direkte virkning i national ret. En af disse betingelser er, at fristen for direktivets gennemførelse i national ret skal være udløbet.

Fristen for den fællesskabsretlige gennemførelse af direktiv 88/361/EØF i national ret var den 1. juli 1990, jf. direktivets artikel 6, stk. 1.

Domstolen tog i Bordessa-dommen, der blev afsagt den 23. februar 1995, stilling til, om direktiv 88/361/EØF havde direkte virkning.

Sagen drejede sig om, hvorvidt nogle spanske regler, hvorefter udførsel af mønter, pengesedler og ihændechecke var betinget af en tilladelse fra myndighederne, var i strid med direktivets artikel 1 og 4, og om de pågældende regler i direktivet havde direkte virkning i national ret.

Domstolen fastslog, at direktivets artikel 1 og 4 var til hinder for, at udførsel af mønter, pengesedler og ihændechecke blev gjort betinget af en forudgående tilladelse. Den fastslog endvidere, at direktivets artikel 1, sammenholdt med artikel 4, kunne påberåbes ved de nationale retsinstanser og medførte, at herimod stridende nationale retsfor skrifter ikke måtte bringes i anvendelse af de nationale retsinstanser, se forenede sager C-358/93 og C-416/93, Bordessa m.fl., Saml. 1995 I, s. 376, præmis 32-35. EU-domstolen har endvidere taget stilling til direktiv 88/361/EØF's direkte virkning i dommene C-35/98, Verkooijen, Saml. 2000 I, s. 4071, om nogle hollandske regler om beskatning af aktieudbytte, og C-364/01, Barbier, Saml. 2003 I, s. 15013, om nogle hollandske regler om beregning af arveafgift i forbindelse med arv, der omfatter fast ejendom.

Bordessa-dommen indeholder intet forbehold, for så vidt angår den direkte virkning af direktiv 88/361/EØF. Det er tilsyneladende lagt til grund i den retsvidenskabelige litteratur, at dommen sammen med dommene Verkooijen og Barbier betyder, at direktivet har direkte virkning i enhver sammenhæng. Der er imidlertid grund til at tage forbehold for dommenes betydning i en sammenhæng, der drejer sig om fast ejendom. For det første drejede sagernes faktum sig som nævnt ovenfor om udførsel af mønter, pengesedler og ihændechecke samt om skatteretlige regler. Sagerne drejede sig ikke om investering i fast ejendom. For det andet begrænser direktivet selv ved sin ordlyd – som fremhævet ovenfor – sit anvendelsesområde, når det drejer sig om fast ejendom. Endelig blev dommene afsagt, efter at Maastrichttraktaten trådte i kraft med traktatregler, der har langt større rækkevidde end, hvad der fandtes i EØF-traktaten, og disse nye regler har formentlig præget EU-domstolens fortolkning af direktiv 88/361/EØF i en videregående retning.

### **3.3 EUF-traktatens regler om investering i fast ejendom i medlemsstaterne – retsstillingen efter Maastrichttraktaten**

#### *3.3.1 De nye traktatregler*

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.1 indebar Maastrichttraktaten, at EØF-traktaten ændrede titel til EF-traktaten, og at blandt andet traktatreglerne om kapitalens frie bevægelighed ændrede nummerering og indhold. EØF-traktatens regler om kapitalens frie bevægelighed blev ophævet, og i stedet blev der i EF-traktaten indsat nye regler. Hovedreglen var artikel 73b, og denne regel findes i dag i EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, og har følgende ordlyd:

»Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.«

#### *3.3.2 EU-domstolens fortolkning af EUF-traktatens artikel 63, stk. 1*

EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, er fortolket af EU-domstolen i en lang række af domme, hvoraf følgende kan fremdrages:

Sanz de Lera-dommen blev afsagt af EU-domstolen den 14. december 1995 og drejede sig blandt andet om en spansk statsborger med bopæl i Spanien, der uden tilladelse fra de spanske myndigheder havde udført et større kontantbeløb til Frankrig. Domstolen fastslog, at artikel 63, stk. 1, sammenholdt med artikel 64 og 65, har direkte virkning i national ret, se forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, Sanz de Lera m.fl., Saml. 1995 I, s. 4821, præmis 48.

I 1997 fortolkede Domstolen i Konle-dommen, der blev afsagt den 1. juni 1999, artikel 63, stk. 1, i forbindelse med erhvervelse af fast ejendom. Sagen drejede sig om en tysk statsborger, der købte en ejendom i Østrig. Ifølge de østrigske regler forudsatte erhvervelse af fast ejendom, at erhververen godtgjorde overfor de østrigske myndigheder, at ejendommen ikke skulle benyttes som fritidsbolig. Domstolen fastslog efter en omhyggelig undersøgelse af den østrigske godkendelsesordning, at ordningen var i strid med artikel 63, stk. 1, og den konstaterede i den forbindelse almindeligt, at udtrykket »kapitalbevægelser«:

»omfatter ... transaktioner, hvorved udlændinge foretager investeringer i fast ejendom på en medlemsstats område, således som det fremgår af nomenklaturen for kapitalbevægelser i bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67«, se sag C-302/97, Konle, Saml. 1999 I, s. 3122, præmis 22.

EU-domstolen gentog resultatet i Konle-dommen i en dom afsagt den 5. juli 2005. Sagen drejede sig ligesom Konle-dommen om artikel 63, stk. 1's betydning i forbindelse med en fysisk persons investeringer i fast ejendom i en anden medlemsstat end den, hvor personen var hjemmehørende. En tysk statsborger bosiddende i Tyskland investerede 10 % af sin formue i fast ejendom i Holland, men blev af de hollandske skattemyndigheder nægtet et bundfradrag, som ellers blev tildelt hollandske statsborgere. Domstolen fastslog i den forbindelse:

»at en investering i fast ejendom som den, [den tyske investor] har foretaget i Nederlandene, udgør en kapitalbevægelse som omhandlet i artikel 1 i ... direktiv 88/361/EØF og i nomenklaturen for kapitalbevægelser i direktivets bilag I. En sådan investering er omfattet af anvendelsesområdet for bestemmelserne om de frie kapitalbevægelser i artikel [63 EUF ff.]«, se sag C-376/03, D., Saml. 2005 I, s. 5852, præmis 24.

Festersen-dommen, der blev afsagt den 25. januar 2007, drejede sig om en tysk statsborger, der erhvervede en landbrugsejendom i Danmark. Det fremgik af den danske lovgivning, at adkomst til en landbrugsejendom i en landzone kun kunne erhverves, hvis erhververen inden seks måneder efter erhvervelsen tog fast bopæl på ejendommen. EU-domstolen udtalte i den forbindelse:

»Kapitalbevægelser omfatter de transaktioner, hvorved valutaudlændinge foretager investeringer i fast ejendom på en medlemsstats område, således som det fremgår af nomenklaturen for kapitalbevægelser omhandlet i bilag I til Rådets direktiv 88/361/ EØF ...

Det skal derfor undersøges, om en national lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne. Det følger i denne henseende af Domstolens faste praksis, at de foranstaltninger, der er forbudt ifølge artikel [63, stk. 1 EUFT] i egenskab af restriktioner for kapitalbevægelserne, omfatter sådanne foranstaltninger, som afholder en ikke-hjemmehørende person fra at foretage investeringer i en medlemsstat, eller sådanne, der afholder denne medlemsstats statsborgere fra at foretage investeringer i andre medlemsstater ...

Selv om den danske landbrugslovgivning ikke indebærer en forskelsbehandling mellem danske statsborgere og statsborgere fra andre af Den Europæiske Unions eller Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområdes medlemsstater, står det ikke desto mindre fast, at det bopælskrav, som den fastsætter, og som kun kan ophæves med landbrugsministerens tilladelse,

delse, begrænser de frie kapitalbevægelser«, se sag 370/05, Festersen, Saml. 2007 I, s. 1144, præmis 23-25.

Spørgsmålet om holdingselskabers investeringer i fast ejendom i en anden medlemsstat end den, hvor selskabet er hjemmehørende, blev afklaret i ELISA-dommen, der blev afsagt den 11. oktober 2007. Sagen drejede sig om et luxembourgsk holdingselskab, der ejede flere faste ejendomme i Frankrig, og som ikke mente at være forpligtet til at betale nogle franske afgifter.

Domstolen fastslog i den forbindelse:

»Ifølge fast retspraksis omfatter kapitalbevægelser de transaktioner, hvorved valutaudlændinge foretager investeringer i fast ejendom på en medlemsstats område, således som det fremgår af nomenklaturen for kapitalbevægelser omhandlet i bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 ...

Det er ubestridt, at sagsøgeren i hovedsagen i egenskab af luxembourgsk holdingselskab har købt faste ejendomme i Frankrig. Der er ingen tvivl om, at en sådan grænseoverskridende investering udgør en kapitalbevægelse som omhandlet i nævnte nomenklatur (jf. dom af 5.7.2005, sag C-376/03 ...).

Heraf følger, at en national lovgivning som den, der er tvist om i hovedsagen, er omfattet af de frie kapitalbevægelser«, se sag C-451/05, ELISA, Saml. 2007 I, s. 8287, præmis 59-61.

Som anført ovenfor i afsnit 3.1 indførte Maastrichttraktaten nye regler i EU for kapitalens frie bevægelighed. Det kan på grundlag af den del af EU-domstolens praksis, der vedrører fortolkningen af disse nye regler, hvor hovedreglen i dag findes i EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, sammenfattende konstateres, at artikel 63, stk. 1's udtryk »kapitalbevægelser« omfatter udlændinges investeringer i fast ejendom, og at EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, har direkte virkning i national ret.

### *3.3.3 Betydningen af Rådets direktiv 88/361/EØF efter traktatændringen*

Direktiv 88/361/EØF blev vedtaget med hjemmel i EØF-traktatens artikel 69 og artikel 70, stk. 1, med henblik på at gennemføre EØF-traktatens artikel 67. Disse bestemmelser blev i forbindelse med Maastrichttraktaten ophævet ved EF-traktatens artikel 73a med virkning fra den 1. januar 1994. Da



direktiv 88/361/EØF var vedtaget for at gennemføre EØF-traktatens artikel 67, indebar ophævelsen af artikel 67 også en ophævelse af direktivet.

Ophævelsen af direktiv 88/361/EØF samtidig med ophævelsen af EØF-traktatens artikel 67 blev fastslået af EU-domstolen i Trummer og Mayerdommen. I samme dom anførte Domstolen også, at direktivets nomenklatur for kapitalbevægelser fortsat har en vejledende værdi. Domstolen udtalte, at da EUF-traktatens artikel 63:

»i det væsentlige gentager indholdet af artikel 1 i direktiv 88/361 – og uanset at direktivet er udstedt på grundlag af EØF-traktatens artikel 69 og artikel 70, stk. 1, som i mellemtiden er afløst af [EUF-traktatens artikel 63 ff.] – bevarer den nomenklatur for kapitalbevægelser, som er indeholdt i direktivets bilag, den vejledende værdi hvad angår definitionen af begrebet kapitalbevægelser, som den havde, før disse bestemmelser trådte i kraft, idet den i nomenklaturen indeholdte liste, som anført i indledningen, ikke er udtømmende«, se sag 222/97 Trummer og Mayer, Saml. 1999 I, s. 1671, præmis 21.

Trummer og Mayer-dommens præmis om direktiv 88/361/EØF's betydning efter Maastrichttraktatens ikrafttræden er gentaget af Domstolen i en række domme, blandt andet sag 452/01, Ospelt og Schlössle Weissenberg, Saml. 2003 I, s. 9785, præmis 7, sag 370/05, Festersen, Saml. 2007 I, s. 1144, præmis 23, og sag C-451/05, ELISA, Saml. 2007 I, s. 8287, præmis 59.

## 4. Fortolkning af EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed i lyset af EU-domstolens praksis

### 4.1 EU-domstolens praksis fra før EØS-aftalens undertegnelse

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.4 følger det af EØS-aftalens artikel 6, at EØS-aftalen skal fortolkes i overensstemmelse med EU-domstolens praksis fra før undertegnelsen af EØS-aftalen, i det omfang EØS-aftalens bestemmelser er indholdsmæssigt identiske med de tilsvarende regler i EØF-traktaten eller retsakter udstedt i medfør af EØF-traktaten.

Det fremgår af afsnit 2.1 ovenfor, at det i EØS-aftalens artikel 40 hedder, at der ikke

»inden for rammerne af denne aftales bestemmelser må ... være restriktioner for kapitalbevægelser ...«.

I den tilsvarende regel i EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, hed det, som det fremgår af afsnit 3.2.1 ovenfor, at

»[i] det omfang, det er nødvendigt for fællesmarkedets tilfredsstillende funktion, afskaffer Medlemsstaterne gradvis i løbet af overgangsperioden indbyrdes restriktioner for kapitalbevægelser ...«.

Det er fremhævet ovenfor i afsnit 3.2.2, at direktiv 88/361/EØF blev vedtaget med henblik på at »gennemføre EØF-traktatens artikel 67«. Det er endvidere anført ovenfor i afsnit 2.1, at EØS-aftalens artikel 40 henviser til direktiv 88/361/EØF. EØF-traktatens artikel 67 og EØS-aftalens artikel 40 må derfor anses for »indholdsmæssigt identiske«, jf. EØS-aftalens artikel 6, selvom de to bestemmelsers ordlyd ikke er identiske.

EU-domstolen fastslog, som nævnt ovenfor i afsnit 3.2.1, i Casati-dommen, at EØF-traktatens artikel 67, stk. 1, ikke havde direkte virkning i national ret. Domstolen begrundede blandt andet dette resultat med, at kapitalbevægelserne har nær sammenhæng med medlemsstaternes økonomiske politik og deres valutapolitik.

Da EU-domstolen har fastslået, at EØF-traktatens regel ikke havde direkte virkning og i øvrigt har fremhævet den nære sammenhæng mellem reglerne om kapitalbevægelser og de økonomiske og valutamæssige politikker, må det antages, at EØS-aftalens artikel 40 i lyset af EU-domstolens praksis fra før EØS-aftalens undertegnelse skal fortolkes således, at den ikke giver en selvstændig ret til at investere i fast ejendom i en EFTA-stat.

#### **4.2 EU-domstolens praksis fra *efter* EØS-aftalens undertegnelse**

Ovenfor i afsnit 2.4 er det nævnt, at det med artikel 3, stk. 2, i Aftale mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol bestemmes, at ved fortolkningen af EØS-aftalen skal der tages »hensyn til de principper«, der er fastlagt i de relevante afgørelser fra EU-domstolen, der er truffet efter tidspunktet for undertegnelsen af EØS-aftalen, og som vedrører fortolkningen af »regler i traktaten om oprettelse af det Europæiske Økonomiske Fællesskab... i det omfang, de indholdsmæssigt er identiske med bestemmelserne i EØS-aftalen...«.

Det er endvidere nævnt ovenfor i afsnit 3.2.2, at EU-domstolen i Bordessa-dommen fastslog, at artikel 1 og 4 i direktiv 88/361/EØF havde direkte virkning i national ret. Det er samme sted fremhævet, at dommen blev afsagt den 23. februar 1995, det vil sige efter EØS-aftalens ikrafttræden.

Det er anført ovenfor i afsnit 2.4, at artikel 3, stk. 2, ikke tager stilling til, hvorledes EFTA-domstolen skal forholde sig til afgørelser fra EU-domstolen, der er truffet efter undertegnelsen af EØS-aftalen, og som fortolker EU-retlig lovgivning, for eksempel direktiv 88/361/EØF, der gennem en henvisning i EØS-aftalen er gjort til en del af aftalen, og som ikke er en regel »i traktaten om oprettelse af det Europæiske Økonomiske Fællesskab«.

En ordlydsfortolkning af artikel 3, stk. 2, og reale hensyn peger i retning af, at EFTA-domstolen ved fortolkningen af EØS-aftalen, herunder direktiv 88/361/EØF ikke er forpligtet til at tage hensyn til »princippet« i EU-domstolens Bordessa-dom. En sådan fortolkning indebærer således, at der i EØS-retten ikke selvstændigt kan støttes ret på direktivets artikel 1 og 4.

Selvom man ser bort fra ordlyden af artikel 3, stk. 2, og anser Bordessadommen for omfattet af bestemmelsen, idet man indfortolker direktiv 88/361/EØF i bestemmelsens udtryk »regler i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab«, er EFTA-domstolen som nævnt alene forpligtet til »at tage hensyn til de principper«, der fremgår af dommen.

De EØS-retlige regler trådte i kraft samtidig med Maastrichttraktatens regler om kapitalens frie bevægelighed. Der er sproglige lighedspunkter mellem EØS-aftalens artikel 40 og EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, men medens EØS-aftalens regel ikke understøttes af særlige regler om en økonomisk og monetær union, er det modsatte tilfældet for EUF-traktatens regel. EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, om kapitalens frie bevægelighed skal læses i nær sammenhæng med samme traktats meget vidtgående regler om den økonomiske og monetære union. Domstolen har fastslået, at efter ikrafttrædelsen af de særlige kapitalregler indført ved Maastrichttraktaten er direktiv 88/361/EØF ophævet, dog således at direktivets nomenklatur for kapitalbevægelser bevarer sin vejledende værdi. Da direktivet ikke længere gælder i EU-retten, men tilsvarende regler nu anses for gennemført ved reglerne i EUF-traktaten, der er nært sammenknyttet med EUF-traktatens regler om den økonomiske og monetære union, og da der ikke findes tilsvarende regler i EØS-aftalen, må det derfor også af denne grund antages, at EU-domstolens Bordessa-dom, der fastslog, at direktiv 88/361/EØF har direkte virkning i EU-retten, ikke kan tillægges den samme betydning i en EØS-retlig sammenhæng.

Den betydning, som EU-domstolens dom i Bordessa-sagen kan tillægges ved fortolkningen af EØS-aftalen, begrænses endvidere af, at det som nævnt ovenfor i afsnit 2.1 fremgår af EØS-aftalens bilag XII, punkt 1, litra d, at Is-

land indtil den 1. januar 1996 kunne anvende den i landet gældende nationale lovgivning vedrørende udlændinges investeringer i fast ejendom.

Et direktiv kan efter EU-domstolens faste praksis først få direkte virkning efter udløbet af fristen for dets gennemførelse i national ret, jf. ovenfor i afsnit 3.2.2. Da direktiv 88/361/EØF's regler om udlændinges investeringer i islandsk fast ejendom først skulle gennemføres den 1. januar 1996, kan den del af EU-domstolens dom i Bordessa-sagen, der blev afsagt den 23. februar 1995, som vedrører spørgsmålet om direktivets direkte virkning i EU-retten ind til den 1. januar 1994, hvor direktivet blev ophævet i EU, ikke tillægges afgørende betydning i en EØS-retlig sammenhæng.

Det må på denne baggrund samlet antages, at EØS-aftalens artikel 40, herunder dens henvisning til direktiv 88/361/EØF, i lyset af EU-domstolens praksis fra *efter* EØS-aftalens undertegnelse skal fortolkes således, at den ikke giver en selvstændig ret til at investere i fast ejendom i en EFTA-stat.

## 5. Sammenfatning af argumentation

Der er i de foregående afsnit flere steder redegjort for domme, der kan udlægges således, at EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed i sig selv giver borgere og selskaber fra en EØS-stat ret til at investere i fast ejendom i en anden EØS-stat. Det er imidlertid vores opfattelse, at der med vægt kan argumenteres for det modsatte resultat, det vil sige, at EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed ikke i sig selv giver ret til at foretage investeringer i fast ejendom. Den ovenfor i afsnittene 2-4 udviklede argumentation kan på denne baggrund sammenfattes i følgende 13 punkter:

1. Besvarelsen af det i opdraget stillede spørgsmål beror i første række på en fortolkning af EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed, herunder særligt artikel 40
2. EØS-aftalens artikel 40 er fortolket af EFTA-domstolen og EU-domstolen, men der foreligger ikke retspraksis, som udtrykkelig tager stilling til, om bestemmelsen indeholder en selvstændig ret for udlændinge til at investere i fast ejendom
3. Ved afgrænsningen af rækkevidden af EØS-aftalens artikel 40 er det af betydning, at bestemmelsen med hjemmel i EØS-aftalens artikel 43 kan fraviges af den enkelte EFTA-stat, samt at EØS-

aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed ikke suppleres af bindende regler om en økonomisk og monetær union

4. Der gælder i EØS-retten et almindeligt princip om ensartet fortolkning af reglerne i EØS-aftalen og EØF-traktaten i det omfang reglerne er indholdsmæssigt identiske. Det fremgår dog både af EØS-aftalen og af EFTA-domstolens praksis, at der er grænser for, hvor langt dette princip kan bære. Det må også være et fast udgangspunkt, at den enkelte EFTA-stat med EØS-aftalen ikke påtog sig forpligtelser, der er mere vidtrækkende end, hvad der fulgte af EØF-traktatens regler på det tidspunkt, hvor EØS-aftalen blev undertegnet
5. Betydningen af EU-domstolens praksis for fortolkningen af EØS-aftalen afgøres i første række af, om den pågældende praksis forelå før eller efter undertegnelsen af EØS-aftalen. EU-domstolens praksis fra *før* undertegnelsen af EØS-aftalen er i henhold til EØS-aftalens artikel 6 bindende for fortolkning af bestemmelser i EØS-aftalen, der er indholdsmæssigt identiske med tilsvarende regler i EØF-traktaten. I henhold til artikel 3, stk. 2, i Aftale mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol skal der alene tages hensyn til principperne i de af EU-domstolens afgørelser, der er truffet *efter* EØS-aftalens undertegnelse.
6. EØS-aftalen anses for Islands vedkommende for undertegnet den 1. januar 1994. Dette tidspunkt er sammenfaldende med ikrafttrædelsestidspunktet for Maastrichttraktatens regler om kapitalens frie bevægelighed
7. Direktiv 88/361/EØF blev vedtaget med henblik på at gennemføre EØF-traktatens artikel 67 og havde til formål at liberalisere kapitalbevægelserne som sådan, det vil sige først og fremmest selve overførelsen af valuta, men også andre økonomiske transaktioner, f. eks. betalinger til udlandet. EU-domstolen fastslog i Bordessa-sagen fra 1995, at direktiv 88/361/EØF har direkte virkning i national ret, men dommens EU-retlige rækkevidde i forbindelse med investeringer i fast ejendom er ikke sikker. Hvis ordlyden af direktivets artikel 1, stk. 1, sammenholdes med direktivets nomenklatur og de dertil knyttede forklarende bemærkninger, må bestemmelsen fortolkes således, at den henviser til privatpersoners køb af fast ejendom i erhvervsmæssigt eller personligt øjemed. Det er nærliggende at fortolke udtrykket erhvervsmæssigt således, at bestem-

melsen forudsætter, at investeringen i fast ejendom sker i forbindelse med en anden erhvervsmæssig aktivitet, det vil sige i forbindelse med brug af for eksempel den frie etableringsret eller reglerne om tjenesteydelsernes frie bevægelighed.

8. Ved Maastrichttraktaten indførtes nye traktatregler i EU om kapitalens frie bevægelighed. Samtidig indførtes nye regler om den økonomiske og monetære union. EU-domstolen har fastslået, at reglen om kapitalens frie bevægelighed i EUF-traktatens artikel 63, stk. 1, har direkte virkning i national ret og omfatter udlændinges investeringer i fast ejendom.
9. EØS-aftalens artikel 40 og EØF-traktatens artikel 67 må anses for indholdsmæssigt identiske, da artikel 40 med sin henvisning til EØS-aftalens bilag XII henviser til direktiv 88/361/EØF, der havde til formål at gennemføre EØF-traktatens artikel 67. Betydningen af EU-domstolens praksis om kapitalens frie bevægelighed for fortolkningen af EØS-aftalens artikel 40 afgøres herefter af EØS-aftalens 6 og artikel 3, stk. 2, i Aftale mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol
10. Før Maastrichttraktaten gjaldt EØF-traktatens artikel 67 om kapitalens frie bevægelighed. EU-domstolen fastslog i Casati-dommen fra 1980, at artikel 67 ikke havde direkte virkning i national ret. Dommen må fortolkes således, at artikel 67 ikke i sig selv sikrede kapitalens frie bevægelighed, men alene havde karakter af en »hjælpfrihed«, der kun gjaldt i sammenhæng med de øvrige friheder. Dommen blev afsagt før undertegnelsen af EØS-aftalen. Det følger herefter af EØS-aftalens artikel 6, at artikel 40 ikke har direkte virkning i national ret og ikke rummer en selvstændig frihed. Det underbygges af, at EØS-aftalens artikel 40 skal fortolkes i sammenhæng med aftalens artikel 43 om den enkelte stats ret til blandt andet at træffe beskyttelsesforanstaltninger på området for kapitalbevægelser
11. EU-domstolens dom i Bordessa-sagen om fortolkningen af direktiv 88/361/EØF blev afsagt efter undertegnelsen af EØS-aftalen. Det følger herefter af artikel 3, stk. 2, i Aftale mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol, at ved fortolkningen af EØS-aftalens artikel 40 skal der alene tages hensyn til principperne i EU-domstolens dom. Rækkevidden af Bordessa-dommen må begrænses af flere grunde. Først og fremmest fordi direktivets regler nu anses for gennemført i EU-retten

ved traktatreglerne om kapitalens frie bevægelighed i EUF-traktaten. Disse regler skal læses i nær sammenhæng med samme traktats meget vidtgående regler om den økonomiske og monetære union. EU-domstolen havde allerede i Casati-dommen fra 1981 fremhævet, at »[k]apitalbevægelserne har ... nær sammenhæng med medlemsstaternes økonomiske politik og deres valutapolitik.« Den liberalisering af kapitalbevægelserne, der fandt sted ved direktiv 88/361/EØF, skete samtidig og i tæt sammenhæng med den første fase i udviklingen af EU's økonomiske og monetære union. Den økonomiske og monetære unions anden fase begyndte den 1. januar 1994 samtidig med ikrafttrædelsen af Maastrichttraktatens nye regler om kapitalens frie bevægelighed. EØS-aftalens artikel 46 om den økonomiske aktivitet og de økonomiske og monetære politikker er ikke-bindende, men blot en politisk programerklæring, ifølge hvilken EFTA-staten skal drøfte makroøkonomiske forhold, politikker og udsigter. Da EØS-aftalen ikke indeholder regler svarende til reglerne om EU's økonomiske og monetære union, må direktiv 88/361/EØF i en EØS-retlig sammenhæng nødvendigvis underkastes en forsigtigere fortolkning og dermed gives en rækkevidde, der er mere begrænset end i EU-retten

12. Før Maastrichttraktaten fulgte det af EØF-traktatens regler, at den frie bevægelighed for kapital kun var en »hjælpefrihed«, der skulle understøtte de andre friheder, og i øvrigt først og fremmest sigtede på kapitalen selv. Direktiv 88/361/EØF's vedtagelse og almindelige gennemførelsesfrist den 1. juli 1990 samt EU-domstolens Bordessa-dom fra den 23. februar 1995 skal ses som en del af en udvikling, der hænger tæt sammen med udviklingen af omfattende EU-retlige regler på det økonomiske og monetære område. Selvom man måtte se bort fra dette grundlæggende forhold, kan det ikke entydigt påvises, at EØF-traktatens artikel 67 og direktiv 88/361/EØF før Maastrichttraktaten gav en selvstændig ret til at investere i fast ejendom. Begge de her nævnte forhold – kapitalreglernes tætte sammenhæng med udviklingen i EU's økonomiske og monetære regler, samt kapitalreglernes begrænsede rækkevidde ifølge EØF-traktaten – understreges af de vidtgående regler og praksis om kapitalens frie bevægelighed, der indførtes ved og fulgte efter Maastrichttraktaten.
13. Hvis den omfattende ændring af reglerne og praksis om kapitalens frie bevægelighed, som fulgte af Maastrichttraktaten, skal udbredes til EØS-aftalens anvendelsesområde, må det forudsætte en formel ændring af aftalen. Overfører man uden forbehold og be-


grænsninger EU-domstolens dom fra 1995 i Bordessa-sagen til EØS-retten og således hævder, at artikel 1 og 4 i direktiv 88/361/EØF har direkte virkning i national ret i EFTA-staterne og omfatter alle former for selvstændige kapitalbevægelser, vil det – med den sammenhæng der er mellem kapitalbevægelserne og den enkelte stats økonomiske politik, som EU-domstolen understreger i Casati-dommen – forudsætte, at EFTA-staten påtager sig langt mere vidtgående forpligtelser end EØS-aftalen hjemler

## 6. Konklusion

Det er sammenfattende vores vurdering, at det i opdraget af 20. november 2012 rejste spørgsmål skal besvares på følgende måde:

EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed skal fortolkes således, at de *ikke* giver en selvstændig ret til at investere i fast ejendom eller i rettigheder over fast ejendom i en EFTA-stat. Det indebærer, at hvis en borger eller et selskab fra en EØS-stat ønsker at investere i fast ejendom i Island alene på grundlag af EØS-aftalens artikel 40 med de af bilag XII omfattede retsakter, kan Island blandt andet gøre investeringen i ejendommen eller i rettigheder over denne betinget af, at de islandske myndigheder meddeler en forudgående tilladelse.

Århus 6. december 2012

  
Jens Hartig Danielsen  
Professor, dr.jur.

  
Stefan Már Stefánsson  
Professor.



## Bilag 1

Der ønskes en redegørelse for EØS-aftalens regler om kapitalens frie bevægelighed og EØS-staters mulighed for at betinge udlændinges investeringer i fast ejendom af forudgående tilladelse.

I den forbindelse ønskes det undersøgt, om investeringer i fast ejendom ifølge EØS-aftalen kun kan ske på grundlag af reglerne om kapitalens frie bevægelighed, hvis dette sker i forbindelse med de andre »friheder« (den frie bevægelighed for arbejdskraft og tjenesteydelser samt den frie etableringsret), eller om reglerne om kapitalens frie bevægelighed i sig selv giver en sådan ret. Som led i undersøgelsen ønskes en redegørelse for, hvorledes retsstillingen var inden for EU før og efter Maastrichttraktatens ikrafttræden.