

Christian Endrestad Storødegård
Knut Masdal

Masteroppgave
ved Handelshøyskolen BI

Skattemessige tilpasningsmuligheter for
boligutviklere ved bruk av borettslagsmodellen

Er det nødvendig med en revisjon av gjeldende rett?

GRA 19003 – Master Thesis

Master of Science in Business
Major in Business Law, Tax and Accounting

Innleveringsdato:
1.9.2016

Stuedsted:
Handelshøyskolen BI Oslo

Veileder:
Sanaz Ormaz Ferdowsi

«Denne oppgaven er en del av MSc-programmet ved Handelshøyskolen BI. Handelshøyskolen påtar seg ikke ansvar for metodene benyttet, resultater oppnådd eller konklusjoner som er trukket.»

Innholdsfortegnelse

FORORD	IV
SAMMENDRAG.....	V
1. INNLEDNING	1
1.1. BAKGRUNN OG MOTIVASJON	1
1.2. AVGRENSNING	2
1.3. PROBLEMSTILLING.....	4
1.4. METODE	4
1.5. TERMINOLOGI.....	5
1.5.1. Skattefri fusjon/fisjon	5
1.5.2. Borettslagsmodellen.....	6
1.5.3. Omgåelse eller gjennomskjæring	6
2. BORETTSLAGSMODELLEN	7
2.1. TRINN 1: STIFTELSE AV BORETTSLAG (LILLA)	8
2.2. TRINN 2. UTFISJONERING AV BOLIGTOMT I EGET SELSKAP (GRØNN)	8
2.3. TRINN 3. SALG AV BOLIGTOMT AS TIL BRL (ORANSJE)	8
2.4. TRINN 4. FUSJON MELLOM BOLIGTOMT AS OG BRL	9
2.5. TRINN 5. OVERGANG FRA SELSKAPSLIGNING AV BRL TIL DELTAKERLIGNING AV ANDELSHAVERNE ETTER SKATTELOVEN § 7-3	9
2.6. KOMMENTAR.....	9
3. BORETTSLAG	10
3.1. INNLEDENDE DEFINISJONER	10
3.2. STIFTELSE OG ØKONOMI	11
3.3. LOVENDRINGER	12
3.3.1. Lov om endringer i burettslagslova av 2008.....	12
3.3.2. Lov om endringer i burettslagslova av 2010.....	13
4. GENERELT OM OMORGANISERINGER.....	16
4.1. FUSJON	17
4.2. FISJON	18
4.3. SKATTEMESSIG KONTINUITET	19
4.3.1. Kontinuitet i skatteposisjoner på/til selskapsnivå	20
4.3.2. Kontinuitet i skatteposisjoner på eiernivå.....	20
4.3.3. Kontinuitet i eierposisjon (eierkontinuitet)	20
5. FISJON MED ETTERFØLGENDE AKSJESALG	21
5.1. INNLEDENDE BESTEMMELSER.....	22

5.1.1.	<i>Fritaksmetoden</i>	23
5.2.	PERSPEKTIVER PÅ KJØP AV AKSJER.....	25
5.2.1.	<i>Kjøpers perspektiv ved kjøp av aksjer</i>	25
5.2.2.	<i>Selgers perspektiv ved salg av aksjer</i>	26
5.3.	BEGRENSNINGER I TILPASNINGSMULIGHETENE VED OMORGANISERING	26
5.4.	SKATTELOVEN § 14-90 «SPESIELL OMGÅELSESEKSEL».....	28
5.5.	ULOVFESTET OMGÅELSESNORM	30
5.5.1.	<i>Rt. 2014 s. 227 (Tangen 7) - Drøftelse av vilkårene for å kunne anvende omgåelsesnormen</i>	30
6.	FUSJON MED PÅFØLGENDE OVERGANG FRA SELSKAPSLIGNING TIL LIGNING AV ANDELSEIERNE	40
6.1.	INNLEDENDE BESTEMMELSER.....	40
6.1.1.	<i>Gjeldende praksis</i>	41
6.2.	ER BORETTSLAG LIKESTILT MED AKSJESELSKAP?	42
6.2.1.	<i>Skatteloven § 7-3</i>	43
6.2.2.	<i>Konklusjon</i>	49
6.3.	DOKUMENTAVGIFTEN SOM INNTRER VED FUSJONEN	49
6.4.	OVERGANG FRA SELSKAPSLIGNING TIL DELTAKERLIGNING.....	50
7.	NUMERISK FRAMSTILLING AV SKATTEEFFEKTEN FOR BOLIGUTV	52
7.1.	MARKEDSFAKTORER VED VALG AV BOLIGFORM	53
7.2.	LEGG INN PROSJEKTGEVINST I TOMTESELSKAPET – HVOR LANGT KAN STRIKKEN TØYES?	55
8.	ER DET NØDVENDIG MED EN REVISJON AV GJELDENE RETT?	56
8.1.	FUSJONSREGEL FOR BORETTSLAG OG DATTERAKSJESELSKAP TILSVARENDE SOM FOR BOLIGBYGGELAG?	58
8.2.	LOVFESTING AV OMGÅELSESNORMEN?	60
8.2.1.	<i>Lovfesting av omgåelsesnormen i et historisk perspektiv</i>	61
8.2.2.	<i>Lovfestet omgåelsesnorm i et internasjonalt perspektiv</i>	62
8.2.3.	<i>Scheel-utvalget</i>	64
8.2.4.	<i>Arbeidet med å lovfeste omgåelsesnormen</i>	64
8.2.5.	<i>Terskel for anvendelse</i>	72
8.2.6.	<i>Lovforslaget – Egne vurderinger</i>	73
8.2.7.	<i>Effekten av et eventuelt lovvedtak på dagens bruk av borettslagsmodellen</i>	78
9.	AVSLUTNING	80
10.	REFERANSELISTE	81
	VEDLEGG 1: INTERVJU SKATTEDIREKTORATET	86
	VEDLEGG 2: INTERVJU BOLIGBYGGELAG	96

VEDLEGG 3: INTERVJU BOLIGUTVIKLER (AS).....	99
VEDLEGG 4: INTERVJU EY	106
VEDLEGG 5: PRELIMINARY MASTER THESIS	113

Forord

Denne oppgaven er skrevet som en avsluttende del av vårt masterstudium ved Handelshøyskolen BI Oslo. Arbeidet med oppgaven startet i januar 2016, og ble avsluttet medio august 2016.

Arbeidet har vært både utfordrende og engasjerende. Særlig innenfor de prosesser der den ulovfestede omgåelsesnormen kan komme til anvendelse har arbeidet til tider syntes nærmest endeløst. Nye problemstillinger har til stadighet dukket opp jo dypere vi har dykket inn i temaet. Det har da også vært særlig interessant å følge arbeidet med lovfesting av omgåelsesnormen, som har foregått parallelt med skriveprosessen. Selv om vårt arbeid med oppgaven stopper her, vil vi følge den videre utviklingen i denne prosessen tett.

Til slutt vil vi rette en stor takk til vår veileder Sanaz Ormaz Ferdowsi for godt samarbeid og gode innspill underveis i oppgaveskrivingen.

Oslo, august 2016

Knut Masdal

Christian Endrestad Storødegård

Sammendrag

Oppgaven omhandler skattemessige tilpasningsmuligheter for boligutviklere ved bruk av borettslagsmodellen. Som følge av enkelte lovendringer de senere årene blir borettslagsandeler igjen sett på som en attraktiv eierform. Kombinert med betydelige skattefordeler som boligutviklerne potensielt kan oppnå ved å benytte seg av den stadig mer aktuelle borettslagsmodellen, medfører dette at borettslag også har fått økende attraktivitet på utviklersiden.

Etter at fritaksmetoden ble innført i 2004, åpnet det seg en mulighet for boligutviklere til å oppnå «skattefri» omorganisering av fast eiendom ved å benytte seg av borettslagsmodellen. Man gjennomfører både en fisjon, et aksjesalg etter fritaksmetoden og en fusjon for å oppnå skattefordelen. Det konkluderes i denne oppgaven med at det etter Rt. 2014 s. 227 (Tangen 7) ikke levnes noen tvil om at transaksjonsrekken fisjon med etterfølgende aksjesalg kan gjennomføres skattefritt med dagens rettsbilde. Når det gjelder «skattefri» fusjon mellom et borettslag og et heleid datteraksjeselskap, konkluderes det med at dette blir akseptert i de tilfeller der borettslaget anses *likestilt* med et AS på fusjonstidspunktet. Oppgavens kapittel 5 og 6 gjennomgår det gjeldende rettsbildet for disse prosessene, og gir en uttømmende fremstilling av de forutsetninger og betingelser som må være oppfylt for at boligutviklere skal kunne oppnå skattefordelen.

Skattefordelen som oppnås ved å benytte seg av borettslagsmodellen knytter seg først og fremst til at man unngår umiddelbar beskatning av verdistigningen på en tomt. Dette medfører at modellen egner seg for prosjekter der denne verdistigningen er tilstrekkelig høy. Det oppstår nemlig betydelige merkostnader når man velger å benytte seg av borettslagsmodellen, særlig som følge av kostnadene ved innhenting av nødvendig rådgivning eksternt. En tilstrekkelig høy verdistigning er typisk kjennetegnet på prosjekter der en tomt med lav historisk kostpris inngår. Kapittel 7 tar for seg en numerisk framstilling av dette.

«Skattefri» omorganisering av fast eiendom er et svært omstridt tema, som til tider har vært heftig debattert. Rettsbildet på området har også vært gjennom en viss utvikling. Dette gjelder særlig den ulovfestede omgåelsesnormen, som kan komme til anvendelse på deler av transaksjonsrekken som inngår. I oppgavens

kapittel 8 gjør vi en vurdering av hvorvidt dagens rettsregler er tilstrekkelig for å skape stabilitet og forutsigbarhet for aktørene, i tråd med skattelovgivningens formål og intensjon. Det konkluderes her med at nettopp den ulovfestede omgåelsesnormen anses som uklar for de involverte aktørene, og at tiden er inne for en endring av denne. Etter mandat fra Finansdepartementet har professor em. Fredrik Zimmer våren 2016 lagt frem sitt forslag til lovfesting av omgåelsesnormen. Oppgavens avsluttende del vurderer innholdet i lovforslaget som synes å være av særlig betydning for dagens bruk av borettslagsmodellen.

Vi gir vår støtte til at lovfesting av omgåelsesnormen er hensiktsmessig, men stiller samtidig enkelte spørsmålstegn ved lovforslagets utforming på enkelte punkt. Særlig er vi kritiske til at lovforslaget relativt sett retter et større fokus på den omgatte regelen, istedenfor den påberopte regelen i formålsstridsspørsmålet. Vi mener dette potensielt kan ha stor betydning for omgåelsesspørsmålet ved omorganisering av fast eiendom gjennom fisjon med etterfølgende aksjesalg. Dermed vil også et lovvedtak potensielt kunne endre tilpasningsmulighetene som foreligger for boligutviklere gjennom bruk av borettslagsmodellen. Å forutse virkningene av et slikt lovforslag er imidlertid en svært vanskelig øvelse frem til man ser følgene av et eventuelt lovvedtak.

1. Innledning

1.1. Bakgrunn og motivasjon

Borettslagsandeler har de senere årene igjen blitt ansett som en attraktiv eierform, etter det som kan sies å ha vært en noe annen oppfatning midt på 2000-tallet. Mange kreative boligutviklere misbrukte i disse årene sin posisjon, og etablerte svært høy gjeldsgrad i borettslagene uten sikkerhetsnett, noe som førte til miskreditt i markedet i flere år.¹ Gjennom de senere årene har vi imidlertid sett flere lovreguleringer som bidrar til å sikre borettslagenes økonomi. Markedet for borettslagsandeler solgt fra seriøse aktører er, på bakgrunn av dette, igjen i vinden som følge av fordelene ved denne eierformen.

Ved å bruke den såkalte borettslagsmodellen kan boligutviklere potensielt oppnå betydelige skattefordeler på sine prosjekter. Dette som følge av at de unngår umiddelbar realisasjon av tomtegevinst, noe som medfører at en større del av prosjektgevinsten oppnås som skattefri aksjegevinst. Dermed anses borettslag attraktivt også på utviklersiden. De nevnte skattefordelene oppnås imidlertid kun dersom utvikling og endelig salg av andeler skjer over en viss tidsperiode og på en bestemt selskaps- og skatterettslig måte. Det er nettopp de prosessene som har skatterettslig betydning vi vil se nærmere på. Vi ønsker å belyse hvilke muligheter for tilpasning og hvilke begrensninger som ligger i lovverket, samt i fremvoksende rettspraksis. Det er også viktig å presisere at boligutviklerne pådrar seg betydelige merkostnader når de benytter seg av borettslagsmodellen. Dette er særlig fordi prosessene som inngår er såpass kompliserte at de krever ekstern rådgivningshjelp. Borettslagsmodellen egner seg derfor kun på prosjekter der skattefordelen overstiger merkostnadene som oppstår. Oppgavens kapittel 8 belyser dette nærmere gjennom en numerisk framstilling.

«Skattefri» omorganisering av fast eiendom er et svært dagsaktuelt tema, som også er i kontinuerlig utvikling. Innføringen av fritaksmetoden i 2004 har vært av særlig betydning for hvordan selskaper velger å innrette seg ved denne type omorganiseringer. Sett i sammenheng med prisutviklingen i eiendomsmarkedet, er det liten tvil om innføringen har ført til at overdragelser av fast eiendom normalt

¹ Frostad (2010)

² Banoun (2003) s. 16

³ Banoun (2003)

⁴ Banoun (2003) s. 281

⁵ *ibid.* s. 276

⁶ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 70

⁷ Zimmer (2014) s. 627

ønskes gjennomført ved fisjon av eiendommen, med etterfølgende salg av aksjene i selskapet. På denne måten hindrer man at den latente skatten som følge av verdistigningen til eiendommen kommer til umiddelbar beskatning, og at den potensielt kan utsettes i all uoverskuelig fremtid. Etter innføringen av fritaksmetoden har næringslivets innrettelse på denne måten vært et aktuelt og til dels svært hett tema som til stadighet har ført til omfattende diskusjoner, særlig vedrørende skattelovens formål og intensjon.

En høyesterettsdom fra nyere tid, som omhandler slik overdragelse av fast eiendom og som har bidratt til å fyre ytterligere opp under denne debatten, er Rt. 2014 s. 227 (heretter Tangen 7). I dommen tas noen til dels overraskende standpunkt som har blitt heftig debattert i etterkant.

Ekstra dagsaktuelt har temaet også blitt som følge av at det per dags dato foregår en prosess som tar sikte på å få lovfestet dagens ulovfestede omgåelsesnorm, noe som potensielt kan få betydning for overdragelser av fast eiendom som vist over. Professor em. Fredrik Zimmer har stått for utarbeidelsen av dette lovforslaget, etter mandat fra Finansdepartementet. Det er ekstra motiverende å fordype seg i borettslagsmodellen ettersom deler av transaksjonsrekken er et såpass hett tema i dagens skattedebatt.

Borettslagsmodellen kan langt ifra regnes for å være allmenn kjent. Det synes også å være et tomrom når det gjelder dekning av modellen i eksisterende litteratur, sett i lys av at den igjen er i vinden og brukes aktivt av sentrale aktører i næringslivet. Gjennom vår oppgave ønsker vi dermed å bidra til å rette større fokus mot temaet.

1.2. Avgrensning

En viktig forutsetning for å kunne gjennomføre prosessene som inngår i borettslagsmodellen, er at de skjer i henhold til de gjeldende selskaps- og regnskapsrettslige reglene. Vår oppgave omhandler imidlertid kun skattetilpasningen ved slike omorganiseringer. Det avgrenses dermed mot de selskaps- og regnskapsrettslige reglene som til enhver tid vil gjelde. Det vil således være en forutsetning for våre skattemessige drøftelser gjennom oppgaven at disse reglene er fulgt.

Det avgrenses også mot *skatteunndragelse*, herunder *proforma*. Ved skatteunndragelser gir skattyter feilaktige eller ufullstendige opplysninger til ligningsmyndighetene, i den hensikt å unndra skatt. Proforma er tilfeller der det foreligger et bevisst avvik mellom det som utad presenteres å være avtalt, og det som gjelder inter partes. Denne oppgaven omhandler imidlertid skattetilpasning, og det er derfor heller snakk om potensiell *omgåelse*. Dette skiller seg fra proforma, da problemstillingen forutsetter at transaksjonene som partene viser utad, er de samme som gjelder inter partes. Ved omgåelse oppfyller forholdet formelt kravene til en skattefordel, og omgåelsesspørsmålet vil bero på rettsanvendelsesspørsmål.²

Oppgaven gir en framstilling av hvilke skattemessige tilpasningsmuligheter som foreligger for boligutviklere i det gjeldende rettsbildet. Høyesterett må anses for å ha spilt en særlig aktiv rolle når det gjelder utviklingen av den ulovfestede omgåelsesnormen, som kan komme til anvendelse ved overdragelser av fast eiendom gjennom fisjon med etterfølgende aksjesalg. Høyesterettspraksis fra nyere tid vil derfor bli vektlagt i stor grad. Det avgrenses imidlertid mot en historisk framstilling av Høyesteretts utvikling av den ulovfestede omgåelsesnormen. For en slik framstilling henviser vi til Banoun (2003) der dette blir gjort på en utmerket måte.³

Det avgrenses også mot tilfeller hvor den aktuelle tomten som skal overdras benyttes til næring. I teorien kan man tenke seg at den kan bestå både av en boligdel og en næringsdel, og at en oppdeling av tomten således er nødvendig for bruk av borettslagsmodellen som beskrevet gjennom oppgaven. Som følge av denne oppgavens formål er det imidlertid hensiktsmessig å legge til grunn at tomten kun benyttes til boliger.

² Banoun (2003) s. 16

³ Banoun (2003)

1.3. Problemstilling

Vi ønsker å belyse de skattemessige tilpasningsmulighetene som foreligger for boligutviklere ved omorganiseringer av fast eiendom, med et spesielt fokus på bruk av borettslagsmodellen. Hypotesen vår er at gjeldende rett ikke sikrer ønsket stabilitet og forutsigbarhet for aktørene. På bakgrunn av dette vil vi vurdere om en revisjon av gjeldende rett er nødvendig. Fokuset vårt vil dermed være på følgende tre områder:

1. Gjeldende rettsregler ved omorganisering av fast eiendom gjennom fisjon med etterfølgende aksjesalg.
2. Gjeldende rettsregler ved fusjon mellom et borettslag og et aksjeselskap, samt overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne i borettslaget.
3. Hvorvidt en revisjon av gjeldende rett er nødvendig for å skape forutsigbarhet og stabilitet for de involverte aktørene. Herunder særlig om lovfesting av omgåelsesnormen er hensiktsmessig for å sikre slik forutberegnelighet for aktørene.

1.4. Metode

Oppgaven vil i hovedsak bli belyst basert på juridisk metode. Den vil også suppleres med informasjon fra fagpersoner i form av dybdeintervjuer.

Som ellers i norsk rett, vil lovgivningen være en sentral rettskilde. I denne oppgaven vil lov av 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (heretter skatteloven), med tilhørende forskriftsbestemmelser, ha størst betydning. Særlig vil skattelovens regler vedrørende omorganiseringer og fritaksmetoden være sentrale. I tillegg vil lov av 6.juni 2003 nr.39 om burettslag (heretter borettslagsloven) være av betydning.

Utover de formelle lovene, vil forarbeider være av særlig betydning for å forstå lovgivningens formål og intensjon. I hovedsak vil dette være Ot.prp. nr. 1 (2004-05) *Skatte- og avgiftsopplegget*, der bl.a. formålet med fritaksmetoden blir drøftet, samt Ot.prp. nr. 71 (1995-96) *Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper*. I omgåelsessaker er lovtteksten sjelden tilstrekkelig for å avgjøre

gjennomskjæringsspørsmålet, og opplysninger om lovens formål, som ofte finnes i forarbeidene, er da av særlig interesse.⁴

På området der omgåelsesnormen drøftes, vil høyesterettspraksis være den sentrale rettskilde, da innholdet i normen er skapt gjennom denne praksis. I norsk rett har høyesterettsdommer en helt sentral vekt som rettskilde i rettslige problemstillinger.⁵ Gjems-Onstad sier bl.a. om høyesterettsdommer at de er en *særlig tung rettskildefaktor*.⁶ Den seneste omgåelsessaken som ble tatt opp i Høyesterett, Tangen 7, vil være av særlig betydning da denne er veiledende for dagens praksis på området.

Ligningsmyndighetenes praksis og deres bindende forhåndsuttalelser (BFUer) vil også være av interesse for å besvare oppgavens problemstilling, da denne ligger innenfor skatterettens område. BFUer vil være av særlig interesse, da dagens lovverk tilsier at det alltid vil være hensiktsmessig å be om slike for prosjekter der borettslagsmodellen ønskes brukt. Dette er for å sikre forutsigbarheten for prosjektet, samt å unngå større problemer ved senere ligningsbehandling. BFUer som tar opp prinsipielle spørsmål, og som dermed har vært av særlig betydning i denne oppgaven er BFU 73/05, BFU 34/07, BFU 38/08 og BFU 17/13.

Juridisk litteratur vil i hovedsak bli brukt som en supplerende informasjonskilde fra kompetente juridiske fagpersoner. Det vil være med på å klargjøre rettskildebildet, samt bidra til innsikt om hvordan lovgivningen skal forstås.

1.5. Terminologi

1.5.1. Skattefri fusjon/fisjon

Uttrykket «skattefri» fusjon og fisjon kan misforstås og trenger en nærmere presisering. Uttrykket betegner at fusjonen eller fisjonen i seg selv ikke utløser beskatning. En latent skatteplikt på eier- og selskapsnivå vil imidlertid ikke bortfalle, og prinsippet om skattemessig kontinuitet vil innebære at skatteplikten overføres til det overtakende selskap.⁷ Det er således snakk om utsatt beskatning,

⁴ Banoun (2003) s. 281

⁵ *ibid.* s. 276

⁶ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 70

⁷ Zimmer (2014) s. 627

også omtalt som fritak fra umiddelbar beskatning. Begrepene «skattefri fusjon» og «skattefri fisjon» brukes om dette konseptet i loven, og vil derfor bli brukt tilsvarende i denne oppgaven. Nærmere beskrivelse av skattemessig kontinuitet følger i kapittel 4.3.

1.5.2. Borettslagsmodellen

Borettslagsmodellen er referert til på alternative måter i gjeldende litteratur. Gjennom vår oppgave vil modellen være definert av prosessene som gjennomgås i kapittel 2. Dette omfatter stiftelse og oppkapitalisering av borettslag, fisjon av tomt i eget aksjeselskap, etterfølgende aksjesalg av samtlige aksjer i det utfisjonerte selskapet til borettslaget, fusjon mellom borettslaget og det heleide datteraksjeselskapet og en overgang fra selskapsligning av borettslaget til deltakerligning av dets andelshavere.

1.5.3. Omgåelse eller gjennomskjæring

Omgåelsesnormen i norsk rett vil være av særlig betydning i denne oppgaven. Gjennomskjæring og omgåelse er to begreper som i stor grad brukes om hverandre både i teori og i praksis fra Høyesterett. Både Gjems-Onstad og Zimmer har imidlertid kritisert bruken av gjennomskjæring. Gjems-Onstad påpeker at betegnelsen gjennomskjæring kan *rekke videre enn omgåelse*.⁸ Zimmer støtter dette, og viser til at Høyesterett bruker denne betegnelsen temmelig ukritisk,⁹ til f. eks. også å gjelde anvendelse av internprisingsbestemmelsen i sktl. § 13-1, der vilkårene er andre og dessuten allerede lovfestet. Han kritiserer også betegnelsen for å gi klare assosiasjoner til gjennomskjæring av selskapsform, noe det sjelden er tale om ved anvendelse av omgåelsesnormen.¹⁰

Vi anser argumentene til Gjems-Onstad og Zimmer for å bruke betegnelsen omgåelse som gode, men mener at det er av mer teoretisk betydning. I tråd med deres vurderinger, samt likheten til den engelske betegnelsen på konseptet, «tax avoidance», vil vi likevel bruke betegnelsen omgåelse så langt det lar seg gjøre i denne oppgaven.

⁸ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1054

⁹ Se f. eks. Rt. 2006 s. 1573 (Dillerud): «Eg går då over til å sjå på sjølve gjennomskjæringa. Etter § 13-1 første ledd er det tre vilkår som må vere oppfylte ...» (avsnitt 43)

¹⁰ NOU 2016:5 s. 74

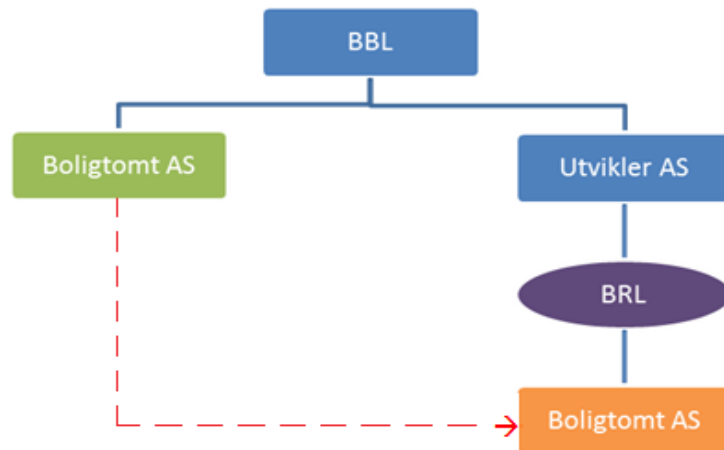
2. Borettslagsmodellen

Hensikten med å bruke borettslagsmodellen for boligutviklerne er å unngå umiddelbar gevinstbeskatning på tomt til boliger. Dette oppnås som følge av at selskapene ikke realiserer tomtegevinsten ved gjennomføring av salg av boligene til beboerne. Prosessene som må gjennomføres for å oppnå dette må imidlertid skje over en viss tidsperiode og på en bestemt selskaps- og skatterettslig måte. Disse prosessene kan beskrives gjennom fem ulike trinn. Vi vil i dette kapitlet gi en kort innføring i disse fem trinnene for å danne et grunnlag for dypere diskusjon av prosessene senere i oppgaven. Innføringen gjøres gjennom et fiktivt eksempel, der selskapsstrukturen i utgangspunktet er følgende:

Et Boligbyggelag (heretter BBL)¹¹ er morselskapet og eier 100 % av et boligutviklingsselskap. Dette datterselskapet er organisert som et aksjeselskap (heretter Utvikler AS). Et borettslag (heretter BRL) skal så stiftes og en boligtomt skal fisjoneres ut fra Utvikler AS som et eget aksjeselskap (heretter Boligtomt AS).

I praksis kan selskapsstrukturen være langt mer komplisert enn dette, uten at det vil ha noen betydning for prosessene som følger for å oppnå skattefordelene. Det er derfor hensiktsmessig å holde selskapsstrukturen enklest mulig for å kunne gi en oversiktlig gjennomgang av modellen og prosessene.

¹¹ Vi bruker et boligbyggelag som morselskap. Dette kunne imidlertid like gjerne vært et AS, for eksempel representert ved en privat eiendomsutvikler som oppfører borettslagsleiligheter



Figur 1: Borettslagsmodellen

2.1. Trinn 1: Stiftelse av borettslag (Lilla)

Utvikler AS kontorstifter BRL i tråd med kravene i oppgavens kapittel 3 og kapitaliserer det opp. For skattemessig behandling av prosessene som følger, forutsettes det at dette er gjort i henhold til selskapsrettslig lovgivning.

2.2. Trinn 2. Utfisjonering av boligtomt i eget selskap (Grønn)

Boligtomten fisjoneres ut fra Utvikler AS i et eget aksjeselskap, og blir til Boligtomt AS. Formålet med fisjonen vil være et etterfølgende salg av Boligtomt AS til det stiftede borettslaget. Utvikler ønsker at denne fisjonen skal gjennomføres skattefritt etter reglene om omorganiseringer i skattelovens kapittel 11. Diskusjonen rundt denne problemstillingen gjennomgås i kapittel 5.

2.3. Trinn 3. Salg av Boligtomt AS til BRL (Oransje)

Etterfulgt fisjonen av Boligtomt AS, vil aksjene i selskapet selges i sin helhet til BRL for virkelig verdi. Man får på denne måten oppskrevet tomteverdien når aksjene overdras til BRL. Dermed vil det også være denne kostprisen på aksjene som senere vil reflekteres i kostprisen på borettslagsandelene når de selges ut. Dette aksjesalget vil omfattes av fritaksmetoden etter sktl. § 2-38, og utløser således ingen beskatning. Kapittel 5 redegjør nærmere for denne transaksjonen.

2.4. Trinn 4. Fusjon mellom Boligtomt AS og BRL

Boligtomt AS vil nå være et datterselskap som er 100 % eid av BRL, og vil i denne fasen ønskes fusjonert inn i BRL skattefritt. Dette må enten skje etter reglene om omorganisering i skattelovens kapittel 11 eller på grunnlag av ulovfestet rett. Gjeldende rettsregler og rettspraksis ved denne fusjonen vil bli grundig gjennomgått i kapittel 6.

2.5. Trinn 5. Overgang fra selskapsligning av BRL til deltakerligning av andelshaverne etter skatteloven § 7-3

I det siste steget av modellen ønsker Utvikler AS en overgang fra selskapsligning av BRL til deltakerligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3 uten at det utløser beskatning verken for BRL eller dets andelshavere. Dette vil bli nærmere gjennomgått i kapittel 6.

2.6. Kommentar

Kombinasjonen av transaksjonene i trinn 2 og 3 er normalt sett næringsdrivendes foretrukne transaksjonsrekke ved omorganisering av fast eiendom etter innføringen av fritaksmetoden i 2004. Dette følger av at markedsverdien til en eiendom normalt sett overstiger den skattemessige verdien, og man får således adgang til skattefri gevinst. Gjennomgangen av denne transaksjonsrekken vil derfor ha en mer universell anvendelse for omorganisering av fast eiendom, også utover borettslagsmodellen.

Dette kapittelet gir en kort innføring i de ulike prosessene som må gjennomgås for å oppnå nevnte skattefordeler, og danner grunnlaget for den videre oppgaven. Særlig vekt vil tillegges områder der gjeldende lov ikke er tilstrekkelig for å avgjøre rettsspørsmålet slik at ulovfestet rett kommer til anvendelse. I det følgende vil vi fastsette rammeverkene for de nevnte prosessene, før vi går mer i dybden på hvert enkelt trinn, og de skatterettslige problemstillinger som reiser seg. En innføring i borettslagsformen, samt de aktuelle omorganiseringsformene fusjon og fisjon er derfor hensiktsmessig.

3. Borettslag

3.1. Innledende definisjoner

Et borettslag er definert som et samvirkeforetak som har til formål å gi andelseierne (medlemmene) bruksrett – borettsrett – til bolig i lagets eiendom. Borettslaget kan også drive annen virksomhet som henger sammen med borettsretten.¹² Borettslag blir altså omtalt som et samvirkeforetak i loven. Likevel faller det utenfor loven om samvirkeforetak,¹³ og omfattes isteden av særloven av 6. juni 2003 nr. 39 om borettslag (borettslagsloven). Det skiller seg også fra de fleste andre samvirkeforetak på en annen måte, nemlig ved at tallet på andelseiere normalt er konstant.

Et borettslag kan være *tilknyttet* et boligbyggelag. Der dette er tilfellet, har andelseierne en vedtektsfestet plikt til også å være andelseiere i boligbyggelaget. Normalt består grunnlaget for dette tilknytningsforholdet i at boligbyggelaget har stiftet borettslaget og stått for byggingen av boligene. Det finnes få særregler for tilknyttede borettslag som følger direkte av loven, men i praksis vil det ofte være en rekke vedtektsbestemmelser som gir de tilknyttede borettslagene en særstilling. En slik særstilling kan f. eks. være at andelseiere i boligbyggelaget har forkjøpsrett ved overføring av andeler i tilknyttede borettslag. Borettslag som ikke er tilknyttet et boligbyggelag kalles gjerne *frittstående*, selv om dette ikke er definert direkte i loven.

Borettslag representerer en form for indirekte eie av boliger. Det er en sammenslutning som formelt sett eier boligene, mens det er deltakerne av denne sammenslutningen som eier *bruksretten* til den enkelte bolig. Det er også på denne måten borettslag først og fremst skiller seg fra den mer utbredte eierformen seksjonssameie. En slik eierform omtales som direkte eie der deltakerne formelt sett eier eiendommen.

Tallet på andelseierne er normalt konstant. Det tilsier at borettslaget ikke har deltakere uten bruksrett til bolig, og normalt sett er det heller ikke flere boliger enn det er deltakere. Utgangspunktet er at andelseierne fritt kan avhende deltakerretten, og dermed også bruksretten til boligen.

¹² Jf. brl. § 1-1

¹³ Jf. samvrkl. § 1 fjerde ledd, fjerde pkt.

Et borettslag er et selskap med begrenset ansvar. Det innebærer at andelseierne ikke hefter overfor borettslagets kreditorer. Økonomisk sett omtales borettslaget også som *lukket*. Det innebærer at deltakerne må dekke alle kostnader forbundet til boligene, men heller ikke mer. Borettslagets løpende driftskostnader dekkes av andelseierne gjennom de månedlige felleskostnadene. Andelseierne betjener og nedbetaler også felleslånet til borettslaget indirekte, gjennom de samme felleskostnadene. Dette innebærer også at dersom en av andelseierne ikke klarer å betjene sin del av felleskostnadene, vil de andre bli nødt til å dekke disse utgiftene. Alle midler holdes således inne i borettslaget, uten at utenforstående hverken kan skyte inn penger eller ta ut gevinster.

3.2. Stiftelse og økonomi

Et borettslag kan stiftes av deltakerne selv, eller av en utbygger som eier 100 % av andelene i byggeperioden. Når utbygger eier alle andelene skal boligoppføringsloven eller avhendingsloven gjelde når utbyggeren selger andeler (boliger) i laget.¹⁴

Borettslagsloven har minstekrav til hva et stiftelsesdokument skal inneholde, og hvilke vedlegg som skal følge stiftelsesdokumentet.¹⁵

Når borettslag etableres finnes det prinsipielt sett tre finansieringskilder:

Andelskapital, innskudd fra andelseierne og/eller annen lånekapital.

Borettslaget må ha minst to andeler, de må være like store, og lyde på mellom 5 000 og 20 000 kr.¹⁶ Andelskapitalen må være innbetalt og laget registrert innen tre måneder etter stiftelsen.¹⁷ Hovedregelen er at det skal være like mange andeler som det er boliger i laget, men denne regelen kan fravikes slik at laget kan eie boliger for utleie etter vanlige vilkår.¹⁸ Andelskapitalen blir ikke pantelikret og utgjør borettslagets formelle egenkapital.

¹⁴ Jf. brl. § 2-13 første ledd

¹⁵ Jf. brl. § 2-3

¹⁶ Jf. brl. § 3-1

¹⁷ Jf. brl. § 2-9 første ledd

¹⁸ Lilleholt, Wyller & Aagenæs (2006) s. 330

3.3. Lovendringer

De senere årene er det gjort enkelte lovendringer for å presisere og klargjøre formålet med loven. Særlig viktige endringer som har fått konsekvenser for boligutviklere ble gjort i 2008 og 2010. Gjennom disse lovendringene ble mye av det negative fokuset rundt borettslagsboliger, som hadde preget markedet i årene før, forsøkt rettet opp. Mange har etter lovendringene igjen fått øynene opp for fordelene ved borettslag, og markedet for borettslagsandeler solgt fra seriøse aktører er på bakgrunn av dette i vinden igjen. Boligutvikleren vi har intervjuet bekrefter dette inntrykket. De uttaler at forholdet mellom antall borettslags- og selveierleiligheter de oppfører er tilbake på nivået man så før dippen midt på 2000-tallet, da det var mye negativt støy rundt borettslagsformen.¹⁹

I det følgende vil de viktigste lovendringene som hadde til hensikt å rette opp mye av det negative fokuset som borettslagsformen fikk midt på 2000-tallet, bli gjennomgått.

3.3.1. Lov om endringer i borettslagslova av 2008

I borettslagslova 2003 § 1-4 fremgår det at et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap ikke kan stiftes med samme formål som et borettslag. Stiftelse av nye boligaksjeselskap var med bakgrunn i dette forbudt.

Bakgrunnen for at man ønsket nye aksjeleiligheter forbudt i forslaget til borettslagsloven av 2003, var at borettslagsformen ble velregulert gjennom den nye spesialloven, mens boligaksjeselskapsformen hadde en dårligere rettslig forankring. På grunnlag av denne rettslige forankringen fant man det dermed ønskelig at flest mulig lovlig etablerte boligaksjeselskap ble omdannet til borettslag, selv om eierformen var svært lik.

I lov om endringer av borettslagsloven av 2008, fant imidlertid kommunal- og moderniseringsdepartementet det hensiktsmessig å tilføre et annet punktum til denne paragrafen for å presisere loven ytterligere. Det fremgår i proposisjonen til Stortinget at departementet tolket forbudet mot å stifte nye boligaksjeselskap til også å omfatte formålsendringer og endringer i eiersammensetning av etablerte

¹⁹ Se vedlegg 3: Intervju Boligutvikler

aksjeselskap som medførte at selskapet ble omdannet til et boligaksjeselskap. Slike omdannelser forekom imidlertid regelmessig etter at borettslagsloven ble innført i 2003, noe som var grunnlaget for at departementet fant en ytterligere presisering nødvendig. Deres tolkning av paragrafen slik den forelå var omdiskutert, og loven manglet et tydelig svar på hvorvidt slike omdannelser kunne finne sted og nye boligaksjeselskap således bli opprettet. Departementet var også av den oppfatning at en slik transaksjon i stor grad ble gjort av skatte- og avgiftsmessige hensyn.²⁰ På bakgrunn av dette foreslo de en presisering i loven, nemlig at forbudet mot å stifte boligaksjeselskaper også skulle omfatte ulike former for omdanning av aksjeselskap til boligaksjeselskaper.²¹

Forslaget fra departementet ble godkjent, og trådte i kraft fra 1. juli 2008. Dermed var det ikke lenger under noen omstendigheter mulig å opprette nye boligaksjeselskaper, heller ikke gjennom omdanning fra et aksjeselskap.

3.3.2. *Lov om endringer i burettslagslova av 2010*

I 2010 ble det foretatt ytterligere, og mer omfattende endringer i burettslagslova. Bakgrunnen for endringene var særlig det økende problemet med de såkalte *lavinnskuddsboligene* og borettslag. Lavinnskuddsboliger er en variant av borettslag, kjennetegnet ved at kjøper ikke trenger høy egenkapital for å finansiere boligkjøpet. I stedet er boligen hovedsakelig finansiert gjennom fellesgjeld tatt opp av borettslaget. Loven regulerer ikke hva som anses som lavinnskuddsboliger, men i praksis ble boliger der fellesgjelden utgjorde 80 % eller mer av boligens totalpris ved stiftelsen av borettslaget omtalt på denne måten.

Den åpenbare fordelene med slike lavinnskuddsboliger var at det gjorde det lettere for personer med begrenset egenkapital å komme inn på boligmarkedet. Problemene oppstod når kjøperne ikke forstod konsekvensene av hva de hadde kjøpt, og heller ikke hadde økonomi til å betale sin del av felleskostnadene. Mange kreative boligutviklere misbrukte sin posisjon midt på 2000-tallet og etablerte svært høy gjeldsgrad i borettslagene uten noe sikkerhetsnett. Resultatet var en tilsynelatende lav pris på boligen, som lokket mange unge kjøpere uten tilgang på stor egenkapital inn på markedet. Ofte var ikke disse kjøperne klar over

²⁰ Lilleholt (2010) note 17, brl. § 1-4

²¹ Ot.prp. nr. 16 (2007-2008) kap. 5

at man, som følge av den høye fellesgjelden, kunne holdes ansvarlig også for naboens betalingsproblemer. På denne måten endte boligdrømmen i et rent gjeldsmareritt for mange, og det oppstod miskreditt i markedet.²²

Det påpekes imidlertid at det var et fåtall av borettslagsboligene som per 2010 ble omtalt som lavinnskuddsboliger. Flertallet av boligutviklerne var opptatt av å sikre tillitten og redusere risikoen tilknyttet borettslagene, samt å favne om egenarten til borettslag som en trygg og demokratisk eierform.²³

Gjennom lovendringene i 2010 ønsket kommunal- og moderniseringsdepartementet bl.a. å sikre tryggheten til andelseierne som et motsvar til de kreative boligutviklerne. De viktigste endringsforslagene omfatter maksimalgrense for andel fellesgjeld, krav om totalpris, lik prosentvis fordeling av fellesgjelden, krav til frivillige sikringsordninger og forbud mot spekulasjonkjøp, og forklares i kommende underkapitler. Forslagene fra departementet ble godtatt, og trådte i kraft fra 1. Januar 2011.

3.3.2.1. Maksimalgrense for andel fellesgjeld

Som tiltak for å bekjempe soliditetsproblemene mange opplevde med den høye andelen fellesgjeld ble det innført en øvre grense for andel fellesgjeld i borettslaget på 75 % av totalprisen. Denne grensen ble holdt forholdsvis høy, med grunnlag i at man fortsatt ønsket å beholde fordelene ved en gunstig felles finansiering. Det var dette som tross alt tillot unge førstegangskjøpere og andre som ellers ville hatt vanskelig for det, å komme inn på boligmarkedet.

I tillegg var vurderingen at en slik øvre grense ville føre til at flere måtte ta opp lån for å besørge egenkapitalen som trengtes for et kjøp. Dermed ville flere bli kredittvurdert, noe som skulle redusere risikoen for at andelseierne skulle måtte betale naboens felleskostnader.

²² Frostad (2010)

²³ Innst. 326 L (2009-2010), pkt. 1.2

3.3.2.2. *Krav om totalpris*

I tillegg til endringene i borettslagsloven, ble det også gjort endringer i eiendomsmeglingsloven, avhendingsloven og bustadoppføringsloven for å sikre at kjøper skulle bli informert om totalprisen for boligen. Med totalpris menes her kjøpesummen som kjøper må betale til selger tillagt den andelens del av fellesgjelden. Grunnlaget for endringen var ifølge departementet at det sikret kjøpers forståelse av den totale kjøpesummen for boligen, samt at det ble lettere for kjøpere å sammenligne priser på boliger som lå ute for salg.²⁴

3.3.2.3. *Lik prosentvis fordeling av fellesgjelden*

For å sikre lik risiko for andelseierne i et borettslag ble det innført et krav om lik prosentvis fordeling av fellesgjeld på den enkelte andel ved stiftelsen av borettslaget. Det forble imidlertid opp til hver enkelt andelseier om de ønsket å nedbetale sin del av fellesgjelden med en gang, i de tilfeller der borettslaget og låneutsteder hadde avtalt en slik rett for andelseierne.

3.3.2.4. *Krav til frivillige sikringsordninger*

Borettslag kan inngå avtaler om sikring mot tap av felleskostnader for å hindre at de andre andelseierne skal måtte stå ansvarlig for naboens mislighold. En tilbyder av en slik sikring overtar risikoen som borettslaget har for manglende dekning av felleskostnader. Et problem var imidlertid at mange av tilbyderne av slike sikringsordninger var små og hadde liten kapitalbase. Dermed forble mye av risikoen i borettslaget dersom disse tilbyderne opplevde store tap som følge av misligholdte felleskostnader. I ytterste konsekvens kunne dette medføre at borettslagene hadde betalt for en ordning som ikke lenger eksisterte når de trengte den, som et resultat av at kapitalbasen til tilbyderen var tom.

Minstekrav til en frivillig ordning om sikring mot tap av felleskostnader ble utredet i NOU 2009:17, og fulgt opp i Prop 115 L (2009-2010) som endte i lovendringen.

²⁴ Prop. 115 L (2009-2010) pkt. 4.4.1

Med lovendringen ble det innført et nytt underkapittel i loven vedrørende sikring mot tap av felleskostnader. Gjennom loven ble det nå satt krav til tilbyder, produktet og markedsføringen av slike sikringsordninger. Bl.a. omfattet dette at bare foretak som driver enten skadeforsikringsvirksomhet eller finansieringsvirksomhet i henhold til finansforetaksloven kan tilby en slik sikring. Formålet med lovendringen var å sørge for en reell trygghet i ordningene, slik at det økte tillitten og tryggheten for borettslagene.

3.3.2.5. *Forbud mot spekulasjonskjøp*

For å hindre såkalte spekulasjonskjøp ble det innført forbud mot å inngå avtale om rett til andel i borettslag dersom kjøperen ikke selv kan eie andelen etter borettslagslovens kapittel 4. Et slikt forbud innebærer at privatpersoner ikke kan erverve mer enn en andel og at eiendomsselskaper ikke lenger kan kjøpe borettslagsboliger under oppføring. Formålet med endringen var å gjøre borettslagsløsningen tydeligere og mer forutsigbar, og samtidig hindre mislighold og utstrakt utleie.

4. Generelt om omorganiseringer

Endring av selskapsform omtales i skatteloven som omdanning, mens omorganisering brukes som fellesbetegnelse på omdanning og fusjon/fisjon. Fusjon og fisjon omfatter også normalt kjøp eller salg av hele eller deler av selskaper (ofte omtalt som innmat).

Et viktig moment ved overdragelse og omorganisering av virksomhet er valg av transaksjonsform. Det er et stort regelsett å forholde seg til ved virksomhetsoverdragelser. Dette gir en viss grad av valgmuligheter mellom transaksjoner som utløser beskatning og transaksjoner som ikke gjør det.

Skattelovens hovedregel om fisjoner og fusjoner tilsier at transaksjoner som skjer i forbindelse med slike omorganiseringer skal behandles etter skattelovens alminnelige regler for inntektsbeskatning.²⁵ Hovedregelen om inntektsbeskatning i

²⁵ Jf. sktl § 11-1 første ledd

norsk rett er at gevinster ved realisasjon av eiendeler er skattepliktig etter sktl. §§ 5-1 andre ledd og 5-30.

Lovgiver har innført regler som likevel muliggjør ulike omorganiseringsformer uten at beskatning utløses, og med mulighet for videreføring av skatteposisjoner. For vårt formål er det særlig relevant å se på rettsreglene som åpner for slik skattefri omorganisering ved fusjon/fisjon, etter sktl. § 11-1 flg. Begrunnelsen for at skattefrie fusjoner og fisjoner skal kunne finne sted er ofte begrunnet i at de har positive bedriftsøkonomiske og samfunnsøkonomiske konsekvenser.²⁶

Videre har krav til når omorganisering kan gjennomføres i økende grad blitt regulert de senere årene. Når det gjelder fusjon og fisjon av aksjeselskaper inntreer de skattemessige virkningene på tidspunktet da fusjonen/fisjonen registreres i Foretaksregisteret i tråd med asl. §§ 13-16 og 14-8, jf. sktl. § 11-10 andre og tredje ledd.

4.1. Fusjon

En sammenslåing av to eller flere selskaper kalles en fusjon. Den skjer ved at ett eller flere (overdragende) selskaper overdrar alle sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet (overtakende) selskap og deretter oppløses.²⁷

En transaksjon som skjer i forbindelse med en fusjon er i utgangspunktet grunnlag for beskatning etter sktl. § 11-1 første ledd. Det er likevel adgang til skattefri fusjon dersom denne foretas etter særreglene i sktl. kap. 11. Den sentrale bestemmelsen vil her være sktl. § 11-2 første ledd jf. asl. kap. 13, som i utgangspunktet regulerer skattefrie fusjoner mellom aksjeselskaper. For denne oppgaven vil det imidlertid være sentralt å se på fusjoner der ett av selskapene er et borettslag. I dette hensyn åpner sktl. § 11-2 tredje ledd for at også selskaper som er *likestilt* med aksjeselskap etter reglene i sktl. § 10-1, jf. § 2-2 første ledd bokstav b-e kan fusjoneres skattefritt, dersom det overtakende selskap er *likeartet* med det overdragende. En tolkning av vilkårene *likestilt* og *likeartet* er derfor nødvendig for å avgjøre om en slik fusjon kan gjennomføres skattefritt etter denne bestemmelsen, og vil bli gjort i oppgavens kapittel 6.

²⁶ Brudvik (2016) s. 707

²⁷ Kildal & Skaar (2012) s. 221

Administrativ praksis har også godtatt fusjoner mellom selskaper der det overtakende selskap ikke anses *likeartet* med det overdragende, gjennom såkalt ulovfestet rett. Vilkåret om *likestilt* med aksjeselskap står imidlertid fortsatt sentralt, og må være oppfylt for at en slik fusjon skal kunne gjennomføres med grunnlag i ulovfestet rett. Særlig vekt synes å bli tillagt hvorvidt det er *vesentlig sammenfall i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå* mellom aksjeselskapet og det overtakende selskapet.²⁸ En nærmere redegjørelse for innholdet i denne normen vil følge i kapittel 6.

4.2. Fisjon

En fisjon er en deling av et selskap, hvor (det overdragende) selskapet enten:

- Overdrar en del av sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til ett eller flere andre nystiftede eller eksisterende (overtakende) selskaper og fortsetter å bestå som selskap, eller
- Overdrar alle sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til minst to andre nystiftede eller eksisterende (overtakende) selskaper og deretter oppløses.²⁹

En transaksjon som skjer i forbindelse med en fisjon er i utgangspunktet grunnlag for beskatning etter sktl. § 11-1 første ledd, tilsvarende som for fusjon. Det er likevel adgang til skattefri fisjon dersom denne skjer etter særreglene i sktl. kap. 11. Den sentrale regelen som representerer utgangspunktet for fisjonen i denne oppgaven vil være sktl. § 11-4, jf. asl. kap. 14, som regulerer skattefrie fisjoner for aksjeselskaper.

Reglene om skattefri fisjon gjør det mulig for selskaper å organisere seg gjennom flere selskaper uten skattemessige ulemper, dersom dette av forretningsmessige grunner anses riktig. Dette er i harmoni med en av skattelovens grunnleggende målsetninger, nemlig skattemessig nøytralitet, noe som redegjøres nærmere i kapittel 5.5.1.3.3.

I denne oppgaven vil kombinasjonen av en fisjon med etterfølgende salg av samtlige aksjer i det utfisjonerte selskapet være en sentral transaksjonsrekke, som

²⁸ Zimmer (2014) s. 631

²⁹ Lignings-ABC 2015/16 s. 520

i stor grad må ses i sammenheng. Dette vil bli nærmere gjennomgått i kapittel 5. Med utgangspunkt i skattefri fisjon, jf. sktl. § 11-4 finner vi det imidlertid hensiktsmessig allerede nå å introdusere de tilfeller der den nevnte transaksjonsrekken ikke kan gjennomføres skattefritt. Det må i så fall skje etter enten:

- Sktl. § 14-90 om *Bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner* eller
- Anvendelse av den ulovfestede omgåelsesnormen.

Hvorvidt noen av disse kan hindre den nevnte transaksjonsrekken i å kunne gjennomføres skattefritt er kjernen i diskusjonen rundt omorganisering av fast eiendom etter innføringen av fritaksmetoden, og vil bli gjennomgått i detalj i oppgavens kapittel 5.

4.3. Skattemessig kontinuitet

Et særlig viktig vilkår for å unngå beskatning, felles for fusjoner og fisjoner, er at omorganiseringen gjennomføres med *skattemessig kontinuitet*. Nærmere bestemt vil dette si at skatteposisjoner videreføres både på selskaps- og eiernivå.

Skattelovgivningen oppstiller krav til skattemessig kontinuitet for å forsikre seg om at omorganiseringer ikke medfører et varig skattefritak, men kun en utsettelse av beskatningen.

Det er viktig å påpeke at skattemessig kontinuitet ikke må forveksles med regnskapsmessig kontinuitet. Regnskapsloven skiller nemlig mellom det såkalte *transaksjonsprinsippet* og *kontinuitetsprinsippet*, og har egne regler for hvilke type transaksjoner som skal følge hvilket prinsipp. Utgangspunktet i regnskapet er, til forskjell fra det skattemessige, at fusjoner og fisjoner vurderes med diskontinuitet. Konsekvensene av den regnskapsmessige diskontinuitet er uoversiktlige, og blant kjernen i diskusjonen om hvilket forhold regnskapsretten og skatteretten har til hverandre. For selskaper representerer de ulike reglene imidlertid et fordelaktig paradoks, gjennom valgfrihet ved gjennomføringen av fusjoner og fisjoner.³⁰ Denne valgfriheten er nærmere beskrevet i kapittel 5.2. Det

³⁰ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 836

foreligger altså ikke noe skatterettslig krav om regnskapsmessig kontinuitet ved skattefri omorganisering, og det er derfor viktig å holde disse konseptene adskilt.

Det skattemessige kontinuitetsprinsippet som ligger til grunn for omorganiseringer ved fusjon/fisjon inneholder tre sentrale forhold³¹ som gjennomgås i det følgende.

4.3.1. Kontinuitet i skatteposisjoner på/til selskapsnivå

Overtakende selskap må videreføre de samme skattemessige inngangsverdiene og ervervstidspunkt for overtatte eiendeler, rettigheter og forpliktelser som det overdragende selskap hadde da omorganisering fant sted. Øvrige skatteposisjoner for overdragende selskap må på samme måte overtas uendret av overtakende selskap.³²

4.3.2. Kontinuitet i skatteposisjoner på eiernivå

Skatteposisjonene tilknyttet aksjene i det overdragende selskap skal videreføres på aksjene i det overtakende selskap. Dette betyr at aksjenes inngangsverdi, skjermingsgrunnlag, ervervstidspunkt og skattemessig innbetalt kapital videreføres uendret gjennom omorganiseringen.³³

4.3.3. Kontinuitet i eierposisjon (eierkontinuitet)

Med eierkontinuitet menes at eierne må videreføre sin eierposisjon, helt eller delvis gjennom omorganiseringen. Loven krever at minst 80 % av deltakernes vederlag består av aksjer eller andeler i det overtakende eller overdragende selskap, noe som begrenser muligheten til å foreta kvalitative endringer på aksjonærnivå.³⁴ Dette omtales ofte i litteraturen som *kvalitativ kontinuitet på aksjonærnivå*.³⁵

³¹ Zimmer (2014) s. 614

³² Sktl. §§ 11-7 og 11-20 andre ledd

³³ Sktl. § 11-7 fjerde ledd

³⁴ Jf. asl. § 13-2 første ledd, andre pkt. og § 14-2 første ledd, andre pkt.

³⁵ Folkvord (2006) s. 119

Ved fisjon av aksjeselskaper kreves det i tillegg at aksjekapitalen/aksjonærenes eierinteresser fordeles mellom selskapene i samme forhold som det overdragende selskapets nettoverdier fordeles.³⁶ Det siste er dermed et krav om at størrelsen på aksjonærenes eierinteresser ikke skal forskyves, og omtales i litteraturen ofte som et krav om *kvantitativ kontinuitet på aksjonærnivå*. Dette kravet bidrar til å sikre at fisjoner ikke benyttes til å gjennomføre skattefrie overdragelse av verdier mellom to aksjonærer, og er således nødvendig for å sikre uønskede skattetilpasninger.³⁷

5. Fisjon med etterfølgende aksjesalg

Transaksjonsrekken fisjon med etterfølgende aksjesalg representerer trinn 2 og 3 i borettslagsmodellen, som beskrevet i kapittel 2. Etter innføringen av fritaksmetoden er omorganisering av fast eiendom normalt sett å foretrekke gjennom utfisjonering av eiendommen i eget aksjeselskap, med etterfølgende aksjesalg. Dette fordi markedsverdien av eiendommen vanligvis overstiger den skattemessige verdien, og man får således adgang til skattefri gevinst. En slik transaksjonsform omtales internasjonalt som *innpakning*. Denne terminologien sikter til at man i realiteten selger et objekt, men at dette *pakkes inn* i et selskap og selges i innpakket form.³⁸

I vårt spesifikke tilfelle ønskes således boligtomten utfisjonert fra Utvikler AS i et eget aksjeselskap, Boligtomt AS. Formålet med fisjonen vil være et etterfølgende salg av aksjene i Boligtomt AS til det stiftede BRL. Aksjene vil overdras borettslaget til virkelig verdi, hvilket betyr at man gjennom denne transaksjonen får oppskrevet tomteverdien uten at verdistigningen utløser beskatning, som følge av fritaksmetoden. Kostprisen til borettslagsandelene som senere skal selges ut, er en funksjon av kostprisen på aksjene. Dermed sikrer den oppskrevne tomteverdien som følger av aksjesalget også høyere inngangsverdi på borettslagsandelene. Borettslaget overtar og viderefører imidlertid den lave, historiske tomteverdien som følge av kontinuitetsprinsippet, men denne verdien danner altså ikke grunnlaget for gevinstberegningen ved videresalg av borettslagsandelene. Man vil

³⁶ Jf. sktl. § 11-8 første ledd

³⁷ Folkvord (2006) s. 76, se også Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s. 72

³⁸ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1088

isteden beregne skatt bare av verdistigningen på aksjene, fra de kjøpes til virkelig verdi av borettslaget til de selges ut som borettslagsandeler, som følge av at man fikk oppskrevet tomteverdien ved gjennomføringen av aksjesalget.

Transaksjonsrekken i vårt tilfelle vil tilsvare transaksjonsrekken for all omorganisering av fast eiendom der fritaksmetoden ønskes brukt (vel og merke der fisjon av tomten er et nødvendig mellomledd). Dette tilsier at tidligere praksis for slike omorganiseringer vil kunne anvendes i drøftelsen av hvorvidt den konkrete transaksjonsrekken kan gjennomføres skattefritt, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at dette skal kunne oppnås. Temaet er til dels svært omstridt og mye diskutert. Det er mange momenter som spiller inn i drøftelsen av dette, noe som vil bli gjennomgått i det følgende.

5.1. Innledende bestemmelser

Som nevnt i kapittel 4, skattlegges i utgangspunktet gevinster ved realisasjon av eiendeler etter sktl. §§ 5-1 og 5-30. Denne skatteplikten omfatter realisasjon av materielle så vel som immaterielle eiendeler, herunder også realisasjon av eiendeler ved fisjon og realisasjon av aksjer, som begge er en del av nevnte transaksjonsrekke. Det er imidlertid innført unntak fra skatteplikten for begge disse transaksjonene, når spesielle vilkår er oppfylt. Når det gjelder fisjonen, så kan aksjeselskaper i utgangspunktet fisjoneres skattefritt etter sktl. § 11-4. Nærmere vilkår for at dette skal kunne gjennomføres er imidlertid inntatt i loven, særlig kan det nevnes at overtakende selskap skal videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres, jf. sktl. § 11-7 om *rett og plikt til skattemessig kontinuitet*.

Når det gjelder aksjesalget, er det *fritaksmetoden* som representerer unntaket fra hovedregelen om gevinstbeskatning ved realisasjon av eiendeler. En kort innføring i denne gjøres derfor i det følgende.

5.1.1. Fritaksmetoden

Innføringen av fritaksmetoden i sktl. § 2-38, som trådte i kraft 26. mars 2004, har ført til at selskapsaksjonærer i stor grad er fritatt for skatt på aksjesalg og -utbytte.³⁹ Fritaksmetoden er således en unntaksregel til hovedregelen om gevinstbeskatning ved realisasjon av eiendeler jf. sktl. §§ 5-1 andre ledd og 5-30. Regelen medfører at selskaper fritt kan selge og kjøpe aksjer i andre selskaper uten å betale skatt, og at aksjonærene i selskapet isteden opparbeider latent gevinst eller tap. Betydningen av dette vil eksempelvis være at hvis det foreligger en gevinst, som det ofte vil gjøre ved overdragelse av fast eiendom, vil gevinstbeskatningen bli utsatt til verdiene tas ut av selskapssektoren.

Formålet med innføringen av fritaksmetoden var å forhindre at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i eierkjeder med norske selskaper, såkalt kjedebeskatning. Innføringen av fritaksmetoden har gjennom dette vært med på å øke kapitalmobiliteten i de norske eierkjedene sammenlignet med de gamle reglene.⁴⁰ Selv om det ikke finnes noen offisiell statistikk over fusjoner og fisjoner i Norge, er det å anta at antall fusjoner relativt sett er redusert, mens omfanget av fisjoner er økt etter innføringen av fritaksmetoden. Førstnevnte fordi aksjekjøp er enklere og reduserer behovet for ordinære fusjoner. Sistnevnte fordi fisjon i mange tilfeller ble et nødvendig mellomledd for å kunne gjennomføre et etterfølgende aksjesalg.⁴¹

Symmetriprinsippet var gjennomgående viktig ved innføringen av fritaksmetoden.⁴² Det medfører at når man har skattefritak for gevinster ved realisasjon av aksjer og andre eiendeler, har man ikke fradragsrett for tilsvarende tap.

Sktl. § 2-38 sjette ledd inneholder en bestemmelse som tilsier at 3 % av det skattefrie aksjeutbyttet likevel skal beskattes fullt ut med 27 %, noe som tilsvarer

³⁹ For hvilke selskaper som omfattes av fritaksmetoden, se sktl. § 2-38 første ledd, jf. § 2-2 første ledd bokstav a-d

⁴⁰ Den tidligere godtgjørelsesmetoden og RISK-metoden som falt bort ved innføringen av aksjonærmodellen, se Brudvik (2015) s. 634

⁴¹ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 834

⁴² Jf. Sktl. § 2-38 første og andre ledd

en effektiv skattesats på 0,81 %. Tidligere gjaldt 3 % -regelen også for aksjegevinst og – tap, men f.o.m. 2012 gjelder det altså bare for aksjeutbytte.⁴³

Med transaksjonsvalgfriheten man har i norsk rett, oppstod det en *skattemessig asymmetri* etter innføringen av fritaksmetoden. Et selskap står eksempelvis fritt til å velge mellom salg av fast eiendom som innmat eller gjennom aksjesalg. Ved salgssum lavere enn den skattemessige verdien vil skattyter kunne velge innmatssalg, som fører til at man får fradragsført tapet. Omvendt vil skattyter kunne velge salg av aksjer etter fritaksmetoden når salgssum er høyere enn skattemessig verdi, slik at man får adgang til skattefri gevinst. Lovgiver har tatt opp problemstillingen vedrørende denne asymmetrien i forarbeidene uten å ha kommet med konkrete forslag, og virker dermed å være innforstått med den.⁴⁴ Som dette kapittelet vil vise, er det i all hovedsak den omgåelsesnormen som setter terskelen for hva skattemyndighetene vil godta av slik tilpasning.

5.1.1.1. Armlengdeprinsipp

Skatterettslig er det et grunnleggende prinsipp at transaksjoner mellom konsernselskaper skal skje på vanlige, markedsmessige vilkår. I Norge har man, i likhet med de fleste andre land, lovfestet regler som gir myndighetene grunnlag for å gripe inn mot avtaler og vilkår som ikke er markedsmessige. Dette er gjort gjennom en lovfesting av det såkalte *armlengdeprinsippet* i sktl. § 13-1.

Formålet med prinsippet er at skattegrunnlaget skal fordeles mellom partene slik at det samsvarer med de økonomiske realitetene.⁴⁵ Transaksjoner innenfor et konsern skal således være som om to uavhengige parter gjennomfører transaksjonen. Prising på slike transaksjoner innenfor et konsern er et eksempel på såkalt *internprising*, som er et av de mest omtalte spørsmålene innenfor internasjonal skatterett.⁴⁶ En nærmere drøftelse av problemstillingene som reiser seg i denne forbindelse er imidlertid ikke tema for vår oppgave og blir derfor ikke behandlet nærmere.

⁴³ Prop. 1LS (2011-2012) pkt. 14.3.1 og Innst. L (2011-2012) pkt. 9.1

⁴⁴ Liland (2012)

⁴⁵ NOU 2014: 13 pkt. 7.2.1

⁴⁶ Zimmer (2014) s. 434

5.2. Perspektiver på kjøp av aksjer

5.2.1. Kjøpers perspektiv ved kjøp av aksjer

Kjøper og selger vil som utgangspunkt ha ulike perspektiver på aksjeoverdragelser. I mange tilfeller vil overdragelse av driftsmidler som gjennomføres ved et aksjekjøp være ugunstig for kjøper. I særlig grad skyldes dette at kjøperen ikke kan skrive opp verdien på driftsmidlene ved transaksjonen, selv om de har vært gjenstand for verdistigning. Som følge av dette vil kjøper ofte kreve en rabatt ved transaksjonen ettersom mulighetene til å oppnå et høyere avskrivningsgrunnlag, og dermed også høyere avskrivninger i fremtiden, bortfaller. Det er først og fremst dette som ligger i begrepet skatterabatt, og forekommer altså typisk i tilfeller der avskrivbare eiendeler overdras gjennom aksjesalg. Driftsmidler som ikke regnes for å være gjenstand for verdiforringelse, herunder både tomt og boligeiendom, kan imidlertid ikke avskrives.⁴⁷ Selv om verdien på slike driftsmidler ikke kan oppskrives gjennom et aksjesalg, vil man derfor ikke gå glipp av høyere fremtidige avskrivninger ved aksjeoverdragelsen. Kjøper vil dermed ikke kunne kreve skatterabatt med bakgrunn i avskrivningsulempen ved aksjeoverdragelse av tomt eller boligeiendom.⁴⁸ I skatterabattbegrepet ligger imidlertid også en kompensasjon for den realisasjonsskatt som trigges ved et fremtidig salg av en eiendom direkte, såkalt kompensasjon for latent realisasjonsskatt. Selskaper som kjøper eiendom for boligkonvertering vil f.eks. kunne kreve en rabatt som følge av at latent skatt utløses ved et fremtidig direktesalg. Et borettslag vil imidlertid ikke ha til formål å videreselge tomten, og vil dermed heller ikke kreve denne type skatterabatt ved aksjekjøpet.

Når det gjelder dokumentavgift, vil det for overdragelser av fast eiendom kunne være en fordel for kjøper om overdragelsen skjer gjennom et aksjesalg istedenfor et innmatssalg. Et aksjesalg medfører nemlig at dokumentavgiften på 2,5 % av den virkelige verdien av eiendommen på overdragelsestidspunktet ikke utløses. Dette vil imidlertid kunne føre til at markedsprisen presses oppover, det stikk motsatte av hva tilfellet var i avsnittet over. Vi kommer nærmere tilbake til dokumentavgift i kapittel 6.3, som omhandler fusjonen mellom et borettslag og

⁴⁷ Jf. Sktl. § 14-41

⁴⁸ Zimmer (2014) s. 622

dets heleide datteraksjeselskap.

5.2.2. *Selgers perspektiv ved salg av aksjer*

Virksomhetsoverdragelse ved aksjesalg kan være fordelaktig for selger. Ved et aksjesalg tilfaller salgssummen eierne direkte, samtidig som aksjesalget kan gjennomføres skattefritt etter innføringen av fritaksmetoden. I tilfeller der salg av innmat vil medføre en skattemessig gevinst, slik som ofte vil være tilfellet ved overdragelser av fast eiendom, vil det dermed heller kunne være skattemessig fordelaktig for selger å gjennomføre et aksjesalg. En potensiell negativ virkning for selger ved et aksjesalg, er at kjøper ofte vil betale mindre for aksjene, som følge av skatterabatten de krever etter forklaringen i forrige kapittel. En reduksjon i salgspris som følge av skatterabatt vil imidlertid ikke være aktuelt ved aksjesalg av tomteselskap til borettslag, ettersom dette ikke innebærer et driftsmiddel som er avskrivbart og fordi borettslaget ikke har til hensikt å videreselge tomten.

5.3. *Begrensninger i tilpasningsmulighetene ved omorganisering*

Det har stadig pågått en diskusjon om hvorvidt gjeldende rettsregler er tilstrekkelige for å eliminere uheldige skattefordeler og tilpasningsmuligheter ved omorganiseringer under den til enhver tid gjeldende lovgivningen.

Norsk rett åpner for en viss grad av skatteplanlegging, gjennom å ta hensyn til de skattemessige virkningene før en innretter seg etter lovverket. I mange land foreligger det lovfestede regler for hvor grensen mellom akseptabel skatteplanlegging og uakseptabel omgåelse skal trekkes (ofte kalt GAAR – General Anti Avoidance Rules). I Norsk rett finnes en hovedregel med begrenset rekkevidde som suppleres med en ulovfestet omgåelsesnorm, utviklet gjennom lengre tids rettspraksis.

Hovedregelen som begrenser skattefordeler og tilpasningsmuligheter ved omorganiseringer ble inntatt som ny § 14-90 i skatteloven, om *bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner*, og trådte i kraft fra 10. desember 2004. Bakgrunnen for innføringen var stadige innvendinger om hvorvidt de gjeldende reglene gikk langt nok i å forhindre skattefordeler og tilpasningsmuligheter. Særlig var de nye tilpasningsmulighetene

som følge av innføringen av fritaksmetoden viktig for innføringen av den nye regelen.⁴⁹ Dens hensikt er å avskjære overføring av generelle skatteposisjoner der utnyttelsen av disse er det *overveiende motiv* for transaksjonen.

Regelen omtales i litteraturen som en avskjæringsregel eller en spesiell gjennomskjæringsregel.⁵⁰ Den ble inntatt som en videreføring av den tidligere bestemmelsen om bortfall av retten til å videreføre generelle skatteposisjoner ved fusjon og fisjon.⁵¹ Vilkårene for anvendelse er i liten grad endret ved den nye regelen, men den har et videre anvendelsesområde enn tidligere regler hva gjelder transaksjonsformer og type skatteposisjoner. Dette kommer bl.a. som resultat av endringslov av 10. juni 2011 nr. 16 da det ble innført at regelen også omfatter flere selskapsformer, samt all omorganisering etter skattelovens kapittel 11, ikke bare fusjon og fisjon.⁵²

Den lovfestede regelen suppleres av den ulovfestede omgåelsesnormen, i litteraturen ofte kalt den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.⁵³ Innholdet i denne regelen er utviklet over mange år, gjennom et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori. I en sentral dom fra senere tid, Tangen 7, formuleres innholdet i regelen som følgende:

«Gjennomskjæringsregelen - som er utviklet i rettspraksis og teori - består av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret er at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen»⁵⁴

Formuleringen er tilsvarende som i forutgående omgåelsesdommer, se eksempelvis Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime), Rt. 2006 s. 1232 (Telenor), Rt.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)

⁵⁰ Gjems-Onstad & Folkvord (2013) s. 85

⁵¹ Tidligere sktl. § 11-7 fjerde ledd – tidligere selskapsskatteloven 1991 § 8-7 fjerde ledd

⁵² Gjems-Onstad (2011) s. 204-228

⁵³ Se eksempelvis Banoun (2003), Folkvord (2006) og Harboe (2012)

⁵⁴ Rt. 2014 s. 227, avs. 48

2007 s. 209 (Hex) og Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi). Det er altså to vilkår, som begge må være oppfylt for at den ulovfestede omgåelsesnormen skal komme til anvendelse.

I Tangen 7 fastslo Høyesterett videre at vurderingene må skje som en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig enhet, tilsvarende som i de nevnte forutgående omgåelsesdommene.⁵⁵ Ved omorganisering av fast eiendom, er det i denne omgang utfisjonering av tomten i eget aksjeselskap med etterfølgende salg av aksjene som utgjør en naturlig enhet og er gjenstand for vurdering. I vårt spesifikke tilfelle vil dette være representert ved fisjonen av Boligtomt AS med etterfølgende aksjesalg til BRL. Det er også hensiktsmessig å påpeke at det ved en slik transaksjonsrekke er aksjesalget som eventuelt vil være disposisjonen som gjør at omgåelsesnormen kan anvendes. Fisjonen i seg selv medfører nemlig ikke noen skattefordel. Av denne grunnen må det også antas at det er uttalelsene i forarbeidene til fritaksmetoden som må tillegges størst vekt av de to, når vi kommer til drøftelsen av formålet med de ulike skattereglene.

Hvorvidt norsk rett begrenser muligheten til skattefri fisjon med etterfølgende aksjesalg i borettslagsmodellen må altså vurderes ut ifra sktl. § 14-90 og den ulovfestede omgåelsesnormen. Dette gjøres i de kommende kapitler. Disse reglene kan gjøre den skattemessige behandlingen av en transaksjon mer usikker for skattyteren. Noe av usikkerheten forbundet med denne problematikken er hvor langt ligningsmyndighetenes gjennomskjæringsadgang strekker seg ved tolkning av både sktl. § 14-90 og den ulovfestede omgåelsesnormen.⁵⁶

5.4. Skatteloven § 14-90 «Spesiell omgåelsesregel»

Sktl. § 14-90 omhandler *bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner*. Med slike generelle skatteposisjoner menes posisjoner som ikke har tilknytning til noen særskilt eiendels- eller gjeldspost. Slike generelle skatteposisjoner som kan være gjenstand for skattemotiverte transaksjoner er representert ved to hovedgrupper:

⁵⁵ Skattedirektoratets domskommentar Tangen 7 USKD-2014-15

⁵⁶ Zimmer (2014) s. 618

- Posisjoner som representerer skattefordeler. Dette omfatter fremførbart underskudd, negativ gevinst- og tapskonto og tom positiv saldo.
- Posisjoner som representerer skatteforpliktelser. Dette er typisk positiv gevinst- og tapskonto eller tom negativ saldo

Slike skatteposisjoner er imidlertid normalt ikke tilstedeværende ved fisjon av en tomt med etterfølgende aksjesalg. Det kan dog være tilfeller der også slike skatteposisjoner forekommer, om enn i begrenset skala. Eksempelvis kan man tenke seg et lite selskap som må finansiere et tomtekjøp gjennom å ta opp lån. Dette vil kunne medføre enkelte lånekostnader, som potensielt kan ha ført til underskudd i året/årene før utfisjoningene finner sted. Ved utfisjoning av tomten, vil det således kunne følge med et fremførbart underskudd, som dermed kan omfattes av sktl. § 14-90. Skattedirektoratet uttaler imidlertid i intervju, at de i behandling av denne type omgåelsesspørsmål aldri har sett slike skatteposisjoner som nevnt i sktl. § 14-90.⁵⁷ De understreker også at de i slike saker bare behandler det som blir forespurt av innsenderen. At de aldri har sett denne typen skatteposisjoner tyder derfor på at skattyterne har forstått innholdet i sktl. § 14-90 og tilpasset seg deretter. Som følge av dette vil vi i det videre arbeidet forholde oss til at denne type skatteposisjoner, som potensielt kan rammes av sktl. § 14-90, ikke synes å representere noen større usikkerhet for skattyteren. Vi finner det derfor ikke nødvendig med en videre drøftelse av innholdet i denne regelen.

Uavhengig av om den nevnte transaksjonsrekken omfatter en skatteposisjon som nevnt over eller ikke, vil den motsetningsvis omfatte en skatteposisjon som nettopp er tilknyttet en eiendel, i form av tomten. Typisk vil denne skatteposisjonen være representert ved latent skatt som følger av verdistigning på tomten. En slik skatteposisjon vil, som følge av at den er tilknyttet en eiendel, ikke kunne rammes av sktl. § 14-90.

⁵⁷ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

5.5. Ulovfestet omgåelsesnorm

Det er dermed brakt på det rene at den spesielle omgåelsesregelen ikke kommer til anvendelse på skatteposisjoner som er tilknyttet en eiendel. Spørsmålet som reiser seg, er hvorvidt fisjon av en eiendel (her tomt) med etterfølgende aksjesalg kan rammes av den ulovfestede omgåelsesnormen. Som allerede nevnt er innholdet i denne normen utviklet gjennom rettspraksis, og flere høyesterettsdommer fra senere tid omhandler denne problemstillingen. I den følgende diskusjonen om hvorvidt fisjon av en tomt med etterfølgende aksjesalg kan gjennomføres skattefritt vil det derfor bli henvist til enkelte av disse dommene der det er hensiktsmessig.

I omgåelsessaker vil skattyteren normalt hevde at en bokstavfortolkning skal legges til grunn for beskatningen, mens skattemyndighetene ofte vil anføre at skattelovgivningens formål og de økonomiske forhold bør tillegges avgjørende vekt.⁵⁸ Gjennom dette kapitlet vil det bli gitt en framstilling av hvilke forhold Høyesterett har funnet tungtveiende i nyere omgåelsessaker.

I særlig grad vil vi ta utgangspunkt i drøftelsene fra Tangen 7-dommen, hvilket er den seneste omgåelsessaken som er tatt opp i Høyesterett. Dommen tar for seg to separate problemstillinger, og det er spørsmålet som omhandler salg av aksjer i henhold til fritaksmetoden, med fisjon av en enkeltstående eiendom som et nødvendig mellomledd, som er sentral for den videre drøftelsen. Denne dommen har, som vi skal se, ført til endring av ligningsmyndighetenes praksis.⁵⁹

5.5.1. Rt. 2014 s. 227 (Tangen 7) - Drøftelse av vilkårene for å kunne anvende omgåelsesnormen

Vi erkjenner at Tangen 7-dommen har blitt kritisert fra flere hold etter domsavsigelsen, blant annet av flere fremtredende skikkelser innen skatteretten.⁶⁰ Likevel er det denne dommen som har ført til endring av ligningsmyndighetenes praksis på området, og som dermed legger føringer for ligningsmyndighetenes behandling av potensielle omgåelsessaker i dagens rettsbilde. Høyesteretts

⁵⁸ Banoun (2003) s. 15

⁵⁹ Skattedirektoratets domskommentar Tangen 7 USKD-2014-15

⁶⁰ Bl.a. Zimmer i NOU 2016:5 kap. 8, Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1089 og Scheel i NOU 2014:13 s. 198

standpunkt på enkelte vurderingstemaer vil derfor ligge til grunn for gjennomgangen av gjeldende rett i dette kapittel. Standpunktene som er tatt i de mest sentrale vurderingstemaene, sett opp imot denne oppgaven, utfordres imidlertid i kapittel 8, der vi vurderer om en revisjon av gjeldende rett er nødvendig.

5.5.1.1. Rt. 2014 s. 227 (Tangen 7) - Faktum

Det aktuelle bygget, Tangen 7 ble oppført av ConocoPhillips Investment AS, som var et heleid datterselskap av Norske ConocoPhillips AS. Sistnevnte drev petroleumsvirksomhet på norsk sokkel, og Tangen 7-bygget var ment å være selskapets hovedkontor i Norge. Som følge av en omorganisering av de norske selskapenes morselskap, ble de norske ansatte høsten 2002 flyttet til Phillips' kontorbygg og Tangen 7 ble dermed stående tomt. I januar 2005 ble det inngått en avtale om salg av Tangen 7 til Havanacci AS. Etter at avtalen om salg forelå ble ConocoPhillips Investment AS fisjonert, slik at eiendommen lå igjen som eneste eiendel i det overdragende selskap, Tangen 7 AS. Aksjene i Tangen 7 AS ble deretter solgt til Havanacci AS med virkning fra 1. mai 2005.

Spørsmålet som Høyesterett tok opp var om kombinasjonen av en fisjon med etterfølgende salg av aksjene i det overdragende selskapet var grunnlag nok for å anvende omgåelsesnormen, og at man således måtte omklassifisere transaksjonen til salg av fast eiendom.

Høyesterett viser i utgangspunktet til at et aksjeselskaps gevinst ved salg av aksjer er fritatt for skatteplikt etter *fritaksmetoden*, jf. sktl. § 2-38. Heller ikke fisjon av et aksjeselskap utløser skatteplikt, jf. sktl. § 11-4. Om det likevel skal utløses beskatning ved denne transaksjonen, må dette forankres i den ulovfestede omgåelsesnormen. Det er dermed nødvendig med en grundigere diskusjon av de to vilkårene, som begge må være oppfylt for at den ulovfestede omgåelsesnormen skal kunne anvendes.

5.5.1.2. Grunnvilkåret

Det følger av Tangen 7-dommen at grunnvilkåret for gjennomskjæring er oppfylt når det hovedsakelige motivet for transaksjonen er å spare skatt, se også Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime), Rt. 2006 s. 1232 (Telenor) og Rt. 2007 s. 209 (Hex) med videre henvisninger. I tråd med nyere rettspraksis, se nevnte dommer, skal dette grunnvilkåret vurderes helt subjektivt, dvs. være et rent bevisspørsmål. Dette står i kontrast til tidligere rettspraksis, der vurderingene i normen ble oppfattet å være underlagt en mer objektiv bedømmelse, se f. eks. Rt. 1999 s. 946 (ABB).

Det ble understreket at for transaksjoner der en profesjonell aktør oppnår store skattebesparelser, foreligger det sterk presumsjon for at skattebesparelsen er det hovedsakelige formålet med disposisjonen.⁶¹

Høyesterett hevdet at det utvilsomt var skattebesparelsen som var den viktigste motivasjonsfaktoren ved valg av løsningen med fisjon og etterfølgende aksjesalg. De gikk imidlertid ikke inn i noen dypere drøftelse av dette punktet, all den tid de senere konkluderte med at omgåelsesnormen uansett ikke kunne anvendes, som følge av totalvurderingen.⁶² Dette viser et tydelig eksempel fra praksis på at grunnvilkåret er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for at omgåelsesnormen kan anvendes.

Det bør også poengteres at Høyesterett, gjennom denne dommen, synes å ha gitt sin tilslutning til at en for fremtiden skal vektlegge både om skattyter har oppnådd en betydelig skattebesparelse og om skattyter er en profesjonell næringslivsaktør som bevismoment ved anvendelsen av grunnvilkåret.

Vårt spesifikke tilfelle representerer svært mange likheter som Tangen 7 når det gjelder vurderingen av om grunnvilkåret for å anvende omgåelsesnormen er tilstede. Utbygger kan begrunne fisjon av tomt i et eget aksjeselskap av forretningsmessige årsaker, som et hensiktsmessig trinn i videre utvikling osv., se f. eks. BFU 17/13. Vi må likevel ta hensyn til at Utbygger AS er en profesjonell næringslivsaktør og at de oppnår betydelige skattefordeler som følge av denne transaksjonsrekken. Sett i lys av det klare standpunktet fra Høyesterett i Tangen 7-dommen synes det dermed klart at grunnvilkåret for å anvende omgåelsesnormen er oppfylt ut ifra dagens rettspraksis.

⁶¹ Skattedirektoratets domskommentar Tangen 7, grunnvilkåret USKD-2014-15

⁶² Rt. 2014 s. 227 avs. 51

5.5.1.3. Totalvurdering

Det følger av Tangen 7 at disposisjonen etter en totalvurdering må fremstå som illojal eller stridende mot skattereglenes formål, se også Rt. 2004 s. 1331 (Aker Maritime), Rt. 2006 s. 1232 (Telenor) og Rt. 2007 s. 209 (Hex) med videre henvisninger. Herunder skal det gjøres en vurdering av disposisjonens virkinger (særlig dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig.⁶³ Der grunnvilkåret kan sies å være presiserbart, må tilleggsvilkåret som inngår i totalvurderingen anses å være av mer kompleks natur.⁶⁴ Referansen til en *totalvurdering* gir i seg selv ikke særlig veiledning for hvilke momenter som er relevante, og hvorledes de skal avveies. Det er derfor svært hensiktsmessig å se på hva som inngår i denne totalvurderingen fra de nevnte dommene. I alle disse dommene gjøres omfattende drøftelser av formålet med flere av de sentrale skatteregler som er inne i bildet.

5.5.1.3.1. Formålet med fritaksmetoden

Høyesterett går i Tangen 7 først løs på formålet bak fritaksmetoden. Etter lovforarbeidene er formålet med denne metoden å unngå kjedebeskatning av inntekt i eierkjeder med flere norske selskaper, samt at kapitalmobiliteten innenfor selskapssektoren sikres, jf. bl.a. St.meld. nr. 29 (2003-04) og Ot.prp. nr. 1 (2004-05). Stortingsmeldingen gir også en nærmere begrunnelse for innføringen av fritaksmetoden som er av interesse:

«Etter departementets syn bør det legges betydelig vekt på å unngå kjedebeskatning av inntekt i eierkjeder med flere norske selskaper. Kjedebeskatning er uheldig fordi det vil favorisere virksomhet som er organisert i flate selskapsstrukturer, fremfor konserner med mange ledd av selskaper. ... Videre medfører kjedebeskatning at kapital til en viss grad blir låst inne i etablerte strukturer og forhindrer at kapitalen allokeres slik at det samlede overskuddet blir størst mulig.

Verdiskapningen i selskapssektoren beskattes når den materialiserer seg i form av opptjente inntekter for selskapene. Skattefritak for selskapers

⁶³ Rt. 2014 s. 227, avs. 48

⁶⁴ Harboe (2012) s. 252

aksjeinntekter medfører at denne verdiskapningen kan overføres til selskapsaksjonærer uten ytterligere beskatning. Derved forhindres kjedebeskatning, samtidig som kapitalmobiliteten innenfor selskapssektoren bedres sammenlignet med dagens system. Med en fritaksmetode blir aksjeinntekter først beskattet når de tas ut av selskapssektoren, i form av utbytte eller aksjegevinst som tilfaller personlige norske aksjonærer.»⁶⁵

På bakgrunn av dette følger det at lovgiver gir skattyter en valgmulighet når det gjelder transaksjonsform ved overdragelse av eiendeler. I forarbeidene fremgår det tydelig at lovgiver med åpne øyne har akseptert at skattyter kan velge å overdra eiendeler direkte når det resulterer i skattemessig tap (adgang til fradrag), mens vedkommende kan velge salg av aksjer når markedsverdien av de eiendeler som overdras overstiger den skattemessige verdien (adgang til skattefri gevinst).

En slik valgdagang gir provenyrtap som medfører omveltning av skattebelastningen, som igjen medfører effektivitetstap. Det er imidlertid viktig å huske på at kravene til skattemessig kontinuitet sikrer at omorganiseringen ikke medfører et varig skattefritak, men kun en utsettelse av beskatningen.⁶⁶ Dermed er det nåverdien av periodiseringsfordelen som skaper en asymmetrisk effekt ved skattenøytrale omorganiseringer,⁶⁷ ikke hele den skattepliktige inntekten.⁶⁸

Finansdepartementet erkjenner i forarbeidene til fritaksmetoden at asymmetrien som oppstår ved at noen skattytere kan velge å realisere gevinster under fritaksmetoden og tap etter de alminnelige reglene for realisasjonsbeskatning er et problem, men fremmet ingen konkrete forslag for å bøte på problemet.⁶⁹

Høyesterett konkluderte på bakgrunn av det ovennevnte at resultatet av de aktuelle transaksjonene ikke var i strid med formålet med fritaksmetoden slik dette er beskrevet i forarbeidene. Førstvoterende uttaler bl.a. følgende:

«Verdiskapningen i eiendomsselskapet er på vanlig måte beskattet i den grad den har materialisert seg i form av opptjente inntekter i dette selskapet. Skattefritaket for gevinsten ved salg av aksjene medfører at

⁶⁵ St.meld. nr. 29 (2003-04) s. 108

⁶⁶ Se kapittel 1.5.1 for nærmere redegjørelse

⁶⁷ Skattenøytrale omorganiseringer: Overdragelser etter sktl. Kap 11

⁶⁸ Folkvord (2006) s. 65

⁶⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.6.5

verdiskapningen i eiendomsselskapet overføres til oljeselskapet uten ytterligere beskatning. Aksjeinntekten er ikke tatt ut av selskapssektoren, og kjedebeskatning er unngått i tråd med reglenes formål.»⁷⁰

I tilfeller hvor borettslagsmodellen benyttes, er det imidlertid hensiktsmessig med en nærmere drøftelse av hva førstvoterende sikter til med *verdiskapningen i eiendomsselskapet*. I vår modell er *eiendomsselskapet* representert ved Boligtomt AS. Dette selskapet eier kun tomten idet aksjene blir overdratt. Det er dermed grunn til å anta at verdiskapningen i Boligtomt AS, som blir overført skattefritt til borettslaget, må sikte til verdistigningen på tomten. Denne verdistigningen blir imidlertid ikke skattlagt på eiendomsselskapets hånd på nåværende tidspunkt. Dette er noe som først vil skje ved utviklingsselskapets eventuelle salg av eiendommen en gang i fremtiden.

5.5.1.3.2. Formålet med fisjonsreglene

Videre tar Høyesterett opp formålet med reglene om skattefritak ved fisjon av aksjeselskaper. I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) som bl.a. omtaler dette, heter det:

«Begrunnelsen for at en omorganisering bør kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet, er å ivareta næringslivets behov for å organisere næringsvirksomhet på den til enhver tid mest hensiktsmessige måte ut fra bedriftsøkonomiske vurderinger. Dette er hovedbegrunnelsen for å skjerme slike transaksjoner fra beskatning»⁷¹

Det følger altså av forarbeidene til skattereglene for fisjon og fusjon, at det prinsipielle utgangspunktet for skattereglene er at det ikke skal være til hinder for rasjonelle omorganiseringer av det selskapsrettslige rammeverket rundt virksomheter, sett i et bedrifts- og samfunnsøkonomisk perspektiv.⁷² Dette er, som påfølgende underkapittel viser, også i harmoni med nøytralitetsprinsippet. Det fremheves imidlertid i forarbeidene til fisjons- og fusjonsreglene at omorganiseringer som i hovedsak er skattemessig motivert likevel ikke bør komme inn under skattefritaket.⁷³

⁷⁰ Rt. 2014 s. 227 avs. 56

⁷¹ Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s. 28

⁷² ibid. pkt. 1.2

⁷³ ibid. pkt. 2.3.5.1

I Tangen 7-dommen understreker Høyesterett at dette ønsket om å komme skattemotiverte omorganiseringer til livs, også må ses i lys av den senere innførte fritaksmetoden. De peker på at et av resultatene ved innføringen av denne var at fast eiendom ofte blir overført mellom næringslivsaktører gjennom skattefritt salg av aksjer. Næringslivet har således innrettet seg etter fritaksmetoden. Høyesterett hadde grunnlag for dette synspunktet bl.a. fra *Evaluering av skattereformen 2006*, der departementet kommer med følgende synspunkt:

«Etter departementets syn er det grunn til å anta at fritaksmetoden påvirker hvordan virksomhet struktureres. Fritaksmetoden er trolig en medvirkende årsak til at eiendeler med lav avskrivningssats, for eksempel fast eiendom, i mange tilfeller etableres i egne selskaper.»⁷⁴

Det fremgår dermed klart og tydelig at lovgiver var klar over hvordan næringslivet innrettet seg etter fritaksmetoden, og at man således også aksepterte en slik innrettelse.

At lovgiver var klar over innrettelsesmulighetene kommer også klart fram i Ot.prp. nr. 1 (2004-05) om bl.a. mulige tiltak mot skattemotiverte valg av transaksjonsform, som følge av innføringen av fritaksmetoden. Her fremgår det, tilsvarende som i nevnte høyesterettsdommer, at det kan foreligge grunnlag for å anvende omgåelsesnormen når valget av transaksjonsform må anses som hovedsakelig skattemessig motivert og illojalt mot formålet med skattereglene. Det understrekes imidlertid at aktørene ikke har plikt til å innrette seg slik at de må betale mer skatt enn nødvendig.

Muligheten for å lovfeste en omgåelsesregel for situasjoner tilsvarende vår sak – realisasjon av aksjer i selskaper som eier fast eiendom mv. – vurderes også særskilt i proposisjonen. Det nevnes her bl.a. at ved salg av fast eiendom *«... oppnås det i gevinsttilfellene ekstra store fordeler ved å selge aksjer i et selskap som eier formuesobjektet, fremfor å selge selve formuesobjektet»*.⁷⁵ Ved å innlemme denne diskusjonen i forarbeidene, etterlater lovgiver ingen tvil om at man var klar over mulighetene for skattemotiverte transaksjonsformer, herunder omorganiseringer med klare likhetstrekk til vår sak. Likevel har lovgiver valgt å avvende situasjonen. I proposisjonen heter det bl.a.: *«Departementet fremmer*

⁷⁴ Meld. St. 11 (2010-2011) s. 103

⁷⁵ Ot.prp. nr 1 (2004-05) s. 77

ingen konkrete forslag nå, men vil vurdere behovet løpende, blant annet under hensyntaken til erfaringene med fritaksmetoden».

På bakgrunn av denne vurderingen om å avvente en eventuell innføring av en slik gjennomskjæringsregel understreket Høyesterett at ligningsmyndighetene måtte være varsomme med å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.⁷⁶

Avslutningsvis blir det i dommen diskutert transaksjonenes *tidsmessige nærhet*. Motparten, representert ved staten, fokuserte på at aksjesalget var avtalt allerede før fisjonen fant sted og at dette ga transaksjonsrekken et illojalt preg. Staten erkjenner at aksjegevinsten ville ha vært skattefri dersom eiendomsselskapet i hele sin levetid hadde vært et *single purpose*-selskap med den aktuelle eiendommen som eneste eiendel. Høyesterett la imidlertid til deres erkjennelse at dette også gjelder når selskapet har fått denne egenskapen etter en fisjon, som nettopp er tilfellet her. De tolker dermed lovformålet dithen at en skattyter som blir omfattet av fritaksmetoden kan velge mellom to transaksjonsformer ved salg av fast eiendom. Vedkommende kan enten selge eiendommen som ordinært innmatssalg eller selge eiendommen ved salg av aksjer. Velger skattyteren å selge eiendommen ved salg av aksjer er fisjon nødvendig dersom selskapet ikke allerede står som et *single purpose*-selskap. Som neste underkapittel vil vise er denne forståelsen også i harmoni med nøytralitetsprinsippet.

Høyesterett kommer dermed fram til at verken aksjesalget eller fisjonen ville fremstå som illojal mot skattereglenes formål. På bakgrunn av dette understreket de også at en ellers akseptabel fremgangsmåte ikke blir illojal og gjenstand for gjennomskjæring bare fordi fisjonen og aksjesalget skjer tilnærmet samtidig.⁷⁷

5.5.1.3.3. Prinsippet om skattemessig nøytralitet

En av skattelovens grunnleggende målsetninger er å oppnå nøytralitet. Prinsippet tar sikte på at virksomheter skal kunne organiseres enten i ett selskap eller i flere selskaper i konsern ut fra rene forretningsmessige grunner, uten å måtte vurdere hva som er skattemessig gunstig.

⁷⁶ Rt. 2014 s. 227, avs. 66

⁷⁷ *ibid.* avs. 61

Anvendelse av den ulovfestede omgåelsesnormen ved fisjon av Boligtomt AS med etterfølgende aksjesalg til borettslaget vil nettopp motvirke den likestillingen som nøytralitetsprinsippet tar sikte på. Dersom omgåelsesnormen anvendes i slike tilfeller, vil det være skattemessig mer attraktivt å organisere virksomhet i flate strukturer gjennom enkeltstående selskaper med hver sin eiendel fremfor i ett selskap. I vårt tilfelle ville det for boligutviklere således vært skattemessig gunstig å etablere ett selskap for hver enkelt boligtomt, fremfor å samle flere i ett selskap, selv om det i utgangspunktet ut fra rent forretningsmessige grunner ville vært mer ønskelig å organisere boligtomtene i ett selskap.

5.5.1.3.4. Konklusjon av totalvurderingen

Høyesterett kom altså etter omfattende drøftelser fram til at transaksjonsrekken ikke var i strid med formålet bak fritaksmetoden, ei heller mot formålet med fisjonsreglene. De fastslo også at en ellers akseptabel fremgangsmåte ikke blir illojal bare fordi fisjonen og aksjesalget skjer tilnærmet samtidig. På bakgrunn av dette anså de ikke tilleggsvilkåret som inngår i totalvurderingen for å være oppfylt. Konklusjonen i Høyesterett var derfor at denne transaksjonsrekken kunne gjennomføres skattefritt uten at omgåelsesnormen kunne komme til anvendelse.

5.5.1.4. Avsluttende bemerkninger

For at eiendommen skulle isoleres i et *single purpose*-selskap i Tangen 7, ble all annen innmat enn eiendommen flyttet til et nytt selskap ved en skattefri fisjon. Det klart vanligste ved en slik tilpasning, og også den vi beskriver i fremstillingen av borettslagsmodellen, er imidlertid at objektet som skal selges er det som overdras ved fisjon til det nystiftede, overtakende selskapet. Dette er det motsatte av hva som ble gjort i Tangen 7, der eiendommen ble beholdt av det overdragende selskap, mens øvrig innmat altså ble overdratt til et nystiftet, overtakende selskap. Om dette kommenterer Folkvord i Gjems-Onstad (2015):

«Det er vanskelig å se at det skal ha betydning for omgåelsesvurderingen om det objektet som skal selges isoleres i det overdragende eller det overtakende selskapet. Transaksjonen vil være like mye (eller lite)

skattemessig motivert og like mye lojal/illojal om man velger den ene eller den andre transaksjonsformen.»⁷⁸

Skattedirektoratet bekrefter også det ovennevnte momentet gjennom sin domskommentar til Tangen 7. I kommentaren legger de til grunn at den ulovfestede omgåelsesnormen ikke vil komme til anvendelse i fremtiden når skattyter benytter skattefri fisjon som mellomledd for å komme i posisjon til å selge innmat/virksomhet ved salg av aksjer. Dette strider imidlertid mot Skattedirektoratets tidligere uttalelse i Utv. 2008 s. 1873. Her konkluderte de med at en slik omorganisering med etterfølgende aksjesalg er skattemessig motivert og illojal mot skattereglenes formål. De mente da at vilkårene for å anvende omgåelsesnormen var oppfylt. Tangen 7-dommen har dermed ført til at rettskildegrunnlaget som lå til grunn ved Skattedirektoratets uttalelse i 2008 er endret ved denne høyesterettsdommen.⁷⁹ Frem til eventuelle nye lovreguleringer levner Skattedirektoratet dermed ingen tvil om at en slik transaksjonsrekke kan gjennomføres skattefritt, uavhengig av motivet.⁸⁰ I dagens rettsbilde synes derfor veien å ligge åpen for næringslivsaktører til å gjennomføre omorganiseringer av fast eiendom gjennom fisjon med etterfølgende aksjesalg, dersom de finner dette hensiktsmessig ut ifra forretnings- og skattemessige hensyn.

⁷⁸ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1088

⁷⁹ Skattedirektoratets domskommentar Tangen 7 USKD-2014-15

⁸⁰ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet.

6. Fusjon med påfølgende overgang fra selskapsligning til ligning av andelseierne

Transaksjonsrekken fusjon med påfølgende overgang fra selskapsligning til ligning av andelseierne i borettslaget representerer trinn 4 og 5 i borettslagsmodellen, som beskrevet i kapittel 2. Utgangspunktet i vårt tilfelle er at Boligtomt AS er et heleid datterselskap av BRL. Det ønskes i denne fasen fusjonert inn i BRL skattefritt, med en påfølgende overgang fra selskapsligning til ligning av andelseierne i borettslaget i inntektsåret etter fusjonsåret. Spørsmålet som reiser seg er hvorvidt fusjonen kan gjennomføres skattefritt og om overgangen fra selskapsligning til ligning av andelseierne i borettslaget i inntektsåret etter fusjonsåret vil utløse beskatning for borettslaget eller andelseierne. I motsetning til en fisjon av tomt med etterfølgende salg av aksjene, vil denne transaksjonsrekken gjelde spesifikt for borettslagsmodellen. Dette fordi fusjonen skjer mellom et borettslag og et aksjeselskap. Det vil dermed kun være enkeltpoenger som har mer universal anvendelse.

6.1. Innledende bestemmelser

Tilsvarende som for fisjoner, skattlegges transaksjoner i forbindelse med en fusjon som utgangspunkt i henhold til skattelovens alminnelige regler for inntektsbeskatning.⁸¹ Hovedregelen er at gevinster ved realisasjon av eiendeler er skattepliktig etter sktl. § 5-1 og § 5-30. Realisasjon av eiendeler ved fusjon er likevel unntatt denne skatteplikten dersom spesielle vilkår er oppfylt. Aksjeselskaper kan f. eks. fusjonere skattefritt når fusjonen skjer etter reglene i sktl. § 11-2 første ledd, jf. asl. kap. 13.

I vårt tilfelle har vi imidlertid ikke med to aksjeselskap å gjøre, men ett aksjeselskap og ett borettslag. En fusjon mellom disse selskapene kan dermed i utgangspunktet ikke gjennomføres skattefritt med grunnlag i denne bestemmelsen. Det er imidlertid anført i paragrafens tredje ledd at selskaper som er skattemessig *likestilt* med aksjeselskap etter bestemmelsene i sktl. § 10-1, jf. § 2-2 første ledd bokstav b-e, likevel kan fusjoneres uten skattlegging, etter de

⁸¹ Jf. sktl. § 11-1 første ledd

samme prinsipper og vilkår som gjelder for aksjeselskaper. Det er videre presisert at det overtakende selskap må være *likeartet* med overdragende selskap.

At fusjonspartene skal være *likeartede* innebærer at de må ha samme selskaps- og ansvarsform.⁸² Et borettslag og et aksjeselskap representerer ikke samme selskapsform, og de er dermed ikke å anse som *likeartede* i forhold til sktl. § 11-2 tredje ledd.⁸³

6.1.1. Gjeldende praksis

Selv om fusjonspartene ikke anses *likeartede*, har det i administrativ praksis blitt akseptert at aksjeselskap kan innfusjoneres i et selskap med annen selskapsform der det er «... *vesentlig sammenfall i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå* mellom aksjeselskapet og selskapsformen hos det overtakende foretaket»⁸⁴

En av medforfatterne i Zimmer (2014)⁸⁵ viser til at det ikke synes entydig om denne praksisen baseres på en tolkning av vilkåret *likeartet*, og således at vilkårene i sktl. § 11-2 er oppfylt, eller om det etter ulovfestet rett også kan gjennomføres fusjoner der de deltakende selskapene ikke er *likeartede*.⁸⁶ Det førstnevnte vil i så fall være motstridende til konklusjonen i foregående kapittel, men som kapitlet vil vise, representerer dette det vi mener er en feil forståelse hos forfatteren.

Fra bindende forhåndsuttalelser som omhandler fusjoner mellom borettslag og heleide datterselskaper, synes det klart hva Skattedirektoratet baserer praksisen på. De foretar ingen nærmere tolkning av vilkåret *likeartet*, men åpner likevel for fusjoner mellom nevnte selskaper, som ikke er *likeartet*, gjennom ulovfestet rett. Det fremgår uttrykkelig at vilkåret om *likestilt med aksjeselskap* fortsatt må være oppfylt for at ulovfestet rett skal komme til anvendelse, se BFU 34/07, BFU 38/08 og BFU 17/13. Vurderingen av dette vilkåret synes i slike saker i stor grad å være

⁸² Ot.prp. nr. 71 (1995-96) pkt. 3.3

⁸³ Se BFU 34/07, BFU 38/08 og BFU 17/13

⁸⁴ Zimmer (2014) s. 631

⁸⁵ Advokat i BA-HR Ole Andreas Dimmen har vært ansvarlig for fusjon og fisjonskapitlet i Zimmer (2014), der denne uttalelsen fremgår.

⁸⁶ Zimmer (2014) s. 631

basert på om det foreligger *vesentlig sammenfall i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå*.

I forarbeidene til fusjons- og fisjonsreglene fremgår det at det i enkelte administrative uttalelser, også før vedtakelsen av lovreglene om skattefri fusjon og fisjon, var lagt til grunn at fusjon mellom selskaper med ulik selskaps- eller ansvarsform kunne gjennomføres uten beskatning. Uttalelsene gjaldt bl.a. innfusjonering av heleid datteraksjeselskap i andelslag, og i forarbeidene er det uttrykkelig sagt at denne praksis også skal opprettholdes etter innføringen av skattereglene om fusjon og fisjon.⁸⁷

Skattelovkommentaren 2003/04 (Brudvik m. fl.) viser til at man med andelslag i ovennevnte uttalelse trolig har ment samvirkelag. Dette samsvarer også med Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 1997 s. 412, som gjaldt direkte fusjon mellom et samvirkelag og et heleid aksjeselskap.

6.2. Er borettslag likestilt med aksjeselskap?

På bakgrunn av det ovennevnte, blir vurderingen av om et borettslag og dets heleide datteraksjeselskap kan fusjoneres på bakgrunn av ulovfestet rett først og fremst et spørsmål om hvorvidt borettslaget anses *likestilt* med et aksjeselskap.

Et borettslag er en form for samvirkelag, som i utgangspunktet er *likestilt* med et aksjeselskap etter sktl. § 10-1, jf. § 2-2 første ledd bokstav d. Utgangspunktet er dermed at et borettslag og et aksjeselskap kan fusjoneres skattefritt etter de samme vilkår som gjelder for aksjeselskaper. Et unntak fra dette er imidlertid innført i sktl. § 10-1 andre ledd, som uttrykkelig sier at dette likevel ikke gjelder for borettslag som lignes særskilt etter sktl. § 7-3. Denne bestemmelsen har særskilte regler om deltakerligning av andelshaverne. Det er imidlertid også inntatt presiseringer i loven som gjør at boligselskap, herunder borettslag,⁸⁸ likevel ikke skal lignes etter sktl. § 7-3, selv om de øvrige vilkår er oppfylt. Dersom et borettslag ikke lignes etter denne paragraf, skal det lignes som et eget skattesubjekt (selskapsligning) på samme måte som aksjeselskap eller likestilt

⁸⁷ Ot.prp. nr. 71 (1995-96) pkt. 3.2

⁸⁸ Slik sktl. § 7-3 er formulert omfatter begrepet "boligselskap" både borettslag og boligaksjeselskap.

selskap,⁸⁹ og vil således ha vesentlig sammenfallende ligningsmåte som et aksjeselskap.

Spørsmålet om hvorvidt et borettslag og et aksjeselskap anses som likestilte blir derfor først og fremst et spørsmål om hvorvidt borettslaget deltakerlignes i henhold til sktl. § 7-3 eller ikke. En tolkning av innholdet i denne bestemmelsen er derfor nødvendig for å kunne bedømme hvorvidt denne fusjonen kan gjennomføres skattefritt.

6.2.1. Skatteloven § 7-3

Sktl. § 7-3 omhandler selskaper som har til hovedformål å gi andelshaverne bolig og/eller fritidsbolig i hus eid av selskapet. I tillegg er det et krav at det enten har begrenset- eller delt ansvar som ansvarsform.⁹⁰ Et borettslag oppfyller, som vist i innledende kapitler, disse vilkårene.

Det fremgår av sktl. § 7-3 første ledd at skattlegging av slike boligselskaper skal skje hos andelshaverne og ikke hos selskapet. For selskaper dette omfatter skal den enkelte andelshaver i stedet skattlegges for sin andel av selskapets inntekt og formue etter de samme reglene som vil gjelde ved skattlegging av egen bolig eiet direkte av skattyter selv. Vilråene for at boligselskaper skal lignede på denne måten, og ikke som egne skattesubjekter er listet i tredje ledd, og fremkommer i det følgende. Minst ett av vilråene må være oppfylt for at slik særskilt deltakerligning skal kunne finne sted.

- Minst 85 % av selskapets leieinntekt kommer fra:
 - o Personlige andelshavere eller aksjonærer, eller
 - o Elever og studenter som er tildelt bolig gjennom elev- og studentsamskipnad, eller
 - o Leietaker som ikke er andelshaver, såfremt boligselskapet er opprettet som ledd i organisert fornyelse av tettbygde strøk,
- Minst 85 % av andelskapitalen eies av en kommune sammen med personer som har bolig i vedkommende eiendom, eller

⁸⁹ Lignings-ABC 2015/16 (2016) s. 215 pkt. 10.1.1

⁹⁰ Jf. sktl. § 7-3 andre ledd

- Over 50 % av andelskapitalen eies av kommune alene.⁹¹

Andelshavere kan alternativt bli deltakerlignet også når vilkårene i sktl. § 7-3 tredje ledd ikke er oppfylt, dersom ligningsmyndighetene finner at ligning etter sktl. § 7-3 stemmer bedre med de virkelige forhold enn det vil gjøre med ordinær ligning etter regnskap.⁹²

Spørsmålet om hvorvidt et borettslag deltakerlignes etter sktl. § 7-3 og eventuelt på hvilket tidspunkt dette inntreffer er flere ganger vurdert av Skattedirektoratet for å avgjøre om et borettslag og et aksjeselskap anses likestilte. En nærmere analyse av hva som inngår i skattedirektoratets vurderinger gjøres i det følgende.

6.2.1.1. Skattedirektoratets vurderinger – ikke aksept av skattefri fusjon

I BFU 73/05 og BFU 34/07 viser Skattedirektoratet til at både borettslaget og aksjeselskapet lignes som et aksjeselskap før fusjonen finner sted, og således *sammenfaller vesentlig i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå* på dette tidspunkt. De kommer imidlertid fram til at minst ett av vilkårene for å deltakerlignes etter sktl. § 7-3 er oppfylt på fusjonstidspunktet. For begge disse sakene er det vilkåret om at minst 85 % av selskapets leieinntekter kommer fra personlige andelshavere eller aksjonærer som er oppfylt.⁹³

Skattedirektoratet understreker videre at en fusjon får skattemessig virkning fra det tidspunkt fusjonen har inntrådt selskapsrettslig, jf. asl. § 13-16, se også kapittel 4.1. De konkluderer på bakgrunn av dette at vilkårene for ligning av borettslagene etter særreglene i sktl. § 7-3 vil være oppfylt allerede i fusjonsåret.

Selskapene lignes altså begge som et aksjeselskap før fusjonen, mens de lignes samlet som et borettslag etter fusjonen. Når formålet med fusjonen nettopp er å komme i posisjon til ligning av borettslagets andelshavere etter sktl. § 7-3, konkluderer Skattedirektoratet med at et borettslag ikke er *likestilt* med et

⁹¹ Jf. sktl. § 7-3 tredje ledd

⁹² Jf. sktl. § 7-3 fjerde ledd

⁹³ I BFU 34/07 synes innsender å ha misforstått hvordan vurderingen av dette prosentkravet gjøres, og baserer seg forsøksvis på en tolkning av daværende § 7-3 femte ledd bokstav d for å sikre at man ikke skal deltakerlignes etter fusjonen. Dette leddet angir imidlertid kun tidfesting- og fordelingsregler som gjelder ved den ligning som skal gjennomføres av andelshaverne når borettslaget omfattes av særreglene ellers i § 7-3. Den er således ikke et vilkår i seg selv for å skulle lignes etter § 7-3, slik innsender hevder. § 7-3 femte ledd bokstav d ble også opphevet i 2009, med ikrafttredelse f.o.m. inntektsåret 2010

aksjeselskap på fusjonstidspunktet. Skiftet i beskatningsmåte er også i strid med lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet, og med denne begrunnelsen finner de dermed at det er i strid med ulovfestet rett, samt formålet med sktl. § 10-1, å akseptere en skattefri fusjon i disse tilfellene.

6.2.1.2. Skattedirektoratets vurderinger – aksept av skattefri fusjon

I BFU 38/08 og BFU 17/13 vises det fra innsender til at det var umulig å oppfylle lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet i de nevnte sakene fra forrige kapittel, og at borettslagene dermed ikke ble ansett som likestilte med aksjeselskap. Det påpekes således at det sentrale moment er hvorvidt borettslaget, som det overtakende selskap, skal selskapslignes eller deltakerlignes i henhold til særreglene i sktl. § 7-3 etter fusjonen. Det anføres at dersom vilkårene for ligning etter sktl. § 7-3 først anses oppfylt i senere inntektsår, må selskapene anses som likestilte på fusjonstidspunktet i henhold til sktl. § 10-1, og selskapene kan fusjoneres skattefritt med skattemessig kontinuitet.

Skattedirektoratet understreker i intervju at deltagerligning etter sktl. § 7-3 har tilbakevirkende kraft for hele året da slik ligning inntreffer. Det er dette som medfører at en slik overgang først kan skje i året etter fusjonsåret, for at selskapene også skal kunne anses likestilte på fusjonstidspunktet.⁹⁴

På bakgrunn av dette, ønsker boligutviklerne å finne en eierstruktur som gjør at det overtakende selskapet fortsatt skal selskapslignes også etter fusjonen. I begge disse sakene viser innsender til at borettslaget bare vil ha én andelshaver (boligutvikleren) på fusjonstidspunktet, og hevder at dette medfører at selskapet faller utenfor reglene for å skulle deltakerlignes etter sktl. § 7-3.

I BFU 17/13 er denne ene andelshaveren et holdingselskap organisert som et aksjeselskap, mens det i BFU 38/08 er et boligbyggelag. Begge selskapene skal imidlertid stå for utbygging og salg av boligprosjektet, og kan således lovlig både stifte borettslaget, samt eie alle andelene på fusjonstidspunktet i henhold til brl. §§ 2-1 og 2-12. En nærmere drøftelse av hvorvidt denne eierstrukturen medfører at borettslaget skal selskapslignes ut fusjonsåret er derfor nødvendig.

⁹⁴ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

6.2.1.2.1. Ligning med én andelshaver i borettslaget

Finansdepartementets har i en uttalelse inntatt i Utv. 1995 s. 687 uttrykt:

«Det fremgår ikke uttrykkelig av de særlige skattereglene for boligselskaper at selskapet må ha et minste antall eiere for at reglene skal komme til anvendelse. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at formålet med særreglene for boligselskaper var å støtte den voksende andel av boligkooperativer, jf. Ot.prp. nr. 66 (1939). Dette taler klart for at selskap med en aksjonær faller utenfor særreglene for boligselskaper. Denne løsningen har også vært lagt til grunn i ligningspraksis, jf. Utv. 1969 s. 107»⁹⁵ (egne understrekninger).

Dette momentet er også fulgt opp i Lignings-ABC 2015/2016, der det er presisert at et boligselskap med bare én aksjonær ikke skal lignes etter sktl. § 7-3, selv om de øvrige vilkårene er oppfylt. Begrepet boligselskaper i sktl. § 7-3 omfatter også borettslag, som nevnt tidligere. Skattedirektoratet oppfatter på bakgrunn av dette at den samme begrunnelsen som Finansdepartementet gir for at et boligselskap med bare én aksjonær faller utenfor særreglene i sktl. § 7-3, også gjelder tilsvarende for et borettslag med bare én andelshaver.⁹⁶

Med denne begrunnelsen skal altså ikke borettslaget lignes etter særreglene i sktl. § 7-3 i løpet av fusjonsåret, men skal i stedet lignes som et selskap etter de ordinære regler i sktl. § 10-1 flg., jf. § 2-2 første ledd. Borettslaget sammenfaller dermed vesentlig i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå ikke bare før fusjonen, men også i hele fusjonsåret.

Skattedirektoratet konkluderer med bakgrunn i det ovennevnte at fusjonen kan gjennomføres skattefritt i begge tilfellene, med bakgrunn i ulovfestet rett. Det forutsetter imidlertid at fusjonen skjer etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder for skattefri fusjon av aksjeselskaper, jf. sktl. § 11-1 flg.

Det avgjørende er altså at borettslaget bare har én andelshaver på fusjonstidspunktet, og også ut fusjonsåret. Hvorvidt borettslaget eies direkte av et boligbyggelag, eller via et aksjeselskap har dermed ingen betydning, så lenge de

⁹⁵ FIN, Utv. 1995 s. 687

⁹⁶ BFU 38/08

oppfyller kravene for og både stifte borettslaget, samt eie alle andelene på fusjonstidspunktet, etter brl. §§ 2-1 og 2-12.

I vår selskapsstruktur har vi valgt å la boligutvikleren være organisert i et eget aksjeselskap, i form av Utvikler AS. Ut ifra dette resonnementet kunne imidlertid dette mellomleddet vært utelatt, og BBL kunne selv eid 100 % i borettslaget og fortsatt fått gjennomslag for skattefri fusjon. Dette forutsetter imidlertid at BBL selv står for utvikling av boligprosjektet, enten i formen kjøp av eiendom med boliger eller bygging av boliger. Fra næringslivet synes det imidlertid mest praktisk at det foreligger et eget utviklingsselskap som organiseres som et AS, noe som også var bakgrunnen for at vi valgte å innlemme dette mellomleddet i vår modell.

6.2.1.3. *Kommentar til praksisen fra Skattedirektoratet*

I innledningen viste vi til at en av medforfatterne i Zimmer (2014) anså praksisen ved slike fusjoner som noe tvetydig. Vedkommende påpekte at det ikke fremgikk klart hvorvidt aksept av skattefrie fusjoner i tilsvarende saker var basert på en tolkning av vilkåret *likeartet*, og således at vilkårene i sktl. § 11-2 var oppfylt, eller om det etter ulovfestet rett også kan gjennomføres fusjoner der de deltakende selskapene ikke er *likeartede*.

Skattedirektoratet synes imidlertid å ha tatt et klart standpunkt på dette området i de gjennomgatte BFUene. De peker på at aksjeselskaper og borettslag representerer ulike selskapsformer, og konkluderer entydig med at selskapene ikke er *likeartede*, uten ytterligere tolkning av dette. Skattedirektoratet understreker også dette i intervju, der de uttaler at det ikke kan være tvil om at selskapene ikke kan anses *likeartede* som et resultat av deres og Finansdepartementets uttalelser. De stiller seg derfor undrende til uttalelsen som fremgår i Zimmer (2014), og viser til at en slik forståelse ikke er i tråd med de uttalelser som er avgitt.⁹⁷ På bakgrunn av dette er det derfor ingen tvil om at det etter gjeldende rettspraksis er ulovfestet rett som må komme til anvendelse for at fusjonen skal kunne gjennomføres skattefritt.

⁹⁷ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

Et moment som vi finner noe uklart er hvordan Skattedirektoratet behandler lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet, samt de konkluderende bemerkninger gjort av Skattedirektoratet i de ulike sakene. For de to sakene der fusjonen ikke aksepteres skattefritt, gjør overgangen til ligning av borettslagets andelshavere etter sktl. § 7-3 fra fusjonstidspunktet at skattemessig kontinuitet blir umulig å oppnå. De konkluderer imidlertid med at det er formålet om å komme i posisjon til ligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3 som gjør at selskapene ikke er *likestilt* på fusjonstidspunktet. Skattedirektoratet synes på bakgrunn av dette å tolke lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet mer som et slags tilleggsvilkår.

I de to sakene der skattefri fusjon blir akseptert derimot, oppfylles lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet, ved at borettslaget selskapslignes ut hele fusjonsåret.⁹⁸ Når borettslaget selskapslignes ut fusjonsåret, konkluderer Skattedirektoratet også med at selskapene er likestilte på fusjonstidspunktet, og dermed kan fusjoneres skattefritt. Selskapsligning av borettslaget ut fusjonsåret er dermed en forutsetning både for at selskapene skal anses likestilte på fusjonstidspunktet, og for at lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet skal kunne være oppfylt. Disse konseptene synes i denne problemstillingen dermed å gå mer hånd i hånd enn først antatt.

Etter vår mening er det imidlertid uheldig at Skattedirektoratet konkluderer med at selskapene i de to første sakene ikke er *likestilt* på fusjonstidspunktet når formålet med fusjonen er å komme i posisjon til ligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3. Det kan neppe hevdes noe annet enn at formålet bak fusjonen i alle de fire tilfellene er likt, nemlig å komme i posisjon til nevnte ligning. Forskjellen er bare at boligutviklerne i de to siste tilfellene tilpasser seg tidligere praksis for å oppnå ønsket utfall, og at dette utsettes til etterfølgende inntektsår. I intervjuet med Skattedirektoratet støtter de også denne forståelsen om at formålet bak fusjonen alltid vil være å komme i posisjon til ligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3.⁹⁹

⁹⁸ I BFU 17/13 vises det til at problemstillingen vedrørende skattemessig kontinuitet ikke oppstår, siden borettslaget først stiftes i fusjonsåret. Å beholde selskapsligning ut fusjonsåret er imidlertid eneste måte å oppnå skattefri fusjon ut ifra gjeldende praksis. Dette er også eneste måte å oppnå skattemessig kontinuitet når borettslaget selskapslignes før fusjonen. Det er dermed ikke hensiktsmessig å skille mellom de to sakene som har fått aksept, selv om problemstillingen vedrørende skattemessig kontinuitet bare drøftes i en av dem.

⁹⁹ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

6.2.2. Konklusjon

På bakgrunn av forutgående drøftelser, er et borettslag altså å regne som likestilt med et aksjeselskap dersom borettslaget bare har én andelshaver i hele fusjonsåret, og denne andelshaveren står for utbygging og salg av boligprosjektet. Som BFUene også viser, har næringslivet tilpasset seg denne praksisen. Det medfører også at den ønskelige overgangen fra selskapsligning til deltagerligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3, som gjennomgås i kapittel 6.4, først kan skje i inntektsåret etter fusjonsåret.

6.3. Dokumentavgiften som inntreer ved fusjonen

Utgangspunktet vedrørende dokumentavgift er at fusjoner og fisjoner som gjennomføres med selskapsrettslig kontinuitet ikke utløser denne.¹⁰⁰ I motsetning til fisjonen som er gjennomgått i kapittel 5, vil imidlertid ikke en fusjon mellom borettslag og dets heleide datteraksjeselskap gjennomføres med slik selskapsrettslig kontinuitet. Etter endringer i Stortingets skattevedtak for 2016, omfattes dog også omorganiseringer som gjennomføres med skattemessig kontinuitet etter sktl. §§ 11-2 til 11-5 av dokumentavgiftsfritaket.¹⁰¹

Omorganiseringer som gjennomføres etter ulovfestede regler, slik som en fusjon mellom borettslag og dets heleide datteraksjeselskap gjør, vil dermed på bakgrunn av dette fortsatt falle utenfor dokumentavgiftsfritaket, ettersom de ikke har hjemmel i sktl. § 11-2 til 11-5.¹⁰²

Dokumentavgiftsgrunnlaget vil være prisen på aksjene i tomteselskapet som er solgt til borettslaget, altså virkelig verdi av tomten på dette tidspunktet.

Dokumentavgiften vil således beregnes kun av tomten og ikke på hele bygningsmassen, noe som ville vært tilfellet dersom det isteden hadde vært foretatt et innmatssalg av den ferdigutviklede eiendommen. Som et resultat av dette, vil dokumentavgiften være på 2,5 % av den virkelige verdien av tomten på det tidspunkt aksjene overdras til borettslaget. Dette forutsetter imidlertid at det kun er tomten som ligger i det utfisjonerte selskapet som overdras til borettslaget, og at ikke utvikler også har lagt inn andre prosjektforhold her. Se kapittel 7.2 for nærmere redegjørelse av dette.

¹⁰⁰ Rundskriv G-06/2005

¹⁰¹ Jf. Stortingets skattevedtak 2016 § 2 bokstav k

¹⁰² Se f.eks. Prop. 1 LS (2015-2016) s.154 og Andersen & Fiskevoll (2015)

6.4. Overgang fra selskapsligning til deltakerligning

I det siste steget av modellen ønsker Utbygger AS en overgang fra selskapsligning av BRL til deltakerligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3. Vi har i kapittelet over konkludert med at BRL må selskapslignes etter de ordinære reglene i sktl. § 10-1 flg., jf. § 2-2 første ledd ut fusjonsåret for at fusjonen skal kunne gjennomføres skattefritt etter gjeldende praksis. Dermed kan en overgang fra slik selskapsligning til ligning av BRLs andelshavere etter særreglene i sktl. § 7-3 tidligst skje i inntektsåret etter fusjonsåret. Spørsmålet blir dermed hvorvidt denne overgangen vil utløse beskatning av BRL eller dets andelshavere.

Overgang til deltakerligning etter sktl. § 7-3 skjer først ved ferdigstillelse av leilighetene og overlevering av tilhørende bruksrett.¹⁰³ På grunnlag av at denne overgangen først skjer på dette tidspunktet, kan boligutvikleren også starte forhåndssalg av borettslagsandeler før fusjonen finner sted, uten at dette får konsekvens for borettslagets ligningsmåte. Ved slike forhåndssalg inngår det typisk en avtale som er betinget av en gitt prosent forhåndssalg, endelige reguleringer og andre sedvanlige forbehold.¹⁰⁴ Kjøperne vil således ikke erverve andelene i borettslaget med tilhørende bruksrett før ved ferdigstillelse av leilighetene, forutsatt at de ferdigstilles som avtalt.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt overgangen fra selskapsligning til ligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3 vil utløse beskatning av BRL eller dets andelshavere, så er dette et spørsmål som er tatt opp i begge de gjennomgåtte BFU'ene der skattefri fusjon ble akseptert. Det vises til uttalelse fra Finansdepartementet i en sak der det ble reist spørsmål vedrørende *omdanning av boligutleiende aksjeselskap til boligaksjeselskap eller borettslag*, inntatt i Utv. 2003 s. 1192:

«... Skattereglene for boligselskaper er spesielle. Begrunnelsen for å gjøre selskapet skattefritt ved visse eierkonstellasjoner for andelene gir ikke grunnlag for at selve overgangen utløser selskapsbeskatning. Slik overgangsbeskatning av selskapet ville dessuten harmonere dårlig med det forhold at selskapets skatteplikt generelt bortfaller ved overgangen. Dette

¹⁰³ Jf. fsfin og fssd § 7-3

¹⁰⁴ Se eksempelvis BFU 17/13

stadium i en omdanningsprosess leder derfor ikke til noen annen beskatning enn den vanlige gevinstbeskatning for selgeren av de aksjene ...

... aksjene i utleieselskapet overdras direkte fra tidligere privat eier til leietakerne, blir selskapet et skattefritt boligaksjeselskap etter overdragelsen, jf. skatteloven § 7-12 tredje ledd bokstav a. Leietakerne prosentlignes fra samme tidspunkt. Heller ikke denne varianten av skifte av ligningsform i boligselskapssektoren gir etter departementets syn noe grunnlag for noen form for oppgjørsbeskatning av selskapet eller de nye aksjonærene.»

Det har, etter at Finansdepartementet kom med denne uttalelsen vedrørende beskatning ved overgang fra ligning av selskap til deltakerligning av andelshavere, vært endringer på flere av de aktuelle reglene som uttalelsen bygger på. Skattedirektoratet presiserer likevel i begge forhåndsuttalelsene at det ikke foreligger noen endring i forhold til det Finansdepartementet uttaler om overgang fra selskapsligning til ligning av aksjonærer. Skattedirektoratet tolker videre at begrunnelsen Finansdepartementet har gitt for overgang fra selskapsligning til ligning av aksjonærene må gjelde tilsvarende for overgang fra selskapsligning av et borettslag til deltakerligning av andelshaverne.¹⁰⁵

På bakgrunn av dette konkluderer Skattedirektoratet i de to aktuelle sakene der skattefri fusjon ble akseptert, at overgang fra selskapsligning av borettslaget til deltakerligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3, tidligst i inntektsåret etter fusjonsåret, ikke utløser beskatning for hverken andelshaverne eller borettslaget. De ulike sakene vil ikke representere noen forskjell på dette området, så lenge de samme vilkårene for å kunne gjennomføre fusjonen skattefritt er oppfylt. Konklusjonen til Skattedirektoratet vil derfor også gjelde for andre, tilsvarende saker.

¹⁰⁵ BFU 17/13 og BFU 38/08

7. Numerisk framstilling av skatteeffekten for boligutviklere

Gjennom et enkelt numerisk eksempel, vil dette kapittelet gi en framstilling av hvilke resultateffekter det å benytte borettslagsmodellen kan ha for boligutviklere, ved at man skjerner verdistigningen på boligtomten for beskatning.

Tallstørrelsene er utarbeidet i samarbeid med en større boligutvikler, som i de senere årene har benyttet seg av denne modellen i økende grad.¹⁰⁶ For å nyansere bildet vil vi vise tall på to fiktive prosjekter, som illustrerer svært forskjellige effekter ved bruk av borettslagsmodellen.

I *Prosjekt høy* har den aktuelle tomten ligget i boligutviklerselskapet i mange år, som følge av et erverv fra langt tilbake i tid. Dagens markedsverdi på tomten er derfor vesentlig høyere enn den bokførte verdien, som representerer den historiske kostprisen. Tomten er således gjenstand for *høy* verdistigning.

I *Prosjekt lav* har boligutviklerselskapet motsetningsvis nylig ervervet en tomt for umiddelbar videreutvikling. Dagens markedsverdi på tomten vil som følge av dette ikke være særlig høyere enn den bokførte verdien. Tomten er således gjenstand for *lav* verdistigning.

	Tomteverdi	Bokført verdi	Verdistigning	Latent skatt	Økte kostnader	Resultateffekt
Prosjekt høy	20 000 000	1 000 000	19 000 000	4 750 000	500 000	4 250 000
Prosjekt lav	20 000 000	19 000 000	1 000 000	250 000	500 000	-250 000

Tabell 1: Resultateffekt ved bruk av borettslagsmodellen

Som tabellen viser, har vi estimert økte kostnader som følge av bruk av borettslagsmodellen til å ligge i størrelsesorden rundt en halv million. Dette er i tråd med estimater vi har fått fra boligutviklere, og består i stor grad av utgifter ved å innhente eksternt rådgivning, samt økte kostnader ved transaksjonsstrukturen som inngår i borettslagsmodellen.

I *Prosjekt høy* har tomten hatt en verdistigning på 19 millioner NOK. Ved å benytte seg av borettslagsmodellen, unngår man beskatning av denne verdistigningen. Med 2016-satser utgjør det 25 % av beløpet, 4,75 millioner NOK, som dermed blir den latente skatten for dette prosjektet. Tar man hensyn til de økte kostnadene boligutvikleren har pådratt seg ved å benytte

¹⁰⁶ Se vedlegg 3: Intervju Boligutvikler

borettslagsmodellen, vil de ende opp med en resultateffekt på 4,25 millioner NOK som følge av denne skattefordelen.

I *Prosjekt lav* derimot, har tomten som vi ser kun hatt en verdistigning på 1 million NOK. Den latente skatten for dette prosjektet, vil således være 250 000 NOK. Med økte kostnader på en halv million, som følge av at man benytter seg av borettslagsmodellen, ender man dermed opp med en negativ resultateffekt på 250 000 NOK.

Disse beregningene tydeliggjør hvilke type prosjekter det er særlig gunstig å benytte seg av borettslagsmodellen på, og vice versa. Som vi ser, vil det for prosjekter der det inngår en tomt med svært lav historisk kostpris, som dermed har vært gjenstand for høy verdistigning, kunne medføre en betydelig skattefordel for boligutviklingselskaper. Motsetningsvis, vil det på prosjekter der tomt er kjøpt for umiddelbar videreutvikling, ofte være slik at man ikke oppnår store nok skattefordeler til å overskride merkostnadene som oppstår. Verdistigningen på tomten har rett og slett ikke vært stor nok til å oppnå dette. I tillegg avslører beregningene at prosjektene (og tomteverdiene) må være av en viss størrelse for at det skal lønne seg å benytte modellen, som følge av de betydelige merkostnadene som oppstår.

I eksempelets *Prosjekt lav*, ville det f. eks. vært mer lønnsomt for boligutvikleren å følge normalsporet for slike prosjekter, nemlig at boligene bygges av byggherren og overføres direkte til borettslaget når prosjektet er klart til overlevering, med normal gevinstbeskatning.¹⁰⁷ En boligutvikler vi har intervjuet, uttaler også at sannsynligheten for å velge selveier fremfor borettslag som boligform øker for slike prosjekter, der bruk av borettslagsmodellen ikke medfører en positiv resultateffekt.¹⁰⁸

7.1. Markedsfaktorer ved valg av boligform

I tillegg til å måle skattefordelen opp mot merkostnadene ved å benytte seg av borettslagsmodellen, er det selvsagt også en rekke andre, kommersielle vurderinger som ligger bak valget av boligform på et prosjekt for boligutviklerne.

¹⁰⁷ Se vedlegg 4: Intervju EY

¹⁰⁸ Se vedlegg 3: Intervju Boligutvikler

Dette bygger i stor grad på selskapenes oppfattelse av markedet. Av boligutviklerne vi intervjuet ble det særlig pekt på at geografisk område var viktig når de vurderte valg av boligform for sine prosjekter. For å ta Oslo som eksempel, er det slik at man anser markedet for borettslagsandeler til å være stort på østkanten, mens det blir gradvis mindre og mindre etter hvert som man beveger seg vestover.¹⁰⁹ Dette ser man ikke minst ut ifra antall borettslag som er etablert i de ulike områdene.

Av andre markedsfaktorer som skiller selveierleiligheter fra borettslagsandeler kan særlig nevnes utleiebegrensningene som foreligger for sistnevnte, fellesgjelden som kan ligge i et borettslag og at borettslagsandeler er fritatt dokumentavgift.

Der en selveier ikke har noen begrensninger på utleie, er det opp til styret i et borettslag å godkjenne utleie av dets boliger. Resultatet av dette er at man normalt sett har en mer stabil eiermasse i et borettslag. Dette som følge av at man holder spekulantene unna borettslagsleilighetene, som et direkte resultat av utleiebegrensningene.

Når det gjelder fellesgjeld, så foreligger dette vanligvis ikke når man kjøper en selveier, i hvert fall ikke av betydelig størrelse. Et borettslag derimot, har som regel en betydelig fellesgjeld, om enn i varierende grad. Det kan være både fordeler og ulemper ved å ha slik fellesgjeld, men ulempene har utvilsomt blitt mindre de senere årene, mye takket være lovendringene som ble gjennomgått i kapittel 3.3. På den ene siden, kan fellesgjeld være en gunstig grunnfinansiering, særlig for unge i etableringsfasen, ved at den ofte har gunstigere lånebetingelser enn hva disse kan oppnå selv. På den annen side, kan borettslag med høy fellesgjeld ofte medføre at bokostnadene skyter i været etter hvert som avdragene begynner å løpe. Det er derfor viktig å være oppmerksom på dette.

Ved kjøp av borettslagsandeler, foreligger det ingen dokumentavgift. Grunnlaget for dette er at borettslagsandeler ikke er å regne som fast eiendom, og faller dermed utenfor hovedregelen i Stortingets vedtak om dokumentavgift § 1.¹¹⁰ Dette skiller seg fra selveierleiligheter, der kjøper må betale en dokumentavgift på 2,5

¹⁰⁹ Se vedlegg 3: Intervju Boligutvikler

¹¹⁰ Kartverket (2016)

% til staten. Som følge av at man er fritatt dokumentavgiften, vil det være en fordel for kjøper å erverve en borettslagsandel fremfor en selveierleilighet.

En kommersiell vurdering av de ovennevnte faktorer, kommer blant annet fram i vårt intervju med *Boligutvikler*,¹¹¹ der de på sitt *Prosjekt 2* velger å organisere deler av prosjektet som borettslag, mens den største delen av prosjektet fortsatt organiseres som selveierleiligheter. Dette begrunner de av rent markedsmessige hensyn. De anser at prosjektet kan generere høyest mulig overskudd ved at det er fordelt på denne måten, selv om det som de uttaler; «... hadde gitt størst skattemessig gevinst å etablere borettslagsandeler på hele prosjektet.»¹¹²

7.2. Legge inn prosjektgevinst i tomteselskapet – hvor langt kan strikken tøyes?

Et annet moment som er verdt å nevne, er at boligutviklerne, i tillegg til markedsverdien på tomten, kan velge å legge hele eller deler av prosjektgevinsten inn i beløpet som aksjene overdras til borettslaget for. På denne måten oppnår de også en latent skatt på den delen av prosjektgevinsten som legges inn her. Dette kan forklares ut ifra en strikk, som er tøyelig fra boligutviklernes side, og forutsetter at prosjektverdien ligger i det utfisjonerte tomteselskapet. Prisen på aksjene som overdras til borettslaget, skal reflektere markedsverdien til tomteselskapet i størst mulig grad. Således må boligutviklerne sørge for at denne prisen blir satt så riktig som mulig. Det innebærer også at usikkerhetsmomenter som eksempelvis risiko knyttet til grunnforhold og salgsrisiko må reflekteres i denne prisen. Dette medfører at prisen også vil variere ut ifra når i prosessen disse aksjene skal overdras, bl. a. som følge av at flere av disse usikkerhetsmomentene reduseres jo lenger ut i prosessen man er.

Boligutvikleren vi har intervjuet har på begge sine prosjekter valgt å legge prosjektverdien i det utfisjonerte tomteselskapet, for å kunne oppnå skattefordel også på prosjektgevinsten. I det ene prosjektet har de brukt to takstmenn for å fastsette en mest mulig riktig pris, mens de har valgt å fastsette denne prisen selv i det andre prosjektet. Sistnevnte var begrunnet med at usikkerheten på det

¹¹¹ Se vedlegg 3: Intervju Boligutvikler

¹¹² l.c.

nærmeste var eliminert, samt at totalentreprisen var fast, og at de således hadde godt grunnlag for å fastsette denne prisen internt.¹¹³

EY understreker imidlertid i intervju med oss, at utviklerne bør være forsiktig med hvor langt man strekker strikken i disse tilfellene. Dersom man går for langt her, må man også være forberedt på at skattemyndighetene kan ettergå om prisen er satt riktig. Som EY uttaler, kan man fort havne i en situasjon med en gjennomskjæringsbetraktning, en reklassifisering eller en endring av prisfastsettelsen som følge av dette.¹¹⁴

8. Er det nødvendig med en revisjon av gjeldende rett?

En av hovedmålsettingene med denne oppgaven er å vurdere om det er nødvendig med en revisjon av gjeldende rett på området omorganisering av fast eiendom for å sikre forutsigbarhet og stabilitet for aktørene. Som oppgaven har vist er det transaksjonsrekken fisjon av boligtomt med etterfølgende aksjesalg, samt fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap som reiser de tyngste problemstillingene. Følgelig vil det være på disse områdene vi ønsker å gjøre en vurdering av om det trengs en revisjon av gjeldende rett.

Gjennom alle intervjuer vi har gjennomført, både med Skattedirektoratet, boligutviklere og EY fremgår det at aktørene anser den ulovfestede omgåelsesnormen for å være uklar og ikke lett å praktisere.¹¹⁵ En slik oppfattelse er også i tråd med uttalelsene fra Gjems-Onstad og Folkvord (2013) i deres bok *Aktuell Bedriftsbeskatning*.¹¹⁶ Det synes på bakgrunn av dette å være konsensus blant aktørene for at tiden er moden for en revisjon av gjeldende rett på området. Spørsmålet som da reiser seg er hvorvidt man skal lovfeste dagens ulovfestede omgåelsesnorm. Dette spørsmålet er mye diskutert, og slett ikke en ny problemstilling innen norsk skatterett, noe kapittel 8.2 også vil vise.

Når det gjelder de aktuelle aktørenes synspunkter på dette temaet, fremgår det gjennom intervjuene at boligutviklerne anser at en lovfesting av omgåelsesnormen

¹¹³ Se vedlegg 3: Intervju Boligutvikler

¹¹⁴ Se vedlegg 4: Intervju EY

¹¹⁵ Se vedlegg 1-4: Diverse intervjuer

¹¹⁶ Gjems-Onstad & Folkvord (2013) s. 97

vil kunne øke stabiliteten og forutsigbarheten for deres prosjekter.¹¹⁷

Skattedirektoratet påpeker også at lovfesting fører til en endelig avklaring av forholdet til legalitetsprinsippet. I tillegg anfører de at det kan bidra til å klargjøre normens innhold, og således gjøre det lettere for aktørene å innrette seg. Dette kan igjen virke ressursbesparende for skattemyndighetene, som med dagens praksis bruker mye tid på å besvare henvendelser innenfor dette området.¹¹⁸

Skattedirektoratet understreker imidlertid at dette har to sider. At så mange av de bindende forhåndsuttalelsene de får tilsendt omhandler den ulovfestede omgåelsesnormen, viser at den har en viktig preventiv effekt ved at skattyterne er redd for å kunne bli rammet av den. Det vil være både fordeler og ulemper ved en lovfesting, og i stor grad vil dette bero på utformingen av en slik regel.

I tillegg til å anse den ulovfestede omgåelsesnormen som moden for forandring, stiller Skattedirektoratet spørsmålstegn ved hvorfor det ikke finnes en selskapsrettslig regel for fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap tilsvarende som det gjør for både boligbyggelag og samvirkeforetak. De stiller seg undrende til hvorfor en slik bestemmelse ble innført for boligbyggelag i 2012, mens man unnlot drøftelsen om hvorvidt en tilsvarende bestemmelse for borettslag også burde blitt innført.¹¹⁹

En nærmere drøftelse av de to områdene der aktørene peker på at en revisjon av gjeldende rett kan være nødvendig, gjøres i det følgende. Vi går først løs på fusjonsregelen, før vi går nærmere inn på omgåelsesnormen, som har vært særlig sentral i denne oppgaven. Parallelt med utarbeidelsen av denne oppgaven, har det også foregått en prosess som tar sikte på å få lovfestet omgåelsesnormen. Sammen med dens sentrale rolle i denne oppgaven, vil det følgelig være naturlig at størst fokus rettes mot denne i den kommende diskusjonen.

¹¹⁷ Se vedlegg 2: Intervju Boligutvikler og vedlegg 3: Intervju Boligbyggelag

¹¹⁸ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

¹¹⁹ l.c.

8.1. Fusjonsregel for borettslag og datteraksjeselskap tilsvarende som for boligbyggelag?

Allerede i forarbeidene til fusjons- og fisjonsreglene (Ot.prp. nr. 71 1995-96) viste Finansdepartementet til at fusjon mellom selskaper med ulik selskaps- eller ansvarsform ville bli lovregulert senere. Dette ble fulgt opp i Prop. 66 L (2011-12) *Endringer i bustadbyggjelagslova (fusjon mellom boligbyggelag og heleide datteraksjeselskaper)*, der Kommunal- og Regionaldepartementet foreslo en lovregel om fusjon mellom boligbyggelag og heleid datteraksjeselskap. I høringsrunden ble det av *Advokatforeningen* anført at en tilsvarende fusjonsregel for borettslag også burde innføres. De begrunnet dette med at lovforslaget i utgangspunktet gikk ut på å innføre en fusjonsregel mellom boligbyggelag og heleid datteraksjeselskap etter samme mønster som samvrkl. § 118, der tilsvarende fusjoner for et samvirkeforetak reguleres. Borettslag og boligbyggelag har samme forhold til samvirkeforetak, ved at de begge er samvirkeforetak, men likevel ikke omfattes av loven, jfr. samvrkl. § 1 fjerde ledd. *Advokatforeningen* hevdet at de samme hensyn som for boligbyggelag gjør seg gjeldende også for borettslag, og at det derfor burde blitt foreslått en tilsvarende regel for borettslag.¹²⁰

Kommunal- og Regionaldepartementet konkluderte imidlertid med at en slik regel for borettslag ville være lite praktisk, i og med at tradisjonelle borettslag sjelden etablerer datteraksjeselskap.¹²¹ Sett i lys av dagens bruk av borettslagsmodellen, som fremstilt i denne oppgaven, ser vi imidlertid at en slik konklusjon blir delvis uriktig. Riktignok er det korrekt at borettslag sjelden etablerer datteraksjeselskap, men som vist gjennom denne oppgaven, ender man likevel opp med denne selskapsstrukturen etter at borettslaget kjøper alle aksjene i det frittstående aksjeselskapet bestående av den aktuelle eiendommen. En slik regel ville, på bakgrunn av dette, nettopp vært svært praktisk for disse tilfellene, altså det motsatte av hva Kommunal- og Regionaldepartementet konkluderer med. Denne innvendingen støttes også av Skattedirektoratet i intervju.¹²² Direktoratet stiller seg på bakgrunn av dette undrende til forskjellene i lovgivningen. Man finner slik lovgivning for samvirkeforetak i samvrkl. § 118, og forslaget om innfusjonering

¹²⁰ Prop. 66 L (2011-12) s. 3

¹²¹ *ibid.* s. 4

¹²² Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

av heleid datteraksjeselskap i et boligbyggelag ble inntatt i bbl. § 9-14 i 2012. En tilsvarende regel ble imidlertid ikke inntatt i borettslagsloven, selv om den utvilsomt ville vært praktisk.¹²³

Det er imidlertid viktig å påpeke at regelen som Skattedirektoratet stiller spørsmålstegn ved hvorfor ikke ble innført, er en selskapsrettslig regel. Det kunne utvilsomt vært praktisk å ha en slik regel i den selskapsrettslige loven, men det er ikke dermed sagt at det ville hatt betydning for den skattemessige behandlingen av en fusjon mellom et borettslag og et heleid datteraksjeselskap. Det er fortsatt de samme skattemessige vilkårene, som drøftet i denne oppgaven, som må være oppfylt for at fusjonen skal kunne gjennomføres skattefritt.

Innføring av en slik selskapsrettslig regel for fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap ville imidlertid kunne hatt betydelige konsekvenser for dokumentavgiften som med dagens regelverk utløses ved fusjonen, slik som beskrevet i kapittel 6.3. Dersom regelen inntas i borettslagsloven, tilsvarende som det er gjort i samvirkeloven og boligbyggelagsloven, vil man etter vår oppfatning unngå å utløse dokumentavgiften også ved gjennomføringen av en fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap.¹²⁴ På denne måten kunne en innføring av regelen hatt betydelige positive konsekvenser for boligutviklere som benytter seg av borettslagsmodellen.

Etter vårt syn, vil det på bakgrunn av den ovennevnte diskusjonen være positivt om en regel for fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap blir innført. Regelen ville vært praktisk, og den ville bidratt til større forutsigbarhet for aktørene som kan tenke seg å benytte borettslagsmodellen.¹²⁵

¹²³ Se vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

¹²⁴ Se Rundskriv G-06/2005, der Justisdepartementet kommer med denne anføringen.

¹²⁵ Se vedlegg 2: Intervju Boligbyggelag og vedlegg 3: Intervju Boligutvikler som avslører at denne type regler sikrer større forutsigbarhet for aktørene.

8.2. Lovfesting av omgåelsesnormen?

Spørsmålet rundt lovfesting av omgåelsesnormen er slett ikke noen ny problemstilling, slik det neste underkapittelet vil vise. Aktive skattedebattanter har argumentert både for og imot en slik lovfesting. Blant aktørene som er involvert i omorganiseringene som er gjennomgått i denne oppgaven, synes det imidlertid å være konsensus for at lovfesting av omgåelsesnormen kan bidra til å gjøre normens innhold klarere. Gjennom lovfesting hevdes det at forutsigbarheten for skattyterne kan økes, samtidig som retningslinjene for når myndighetene kan gripe inn blir klarere.¹²⁶ Det må imidlertid også påpekes at utformingen av regelen er avgjørende for om man oppnår dette. Samtidig så ligger det i sakens natur – særlig det at den tar sikte på å gjelde for skatteplanleggingsopplegg som enda ikke har sett dagens lys - at selv med en god utforming, må de bruke nokså generelle termer og overlate noe til skjønn i den enkelte sak, noe som nødvendigvis innebærer at forutsigbarheten må være begrenset, om enn i mindre grad.¹²⁷

Et annet argument for å lovfeste omgåelsesnormen er å avklare dens forhold til legalitetsprinsippet. Høyesterett har aldri tatt dette forholdet opp til noen reell diskusjon, og det fremstår dermed som uavklart, selv om det neppe vil være noen som bestrider at omgåelsesnormen er gjeldende rett i dag. Dette har således begrenset praktisk betydning, men er likevel av atskillig betydning prinsipielt.¹²⁸

Et tredje argument for lovfesting av omgåelsesnormen er å klargjøre dens grenser mot internprisingsbestemmelsen i sktl. § 13-1. Ligningsmyndighetene har blitt kritisert for at de til dels legger opp til et overlappende anvendelsesområde for de to. Det heter bl.a. i Lignings-ABC om internprisingsbestemmelsen:

«Bestemmelsen kan også benyttes til å omklassifisere en transaksjon, for eksempel fordi parter kan ha felles interesse i å få en transaksjon klassifisert på en bestemt skatterettslig måte.»¹²⁹

Slik rekarakterisering av rettsforhold som Lignings-ABC åpner for her, hører imidlertid til det sentrale innhold av omgåelsesnormen, som igjen stiller andre, og gjennomgående strengere vilkår enn internprisingsbestemmelsen i sktl. § 13-1.

¹²⁶ Se vedlegg 1-4: Diverse intervjuer

¹²⁷ NOU 2016:5 s. 10

¹²⁸ ibid. s. 11

¹²⁹ Lignings-ABC 2015/16 s. 1313

Dersom sktl. § 13-1 anses anvendelig i alle tilfeller der interessefellesskap foreligger, vil anvendelsesområdet for omgåelsesnormen bli begrenset som følge av at det også i saker der det er aktuelt å vurdere omgåelse, er meget vanlig med et interessefellesskap. En slik forståelse av sktl. § 13-1 som Lignings-ABC gir uttrykk for gjennom denne uttalelsen er kritisert av flere, bl.a. er Zimmer av den oppfatning at den rett og slett er uriktig.¹³⁰ En nyere dom som illustrerer problemet med å ha et overlappende anvendelsesområde for omgåelsesnormen og internprisingsbestemmelsen er LB-2015-17431 Borgarting (IKEA) av 19. februar 2016. Vi kommer nærmere tilbake til denne dommen i kapittel 8.2.4.4.

Et siste argument for å lovfeste omgåelsesnormen, er at dette er eneste måte man kan endre innholdet i den, i større eller mindre grad. Utviklingen av innholdet i normen gjennom senere tids høyesterettspraksis har blitt kritisert fra flere hold, se eksempelvis Folkvord¹³¹, Zimmer¹³² og Scheel-utvalget.¹³³ Som det følgende vil vise var det særlig dette punktet som var avgjørende for at Finansdepartementet gav professor em. Fredrik Zimmer i oppdrag å utrede en lovfestet skatterettslig omgåelsesnorm, som en direkte følge av Scheel-utvalgets forslag om en slik lovfesting.

8.2.1. *Lovfesting av omgåelsesnormen i et historisk perspektiv*

Spørsmålet om hvorvidt omgåelsesnormen bør lovfestes er, som nevnt, ikke noen ny problemstilling innen norsk skatterett. Allerede i 1991 fikk dr. juris Magnus Aarbakke, som leder av Aarbakke-utvalget, oppdraget med å utrede lovfesting av en generalklausul rettet mot omgåelsesforsøk.¹³⁴

I utredningen fremhevet Aarbakke særlig at lovfesting av omgåelsesnormen var ønskelig ut fra hensynet til skattyters rettssikkerhet og informasjon, ligningsmyndighetenes arbeid og lovgivers innflytelse. Samtidig avviste han at forslaget ville svekke forutberegneligheten, innebære økt inntrengning i sivilrettslige disposisjoner eller stenge for rettsutviklingen.¹³⁵

¹³⁰ NOU 2016:5 s. 68

¹³¹ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1089

¹³² NOU 2016:5 kap. 8

¹³³ NOU 2014:13 s. 198

¹³⁴ Banoun (2003) s. 82

¹³⁵ *ibid.* s. 83

I høringsrunden møtte imidlertid Aarbakkes forslag til en lovfesting av omgåelsesnormen stor motstand, særlig fra privat sektor. Hovedinnvendingen mot lovforslaget var at det nettopp ville medføre utvidet adgang til gjennomskjæring, svekke rettssikkerheten og forutberegneligheten, samt innebære inntrengning i sivilrettslige disposisjoner. Følgen av de sterke innvendingene var at saken ikke ble fremmet for Stortinget på ny.¹³⁶

Til denne hendelsen kommenterer Banoun (2003) med at: «*Fordi generalklausulen ikke ble vedtatt, vil det aldri bli klarhet i om lovforslaget ville ha medført en utvidelse av adgangen til gjennomskjæring eller ikke.*»¹³⁷

Diskusjonen rundt lovfesting av omgåelsesnormen ble på mange måter lagt død etter Aarbakke-utvalgets forslag. Banoun (2003) uttaler i dette hensyn at:

*«... er det ingen signaler om at departementet kommer til å ta opp igjen forslaget om lovfesting av omgåelsesregelen. Departementet virker tilfreds med at omgåelsesregelen er ulovfestet, og Finanskomiteen synes ikke lenger å være opptatt av spørsmålet om lovfesting.»*¹³⁸

Høyesteretts veivalg de senere årene har imidlertid, sammen med utviklingen ellers i Europa, ført til at diskusjonen rundt lovfesting av omgåelsesnormen igjen har skutt fart. Som det følgende vil vise, tok Scheel-utvalget gjennom sin utredning initiativ til slik lovfesting.

8.2.2. Lovfestet omgåelsesnorm i et internasjonalt perspektiv

Lovfestede omgåelsesnormer, også generelle, har etter hvert blitt det klart vanligste internasjonalt. Til sammenligning har svensk-, finsk-, tysk- og engelsk rett alle en lovfestet omgåelsesregel. En nærmere oversikt¹³⁹ viser i all vesentlighet stor grad av sammenfall mht. vilkårene i disse omgåelsesreglene. Ved siden av at det må foreligge en reell skattefordel, er det ofte, men ikke alltid, ett vilkår som refererer seg til skattyters formål eller motiv og ett som refererer seg til mer objektive forhold, der spenningen mellom rettslig form og økonomisk

¹³⁶ Banoun (2003) s. 84 og NOU 2016:5 s. 23

¹³⁷ Banoun (2003) s. 84

¹³⁸ l.c.

¹³⁹ NOU 2016:5 kap. 5

innhold står sentralt. I det store bildet kan Høyesteretts formulering av normen sies å falle inn i et internasjonalt mønster, noe som tilsier en videreføring av formen på det helt overordnede plan, dersom det bestemmes at regelen skal lovfestes.

Banoun (2003) mente i sin doktorgradsavhandling at rettstilstanden i landene hun undersøkte nærmest kunne grupperes i to leire. De ovennevnte landene faller inn under gruppen der domstolene har inntatt en passiv rolle hva gjelder omgåelse, bl.a. ved en relativ bokstavtro tolkning av skattelovbestemmelser. Motsetningsvis faller Norge med dagens rettstilstand inn under den andre gruppen, der domstolene har inntatt en aktiv rolle i relasjon til omgåelse. Innen denne gruppen har omgåelsesforsøk blitt møtt med liberal lovtolkning og/eller ulovfestede omgåelsesnormer. Andre land som har falt inn under denne kategorien er USA og Danmark. Sistnevnte har tradisjonelt ikke hatt noen lovfestet omgåelsesnorm, men en viss endring i dette inntrådte riktignok i 2015, da en omgåelsesnorm knyttet til internasjonale transaksjoner trådte i kraft.¹⁴⁰

Innen EU har aggressiv skatteplanlegging vært et mye omtalt tema de siste årene. For å motvirke slik skatteplanlegging, har EU-kommisjonen anbefalt medlemslandene å lovfeste en General Anti-Abuse Rule (GAAR).¹⁴¹ Europarådet vedtok i 2015 at regelen skulle inngå i handlingsplanen som bindende. Gjennom dette er medlemslandene forpliktet til å ha en regel som rammer aggressiv skatteplanlegging. Det var nettopp dette som også var bakteppet for endringen i Danmark, som nevnt ovenfor.¹⁴²

Selv om ikke Norge omfattes direkte av reglene som EU-medlemslandene må forholde seg til, er de likevel av stor interesse som følge av at disse landene representerer flere av våre viktigste handelspartnere. Det vil således være stor grenseoverskridende aktivitet som også er av skattemessig betydning. En viss overensstemmelse mellom omgåelsesnormen her hjemme og EU-bestemmelsene kan i så måte bidra til oversiktighet for bedrifter som ønsker å gjøre handel med og i Norge.

¹⁴⁰ NOU 2016:5 s. 47

¹⁴¹ European Commission (2012) s. 4

¹⁴² EY Global Tax Alert (2015)

8.2.3. *Scheel-utvalget*

Scheel-utvalget tok opp problemstillingen om hvorvidt den ulovfestede omgåelsesnormen er en egnet regel til å motvirke uthuling av skattegrunnlag på generelt grunnlag, og videre om utviklingen i rettspraksis gir grunnlag for å lovfeste normen. Etter utvalgets vurdering er en dynamisk omgåelsesnorm en sentral del av det norske skattesystemet, som følge av at det er mindre detaljregulert enn det som er tilfellet i mange andre land. Dermed kan det også lettere oppstå utilsiktede *hull* som følge av en bokstavtro lovtolkning. Utvalget påpekte at regelen slik den er forstått i praksis, sammen med de vanskelige og skjønnsmessige vurderingstemaene i den, tilsier en mer begrenset anvendelse av den. Dette synes også å være i tråd med vurderinger av generelle omgåelsesregler i andre land.¹⁴³

Som nevnt i kapittel 5.5.1.2, har utviklingen i omgåelsesregelens innhold gått i retning av en subjektiv vurdering av grunnvilkåret. Samtidig har spørsmålet om hvorvidt man bør lovfeste omgåelsesnormen til stadighet blitt reist i ulike proposisjoner de senere år, uten at det foreløpig har blitt fremmet noen konkrete forslag. Scheel-utvalget konkluderte med at utviklingen av den ulovfestede omgåelsesnormen i senere rettspraksis har vært uheldig, særlig i form av en mer subjektiv bedømmelse av skattemotivet. På bakgrunn av dette, og for å styrke omgåelsesnormen, mente utvalget at normen burde lovfestes, og at terskelen for anvendelse samtidig bør senkes, særlig ved at det bør stilles strengere krav til disposisjonens forretningsmessige egenverdi. De gikk ikke nærmere inn på hvordan regelen burde utformes, men påpekte at den burde være generell og dynamisk, slik at nye tilfeller av omgøelser også fanges opp.¹⁴⁴

8.2.4. *Arbeidet med å lovfeste omgåelsesnormen*

I tråd med innledende argumenter for å lovfeste omgåelsesnormen, samt vurderinger fra næringslivsaktører og i lys av internasjonal rett, kan det synes som om tiden er inne for en lovfesting av omgåelsesnormen også i Norge. Som forrige kapittel viser, kom også Scheel-utvalget i sin utredning fram til denne konklusjonen.

¹⁴³ NOU 2014: 13 s. 197-198

¹⁴⁴ l.c.

Finansdepartementet støttet Scheel-utvalget i at det forelå gode grunner til å lovfeste omgåelsesregelen, og gav professor em. Fredrik Zimmer i oppdrag å utrede en lovfestet skatterettslig omgåelsesnorm.¹⁴⁵ Departementet ba særlig om nærmere drøftelse av tre temaer, der følgende to har vært sentrale i vår oppgave:

- Hvorvidt en objektiv eller subjektiv vurdering av skattyters motiv skal drøftes
- Omtale av omgåelsesmuligheter i forarbeider

Det første punktet er som vi ser et direkte resultat av det Scheel-utvalget pekte på som en uheldig dreining mot en mer subjektiv bedømmelse av skattemotivet i senere rettspraksis. Det andre punktet er særlig knyttet til Tangen 7 som har vært sentral i vår oppgave. Departementet peker på at denne dommen reiser et prinsipielt spørsmål om hvorvidt bruk av den generelle omgåelsesnormen skal være utelukket i de tilfeller der lovgiver har avstått fra å gi spesialregler for å motvirke en påregnelig omgåelse.¹⁴⁶

Mandatet til Zimmer var altså å utarbeide en lovfestet skatterettslig omgåelsesnorm. Hans utredning inneholder derfor ikke noen videre drøfting om hvorvidt en slik norm bør lovfestes eller ikke, ut ifra hans syn. Det framkommer likevel relativt klart gjennom hans utredning at han tydelig ser positive effekter ved en slik lovfesting. Særlig er han kritisk til deler av Høyesteretts' praksis de senere årene og viser således til at en lovfesting er eneste måte å rette opp i dette. I motsetning til Banoun (2003)¹⁴⁷ regner Zimmer altså at behovet for en materiell endring av rettstilstanden, i større eller mindre grad, er presserende i norsk rett ut ifra dagens rettstilstand. Dette understreker også de forholdsvis aggressive retningsendringene omgåelsesnormen har tatt i Høyesterett siden Banouns uttalelse.

En fremstilling av Zimmers lovforslag ligger ikke innenfor denne oppgavens rammer. Vi finner det likevel hensiktsmessig med en drøftelse av enkelte vurderingstemaer som ble tillagt avgjørende vekt i Tangen 7-dommen, men som Zimmer mener var uheldig og således tar sikte på å rette opp i gjennom sitt lovforslag. De kommende underkapitlene vil derfor rette oppmerksomheten mot disse vurderingstemaene. For det videre innholdet i Zimmers lovforslag, og

¹⁴⁵ Meld. St 4 (2015-2016) pkt. 8.6.3

¹⁴⁶ NOU 2016:5 s. 8

¹⁴⁷ Banoun (2003) s. 110

innholdet i utredningen for øvrig, henviser vi til NOU 2016:5 *Omgåelsesregel i skatteretten*.

I tillegg til de ovennevnte vurderingstemaene, vil vi drøfte kort omgåelsesnormens grense mot internprisingsbestemmelsen i sktl. § 13-1, som Zimmer tar sikte på å klargjøre, særlig sett i lys av IKEA-dommen som nylig ble anket til Høyesterett.

8.2.4.1. *Objektiv eller subjektiv vurdering av skattyters motiv?*

Høyesterett har de senere årene lagt til grunn at både et subjektivt grunnvilkår og et – i det vesentlige objektivt - tilleggsvilkår (totalvurdering) må være oppfylt for at omgåelsesnormen skal kunne anvendes. Rt. 2006 s. 1232 (Telenor) var første høyesterettsdom som la til grunn at grunnvilkåret skulle vurderes subjektivt, og formuleringen er tilsvarende den i Tangen 7, inntatt i kapittel 5.5.1.

Formuleringen er også gjengitt tilsvarende i alle senere høyesterettsdommer om omgåelse.¹⁴⁸

Zimmer støtter Scheel-utvalgets uttalelse om at dreiningen mot en mer subjektiv bedømmelse av skattemotivet de senere årene har vært negativ. En følge av dette er at han ønsker mer fokus på objektivitetsvilkåret og foreslår således å snu om på vilkårenes rekkefølge. I utredningen foreslås det at den objektive helhetsvurderingen, langt på vei tilsvarende den tidligere totalvurderingen kommer først, mens det subjektive vilkåret kommer som en slags *siste utvei* for skattyteren til likevel ikke å bli rammet av normen hvis vedkommende kan påvise at disposisjonen var vesentlig ikke-skattemessig motivert.¹⁴⁹ Hva gjelder innholdet i sistnevnte, så representerer lovforslaget i det vesentligste en videreføring av grunnvilkåret under dagens norm i Høyesterett. Dog fremgår det av utredningen at en objektivisert tilnærming ved vurderingen av hva som er skattyters formål er bedre enn den rent subjektive tilnærming som Høyesterett har valgt. Dette er også mer i tråd med det som gjelder ellers ved subjektive kriterier i skatteretten og i tilsvarende regel i andre land.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Se eksempelvis Rt. 2007 s. 209 (Hex) og Rt. 2012 s. 1888 (Dyvi)

¹⁴⁹ NOU 2016:5 s. 9

¹⁵⁰ *ibid.* s. 102

Når det gjelder innholdet i den objektive helhetsvurderingen, peker Zimmer på enkelte forhold der han mener senere tids høyesterettspraksis har tatt en del uheldige standpunkt, og som han ønsker å rette på gjennom sitt lovforslag.

Først tar han tak i den overordnede strukturen der det f.o.m. Rt. 2006 s. 1232 (Telenor) fremgår i samtlige omgåelsessaker i Høyesterett at det:

*«... ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglernes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen».*¹⁵¹

Denne formuleringen er ifølge Zimmer uheldig, særlig i form av at målsetningen er å komme frem til om disposisjonen fremstår som stridende mot reglernes formål. Disposisjonens egenverdi er således kun medregnet som et moment i denne vurderingen. Zimmer viser til at denne formuleringen tilsier at dersom resultatet strider mot skattereglernes formål, selv om egenverdien er svært høy, er det et tilstrekkelig grunnlag for å anvende omgåelsesnormen, selv om dette strider direkte mot enkelte av høyesterettsdommenes utfall.¹⁵²

På bakgrunn av dette, ønsker Zimmer en formulering likere de som tidligere ble lagt til grunn i Høyesterett, der forholdet til skattelovgivningens formål ikke blir satt opp som målsetningen med vurderingen. Senest i Rt. 2006 s. 1062 (A), formulerte Høyesterett seg slik at avgjørelsen beror på:

*«... en totalvurdering hvor de sentrale spørsmål er hvilken egenverdi disposisjonen har utover skattebesparelsen, og om det skatterettslige resultatet ved å følge formen fremtrer som stridende mot skattereglernes formål».*¹⁵³

Zimmer støtter at grad av egenverdi og grad av strid med skattereglernes formål blir de særlig sentrale, blant flere, momenter i vurderingen, og med et visst gjensidighetsforhold. Jo større grad av strid med reglernes formål, desto mer kreves dermed av disposisjonens egenverdi, og vice versa.¹⁵⁴

¹⁵¹ Rt. 2014 s. 227 avs. 48

¹⁵² NOU 2016:5 s. 83

¹⁵³ Rt. 2006 s. 1062 (A)

¹⁵⁴ NOU 2016:5 s. 83

En overgang tilbake til en objektiv helhetsvurdering vil trolig også gjøre etterprøvbareheten av transaksjonen langt lettere, og føre til sterkere likebehandling av selskaper. En del av kritikken mot en subjektiv vurdering at skattyters motiv har gått på at det gjør det lettere for store bedrifter å begrunne en transaksjon forretningsmessig ved hjelp av advokatrådgivning. Dette som følge av at det alltid vil finnes flere grunner til å gjennomføre større transaksjoner, dersom det graves dypt nok. Gjems-Onstad har om dette uttalt følgende:

«For store konserner kan subjektivisering av omgåelsesnormen være en fordel. Man vil alltid, bare man utreder nok ved hjelp av juridiske og økonomiske rådgivere, kunne dokumentere at man hadde bedriftsøkonomiske motiver for det man gjorde. For mindre skattytere som opererer med mindre kompliserte strukturer og strategier, og ofte ikke har mentalt overskudd til å tenke tilstrekkelig i forkant, kan det være vanskeligere å sannsynliggjøre avgjørende ikke-skattemessige motiver for transaksjoner der markerte skatteeffekter er det som rent objektivt dominerer.»¹⁵⁵

8.2.4.2. Hvilke skattereglers formål?

Et annet vurderingstema i totalvurderingen, der Zimmer mener Høyesterett har vært for uklare, er hva som skal anses omfattet av det svært sentrale uttrykket skattereglens formål. Utredningen viser til at høyesterettspraksis reiser spørsmålet om hvilke skattereglers formål det dreier seg om, og det konkluderes med at det først og fremst må referere til den eller de regler som påstås omgått. Dette mener han til dels strider mot nyere høyesterettspraksis, der det anses at man først og fremst går inn på formålet med de regler som er brukt som virkemiddel for den påståtte omgåelsestransaksjonen.¹⁵⁶

Tangen 7 har vært svært sentral for gjeldende rettspraksis på området omorganisering av fast eiendom og dermed også for denne oppgaven, og representerer kjernen i denne problemstillingen. Her er det formålet med reglene om fisjon med kontinuitet og salg av aksjer som drøftes omfattende, selv om disse

¹⁵⁵ Gjems-Onstad (2015) s. 1072

¹⁵⁶ NOU 2016:5 s. 112

disposisjonene kun ble brukt som virkemidler for å unngå beskatning av gevinst ved salg av fast eiendom. Førstvoterende uttalte bl.a.:

«Isolert sett er det naturligvis i strid med formålet med den alminnelige gevinstbeskatningsregelen dersom oljeselskapets gevinst ikke kommer til beskatning. Dette er imidlertid uten interesse fordi reglene i fritaksmodellen nettopp har til hensikt å unnta slike gevinster fra beskatning.»¹⁵⁷

Denne formuleringen innebærer at formålet med den regelen som forsøkes omgått, nemlig at gevinst ved salg av fast eiendom er skattepliktig, kom helt i bakgrunnen, noe som var svært uheldig, ifølge Zimmer.¹⁵⁸

På bakgrunn av dette mener Zimmer at formålet med regelen som forsøkes omgått bør tillegges *særlig vekt* i drøftelsen, mens de regler som brukes som virkemidler i disposisjonen skal vektlegges som et tillegg.¹⁵⁹ Et konkret eksempel fra Tangen 7-dommen er at skattefrihet for aksjegevinst i og for seg forhindrer kjedebeskatning, som er formålet med fritaksmetoden. Det påpekes imidlertid at dette neppe kan tillegges større vekt isolert sett, og at formålet med den omgåtte regelen, her skatteplikt av gevinst ved salg av eiendom, isteden skulle vært det mest sentrale.

8.2.4.3. Omtale av omgåelsesmuligheter i forarbeidene

Et tredje vurderingstema, som også er særlig knyttet til Tangen 7, er omtalen av omgåelsesmuligheter i forarbeidene. I denne dommen ble det vist til at Finansdepartementet gjentatte ganger hadde reist spørsmål og gjort oppmerksom på den aktuelle omgåelsesmuligheten. Det ble imidlertid ikke foreslått noen konkrete forslag for å forhindre denne muligheten, men at de ville ha spørsmålet under oppsikt. I Høyesteretts vurdering ble dette vektlagt (i skattyters favør) som et argument for at den aktuelle transaksjonsrekken ikke kunne anses som omgåelse. Det ble vist til at man ikke kunne se bort fra at lovgiveren med åpne øyne hadde innført et regelverk som innbyr til en slik tilpasning, men samtidig avstått fra å innføre regler for å hindre slik tilpasning.

¹⁵⁷ Rt. 2014 s. 227 avs. 53

¹⁵⁸ NOU 2016:5 s. 85

¹⁵⁹ *ibid.* s. 111

Zimmer påpeker at en generell omgåelsesregel først og fremst har til formål å fange opp tilfeller av omgåelse som man ennå ikke kjenner til. Kjente omgåelsesmuligheter bør dermed søkes løst i lovgivningen, noe som impliserer at mangel på slik lovgivning kan tale for at omgåelsesregelen ikke bør kunne anvendes.¹⁶⁰

Motsetningsvis påpeker Zimmer imidlertid at slike formuleringer i forarbeidene overhodet ikke gir noe signal om at de aktuelle tilpasningene er i tråd med lovens formål, at lovgivningen skal anses uttømmende eller at tilpasningen av andre grunner er akseptert. Han hevder tvert om at slike drøftelser i forarbeidene gir skattyteren en advarsel om at man er på ukjent farvann ved en slik tilpasning, og at man således må regne med at skattemyndighetene tar opp spørsmålet.¹⁶¹

Han understreker også diskusjonsfriheten til de som utreder skattelovsendringer – det at man bør kunne ta opp og diskutere åpent de spørsmål som et skatteforslag kan reise, uten at man risikerer at det i seg selv kan bli brukt i rettsanvendelsen senere, typisk i disfavør av det offentlige.¹⁶²

I utredningen fremgår det at Zimmer anser de sistnevnte momentene for særlig tungtveiende. Lovforslaget viderefører derfor ikke synspunktet som ble etablert gjennom Tangen 7, at erkjennelse av omgåelsesmuligheter og avståelse fra lovforslag for å løse dette, bør vektlegges i skattyters favør.

8.2.4.4. Avklaring av grensen mot sktl. § 13-1

Et av argumentene for lovfesting av omgåelsesnormen var å avskjære muligheten for at den skulle ha et overlappende anvendelsesområde i forhold til internprisingsbestemmelsen i sktl. § 13-1. Zimmer anfører i lovforslaget at dette skal hindre at kjerneområder for anvendelse av omgåelsesnormen i praksis blir regulert av de lempeligere reglene (sett fra statens side) og således svekker den praktiske betydningen av den.¹⁶³

¹⁶⁰ NOU 2016:5 s. 94

¹⁶¹ l.c.

¹⁶² l.c.

¹⁶³ NOU 2016:5 s. 69

Problemene med å gi sktl. § 13-1 overlappende anvendelsesområde i forhold til omgåelsesnormen, slik som Lignings-ABC anfører i uttalelsen på oppgavens side 59, illustreres godt i LB-2015-17431 Borgarting (IKEA-dommen) av 19. februar 2016.¹⁶⁴ I dommen baseres resultatet på en vurdering av sktl. § 13-1, selv om saksforholdet – å gå fra direkte til indirekte eierskap gjennom en tilnærmet sirkulær transaksjonskjede – er et typisk eksempel på en transaksjonsrekke som faller inn under omgåelsesnormen. Vilkårene for å anvende den ulovfestede omgåelsesnormen ble altså ikke vurdert overhodet, noe som er kritisert fra flere hold. Zimmer anfører om dette bl.a.:

«... dersom sktl. § 13-1 skal kunne anvendes i alle tilfeller der hvor det foreligger interessefellesskap, kan terskelen for å gripe inn bli betenkelig lav. Det vil være nok at skattyters opplegg er påvirket av interessefellesskap og at inntektsreduksjonene har sammenheng med dette, mens det ikke blir noe spørsmål om transaksjonens ikke-skatterettslige egenverdi, skattyters formål, grad av strid mot skattereglens formål og andre momenter som kommer inn i vurderingen etter omgåelsesnormen.»¹⁶⁵

På bakgrunn av de ovennevnte synspunkt, særlig sett i lys av IKEA-dommen, ønsker Zimmer at lovforslaget skal medføre at sktl. § 13-1 og omgåelsesnormen skal få adskilte anvendelsesområder, uten rom for overlapping.¹⁶⁶ Dette foreslås løst gjennom en endring av sktl. § 13-1, der det bør gjøres klart at bestemmelsen bare gjelder der det er aktuelt å endre priser på transaksjoner mellom skattytere med interessefellesskap, herunder også å foreta strukturell justering som ledd i slik prising.¹⁶⁷ Konsekvensen for IKEA-dommen av en slik endring ville vært at

¹⁶⁴ IKEA-dommen: IKEA Handel og Eiendom AS utfisjonerte syv eiendommer (bokførte verdier) til egne aksjeselskaper opprettet av morselskapet, som var hjemmehørende i Nederland. Aksjene i de utfisjonerte eiendomsselskapene ble brukt som tingsinnskudd i et nystiftet holdingselskap, som var stiftet av det samme nederlandske morselskapet. Aksjene i holdingselskapet ble så kjøpt tilbake av IKEA Handel og Eiendom AS til virkelige verdier, og kjøpet ble lånefinansiert via konsernets "internbank" i Belgia. Resultatet av transaksjonene var altså at IKEA Handel og Eiendom AS gikk fra å være direkte til å bli indirekte eier av eiendommene, samtidig som de pådro seg stor gjeld som følge av det lånefinansierte aksjekjøpet (ca. 2,1 milliarder NOK). Ved ligningen ble selskapet nektet fradrag for gjeldsrentene, og ligningsmyndighetene begrunnet dette standpunktet både med sktl. § 13-1 og den ulovfestede omgåelsesnormen. Både i Tingretten og Lagmannsretten har Staten v/Skatt Øst fått full medhold. IKEA har anket saken til Høyesterett og per 7.6.2016 har Høyesteretts ankeutvalg tillatt saken fremmet.

¹⁶⁵ NOU 2016:5 s. 68

¹⁶⁶ ibid. s. 108

¹⁶⁷ ibid. s. 68

transaksjonskjeden skulle blitt vurdert opp mot omgåelsesnormen, istedenfor mot internprisingsbestemmelsen i sktl. § 13-1.

Det fremgår altså av ovennevnte at Zimmer ønsker å avskjære muligheten til overlappende anvendelsesområder for internprisingsbestemmelsen og omgåelsesnormen, uavhengig av om normen lovfestes eller forblir ulovfestet.

8.2.5. *Terskel for anvendelse*

Som anvist i kapittel 8.2.3 mente Scheel-utvalget at terskelen for anvendelse av omgåelsesnormen burde senkes ved lovfesting, blant annet ved at det burde stilles strengere krav til disposisjonens forretningsmessige egenverdi. De gav imidlertid ingen nærmere begrunnelse for dette synspunktet.

Zimmer peker i utredningen på at terskelen for anvendelse av omgåelsesnormen også kan senkes (eller heves) på andre måter enn ved å endre kravet til egenverdi. Ved en vurdering av om Zimmers utredning representerer en endring i terskelen, må det tas i betraktning at det foreslås en del endringer i enkeltheter som gjennomgående vil lede til strengere anvendelse av omgåelsesnormen hvor slike forhold gjør seg gjeldende. Dette gjelder f. eks. subjektivt formål og betydningen av skattereglenes formål, som nevnt i foregående kapitler. Utredningen tar således sikte på at endringene her skal fungere som en oppstramming av utglidningen som har skjedd i Høyesterett.¹⁶⁸

Når det gjelder det mer generelle spørsmålet om terskelen for å gripe inn ved hjelp av omgåelsesregelen, viser Zimmer til at denne vurderingen må skje i lys av flere, til dels stridende hensyn, som må balanseres mot hverandre. Først og fremst anføres det at man må ta sikte på å ramme transaksjoner som primært bidrar til skattefordeler, og ikke til samfunnsøkonomien, samtidig som man ikke legger hindringer for nyskapning og kreativitet. De sistnevnte er jo nettopp med på å bringe samfunnsøkonomien fremover.¹⁶⁹

Utredningens oppfatning er at nyere praksis i Høyesterett i det store bildet har truffet dette balansepunktet forholdsvis godt. Det pekes på at de utslagene som kan synes å være uheldige, og som er nevnt tidligere i dette kapitlet, kan og bør

¹⁶⁸ NOU 2016:5 s. 100

¹⁶⁹ *ibid.* s. 65

ivaretas ved endringer knyttet til enkelte vurderingstemaer heller enn ved å endre terskelnivået generelt. På bakgrunn av dette fastholder utredningen at det ikke er tilstrekkelig grunn til å foreslå en generell endring i terskelen for anvendelse av omgåelsesnormen.¹⁷⁰

I høringsrunden etter Scheel-utvalgets forslag bemerket *Advokatforeningen* at hvis formålet med lovfestingen var å senke terskelen for anvendelse, ville de gå imot forslaget. *NHO* uttalte at de ikke var enig i at det forelå et behov for en strengere omgåelsesregel og var i tvil om det i det hele tatt var hensiktsmessig å lovfeste den. Zimmer har i sin utredning gått bort fra Scheel-utvalgets uttalelse om at terskelen for anvendelse av omgåelsesnormen burde senkes. Noe av bakgrunnen for dette var trolig at det nettopp skulle føre til langt færre motsigelser i høringsrunden og dermed bredere støtte for et mulig vedtak av lovforslaget. Som kapittel 8.2.6.2 vil vise, er vi likevel av den oppfatning at lovforslaget vil kunne medføre en betydelig senkning av terskelen for anvendelse av omgåelsesnormen, som følge av endring i enkelte vurderingstemaer.

8.2.6. Lovforslaget – Egne vurderinger

Spørsmålet om hvorvidt en lovfesting av omgåelsesnormen er nødvendig blir etter vårt syn først og fremst et spørsmål om det er nødvendig med en kursendring sett i lys av senere tids høyesterettspraksis. I tillegg blir det selvfølgelig et spørsmål om hvorvidt det konkrete lovforslag er utformet på en akseptabel måte, slik at fordelene er flere enn ulempene, sett i forhold til dagens ulovfestede omgåelsesnorm.

Som vist i de foregående kapitler, har det vært rettet kritikk fra flere hold mot en del av veivalgene tatt i Høyesterett. Aller størst kritikk har dreiningen mot en subjektiv vurdering av skattyters motiv ved transaksjonen fått. Gjems-Onstad uttaler bl.a. om denne dreiningen at: «*Høyesterett har distansert seg fra tidligere formuleringer av omgåelsesnormen, men uten at man klart tilkjenner at man egentlig setter en ny standard*».¹⁷¹ Fra utsiden er det vanskelig å komme til noen annen konklusjon enn at denne dreiningen har skjedd som følge av endret syn i

¹⁷⁰ NOU 2016:5 s. 100

¹⁷¹ Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1055

Høyesterett, heller enn at den har skjedd som en følge av utvikling i skattetilpasninger fra skattyters side.

Det har, etter vårt syn, vokst fram et visst press fra miljøet om at det er nødvending med en kursendring for omgåelsesnormen, sett i lys av utviklingen den har hatt i senere tids høyesterettspraksis. Det er vanskelig å være uenig i argumentene til flere av våre fremste eksperter innen skatteretten når det gjelder kritikken av denne utviklingen.¹⁷² Vi er på bakgrunn av dette enig med kritikerne i at en kursendring synes nødvendig og at den beste (og eneste) måten å løse dette på er ved å lovfeste omgåelsesnormen.

Hva gjelder innholdet i lovforslaget vil vi begrense oss til en kommentar av de momenter som er av særlig betydning for denne oppgaven, samt en kort, oppsummerende vurdering.

8.2.6.1. *Overgangen til en objektiv vurdering av skattyters motiv*

Ved å si seg enig i at en kursendring er nødvendig, impliserer man samtidig at overgangen til en mer objektiv vurdering av skattyters motiv også er fordelaktig, da dette har blitt pekt på som hovedargumentet for et slikt standpunkt. Vi ser klare fordeler ved en objektiv vurdering i forhold til at selskaper skal likebehandles, slik som beskrevet i kapittel 8.2.4.1. I tillegg anser vi lovforslaget å ha en bedre oppbygning enn dagens norm, ved at man snur om på vilkårene. Det er naturlig at den objektive helhetsvurderingen, som langt på vei tilsvarer det tidligere tilleggsvilkåret, kommer først. Tross alt vil det være under dette vilkåret de tyngste vurderingstemaene for hvorvidt en disposisjon skal kunne rammes av omgåelsesnormen ligger. Der dagens grunnvilkår vil være uten betydning dersom tilleggsvilkåret uansett ikke er oppfylt, slik som tilfellet er i Tangen 7, anser vi det også mer fornuftig at dette vilkåret inngår som en *siste utvei* for skattyteren. På denne måten kan vedkommende unngå å bli rammet av omgåelsesnormen dersom han/hun kan påvise at disposisjonen var vesentlig ikke-skattemessig motivert.

¹⁷² Bl.a. Zimmer i NOU 2016:5 kap. 8, Gjems-Onstad m.fl. (2015) s. 1089 og Scheel i NOU 2014:13 s. 198

8.2.6.2. Formålet med den omgåtte regel som det sentrale vurderingstema

Når det gjelder formålsbetraktningene, så er det ingen tvil om at det er den alminnelige gevinstbeskatningsregelen som omgås ved fisjon med etterfølgende aksjesalg. Dersom formålet med den omgåtte regelen er av størst interesse, er det derfor ingen tvil om at det er hvorvidt disposisjonen strider mot formålet med den alminnelige gevinstbeskatningsregelen som bør være det sentrale vurderingstemaet i slike saker. Tvil synes det heller ikke å være om at innpakning av formuesobjekter gjennom en fisjon i tilknytning til aksjesalg for å oppnå skattefrihet, er i strid med formålet bak den alminnelige gevinstbeskatningsregelen. Dagens innhold i omgåelsesnormen synes å reflektere sistnevnte. Dette kommer også klart fram i Tangen 7-dommen, der førstvoterende raskt fastslår at gevinst gjennom fisjon med etterfølgende aksjesalg naturligvis er i strid med formålet bak den alminnelige gevinstbeskatningsregelen.¹⁷³ At det er formålet med den omgåtte regelen som bør være det sentrale vurderingstemaet, er imidlertid ikke reflektert i dagens omgåelsesnorm. Snarere tvert imot, konkluderes det i Tangen 7 med at formålet bak den omgåtte regelen er uten interesse, og at det sentrale vurderingstemaet isteden er formålet med de reglene som er brukt som virkemidler ved omgåelsen.

Zimmers lovforslag tar sikte på en avklaring rundt vektleggingen til de ulike formålsbetraktningene. Det fremgår klart at det vil være formålet med den omgåtte regelen som skal være det sentrale vurderingstemaet, og at det skal tillegges *særlig vekt*, mens formålet med de regler som er brukt som virkemidler ved omgåelsen i tillegg kan inngå som momenter i vurderingen, dog med mindre relativ vekt.

Etter vårt syn vil overgangen til at det er formålet med den omgåtte regelen som blir det sentrale vurderingstema potensielt kunne ha store konsekvenser for omgåelsesnormens anvendelsesområde. I Tangen 7 ville det f.eks. med denne overgangen vært klare holdepunkter for at utfisjonering av eiendeler med sikte på etterfølgende aksjesalg oppfyller formålsstrid av *særlig vekt*. Vi er av den oppfatning at en slik overgang kan medføre betydelige ulemper for skattyterne, ved at skattemyndighetene i praksis vil kunne legge automatikk i at det foreligger formålsstrid i nærmest enhver omgåelsessak av denne typen. Det vil tross alt være

¹⁷³ Rt. 2014 s. 227 avs. 53

alminnelige gevinstbeskatningsregler som normalt er den omgåtte regelen, og formålet med disse reglene er nettopp å beskatte slike gevinster. Dermed synes forslaget nærmest å oppstille en presumsjon for at det vil foreligge formålsstrid i denne type omgåelsessaker. På bakgrunn av dette, er vi av den oppfatning at lovforslaget potensielt kan føre til en vesentlig lavere terskel for å kunne anvende omgåelsesnormen, som følge av overgangen til at det er formålet med den omgåtte regelen som skal tillegges *særlig vekt*.

I tillegg vil omgåelsesnormen på dette punktet representere en skjønnsmessig standard dersom lovforslaget vedtas. Formålet med den omgåtte regel skal tillegges *særlig vekt*, mens formålet med de reglene som er anvendt som virkemidler også skal tillegges vekt. Dette vil etter vårt syn kunne svekke både rettssikkerheten og forutberegneligheten til skattyterne, ved at det åpner for omkamp på flere områder der en i dag står på forholdsvis trygg grunn, som følge av avklaringer gjort i Høyesterett.

På bakgrunn av disse synspunktene, er vi av den oppfatningen at en overgang til formålet med den omgåtte regelen som det sentrale vurderingstema er uheldig, og at en slik overgang særlig vil gå på bekostning av skattyternes forutberegnelighet. Vi er dermed av den oppfatning at det sentrale vurderingstema på dette punkt fortsatt bør være om disposisjonen strider mot formålet med den påberopte regelen, i tråd med Høyesteretts konklusjoner i Tangen 7.

8.2.6.3. *Omtale av omgåelsesmuligheter i forarbeider*

I Tangen 7 slås det fast at når lovgiver har kjent til en tilpasningsmulighet, er denne kunnskapen i seg selv et argument for at skattemyndighetene ikke skal kunne anvende omgåelsesnormen. Dette er, etter vår oppfatning, et urealistisk premiss fra Høyesteretts side. Det er riktignok blant lovgivers oppgaver å begrense tilpasningsmuligheter, men å fjerne de i sin helhet vil være umulig. Selve poenget med omgåelsesnormen er jo nettopp å fange opp slike tilfeller. På bakgrunn av førstvoterendes uttalelse i Tangen 7 synes Høyesterett å være av oppfattelsen at det nærmest er opp til lovgiver å utforme perfekte regler. Hvis man skal bruke dette som argument, typisk i disfavør av det offentlige, vil det etter vårt syn tvinge lovgiver til å lage spesialregler for det meste, noe som hverken er

mulig eller ønskelig. Spesialregler som løser et problem skaper gjerne samtidig to nye og har tre uønskede virkninger.¹⁷⁴

På bakgrunn av ovennevnte synspunkt, støtter vi i det store bildet Zimmers uttalelser i sin utredning om at omtale av omgåelsesmuligheter ikke skal kunne brukes i rettsanvendelsen senere, typisk i disfavør av det offentlige. Likevel mener vi at dette bildet trenger en nyansering. Det bør påpekes at en omgåelsesregel i sin natur har til hensikt å fange opp tilfeller av omgåelse som man ennå ikke kjenner til. Vi mener derfor at kjente omgåelsesmuligheter bør søkes løst i lovgivningen så langt det lar seg gjøre. At man tar opp og diskuterer de spørsmål et skatteforslag kan reise bør kunne være greit. At man derimot til stadighet tar opp de samme spørsmål i diverse forarbeider uten at det blir gjort noe ytterligere, slik det ble vist til vedrørende omgåelsesmulighetene ved fisjon og etterfølgende aksjesalg av fast eiendom i Tangen 7, er etter vår oppfatning uheldig.

8.2.6.4. *Oppsummering*

Som det fremgår av de ovennevnte punktene gir vi vår støtte til Zimmers lovforslag på enkelte av disse områdene, og ser særlige fordeler ved en overgang til objektiv vurdering av skattyters motiv. Likevel er vi kritiske til utformingen på enkelte punkter, og særlig til overgangen som gjør at det er formålet med den omgatte regelen som blir det sentrale vurderingstema ved formålsstridsspørsmålet. På dette området er vi derfor heller ikke enig i utredningens kritikk av Høyesteretts vurderinger.

Hvorvidt lovforslaget vil fungere i tråd med sin hensikt, om lovteksten er for generell og ikke i vesentlig grad gir bedre veiledning, eller om den foreslåtte omgåelsesnormen blir for statisk og mister sin dynamiske egenskap til å tilpasse seg endringer, vil tiden vise. De to sistnevnte må nærmest anses som motstridende momenter, som må balanseres mot hverandre. Selv anser vi at Zimmer har lagt størst vekt på å beholde normens dynamiske egenskap, noe som fort kan vise seg å gå på bekostning av skattyternes forutberegnelighet. Vi er spente på den etterfølgende utviklingen ved et eventuelt vedtak av lovforslaget, og vil følge prosessen videre på nært hold.

¹⁷⁴ Folkvord (2015) pkt. 3.3

Vi er av en overordnet oppfatning av at det skal være opp til politikerne å vedta regler, mens domstolene skal anvende dem. Gjennom en lovfesting av omgåelsesnormen, blir det mindre rom for rettsskapende virksomhet fra domstolenes side, i forhold til dagens praksis. Vi ser derfor klare fordeler med å lovfeste omgåelsesnormen. Dog mener vi at lovforslaget representerer en uheldig utforming på enkelte punkter, noe som bør gjennomgås og revideres før et eventuelt vedtak.

8.2.7. Effekten av et eventuelt lovvedtak på dagens bruk av borettslagsmodellen

Det sentrale spørsmålet for boligutviklere, i forhold til dagens tilpasningsmuligheter, blir hvorvidt Zimmers lovforslag kan føre til endret praksis for overdragelse av eiendom gjennom aksjesalg. Lovforslaget skal bidra til en oppstramming av utglidningen som har skjedd i Høyesterett den senere tid, bl.a. gjennom korreksjoner knyttet til enkelte vurderingstemaer som syntes å bli tillagt til dels avgjørende vekt i Tangen 7. Som vist under, mener vi at disse korreksjonene potensielt kan føre til en lavere terskel for anvendelse av omgåelsesnormen, og således kunne ha store konsekvenser for overdragelser av fast eiendom gjennom fisjon med etterfølgende aksjesalg.

Etter vårt syn endrer ikke lovforslaget innholdet i omgåelsesnormen i stor grad, men det skjer en viss grad av endring i hvilken vekt de ulike momenter tillegges. Som vist i kapittel 8.2.6.2 anser vi særlig at overgangen til formålet med den omgatte regelen som det sentrale vurderingstema kan medføre utvidet anvendelsesområde for omgåelsesnormen. Ved denne overgangen mener vi at terskelen for å anvende omgåelsesnormen kan bli betydelig senket i omgåelsessaker som omhandler utfisjonering av en eiendel med etterfølgende aksjesalg. Som vist tidligere ville det vært klare holdepunkter for at man etter denne overgangen hadde oppfylt formålsstrid i Tangen 7. Heller ikke andre argumenter som ble brukt av Høyesterett i Tangen 7, i favør av skattyteren, kunne blitt brukt på samme måte etter et eventuelt vedtak av dette lovforslaget. Hvorvidt det hadde ført til en annen konklusjon ved omgåelsesspørsmålet er imidlertid svært vanskelig for oss å ta stilling til. Ettersom denne dommen har vært veiledende for skattemyndighetenes praksis på området, ville imidlertid et potensielt annet utfall også kunne endret den etterfølgende praksisen. Dette blir

imidlertid i stor grad spekulasjoner, uten noe fasitsvar frem til vi ser følgene av et eventuelt lovvedtak.

Hvorvidt lovforslaget kan medføre utilsiktede endringer gjennom innstramminger eller utvidelser, beror i stor grad på den etterfølgende utviklingen, som på forhånd er svært vanskelig å forutse. Det vi imidlertid anser sikkert med dette lovforslaget er at tilpasninger ved overdragelser av fast eiendom fortsatt vil være et tema for debatt. Ved et eventuelt vedtak vil ikke lenger Skattedirektoratet kunne basere sin praksis utelukkende på at transaksjonsrekken skattefri fisjon med etterfølgende aksjesalg ikke kan rammes av omgåelsesnormen, helt uavhengig av motivet, slik de har gjort i kjølvannet av Tangen 7.¹⁷⁵ Det vil i større grad måtte gjøres en vurdering av skattyters motiv med disposisjonen, med en objektiv tilnærming.

¹⁷⁵ Skattedirektoratets domskommentar Tangen 7 USKD-2014-15 og vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

9. Avslutning

Formålet med denne oppgaven har vært å beskrive tilpasningsmuligheter for boligutviklere ved bruk av borettslagsmodellen med dagens rettsbilde. Gjennom oppgaven har vi pekt på muligheter og begrensninger som ligger i lovverket. I tillegg har vi gått nøye gjennom de forutsetninger og betingelser som må ligge til grunn for at boligutviklere skal kunne hente ut skattefordelen som er mulig å oppnå ved bruk av borettslagsmodellen. Denne skattefordelen knytter seg først og fremst til at boligutviklerne unngår umiddelbar beskatning av verdistigning på en tomt, og potensielt kan utsette slik beskatning i all uoverskuelig framtid, så lenge tomten ikke selges ut av borettslaget.

Videre ønsket vi gjennom denne oppgaven å gjøre en vurdering av om det er nødvendig med en revisjon av gjeldende rett på området. Flere av våre fremste eksperter innen skatteretten har de senere årene pekt på at det er på tide med en revisjon av den ulovfestede omgåelsesnormen. Gjennom intervjuer med aktørene som har vært involvert i prosjekter der borettslagsmodellen er benyttet fremgår det også at disse anser dagens ulovfestede omgåelsesnorm som uklar og ikke lett å praktisere. Det synes dermed å være konsensus for at tiden er moden for en revisjon av omgåelsesnormen. Den beste (og eneste) måten man kan endre innholdet i omgåelsesnormen på er ved å lovfeste den, noe professor em. Fredrik Zimmers foreliggende lovforslag tar sikte på å gjøre. Boligutviklerne peker på at lovfesting av omgåelsesnormen kan bidra til å øke forutsigbarheten og stabiliteten for deres prosjekter. Til dette tillegger Skattedirektoratet at lovfesting også vil føre til en endelig avklaring av forholdet til legalitetsprinsippet. I tillegg til å anse den ulovfestede omgåelsesnormen som moden for forandring, stiller Skattedirektoratet spørsmålstegn ved hvorfor det ikke finnes en selskapsrettslig regel for fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap, tilsvarende som det gjør for både boligbyggelag og samvirkeforetak. De påpeker at en slik regel ville vært praktisk, og at denne type regler bidrar til større forutsigbarhet for aktører som kan tenke seg å benytte borettslagsmodellen på sine prosjekter.

10.Referanseliste

Norske lover og forskrifter

- 1991 Lov 20.07.1991 nr. 65 særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven). (Opphevet)
- 1997 Lov 13.juni.1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven, asl)
- 1999 Lov 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven, sktl.)
- 2003 Lov 6.juni 2003 nr. 39 om burettslag (burettslagslova, brl.).
- 2004 Lov 10.desember 2004 nr. 77 om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.
- 2007 Lov 29.juni.2007 nr.81 om samvirkeforetak (samvirkelova, samvrkl.).
- 2009 Lov 6. juni 2009 nr. 38 om bustadbyggjelag (bustadbyggjelagslova, bbl).
- 2011 Lov 10. juni 2011 nr. 14 om endringer i skatteloven (skattefri omorganisering mv.).
- 1999 Forskrift 26. mars 1999 nr. 14 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven.
- 1999 Forskrift 26. mars 1999 nr. 14 fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven.
- 2015 Stortingsvedtak 14.12.2015 nr. 1570 om særavgifter til statskassen for budsjettåret 2016

Forarbeider og andre offentlige dokumenter:

- Domskommentar (2014) *Høyesteretts dom av 12. mars 2014, Tangen 7 – Skattedirektoratets domskommentar 31-03-2014.*
- Innst. 4L (2011-2012) *Innstilling til finanskomiteen om skatter og avgifter 2012 – lovendringer*

Innst. 326 L (2009-2010)	<i>Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om endringer i burettslagslova mv.</i>
Meld. St. 11 (2010-2011)	<i>Evaluering av skattereformen 2006.</i>
Meld. St. 4 (2015-2016)	<i>Bedre skatt.</i>
NOU 2009: 17	<i>Sikring mot tap av felleskostnader i borettslag.</i>
NOU 2014: 13	<i>Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi.</i>
NOU 2016: 5	<i>Omgåelsesregel i skatteretten.</i>
Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.</i>
Ot.prp. nr. 16 (2007-2008)	<i>Om lov om endringer i burettslagslova, eigarseksjonslova og avhendingslova.</i>
Ot.prp. nr. 71 (1995-96)	<i>Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper.</i>
Prop. 115 L (2009-2010)	<i>Endringer i burettslagslova mv.</i>
Prop. 1 LS (2011-2012)	<i>Forslag til lovvedtak og stortingsvedtak for budsjettåret 2012</i>
Rundskriv G-06/2005	<i>Den tinglysmessige fremgangsmåten når fast eiendom blir overført i forbindelse med fusjon, fisjon og omdanning.</i>
St. Meld. Nr. 29 (2003-04)	<i>Om skattereform.</i>
Utv. 1992 s. 391	<i>Beskatning av borettslavere og skattelovens § 51 sjette ledd.</i>
Utv 1995 s. 687	<i>Likvidasjon av boligaksjeselskap.</i>
Utv. 1997 s 412	<i>Fusjon mellom aksjeselskap og samvirkeleg.</i>
Utv. 2003 s. 1192	<i>Skattespørsmål ved omdanning av boligutleiende aksjeselskap til boligaksjeselskap eller borettslag.</i>
Utv. 2008 s. 1873	<i>Illojal utnyttelse av fritaksmetoden.</i>

Litteratur

Andersen, Rune og Camilla Fiskevoll. *Forslag om fritak for dokumentavgift og omregistreringsavgift ved omorganisering med skattemessig kontinuitet* (2015), 2.6.2015.

<https://binghodneland.no/nyheter/forslag-om-fritak-for-dokumentavgift-og-omregistreringsavgift-ved-omorganisering-med-skattemessig-kontinuitet/>

[sitert: 17.6.2016].

Banoun, Bettina, *Omgåelse av skattereglene*, 2003.

Boe, Erik Magnus, *Grunnleggende juridisk metode*, 3. utg., 2012.

Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivende 2016*, 39. utg., 2016.

Brudvik, Arthur J, Greni, Sven Rune, Syversen, Jan, m. fl. *Skattelovkommentaren 2003/04*, 2004.

Carlsen, Knut Morten, *Bedriftsbeskatning i praksis*, 4. utg., 2012.

European Commission, *Commission recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning* (2012), 6.12.2012.

http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evaluation/c_2012_8806_en.pdf [sitert 14.4.2016]

EY Global Tax Alert, *Denmark introduces international GAAR* (2015), 9.2.2015.

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Denmark_introduces_international_GAAR/\\$FILE/2015G_CM5198_Denmark%20introduces%20international%20GAAR.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Denmark_introduces_international_GAAR/$FILE/2015G_CM5198_Denmark%20introduces%20international%20GAAR.pdf) [sitert 14.4.2016]

Folkvord, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 2006.

Folkvord, Benn, «Hva er igjen av den ulovfestede omgåelsesnormen etter Rt 2014 s. 227 ‘Tangen’?», *Skatterett*, Nr. 2 (2015), s. 150-164.

Frostad, Alexander H., *Etterlengtet revisjon av borettslagsmodellen* (2010).

<https://www.grette.no/fagforum/etterlengtet-revisjon-av-borettslagsmodellen/>

[sitert: 7.1.2010].

Gjems-Onstad, Ole, «Nye regler om skattefri omorganisering», *Skatterett*, Nr. 3 (2011), s. 204-228.

Gjems-Onstad, Ole og Benn Folkvord *Aktuell bedriftsskattning* 1. utg., 2013.

Gjems-Onstad m. fl., *Norsk bedriftsskatterett*, 9. utg., 2015.

Harboe, Einar, *Skattemessig gjennomskjæring.*, 2012.

Liland, Anders H., «Gjennomskjæring av fisjon og etterfølgende aksjesalg – Illojalt eller i strid med skattereglenes formål?» *Skatterett*, Nr. 4 (2012), s. 331-359.

Lilleholt, Kåre. (2010) «Kommentar til burettslagslova», (note 17, brl. § 1-4), *Norsk lovkommentar nettversjon*. [Sitert 12. januar 2016, rettsdata.no].

Lilleholt, Kåre, Christian Fr. Wyller, Morten Aagenæs, *Borettslovkommentaren: lov om bustadbyggjelag av 6. juni 2003, lov om burettslag av 6. juni 2003*, 2006.

Kartverket. *Fritak for dokumentavgift* (2016), 29.4.2016.

<http://www.kartverket.no/eiendom/priser-og-gebyr/dokumentavgift/Fritak-for-dokumentavgift/> [sitert 22.6.2016]

Skaar, Arvid Aage og Tor S. Kildal *Bedriftsskatterett* 12. utg., 2012.

Skattedirektoratet, *Lignings-ABC 2015/16* 37. utg., 2016.

Zimmer, Fredrik, (Red.), *Bedrift, selskap og skatt* 6. utg., 2014.

Zimmer, Fredrik, *Lærebok i skatterett* 7.utg., 2014.

Bindende forhåndsuttalelser

BFU 73/05

BFU 34/07

BFU 38/08

BFU 17/13

Rettspraksis

LB-2015-17431 Borgarting (IKEA)

Rt. 1999 s. 946 (ABB)

Rt. 2006 s. 1573 (Dillerud)

Rt. 2006 s. 1062 (A)

Rt. 2006 s. 1232 (Telenor)

Rt. 2007 s. 209 (Hex)

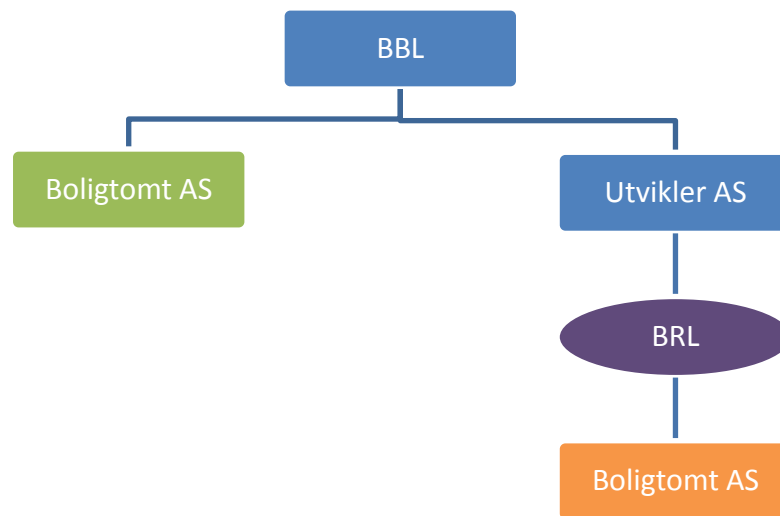
Rt 2012 s. 1888 (Dyvi)

Rt. 2014 s. 227 (Tangen 7)

Rt. 2014 s. 1331 (Aker Maritime)

Vedlegg 1: Intervju Skattedirektoratet

Intervjuet er gjennomført ved Skattedirektoratets hovedkontor i Oslo, 16. mars 2016 kl. 10:00 – 11:00.



Med henvisningen til borettslagsmodellen i det følgende, mener vi alle prosessene som gjennomgås i BFU 17/13, herunder stiftelse av borettslag, fusjon av boligtomt med etterfølgende salg av aksjene til borettslaget, fusjon mellom BRL og Boligtomt AS og til slutt overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne i borettslaget.

1. Har dere tall på utviklingen i antall henvendelser hvor borettslagsmodellen ønskes brukt?

Det er veldig få, i Skattedirektoratet skriver vi de som er prinsipielt vanskelige, eller som har allmenn betydning og som det er viktig å få lagt ut på nettet. Det har vært ca. en i året av denne type saker, og ingen økning. Den siste som er avgitt er 17/13. Jeg har tatt kontakt med Skatt øst og de har de siste 4 årene hatt 10 saker om dette, i 4 av dem ble det spurt om ulovfestet gjennomskjæring og i alle var resultatet at det ikke kom til anvendelse, at det ikke ble gjennomskjæring. Av de øvrige sakene ble to trukket og i de 4 siste var det bare spørsmål på selve fusjonen mellom aksjeselskap og borettslaget, og fordi vi har uttalt oss om det før og publisert det, sendte de det ikke over til oss fordi det ikke er prinsipielt lengre. Da tar de det selv og det var totalt 10 saker. Sakene går til alle regionene og jeg kontaktet bare skatt øst for å få

oversikt over hvor mange saker det var og det var fra 2012. Stort sett er det storbyene som har disse borettslagene så skatt sør vil nok ha noe, skatt vest og skatt midt.

2. I sakene de regionale kontorene mottar vedrørende fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap, vil det for de aller fleste av disse tilfellene ha blitt gjennomført en forutgående fisjon med etterfølgende aksjesalg?

Ofte er det utfisjonering enten av en tomt med ett bygg på eller så er det tomt som blir utfisjonert. Dette er den vanlige måten å gjøre det på, dette gjelder alle områder. Det er ikke noe spesielt for dette tilfellet. Det er også ulemper ved å gjennomføre en slik fisjon, de får ikke skrevet opp verdien på et bygg hvis det står et bygg der, heller ikke skrevet opp verdien av tomen. I forhold til avskrivningssats osv. Hvis bygget senere skal selges så vil inngangsverdien være veldig lav. Det er også sjelden skatteposisjoner i disse selskapene, fordelene er at man kan gjennomføre en skattefri fisjon, og en etterfølgende fusjon slik at man selger aksjer innenfor fritaksmetoden, slik at aksjene selges skattefritt. Dette er grunnen til at de gjør det på denne måten. Det er her skattefordelen ligger, altså ingen store skatteposisjoner i disse selskapene. Hvis du tenker på § 14-90 så har jeg aldri sett noen slike skatteposisjoner som kan være aktuelle å avskjære i disse selskapene.

3. I oppgaven omtaler vi sktl. § 14-90 til å omfatte skatteposisjoner som ikke er tilknyttet en eiendel, det motsatte av hva som normalt er tilfelle ved utfisjonering av en tomt. Er du enig i denne påstanden?

Ja den er jeg enig i. Ved en fisjon kan man imidlertid også få med seg andre skatteposisjoner, som rammes av sktl. § 14-90. Dette har vi aldri sett i disse tilfellene. Ikke i de sakene vi har hatt oppe i hvert fall. Det vil ikke være en skatteposisjon i en tomt, heller ikke til bygg, ingen tom positiv saldo, etc.

4. **Du sier at det ikke vil være en skatteposisjon som følger tomten, men hvis markedsverdien er mye høyere enn skattemessigverdi på tomten, er ikke det også en form for skatteposisjon, men som nå er tilknyttet en eiendel og derfor ikke kan rammes av sktl. § 14-90?**

Joda, dette vil også kunne kalles en skatteposisjon, en stor gevinst. Men dette er innbakt i systemet for fisjoner og fusjoner så hvis de hadde fått med seg noe annet i tillegg så hadde § 14-90 kunne kommet til anvendelse. Men jeg er enig i at det er en skatteposisjon

De følgende spørsmålene vil i hovedsak relatere seg til utfisjonering av en boligtomt med etterfølgende salg av aksjene til et borettslag.

5. *En senere Høyesterettsdom som må regnes for å være bestemmende for videre praksis på dette temaet er Tangen 7-dommen. Her tas en del klare standpunkt, som peker i retning av å godkjenne en slik omorganisering, selv om motivet bak er hovedsakelig skatterelatert. Dere er sikkert godt kjent med innholdet i denne dommen, så det er kanskje ikke nødvendig med en nærmere gjennomgang av denne.*

Det vi lurte på er om det etter deres syn er noen som helst tvil om at en slik omorganisering kan gjennomføres skattefritt i kjølvannet av denne dommen, fram til eventuelle lovreguleringer finner sted?

Skattedirektoratets domskommentar levner ingen tvil, så dette er helt greit.

Dette ser vi ikke på lengre. Dette er ikke noe tvilstilfelle etter Tangen 7.

Høyesterett har de senere årene sagt at der lovgiver ikke har satt klare grenser er det ikke etatens jobb å sette grensene, de mener at lovgiver må gjøre en bedre jobb. Dette er også diskutert i forarbeidene.

6. *Tidligere høyesterettsdommer viser til at det må foretas en samlet bedømmelse av grunnvilkåret ut ifra de disposisjoner som utgjør en naturlig enhet, se eksempelvis Tangen 7-dommen. I Skattedirektoratets vurderinger i lignende saker (BFUer), synes det kun å bli drøftet en naturlig enhet der fisjon med etterfølgende aksjesalg inngår. Men ved bruk av borettslagsmodellen er også innfusjoneringen av boligtomten i borettslaget med påfølgende overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne en nødvendighet for å*

oppnå de ønskede resultatene.

Er det ikke da naturlig også å se på disse prosessene som en del av den naturlige enheten?

Vi kan ikke ta med noe mer enn det de spør om i en BFU. Der vurderer kun det som spørres om. BFUer er veldig spesielle og veldig begrenset. Under ligningsbehandlingen vil dette bli et spørsmål, da vil hele prosessen tas med i vurderingen. Må ikke lese for mye ut av BFUene.

Når det gjelder gjennomskjæring av skattemotiverte transaksjoner så er det sktl. § 14-90 og den ulovfestede gjennomskjæringsregelen som kan komme til anvendelse. I det følgende vil vi stille noen konkrete spørsmål vedrørende anvendelsen av disse.

7. Gjems-Onstad og Folkvord konkluderer i sin bok «Aktuell Bedriftsbeskatning, 2013» s. 97 med at sktl. §14-90 og den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er uklare og ikke lett og praktisere. Er du enig i denne påstanden?

Ja, utvilsomt.

8. Betjener de etter deres syn likevel et viktig formål gjennom den preventive effekten, ved at de fører til at både myndighetene og skattytere holder seg godt innenfor grensene fordi de ikke helt forstår konsekvensene av overskridelser?

Ja, det er helt klart. Reglene betjener en viktig preventiv effekt. Det er derfor mange spør om en BFU, fordi de er redde for å bli rammet av § 14-90 eller ulovfestet gjennomskjæring. Veldig mange av henvendelsene dreier seg om nettopp § 14-90 og ulovfestet gjennomskjæring. Det er helt klart at de har en preventiv effekt. Ulovfestet gjennomskjæring brukes sjeldent, dette brukes når skatteyter er illojalt mot regelverket. Fordelen med § 14-90 er at grensen ligger lavere og den er mer begrenset. Teoretisk skal det være overvekt, altså over 50 % sannsynlighet.

Hvor stort er egentlig omfanget av BFUer?

Vi avgir et sted mellom 700-800 BFUer i året og mesteparten er bolig. Det er selv helt klare saker, det er spesielt mye penger på spill i disse borettslagssakene.

9. *Folkvord stiller i sin doktorgradsavhandling «Skatt ved fusjon og fisjon, 2006» s.444 spørsmålstegn ved om den ulovfestede gjennomskjæringsregelen gjør reglen om spesiell gjennomskjæring i § 14-90 overflødig.*

Hvilke synspunkter har dere rundt dette?

Den gjør ikke § 14-90 regelen overflødig, men den gjør den mer begrenset hvis man bruker § 14-90 tar man bare den ene skatteposisjonen, for eksempel. Hvis man ser et underskudd, så fjerner man hele underskuddet også får det ikke noen følger ellers. Med ulovfestet gjennomskjæring kan det få store konsekvenser hvis man kommer til at en fisjon blir rammet av ulovfestet gjennomskjæring så vil det si at alle aksjene i selskapet er realisert om alle eiendelene i selskapet er realisert. Det blir altså full realisasjonsbeskatning av alt. De er altså veldig forskjellige disse bestemmelsene. Også skal det mindre til for å bruke § 14-90. Det vil være mye høyere terskel på bruk av ulovfestet gjennomskjæring siden du da må velte hele transaksjonen, altså hele fisjonen. Altså full realisasjon. § 14-90 har vært veldig lite oppe for retten så man sliter med at det er lite rettspraksis. Grunnen til dette er at den vil være lett å forstå og at næringslivet innretter seg etter regelen. Dette vil nok også bli nevnt på Zimmer-foredraget, de vil nok gjøre § 14-90 overflødig.

10. *I tidligere høyesterettsdommer og BFUer drøftes formålet med fritaksmetoden og formålet med fisjonsreglene omfattende. Vi har i tillegg vurdert om formålet med konsernbidragsreglene og da særlig ønsket om skattemessig nøytralitet også bør tas med i en slik drøftelse. Innføringen av konsernbidragsreglene medførte at det skulle være skattemessig nøytralt om virksomhet organiseres i ett selskap eller i flere selskaper i ett konsern. En gjennomskjæring av fisjon med påfølgende aksjesalg vil nettopp motvirke den likestillingen som konsernbidragsreglene tar sikte på. Eksempelvis vil det da lønne seg for boligutviklere å etablere ett selskap for hver boligomt, selv*

om det ut fra rent forretningsmessige grunner ville vært mer ønskelig å organisere boligtomtene i ett selskap.

Er det bevisst at formålet bak konsernbidragsreglene ikke er drøftet i tidligere BFUer?

Det er en naturlig konsekvens av de reglene som er innført. Dette er noe man har sett når man innførte reglene, man visste det at man kom til å ha et skip i hvert selskap, ett bygg i hvert selskap for lettere å kunne selge senere, eller så gjør man en fisjon før man selger. Det er dette Tangen 7 går på, her er det ikke noen lovhjemmel som stopper dette så dette er da greit.

Konsernbidragsreglene kan ikke brukes mellom borettslag og datter, men det kan brukes mellom holdingselskap og datter.

11. Hva er deres vurderinger i f.t. den stadige problemstillingen som tas opp i tidligere forarbeider, om hvorvidt omgåelsesnormen bør lovfestes?

Skattedirektoratet svarte på høringen (*Høringssvaret fremlegges*). Vi stiller oss positive til lovfesting. Det er både fordeler og ulemper med en lovfesting. Man får en avklaring i forhold til legalitetsprinsippet når gjennomskjæringsregelen lovfestes. Ved lovfesting vil man gjøre lovens innhold klarere, det ser man på lovforslaget til Zimmer. Det blir lettere for begge parter å innrette seg. Man kan endre lovens innhold, men dette er en tung prosess. Det er også fare for at lovteksten blir statisk. Slik at skattytere ikke begynner å utnytte det som ikke omfattes av lovteksten. Lovfesting har vært oppe til diskusjon før men det har ikke blitt foretatt noe. Det har blitt utviklet mye opp imot EØS-retten om reelt etablert. Departementet blir hele tiden informert om hva som foregår i markedet, vi sender en kopi av alle våre bindende forhåndsuttalelser til departementet. Så de ser at vi har mange gjennomskjærings saker, men det er vanskelig å samle så mange ting under en bestemmelse.

12. Har dere noen formening om hvorvidt lovfesting av regelen er et mer sannsynlig utfall nå enn tidligere?

Jeg synes det ser ut som de har kommet lengre i denne prosessen, enn i tidligere prosesser, så ut ifra det er det mer sannsynlig, ja.

De følgende spørsmålene vil i all hovedsak omhandle fusjonen mellom et borettslag og dets heleide datteraksjeselskap, med påfølgende overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne etter sktl. § 7-3 i inntektsåret etter fusjonsåret.

13. I forarbeidene til fusjon- og fisjonsreglene (Ot.prp. nr. 71 1995-96), viste Finansdepartementet til at fusjon mellom selskaper med ulik selskaps- eller ansvarsform ville bli lovregulert senere. Dette ble fulgt opp i Prop. 66 L (2011-2012) bl.a. om «Fusjon mellom borettslag og heleide datteraksjeselskaper» der det fremgår:

«Advokatforeningen har bedt departementet vurdere å innføre en tilsvarende fusjonsregel i borettslagsloven, slik at også borettslag kan innfusjonere et heleid datteraksjeselskap på en enkel måte. Etter departementets vurdering vil en slik regel være lite praktisk, i og med at tradisjonelle borettslag sjelden etablerer datteraksjeselskap. Et borettslag som sådan har ingen interesse i at det åpnes for en slik løsning i borettslagsloven. For borettslaget innebærer en slik ordning også visse ulemper, herunder risiko for skattemessig gjennomskjæring i visse situasjoner dersom andelseierne i borettslaget senere skulle bestemme seg for å oppløse borettslaget og seksjonere eiendommen. Departementet frykter at virkningene av en slik regel vil gjøre borettslagsformen mer uoversiktlig, idet en fusjonsregel vil åpne for å påhefte latente skatteforpliktelser i borettslaget. Departementet vil derfor ikke følge opp dette forslaget nå, som heller ikke har vært på offentlig høring. Dersom det senere skulle vise seg å være behov for en slik regel, kan man heller ta opp spørsmålet til ny vurdering.»

Er ikke disse kommentarene motstridende med det vi har erfart de senere årene?

Prop 66 L kommer fra Kommunal- og regionaldepartementet. Finansdepartementet har også uttalt seg om dette. Det Kommunal- og regionaldepartementet uttaler er pussig, at det er lite praktisk, det ser vi at

det ikke er. Der ikke så ofte de stifter et datteraksjeselskap, men de kjøper ofte et datteraksjeselskap. Det som da er pussig, er at det er lovgivning for samvirkelag, det finner vi i samvirke-lova § 118, også har de endret boligbyggelagsloven § 9-14 om at man kan innfusjonere et heleid datterselskap. I borettslagsloven har det ikke blitt tatt inn med de merkelige uttalelsene om at det ikke er aktuelt, noe det er. Selskapsrettslig vil jeg da tro at man må gjøre det med full oppløsning og deretter dele ut alt til borettslaget. Dette må gjøres selskapsrettslig hvis det ikke finnes noen hjemmel for det. Men dette kan jeg ikke. En av høringsinstansene kom opp med forslag om å endre lovene men det var bare bustadbyggjelova som ble endret, ikke borettslagsloven. Tilfellene i BFUene er nesten motsatt av det som uttales fra kommunal- og regional departementet. Vi sier kun noe om det skatterettslige og forutsetter at alle andre lover følges. Det er ikke mulig å fusjonere etter borettslagsloven og da blir det antagelig at man må oppløse. Men dette er ikke på vårt bord.

*14. Gjennom administrativ praksis har det blitt akseptert at aksjeselskap kan innfusjoneres i et selskap med annen selskapsform der det er «vesentlig sammenfall i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå». Professor emeritus Fredrik Zimmer skriver i sin bok *Bedrift, selskap og skatt (2014) s. 631* at det ikke synes entydig om denne praksisen baseres på en tolkning av vilkåret «likeartet», og således at vilkårene i § 11-2 er oppfylt, eller om det etter ulovfestet rett også kan gjennomføres fusjoner der de deltakende selskapene ikke er «likeartede».*

Har dere noen kommentarer til denne påstanden?

Ikke Zimmers uttalelse, det er BA-HR boka og Zimmer har ikke skrevet dette kapittelet. Vi stusser på denne uttalelsen, siden de er så klare de uttalelsene vi og Finansdepartementet har avgitt og det står uttrykkelig at de ikke er *likeartet*. Det er ikke to samvirkelag eller to borettslag, etc. Det er nettopp at de ikke er *likeartet*, men at man allikevel godtar det fordi de lignes på lik måte. Dette står det masse om i Lignings-ABC (*fremlegges notat fra Lignings-ABC*).

15. *Siste BFU vi har sett på som omhandler borettslagsmodellen er BFU 17/13 som ble utgitt i august 2013.*

Har det, etter deres syn, vært noen endring i praksis rundt prosessene fusjon mellom selskaper med ulik selskaps- eller ansvarsform eller overgang fra selskapsligning til deltakerligning etter sktl. § 7-3?

Nei det har det ikke vært. Man godkjenner mye etter ulovfestet rett hvis de lignedes noenlunde likt, det vil det ikke gjøre hvis de lignedes etter § 7-3 ligning.

16. Når det gjelder skattemessig kontinuitet: Er det kun skattemessig behandling ved utgangen av hvert år som tas hensyn til?

Vi vurderer kontinuitet på tidspunktet hvor fusjonen gjennomføres. Man skal da dra med seg alle inngangsverdier etc. Hvis man innenfor samme år endrer til personligning fra selskapsligning så er det ikke kontinuitet, da er det ikke selskapet som lignedes før og etter.

17. *Når et borettslag kommer til beskatning etter sktl. § 7-3 umiddelbart etter fusjonen konkluderer dere med at formålet bak fusjonen er å komme i slik posisjon, og at selskapene derfor ikke kan regnes som likestilt på fusjonstidspunktet (BFU 73/05 og BFU 34/07). Lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet synes her å regnes mer som et tilleggsvilkår.*

Når denne overgangen til beskatning etter sktl. § 7-3 først skjer i påfølgende år derimot, brukes ikke det samme formålsargumentet fra skattedirektoratet, og fusjonen aksepteres (BFU 38/08 og BFU 17/13).

Skattemessig kontinuitet er nå oppfylt, men det kan vel neppe hevdes at formålet bak fusjonen kan være noe annet enn i tilfellene over, der fusjonen ikke ble akseptert?

Vi har her vist til § 10-1 og kapittel 11. Det er da en smakssak hva man legger vekt på hvor kontinuiteten brytes. Departementet har nå avgitt en uttalelse om at to § 7-3 lignede selskaper kan fusjonere. Formålet til selskapene vil alltid være å komme i posisjon til å gå over til § 7-3 ligning. Det som er spesielt med § 7-3 ligning er at det vil gjelde for hele året, det vil da også gjelde på fusjonstidspunktet, den slår tilbake i tid og vil gjelde fra 1.1. Derfor må selskapsligningen være ut året og § 7-3 ligning først kan forekomme i året

etter. Det vil allikevel ikke være veldig vanskelig å tilpasse seg dette for skatteyderne.

18. Avsluttende kommentarer:

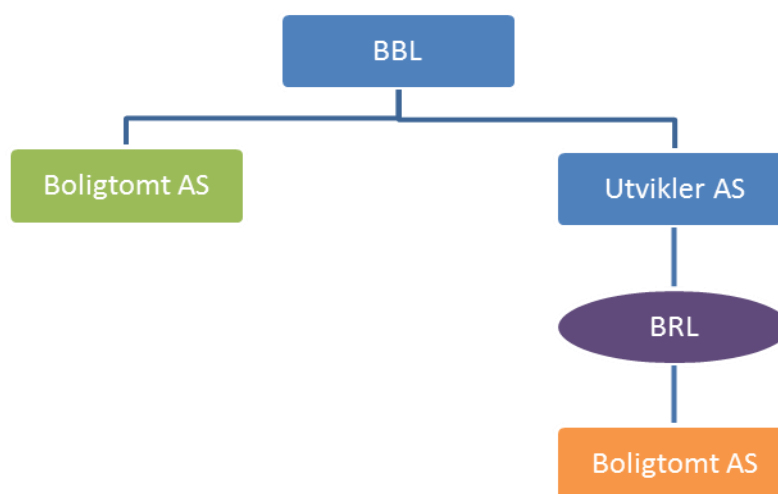
Borettslag er noe man ønsker i Norge og startet i etterkrigstiden, så hele formålet er positivt. Også har man fått disse utviklerne som utnytter systemet noe aldeles grasalt. Det er utrolig gjeldsmasse i borettslag, dette har blitt strammet inn de senere årene. Noen borettslag har også hatt så stor gjeldsbelastning at de har falt utenfor denne garantiordningen. Det er noen utviklere det har stått om i pressen. Det har blitt bedre etter de nye lovene som har kommet, det virker som det har roet seg ned for vi får ikke så mange hissige spørsmål lengere. Vet ikke om noen har blitt straffeforfulgt. Går borettslaget konkurs er det lovfestet at du kan kjøpe boligen en gang til men da må du betale kjøpesummen minus 10 %.

Takk for at dere tok dere tid til å stille opp på intervju med oss! Vi vil også intervju boligutviklere i den kommende tiden, for å få deres synspunkter og vurderinger på disse temaene.

Vedlegg 2: Intervju boligbyggelag

Intervjuet er gjennomført ved boligbyggelagets hovedkontor den 6. april. 2016, kl. 10:00 – 11:00.

Boligbyggelaget er en stor aktør innen boligforvaltning med over 70 års fartstid. På et av sine nyere prosjekter (samarbeidsprosjekt med Boligutvikler AS), har de for første gang valgt å benytte seg av borettslagsmodellen for å oppnå skattefordelene som følger av denne. Vurderingene som ligger bak dette valget er derfor svært interessant for oss.



Med henvisningen til borettslagsmodellen i det følgende, mener vi følgende prosesser: Stiftelse av borettslag (lilla), fisjon av boligtomt (grønt) med etterfølgende salg av aksjene til borettslaget (oransje), fusjon mellom BRL og Boligtomt AS og til slutt overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne i borettslaget. På denne måten unngår man at latent skatt på tomten kommer til umiddelbar beskatning.

1. Innledende kommentarer fra intervjuobjektet

Jeg har vært kjent med modellen en stund. Det som er viktig for oss er at ingen blir skadelidende ved bruk av modellen. Det er mange aspekter ved bruk av en slik modell, vi har brukt advokat som ser etter at dette gjøres riktig og at det da ikke blir noen problemer fremover. Jeg har kjent til noen av disse forhåndsuttalelsene fra 2008.

Vi bad om en BFU for å være sikre på at alt er greit, og at det ikke skulle skje en reversering i denne fasen. Dette prosjektet er første gangen vi bruker denne

modellen, forhåndsuttalelsen var en helt klar forutsetning for at vi gjennomførte prosjektet. BFUen er mer omfattende enn det vi brukte, vi valgte å ikke gjennomføre fisjonen selv om denne også ble gjennomførbar skattefritt.

2. Når dere velger å engasjere advokater i slike prosjekter, hva slags type kalkulasjoner brukes for å bestemme om dere skal bruke modellen?

Når vi vurderer et prosjekt vurderer vi først om det er et borettslagsprosjekt. (Rekkehus, infrastruktur, kundegrunnlag) Det vil være et spørsmål om prosjektøkonomien, i forhold til skattebesparelsen og merkostnaden denne modellen gir. Det er også viktig at det ikke skaper noe problem for borettslaget i fremtiden. Det er viktig huske på at hvis borettslaget selger eiendommen, vil det bli realisasjon av latent skatt. Ikke sikkert dette hadde blitt brukt på et prosjekt litt ute på landet, pga. salg av eiendom. Vi har tenkt gjennom påbygg, da må man omregulere, salg av eiendom, reseksjonering, etc. før prosjektene blir satt i gang. Beliggenheten på dette prosjektet er sånn at faren for at det skal komme opp i en skatteposisjon senere kun er teoretisk, dette vil kunne være annerledes på landet. Vi har tenkt gjennom alle mulighetene og finner at dette prosjektet er velegnet. Eiendomssalg og kjøp kan skje i borettslag, men dette skjer veldig sjelden. Deler av eiendommen kan bli justert, det kan komme opp en vei, innovasjonsløsning, etc.

3. Er det store kostnader forbundet med gjennomføring av bruk av borettslagsmodellen?

Dette er en helt klar kostnadsdriver og det må ligge en viss gevinst i dette for at det skal gjennomføres. Det blir en kost/nytte vurdering.

4. Er det tilfeller eller prosjekter der modellen typisk brukes/ikke brukes?

Der det ligger latent skatt, men det blir en helhetsvurdering. Ved for eksempel 5 leiligheter, er kanskje selveier mer fornuftig.

5. Tror du det vil komme noen reguleringer på dette feltet?

Jeg tenker at hvis dette blir veldig mye brukt vil det kunne komme en regulering.

6. (Det blir snakk om BFUen som gjelder dette spesifikke prosjektet) Her er det Borettslaget som er byggherre. Har det noen skattemessige utfordringer forskjellig fra om utvikler er byggherre?

Ja, det blir en transaksjon siden vi har solgt prosjektet til borettslaget og det er gjort høsten 2015. Selskapene er fusjonert. Borettslaget eier nå prosjektselskapet som bygger. Borettslaget tar dermed over alle rettigheter og forpliktelser og står nå som byggherre. I prosjektselskapet ligger tomten og noen prosjektkroner. Det foreligger også takst på prosjektselskapet, taksten tar også høyde for at det er et prosjekt, ikke bare tomteverdien. Prosjektet er taksert av to takstmenn, dette siden summen skal følge armlengdeprinsippet. Dette vil også påvirke prisen betydelig. Vi brukte 2 takster for sikkerhetsskyld, og mener nå at taksten er det nærmeste vi kommer riktig pris. Prosjektgevinsten vil da også øke, noe som fører til økt latent skatt.

7. Det finnes en regel i bbl. innført 2012 som sier noe om fusjon mellom bbl. og heleid datteraksjeselskaper. Har du gjort noen tanker om dette også burde gjelde for borettslag?

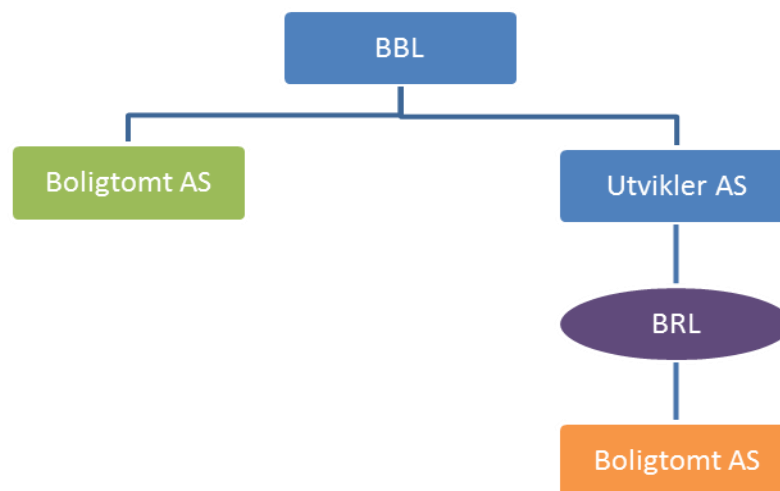
Ja, alt som heter ulovfestet er litt uklart for meg. Det er veldig greit å kunne hjemle det i en paragraf. Det burde vært mest lovfesting og mer klarhet. Systemet er komplisert, så vi trenger advokater og revisorer for å få gjennomført prosjekter på en optimal måte.

Takk for at dere tok dere tid til å stille opp på intervju med oss! Vi setter stor pris på deres synspunkter og dette vil hjelpe oss med det videre arbeidet med oppgaven.

Vedlegg 3: Intervju Boligutvikler (AS)

Intervjuet er gjennomført ved boligutviklers hovedkontor den 18. april 2016, kl. 15:30 – 16:30.

Boligutvikler (AS) er en stor kommersiell aktør innenfor eiendomsutvikling, med hovedkontor i Oslo. Selskapet har tradisjonelt sett utviklet flest selveierleiligheter, men har også hatt prosjekter med borettslag. Bl.a. har de i løpet av de seneste årene vært involvert i 2 borettslagsprosjekter der borettslagsmodellen har vært benyttet.



Når vi henviser til borettslagsmodellen i det følgende, mener vi følgende prosesser: Stiftelse av borettslag (lilla), fusjon av boligtomt (grønt) med etterfølgende salg av aksjene til borettslaget (oransje), fusjon mellom BRL og Boligtomt AS og til slutt overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne i borettslaget. På denne måten unngår man at latent skatt på tomten kommer til umiddelbar beskatning.

1. Har dere oversikt over når dere brukte modellen på denne måten første gang?

Er bruken av modellen på denne måten noe som har blitt særlig aktuelt de siste årene, eller har dere vært klar over, og brukt den, i mange år?

Vi har brukt modellen de siste 3-5 årene og vi hadde ingen saker før 2010 på bruk av modellen. Modellen blir oppfattet som et lite hull, så noen vil bli oppmerksomme på dette og det vil nok kun vare i en begrenset periode. Til nå har vi bedt om 2 BFU og fått positive tilbakemeldinger på begge disse.

Vi har nå 2 pågående prosjekter. For utbygginga på boligprosjekt 2 kjører vi 4-5 borettslag, et borettslag pr. byggetrinn. På det første prosjektet er det et borettslag, et byggetrinn.

2. I hvor stor grad engasjeres ekstern hjelp for gjennomføringen av de prosessene i borettslagsmodellen?

Vi har brukt ekstern hjelp i stor grad, og vi oppfatter modellen som forholdsvis komplisert, men planen for borettslag nr. 2 på boligprosjekt 2 er at vi kommer til å bruke egenkompetanse ved utviklingen, men frem til nå har vi brukt ekstern rådgivning i alle prosesser. Fremgangsmåten vil være forholdsvis lik fra gang til gang så det bør vi klare å beherske selv.

De følgende spørsmål vil dreie seg om deres vurderinger i forhold til attraktiviteten til borettslagsleiligheter kontra selveierleiligheter, samt fordelene ved å kunne bruke borettslagsmodellen på prosjekter der borettslag er valgte boligform.

3. Hvilke vurderinger gjør dere når dere bestemmer boligform på prosjektene deres?

Sammenligningen mellom borettslag kontra selveier er noe som har foregått i mange år. Borettslag som modell er en fin måte å organisere på. Ulempen med borettslag er at du i teorien hefter for mye større gjeld enn din egen gjeld. Dette gjorde at modellen fikk et tilbakeslag og ble mindre populær for noen år siden. Ingen opprettet borettslag da lengre, så har dette etter hvert nå avtatt. Det har kommet en del forsikringsprodukter som sikrer deg mot tap, som gjør borettslagsorganiseringa helt uavhengig av skatten til en attraktiv organisasjonsform. Når man i tillegg kan hente ut gevinsten på skattesiden er det klart at det blir svært attraktivt å ha borettslag. Vi priser ikke borettslag noe lavere enn selveierleiligheter. Vi ser klare fordeler for borettslag kontra selveier. Litt avhengig av type prosjekt kan borettslag gi en litt mer stabil boligeiermasse, med begrensningene i utleie. Det vil da ikke være så mange spekulanter som vil gå etter borettslagsleilighetene.

4. Vil for eksempel størrelse på et prosjekt spille inn ved valg av boligform?

Mer beliggenheten. Jo lengre vest i Oslo, jo større andel selveiere. Når det lanseres nye prosjekter på Lambertseter, Lørenskog, Tveita, Bøler, etc., der hvor det er mye borettslag er det helt naturlig at borettslagsorganisering velges som boform på også nye prosjekter. Noen mener vi må gi en rabatt på borettslag, som følge av at det er borettslag.

a. Hva er rabatten?

Noen påstår nok, også internt her at vi må gi en rabatt ved borettslag som følge av at det er litt mer lønnsomt. Vi har regna litt på rabatten og man kan slå av prisen på borettslagsboliger med et sted mellom 2-3000 kr per kvm på forholdsvis små leiligheter.

5. Har det vært klare utviklingstrekk i antall selveierleiligheter kontra antall borettslagsandeler de siste 10-15 årene?

Vi har flest selveierleilighetsprosjekter, det har vi hatt bestandig. Før hadde vi et regime som sa at av 10 prosjekter var 7 selveier og 3 borettslag. Dette med unntak av når borettslag fikk dårlig rykte, da var det 0. Når borettslagsformen kom tilbake har vi benyttet oss av skattefordelen som ligger der. Vi ser ingen grunn til ikke å benytte oss av skattefordelen når vi bygger borettslag. Borettslagsleiligheter har nå blitt like attraktivt som det var før dippen på midten av 2000-tallet.

6. Når utviklingen av et prosjekt er lite eller at tomten kjøpes seint i prosessen vil verdistigningen ikke være så stor. Hvordan vil dette påvirke valg av boligform?

Da er sannsynligheten større for at vi velger selveierleilighetsprosjekter. Dette siden den latente skatten ikke vil overstige merkostnadene.

7. Hvor store er merkostnadene knyttet til bruk av modellen?

Kostnadene til ekstern rådgivning kommer fort opp mot en halv million. Det vil da gjelde hele prosessen.

8. Spørsmål knyttet til BFU 17/13 (som gjelder ett av deres prosjekter):

I faktum uttaler dere at boligprosjektet skal gjennomføres i to trinn, og at det således er hensiktsmessig å etablere og selge andeler i to borettslag.

Begrunnelsen er bl. a. lånefinansieringen og for at første byggetrinn skal kunne ferdigstilles og selges helt ut som ferdig borettslag uten å skulle stå for neste byggetrinn.

Lånefinansieringen er grei, men representerer ferdigstillelse og salg av byggetrinn 1 noen heftelse så lenge fusjonen mellom BRL (som da omfatter både byggetrinn 1 og 2) og eiendomsselskapet allerede har skjedd senest i året før?

Så lenge fusjonen er gjennomført året før ferdigstillelse av byggetrinn 1 så vil man kunne oppnå de samme fordelene selv om ett borettslag består av begge byggetrinnene. Vi vil hele tiden bevare den fulle råderetten over det som ikke er ferdig. Det er et viktig element for oss at vi har full kontroll på fremtiden, det vil ikke ha noe å si for skattefordelen i seg selv. Om dette skal gjennomføres vil det bli en unødvendig tung prosess.

9. Boligbyggelaget hevdet at gjennomføringen av prosjektet deres representerer en forskjell fra den modellen vi beskriver, nemlig at dere overdrar hele prosjektet til borettslaget, ikke bare den aktuelle eiendommen. Dette var noe vi ikke fikk helt tak i. Eiendomsselskapet består hovedsakelig av eiendommen.

Riktignok ble fremtidige prosjektgevinster regnet inn i salgssummen, som ble gjort utførlig i tråd med armlengdeprinsippet, men representerer dette i det hele tatt noen forskjell fra alle andre tilfeller der eiendom blir overdratt til borettslag på tilsvarende måte?

Det vi selger til borettslaget er hele prosjektet, altså tomt og det som har foregått tidligere. Jo lengre vi har kommet i prosessen jo mer fortjeneste kan vi ta ut, hvis vi har hatt et godt salg reduserer vi risikoen, og gjennom dette kan vi ta ut en større fortjeneste. Dette vil være taksering av verdien av selskapet.

10. Boligbyggelaget mente at i Boligprosjekt 1 var det mye større latent gevinst i prosjektet enn det vi beskriver i vår modell, hvor vi sier at man overdrar kun tomte. Dere vil vel aldri velge og kun overdra tomten, dersom det også har skattemessigverdi å legge inn prosjektet?

Ja, det er riktig.

Boligprosjekt 1: Vi gjorde en revurdering av takseringen på Boligprosjekt 1, og taksten ble satt lavere enn den først ble gjort. På Boligprosjekt 2 har vi ikke brukt takstmenn i det hele tatt, vi har gjort egne vurderinger internt.

Salgsgraden var høyere på Boligprosjekt 2 enn på boligprosjekt 1, dermed reduseres risikoen. Salgsrisikoen var nærmest eliminert. Risikoene er salget og total entreprisen (kostnaden ved å bygge). På Boligprosjekt 2 var det godt salg og total entreprisen var fast pris, dette førte til at det var liten usikkerhet. Den store forskjellen på Boligprosjekt 1 og Boligprosjekt 2 er salgsgraden, det var også fastpris på entreprisen på Boligprosjekt 1.

11. Hva ligger i prisen på aksjesalget?

Tomten og alle andre verdier som er knyttet til prosjektet. Dette avhenger av hvor langt man har kommet med bygginga. Verdien på prosjektet er gevinsten i prosjektet (salgspris - kostnader). Underveis i prosjektet ligger det også et risikoelement i det som vi betrakter, når vi starter prosjektet vurderer vi risikoen ut ifra erfaring og spesielle forhold ved prosjektet så setter vi kanskje av en risikopott. Jo lengre ut i prosjektet vi kommer, mye av risikoen kan ligge på grunnforhold, også selv om det er total entreprisen og fast pris så kan det være elementer som byggherren allikevel er ansvarlig for, for eksempel nabo forhold, skade på andre eiendommer. Risikosummen som er avsatt blir lavere jo lengre ut i prosessen man kommer. Det kan ligge en verdi i risikoelementet. Det som vil avgjøre prosjektgevinsten er hvor langt ut i prosessen man har kommet (hvor mye risiko som er redusert).

I det følgende ønsker vi deres synspunkter på hvorvidt en revisjon av gjeldende rettsregler på området er nødvendig.

12. Spør dere om en bindende forhåndsuttalelse fra skatteetaten for hvert prosjekt der denne modellen ønskes brukt?

Ja, dette er også et tegn på usikkerhet.

13. I 2012 ble det innført en regel om fusjon mellom boligbyggelag og heleid datteraksjeselskap i boligbyggelagsloven § 9-14, etter forslag fra Kommunal- og Regionaldepartementet. I høringsrunden ble det anført fra Advokatforeningen at en tilsvarende regel for fusjon mellom borettslag og heleide datteraksjeselskap også burde innføres. Kommunal- og Regionaldepartementet konkluderte imidlertid med at en slik regel var lite praktisk, som følge av at borettslag sjelden etablerte slike aksjeselskap. Det er for så vidt sant at borettslag sjelden etablerer slike aksjeselskaper selv, men som senere tids bruk av borettslagsmodellen har vist oss, så ender vi likevel opp med denne eierstrukturen som følge av at borettslagene kjøper 100 % av aksjene i det utfisjonerte eiendomsselskapet. At en slik regel vil være lite praktisk er dermed en konklusjon med sterke modifikasjoner.

Har dere gjort opp noen tanker om hvorvidt en regel om fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap bør innføres i loven, tilsvarende som det ble gjort for boligbyggelag?

Alt som kan medføre at ting er enklere og mer forutsigbart er positivt for oss.

14. Generell kommentar fra intervjuobjektet på slutten:

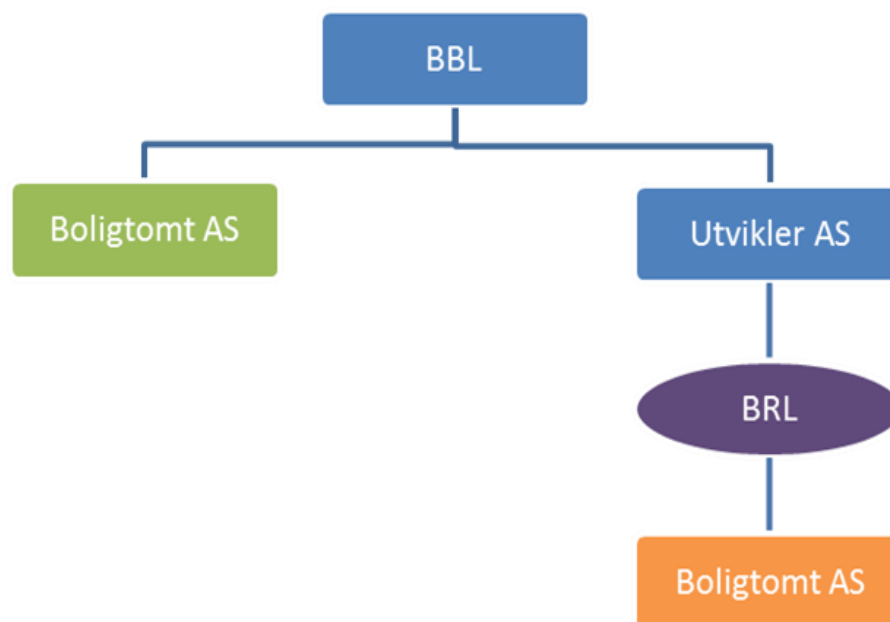
Jeg ser det sånn at når skattemyndighetene ikke har gjort noe med det hittil, har de tydeligvis ikke et stort fokus på det. Det vil være stor usikkerhet ute i markedet, så det er nok få boligutviklere som kjøper en eiendom og forskutterer muligheten. Når vi kjøpte oss inn på Boligprosjekt 2 så vurderte vi dette til å være interessant til et visst antall av boligene og tok risikoen. Latent skattegevinst var med i kjøpesummen når vi kjøpte oss inn på dette prosjektet. Vi gjennomfører aldri prosjekter på egenhånd, vi pleier også å ha mindre eierandel enn 50 %, bruker å ligge på 30-40 %. Flesteparten av private boligutviklere utvikler stort sett selveierleiligheter, så det er ikke noe tema for mange. På Boligprosjekt 2 så indikerer det også litt av vår holdning til det, vi kjøper det på deler av prosjektet men ikke hele. Å kjøre det på hele prosjektet ville gitt den største skattemessige gevinsten, men vi har ikke tro på det rent

markedsmessig. Vi tror vi kan få mer betalt ved at det er litt av begge deler. Man vil også måtte være av en viss størrelse for å benytte dette, med bakgrunn i store kostnader forbundet med ekstern hjelp.

Takk for at dere tok dere tid til å stille opp på intervju med oss! Vi setter stor pris på deres synspunkter og dette vil hjelpe oss med det videre arbeidet med oppgaven.

Vedlegg 4: Intervju EY

Intervjuet er gjennomført ved EY sitt hovedkontor i Oslo den 20. april 2016, kl. 10:00 – 11:00.



Med henvisning til borettslagsmodellen i det følgende, mener vi følgende prosesser: Stiftelse av borettslag, fusjon av boligtomt med etterfølgende salg av aksjene til borettslaget, fusjon mellom BRL og Boligtomt AS og til slutt overgang fra selskapsligning til deltakerligning av andelshaverne i borettslaget. På denne måten unngår man at latent skatt på tomten kommer til umiddelbar beskatning.

1. Har dere hatt en økning i antall forespørsler for bistand til omorganisering ved bruk av borettslagsmodellen de siste 5-10 årene?

Nei, jeg opplever ikke at det har vært noe økning i antall forespørsler. Jeg tror at den modellen som ligger her ikke ligger helt i dagen, sånn at det ligger noe finjuss bak her som gjør at man kan oppnå det resultatet som er effekten av borettslagsmodellen. Også er det sånn at det har vært enkelte aktører som har hatt kjennskap til den, det er svært sjeldent at det kommer boligutviklere til oss som ønsker bistand til å gjennomføre denne modellen. Min erfaring er at vi har sett i konkrete prosjekter hvor vi bistår eiendomsutviklere at det er et potensial til å benytte denne modellen, så har de gjort en kommersiell vurdering om borettslag vs. selveier er et godt salgsobjekt. Skatt er på en måte

en av sidene, men det har også en kommersiell side. Man opplever kanskje at det er flere kjøpere til selveier enn det er på borettslagsandeler. Senest i forrige uke hørte jeg noen si at så mye som 1/3 av kjøpermassen forsvinner når det er snakk om borettslagsandeler. Men dette har jeg ikke formening om er riktig eller ikke. Men dette er et uttrykk for hvordan enkelte eiendomsutviklere ser på borettslaget som sådan, at det har mindre kommersiell effekt. Samtidig er mange av disse prosjektene fastprisobjekter, hvis disse prises riktig så bør det ikke være så stor forskjell i forhold til realisasjonsprosenten likevel.

2. Utviklere indikerer at de setter sluttprisen likt på borettslag og selveier leiligheter. Synspunkt på dette?

Det at prisene er like er nok riktig, også når man ser på omsetningshastighet på nybolig og borettslagsleiligheter. Vi ser for eksempel OBOS prosjekter hvor alt er utsolgt på første salgsseanse. I den senere tid ser vi også et høyt salgstill på borettslagsandeler. Det som er viktig med denne modellen er at det handler ikke om utvikler er boligbyggerlag eller ikke, dette er en modell som fungerer for enhver boligutvikler.

3. Synspunkter på borettslagsmodellen.

Borettslagsmodellen som vi vurderer den, handler om hvordan man klarer å skjerme den latente merverdien på tomta fra beskatning. Det som skjer i byggherreselskapet, vil være gjenstand for ordinær beskatning uavhengig av om man følger borettslagsmodellen eller ikke. Det er på en måte tomtegevinsten som er kluet her. Hvor er det aktuelt å gå videre med borettslagsmodellen, det vil være i tilfeller hvor man ser at det er en svært lav historisk kostpris og det er betydelig merverdier. I andre tilfeller er det ikke all verden å hente, da kan man likeså greit følge den ordinære måten. Boligene vil komme til ordinær beskatning. Hvis disse skal skjermes, må man gå en annen vei. utfordringen da blir å treffe vilkårene for når denne skal overføres fra selskapsligning til deltakerligning, dette er noe av grunnen til at man ofte ikke gjør noe med boligen. Det er likevel ikke noe prinsipielt sett i veien for å skjerme hele prosjektet.

4. Noen utviklere mener at de kan skjerme større deler av prosjektgevinsten utover det vår modell beskriver hvor vi kun lar tomten ligge i det utfisjonerte selskapet. Når aksjene i dette selskapet selges til borettslaget, hva reflekterer egentlig denne prisen?

Mitt utgangspunkt: Man må se på hva som følger med aksjeposten, hvis det utelukkende ligger en tomt der, er det i realiteten det man kjøper.

Prosjektverdien knytta til hvordan dette skal realiseres, ligger ikke nødvendigvis i dette selskapet. Da er det ikke riktig å legge på den type verdier inn i verdien på aksjen, da kan man stille spørsmål om det er feilpriset. Den verdien man setter der, har direkte betydning på skattemessig kostpris på andelene i borettslaget. Sånn at hvis den er 1000 så vil inngangsverdien være 1000, hvis den settes til 2000 vil det danne grunnlaget for din gevinstberegning, man skal være forsiktig hvor langt man strekker strikken her. Strekker man strikken for langt får man lavere skatt, men man bør være forberedt på at skattemyndighetene kan ettergå at prisen er riktig. Det som er viktig i en sånn salgstransaksjon er at man prøver å treffe markedet så godt som mulig, når man skal prise den tomten. Tomten vil være en bidragsfaktor på totalverdien, man må se på hvor mye man får solgt tomten for i markedet. Man bør ikke selge mer enn man har grunnlag for, hvis det er et aksjeselskap med en tomt man selger er det dette man bør prise og ikke bake inn andre prosjektsynergier etc. Ikke umiddelbart sikker på at det er riktig. Da kan man komme til situasjonen med en gjennomskjæringsbetragtning, en reklassifisering av vederlaget eller en endring av pris fastsettelsen.

5. Hva er typiske trekk i prosjekter der det ikke er lønnsomt å bruke borettslagsmodellen?

Vi har vært nokså tydelig i de prosjektene vi har vært involvert i, når vi ser at det er mulig å hente en økonomisk effekt av å bruke modellen. Det tror jeg nok også at kundene ofte ser. Så ender det med at man må se på den kommersielle siden om man ønsker å gå for et borettslagsprosjekt eller om man ønsker selveier. Hvis man kjøper en tomt i dag for å utvikle den umiddelbart, følger man normalt hovedsporet hvor oppføring av bygning på tomt skjer i byggherre og bygget da overføres til borettslaget når prosjektet er

klart til overlevering. Tomtene kan være tomter man har kjøpt for lenge siden, eller det kan være selskaper man kjøper som da har en tidligere ervervet tomt (med lav historisk verdi).

6. Hva er merkostnadene for å benytte denne modellen utover å innhente eksternhjelp fra for eksempel EY? (Fisjon, aksjesalg, fusjon)

Transaksjonsstrukturen med borettslagsmodellen vil være mer kostbar enn et vanlig innmatssalg. Men jeg har nok ikke noen konkrete tall på kostnadene forbundet med en slik transaksjonsstruktur.

De neste spørsmålene omhandler utfisjoning av boligtomt med påfølgende salg av samtlige aksjer til borettslaget

7. Ved utfisjoning av boligtomt, har dere vært borti tilfeller der det også inngår skatteposisjoner uten tilknytning til eiendeler, slik at spesiell gjennomskjæring gjennom § 14-90 kan komme til anvendelse, eller vil det aldri være en aktuell problemstilling?

Ja det kan nok forekomme. Typisk vil være om man har kjøpt en tomt finansiert med gjeld, hvis virksomheten da har gått med underskudd vil ofte finansieringskostnadene følge med ut når fisjonen gjennomføres. Når man fisjoner vil underskudd til fremføring som knytter seg til den eiendelen eller virksomheten som tas ut, den skal følge eiendelen. Det som har vært litt av problemstillingen er om man risikerer noe i forhold til § 14-90 eller ulovfesta gjennomskjæring. Det er et spørsmål vi ofte stiller skattemyndighetene for å få svar på. Det at vi fikk Tangen 7 har bidratt til at denne typen øvelse har blitt mer skattemessig safe. Vi har nok sjelden stilt spørsmål om § 14-90, vi har spurt mest om ulovfesta gjennomskjæring. På de BFUene vi har vært involvert i, har vi fått positivt svar på alle. Så er det mange elementer i en slik øvelse, en er fisjonen, som er helt ok så lenge dette gjøres på lovlig måte. Også har man aksjesalget som bør være salg innenfor fritaksmetoden, da er det heller ingen skatt her. Også er det fusjonen mellom tomteselskapet og borettslaget, som faller utenfor skattelovens regler fordi disse ikke er samme selskapsform. Men hvor det er fritak med bakgrunn i ulovfesta regler gitt at ligningsformen er lik, den er nok ikke kontroversiell. Det er mange eksempler i skattelovgivningen

at man har muligheten til å fusjonere selskaper som lignes likt, men har ulik selskapsform. Inngangsverdien på borettslaget er veldig interessant her. Før var borettslagsandelene omfattet av fritaksmetoden, altså før lovendringen. Dette er det nå full skatteplikt på, og måten man faktisk fastsetter skattemessig inngangsverdi på. Her kan det tenkes at man får en endring for hvordan man skal fastsette denne inngangsverdien. Da vil man fort kunne ende opp i en situasjon hvor tomteverdien kommer til beskatning indirekte på dette nivået. Men foreløpig er det ikke noe som tyder på dette, det er noe i denne modellen som gjør at man kommer utrolig godt ut. Så det kan tenkes at det kommer noen reguleringer som kan tette disse hullene. Samtidig har modellen har vært i bruk i hvert fall i 10 år.

8. *Gjems-Onstad og Folkvord konkluderer i sin bok «Aktuell Bedriftsbeskatning, 2013» s. 97 med at sktl. §14-90 og den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er uklare og ikke lett og praktisere.*

Er dere enig i denne påstanden?

Ja, det er ikke vanskelig å være enig i at vilkårene i begge disse lærene er vanskelig tilgjengelig. Det åpnes for såpass mye skjønn at man kan argumentere for det meste, dette er nok litt av hovedutfordringen særlig på § 14-90. På § 14-90 er det «hva er skatteyters motiv» som blir vurderingskriteriet, her har nok skattemyndighetene lagt særlig vekt på hva som er de nominelle skatteverdiene som er effekten av transaksjonen, også glemmer man fort de andre effektene som følger med.

Når det gjelder ulovfestet gjennomskjæring har det lenge vært en uklar praksis, særlig knytta til fisjon av selskap for deretter å selge aksjene i selskapet. Her har det vært stående ordre at alle denne type saker har vært gjenstand for gjennomskjæring. Skattekontoret har fulgt opp dette med mange kreative måter for å skattlegge, blant annet i «Tangen 7» ser man at de forsøker å finne en smart måte å skattlegge på. Jeg ser på fremgangsmåten her som en veldig kreativ tilnærming. Dommen var da en befrielse siden den var så klar og tydelig for hva som var akseptabel fremgangsmåte. I forhold til denne modellen her har det gitt en god sikkerhet for fremgangsmåten. Vi oppfatter rettslig sett at løsningen som grei, men prosjektene har ofte store merverdier og ønsker en sikkerhet for løsningen og en BFU. Vi ser at vi har

fått BFUer fra ulike skattekontorer og behandlingen er lik alle steder, det begynner å bli etablert en fast ligningspraksis.

9. I forhold til lovforslaget fra Zimmer, har du gjort opp deg noen meninger om den vil få utvida anvendelse i forhold til borettslagsmodellen?

Det er vanskelig å være bastant, men sånn i utgangspunktet ser jeg ikke at den skal påvirke dette negativt. Det man har gjort med dette lovforslaget er at man har snudd opp ned på vurderingskriteriene. I rettspraksis har man lagt opp til en objektiv vurdering hvor det suppleres med det subjektive. I lovforslaget har man snudd opp ned på kriteriene. Resultatet vil nok være forholdsvis likt som nå, men det vil ha en annen tilnærming til hvordan man angriper problemet. Det er ikke en uvanlig teknikk at man skiller ut en virksomhet eller eiendom i et eget selskap for så å selge aksjer i det. Typisk hvis det ligger i ulike jurisdiksjoner vil man ofte ende opp i en situasjon at den staten hvor virksomheten utøves eller eiendommen for eksempel ligger, at man aldri vil ta del i den realisasjonen av eiendommen som indirekte skjer. Her er det mange land som har tatt grep for dette, Polen for eksempel. Hvis man selger aksjer i et polsk eiendomsselskap vil merverdiene på eiendommen komme til beskatning, selv om man ikke selger eiendommen som sådan, men bare realiserer aksjen. Dette er en lovgivningstekning som man kunne valgt å ha i Norge, også tenker jeg at man må vurdere hvilke regler man har valgt å ikke innføre også, man har jo åpenbart åpna opp for å gjennomføre en eiendomstransaksjon på ulike vis. Enten selge innmaten, det vil ha en konsekvens. Eller man kan selge aksjer og det har en annen konsekvens. For man må ikke glemme at om man selger en aksje hvor eiendommen følger med vil også det ha en konsekvens for de som skal videreføre dem. Man vil ende opp med en høyere betalbar skatt på resultatet fremover, fordi man ikke får oppskrivning på eiendommen, lavere avskrivningsgrunnlag og høyere skattepliktig resultat. Det vil være noen avveininger her fordi det ikke alltid kan være sånn at skattyter skal være den som plukker opp regninga når man velger å strukturere en transaksjon som er innenfor det som er akseptabelt i tillegg til at man har valgt en transaksjonsform som er nokså vanlig i markedet. Det er nok tilfelle at eiendomstransaksjoner ofte gjennomføres som aksjesalg, dette har sammenheng med at eiendommer historisk har steget veldig mye i verdi.

10. **Vil lovfesting av reglene kunne føre til en så stor forenkling at disse prosessene i større grad kan gjennomføres av boligutviklingselskapene selv, uten å hente ekstern ekspertisehjelp fra selskaper som EY? Eller vil det uansett være såpass komplekse prosesser at de må gå utenfor sine vegger for å finne denne ekspertisen?**

Dette vil avhenge litt av den interne kompetansen, det som er med borettslagsmodellen er at det er en veldig tverrfaglig disiplin. Hvor man har behov for verdsettere, skattejurister, selskapsrettsjurister, mva., fast eiendom. Dette er ikke vanlig at denne kompetansen ligger ute i bedriftene.

11. *Vi drøfter avslutningsvis i oppgaven om en revisjon av gjeldende rettsregler er nødvendig. I tillegg til mulig lovfesting av omgåelsesnormen innebærer det bl.a. om en fusjonsregel for borettslag og heleide datteraksjeselskap skal innføres tilsvarende som det ble gjort for boligbyggelag i 2012.*

Har dere gjort opp noen tanker om hvorvidt en regel om fusjon mellom borettslag og heleid datteraksjeselskap bør innføres i loven, tilsvarende som det ble gjort for boligbyggelag?

Den lovendringen som du viser til vil jeg anta er en selskapsrettslig regel siden den er inntatt i den selskapsrettslige loven. Når det snakkes om å fusjonere på ulovfesta grunnlag er det en ren skattemessig fusjon. Når tomte skal hjemles opp i borettslaget må det alltid betales dokumentavgift. At det er en selskapsrettslig regel for fusjonen, betyr ikke nødvendigvis at det er skattemessig kontinuitet. Selv om man får på plass en selskapsrettslig regel, kan det være at ulovfesta rett er grunnlaget som må brukes for å få løfta tomte opp.

Takk for at dere tok dere tid til å stille opp på intervju med oss! Vi setter stor pris på deres synspunkter og dette vil hjelpe oss med det videre arbeidet med oppgaven.

Vedlegg 5: Preliminary Master Thesis

Knut Masdal: **0895933**

Christian Endrestad Storødegård: **0930420**

Preliminary Master Thesis Report
ved Handelshøyskolen BI

**Skattemessige
tilpasningsmuligheter for
boligutviklere ved bruk av
Borettslagsmodellen**

Master of Science in Business

Major in Business Law, Tax and Accounting

Eksamenskode og navn:

GRA19003 – Preliminary Master Thesis Report

Veileder:

Sanaz Ormaz Ferdowsi

Innleveringsdato:

15.januar.2016

Innholdsfortegnelse

1.	INNLEDNING	1
1.1.	BAKGRUNN OG MOTIVASJON	1
1.2.	<i>Avgrensning</i>	2
1.3.	<i>Problemstilling</i>	3
2.	METODE	3
2.1.	RETTSKILDER	3
2.1.1.	<i>Lovgivning</i>	4
2.1.2.	<i>Forskrifter</i>	4
2.1.3.	<i>Forarbeider</i>	4
2.1.4.	<i>Rettspraksis</i>	5
3.	NÆRMERE OM FUSJON/FISJON	6
3.1.	FUSJON	6
3.2.	FISJON	7
3.3.	BORETTSLAGSMODELLEN	7
3.4.	TRINN 1: STIFTELSE AV BORETTSLAG (LILLA).....	8
3.5.	TRINN 2. FISJON AV BOLIGTOMT I EGET SELSKAP (GRØNN)	9
3.5.1.	<i>Innholdet i regelen om ulovfestet gjennomskjæring</i>	9
3.6.	TRINN 3. SALG AV BOLIGTOMT AS TIL BRL (ORANSJE)	10
3.7.	TRINN 4. FUSJON MELLOM BOLIGTOMT AS OG BRL	11
3.7.1.	<i>Skatteloven § 7-3</i>	11
3.8.	TRINN 5. OVERGANG FRA SELSKAPSLIGNING AV BRL TIL DELTAKERLIGNING AV ANDELSHAVERNE I PÅFØLGENDE ÅR ETTER SKATTELOVEN § 7-3	12
3.9.	KOMMENTAR.....	13
4.	FREMDRIFTSPLAN	13
5.	REFERANSELISTE	15
5.1.	LITTERATUR:	15
5.2.	LOV- OG FORSKRIFTSREGISTER:.....	16
5.3.	DOMMER, FORARBEIDER OG ANDRE OFFENTLIGE DOKUMENTER:	16

1. Innledning

1.1. Bakgrunn og motivasjon

Temaet for oppgaven er å se nærmere på hvordan borettslagsmodellen åpner for skattemessige tilpasningsmuligheter for eiendomsutviklere. Midt på 2000-tallet misbrukte mange kreative boligutviklere sin posisjon, og etablerte svært høy gjeldsgrad i borettslagene uten sikkerhetsnett, noe som førte til miskreditt i markedet i flere år¹⁷⁶. Gjennom de senere årene har vi imidlertid sett flere lovreguleringer som bidrar til å sikre borettslagenes økonomi. Markedet for borettslagsandeler solgt fra seriøse aktører er, på bakgrunn av dette, igjen i vinden som følge av fordelene ved borettslag.

En viktig lovendring i borettslagsloven ble gjort i 2008, da det ble presisert at et aksjeselskap ikke kan stiftes med samme formål som et borettslag. Dette medførte at opprettelsen av nye aksjeleiligheter ble ulovlig. Meningen var å hindre «omdanninger» av eksisterende eiendomsaksjeselskaper til boligaksjeselskaper ved sammenknytning av aksjeeie og bruksrett, for så å omdanne selskapet til et borettslag. En transaksjon av slik art ble i stor grad gjort av skatte- og avgiftsmessige hensyn¹⁷⁷.

Boligutviklerne kan nå isteden benytte seg av borettslagsmodellen, og oppnå betydelige skattebesparelser som følge av at de unngår realisasjon av tomtegevinst, samtidig som deler av prosjektgevinsten oppnås som aksjegevinst. Dette gjør borettslag attraktivt også på utviklersiden, men de nevnte skattefordelene oppnås kun dersom utvikling og endelig salg av andeler skjer over en viss tidsperiode og på en bestemt selskaps- og skatterettslig måte. Det er nettopp disse prosessene vi ønsker å se nærmere på, og belyse de ut ifra lovgivers intensjon, gjennom å se på hvilke muligheter for tilpasning og hvilke begrensninger som ligger i lovverket, samt i fremvoksende retts- og ligningspraksis.

Borettslagsmodellen er referert til på alternative måter i gjeldende litteratur. Gjennom vår oppgave vil modellen være definert av prosessene som gjennomgås i kapittel 4. Der tar vi for oss et fiktivt eksempel, for å få en praktisk tilnærming til

¹⁷⁶ Alexander H. Frostad, 2010 «Etterlengtet revisjon av borettslagsmodellen» Grette.no 22.6.2010

¹⁷⁷ Lilleholt 2010

gjennomgangen av de ulike stegene/prosessene i modellen, som resulterer i de nevnte skattebesparelsene. Underveis vil det bli henvist til de gjeldende rettsregler, og særlig vekt blir lagt der det er tvil om gjennomføringene er i henhold til lovens intensjon eller ikke.

I korte trekk må prosessene omfatte både fisjon, aksjesalg og fusjon for at boligutviklerne skal kunne oppnå skattebesparelsene. Særlig når det gjelder gjennomføring av fisisjoner og fusjoner ved bruk av denne modellen, vil ikke gjeldende rettsregler være tilstrekkelig for å avgjøre om de er i tråd med lovens intensjon. Ulovfestet rett vil følgende stå sentralt her. Det er på dette området, hvor en gjennomgang av fremvoksende retts- og ligningspraksiser er nødvendig, at hovedfokuset i oppgaven vil ligge.

Denne typen «skattefri» omorganisering er et svært dagsaktuelt tema, og i kontinuerlig utvikling. Store økonomiske konsekvenser, samt aktørenes behov for forutsigbarhet og stabilitet, gjør temaet svært interessant.

Borettslagsmodellen kan langt ifra regnes for å være allmenn kjent. Det synes også å være et tomrom når det gjelder forklaring/gjennomgang av modellen i eksisterende litteratur, sett i lys av at den igjen er i vinden og brukes aktivt av sentrale aktører i næringslivet. Gjennom vår oppgave, ønsker vi dermed å bidra til å rette større fokus mot temaet. Samtidig vil vi vurdere om det trengs en revisjon av gjeldende rettsregler for å sikre forutsigbarhet og stabilitet for aktørene, samt å sikre at de føyer seg etter de intensjoner som loven faktisk er ment å gjelde.

1.2. Avgrensning

Oppgaven omhandler skattemessige tilpasninger ved omorganiseringer, gjennom bruk av borettslagsmodellen. Dette omfatter en rekke prosesser og en avgrensning av fokusområde er derfor nødvendig. Vårt hovedfokus i oppgaven vil ligge der gjeldende rettsregler ikke er tilstrekkelig for å avgjøre om gjennomføringene er i tråd med lovens intensjon eller ikke. Dette begrenser seg til å gjelde fusjon og fisjon i modellen, og de andre prosessene som modellen omfatter vil derfor ikke bli gjennomgått i detalj.

I teorien kan man også tenke seg at en tomt skal brukes til mer enn bare boliger, f.eks. også næring. For vårt formål vil vi imidlertid legge til grunn at tomten kun benyttes til boliger, og at en oppdeling av tomten således ikke er nødvendig.

1.3. Problemstilling

Vi ønsker å belyse de skattemessige tilpasningsmulighetene som borettslagsmodellen muliggjør for boligutviklere. Hypotesen vår er at dagens rettsregler ikke er tilstrekkelige for å sikre ønsket stabilitet og forutsigbarhet for aktørene, samt at de åpner for utnyttelse av modellen gjennom rent skattemotiverte omorganiseringer. På bakgrunn av dette vil vi vurdere om en revisjon av gjeldende rettsregler er nødvendig. Fokuset vårt vil som følge av dette være på de 3 områdene:

1. Rettslige vilkår for skattefri omorganisering ved bruk av borettslagsmodellen.
2. Hvilke vilkår må oppfylles for at ulovfestet gjennomskjæring skal kunne begrense muligheten for skattefri fusjonering av boligtomten til et eget aksjeselskap?
3. Hvilke vilkår må oppfylles for at boligtomten, organisert som et AS, skal kunne fusjoneres skattefritt inn i et borettslag med grunnlag i ulovfestet rett?

2. Metode

Oppgaven vil i hovedsak bli belyst basert på juridisk metode. Den vil også suppleres med informasjon fra fagpersoner gjennom kvalitativ metode i form av dybdeintervjuer.

2.1. Rettskilder

Hovedsakelig kan man si at juridisk metode omhandler samspillet mellom rettsregler, rettsprinsipper, grunnregler og grunnprinsipper. Rettskilder er forhold som tas i betraktning når det skal fastlegges hva en rettsregel går ut på. For å finne frem til rettsregelen finner man de relevante rettskildefaktorer, tolker dem og avveier dem mot hverandre. Rettskilder består av flere faktorer, og eksempler på disse er Grunnloven, lov, forskrifter, lovforarbeider, rettspraksis, forvaltningspraksis, juridisk teori, sedvaner og reelle hensyn¹⁷⁸. Rettskildelæren skiller mellom rettskildefaktorenes *relevans* (hvilke faktorer kan trekkes inn) og *vekt* (hvilken betydning skal faktorene tillegges når de strider mot hverandre)¹⁷⁹. I

¹⁷⁸ Boe 2012, s. 84

¹⁷⁹ Gjems-Onstad m.fl. 2015 s. 64

de kommende underkapitler følger en fremstilling av de mest sentrale rettskildefaktorene for vår oppgave.

2.1.1. Lovgivning

- Lov av 26. mars 1999 nr.14 om skatt av formue og inntekt (Skatteloven)

Skatteloven gjelder formuesskatt til stat og kommune, inntektsskatt til stat, fylkeskommune og kommune, grunnrenteskatt til stat, naturressursskatt til fylkeskommune og kommune, og tonnasjeskatt til staten. Skatteloven er i stadig endring og må tilpasse seg nasjonale hensyn og den internasjonale lovgivningen. For å tilpasse seg dette gjøres det små endringer hvert år. Skatteloven vil være den mest anvendte loven i oppgaven, supplert av andre lover og rettskilder.

- Lov av 6. juni 2003 nr.39 om burettslag (burettslagslova)

Et burettslag er et samvirkeforetak som har til formål å gi andelseierne bruksrett til egen bolig i foretakets eiendom. Et burettslag har mange likehetstrekk som et aksjeselskap.

- Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Aksjeloven regulerer forholdet mellom aksjeeiere, selskapet og kreditorer, loven regulerer blant annet aksjeeieres personlige ansvar for selskapets forpliktelser og gjeld.

2.1.2. Forskrifter

I skatteretten har myndighetene fullmakt til å utarbeide forskrifter, som er like bindende som formelle lover dersom de er lovhjemlet. De mest sentrale forskriftene for oss vil være gitt av Finansdepartementet (FSFIN) og Skattedirektoratet (FSSD).

2.1.3. Forarbeider

Forarbeidene i Norsk rett tillegges betydning i rettsanvendelsen og vil dermed bidra til å kaste lys over lovtekstens innhold. På flere områder i vår oppgave vil ikke lovtekstens innhold være tilstrekkelig for å vurdere mulighetene/begrensningene ved omorganisering, og forarbeidene vil være retningsgivende for å forstå lovens intensjon og formål. De vil typisk være

utarbeidet i form av en proposisjon til Stortinget (Prop. L.) og stortingskomiteens innstilling til Stortinget (Innst. L.). Inntil 2009 het disse henholdsvis Odelstingsproposisjoner (Ot.prp.) og innstillinger til Odelstinget (Innst. O.).

2.1.4. *Rettspraksis*

Rettspraksis vil være en sentral del av oppgaven da deler av borettslagsmodellen omfatter prosesser som kun reguleres etter ulovfestede regler eller administrativ praksis. I vår oppgave vil bindende forhåndsuttalelser (BFU'er) være et mye anvendt grunnlag for fremvoksende rettspraksis, sammen med ulike høyesterettsdommer. Vi finner det derfor hensiktsmessig å utdype disse BFU'ene nærmere i kommende underkapitler.

2.1.4.1. Bindende forhåndsuttalelse fra skatteetaten (BFU)

Skatteetaten tilbyr bindende forhåndsuttalelser til privatpersoner, foreninger og næringsdrivende vedrørende skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser av planlagte, fremtidige disposisjoner. Formålet med en bindende forhåndsuttalelse er å gi skatte- og avgiftspliktige forutsigbarhet i sine fremtidige disposisjoner¹⁸⁰. Forhåndsuttalelsene begrenser seg til å gjelde ikke gjennomførte skattemessige transaksjoner, og må derfor anmodes før gjennomføringen av prosjektene¹⁸¹.

For prosjekter der borettslagsmodellen er i bruk vil det alltid være hensiktsmessig å be om en bindende forhåndsuttalelse fra skatteetaten. Dette for å sikre en forutsigbarhet for gjennomføring av borettslagsmodellen, samt å unngå større problemer ved senere ligningsbehandling. Det vil være flere tvilstilfeller hvor små forskjeller, både i form av strukturelle hensyn, disposisjoner og saksbehandlers tolkning, avgjør utfallet.

De bindende forhåndsuttalelsene vil på bakgrunn av dette være svært viktige for boligutviklere, og dermed vil de også representere en viktig datakilde for vår oppgave. De gir en oversikt over innsenders syn på saken, og hvordan skattedirektoratet selv vurderer sentrale momenter.

¹⁸⁰ Carlsen 2012, s. 22

¹⁸¹ Lignings-ABC 2014/15, s. 201

3. Nærmere om Fusjon/Fisjon

Gjennomføringen av fusjon og fisjon står sentralt i oppgaven, og vi finner det derfor hensiktsmessig med en noe mer detaljert forklaring av konseptene. Utgangspunktet for fusjon og fisjon av selskaper, er at det utløser gevinst- og tapsoppgjør, både på selskaps- og aksjonærnivå. Det er allikevel tilgang til skattefrie fusjon dersom bestemte vilkår er oppfylt. Begrunnelsen for at skattefrie fusjoner og fisjoner tillates er utviklet gjennom retts- og ligningspraksis, og ofte begrunnet i at de har positive bedriftsøkonomiske og samfunnsøkonomiske konsekvenser¹⁸².

En viktig forutsetning for å kunne gjennomføre fusjoner og fisjoner er at de skjer i henhold til de gjeldende selskaps- og regnskapsrettslige reglene. Vår oppgave omhandler imidlertid kun skattetilpasningen ved slike omorganiseringer, og de selskaps- og regnskapsrettslige reglene vil derfor ikke gjennomgå i detalj. Det vil imidlertid være en forutsetning for våre skattemessige drøftelser gjennom oppgaven at disse reglene er fulgt.

3.1. Fusjon

En sammenslåing av to eller flere selskaper kalles en fusjon. Den skjer ved at ett eller flere (overdragende) selskaper overdrar alle sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet (overtakende) selskap og deretter oppløses¹⁸³.

En transaksjon som skjer i forbindelse med en fusjon er i utgangspunktet grunnlag for beskatning etter skattelovens § 11-1 første ledd. Det er allikevel adgang til skattefrie fusjon dersom denne foretas etter reglene i:

- Skattelovens kapittel 11 for fusjon av likeartede selskaper, eller
- Ulovfestet rett for visse selskaper som ikke er likeartet¹⁸⁴.

Vår gjennomgang av fusjonen i kapittel 4.4, viser at Borettslagsmodellen omhandler en fusjon mellom to selskaper som ikke er likeartede. For at denne skal kunne gjennomføres skattefritt på bakgrunn av ulovfestet rett, er det en rekke

¹⁸² Brudvik 2015 s. 684-685

¹⁸³ Kildal & Skaar 2012 s. 221

¹⁸⁴ Lignings-ABC 2015 s. 641

vilkår som må være oppfylt. I hovedoppgaven vil disse bli gjennomgått ved omfattende drøftelser og tolkninger av gjeldende rettspraksis.

3.2. Fisjon

En fisjon er en deling av et selskap, hvor selskapet (det overdragende selskap) enten:

- Overdrar en del av sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til ett eller flere andre nystiftede eller eksisterende selskaper (det/de overtakende selskap) og fortsetter å bestå som selskap, eller
- Overdrar alle sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til minst to andre nystiftede eller eksisterende selskaper (de overtakende selskapene) og deretter oppløses¹⁸⁵.

En transaksjon som skjer i forbindelse med en fisjon er i utgangspunktet grunnlag for beskatning etter skattelovens § 11-1 første ledd. Det er allikevel, tilsvarende som for fusjon, adgang til skattefri fisjon etter reglene i skattelovens kapittel 11.

I vår oppgave vil reglene for skattefri fisjon være oppfylt. For at fisjonen ikke skal kunne gjennomføres, må den stoppes gjennom enten:

- Bortfall av skatteposisjoner etter sktl. § 14-90, eller
- Skattemessig gjennomskjæring gjennom ulovfestet rett.

Vår gjennomgang av fisjonen i kapittel 4.2 vil vise at sktl. § 14-90 ikke kommer til anvendelse i vårt tilfelle. Hovedfokuset i drøftelsen vil derfor omhandle hvorvidt fisjonen kan stoppes gjennom ulovfestet gjennomskjæring.

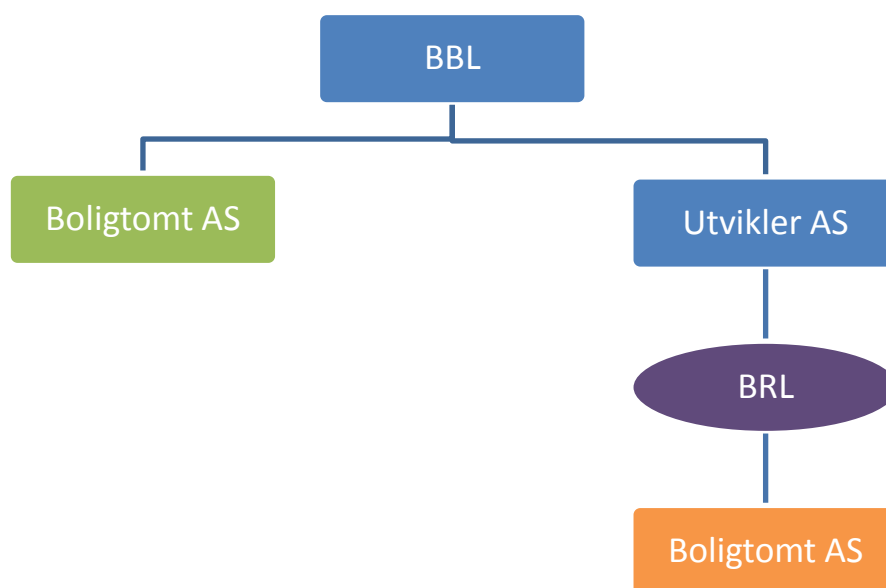
3.3. Borettslagsmodellen

Hensikten med å bruke borettslagsmodellen for boligutviklerne er å oppnå skattebesparelser ved å unngå at latent skatt på en tomt kommer til beskatning. Dette medfører at den aktuelle tomten, som er organisert som et aksjeselskap, må

¹⁸⁵ Brudvik 2015 s. 694

overføres til det aktuelle borettslaget gjennom et aksjesalg, hvilket sørger for at det ikke utløses et gevinstoppgjør ved tomtesalget. Tomten kan deretter fusjoneres inn i borettslaget, slik at borettslaget blir ny eier av tomten. Prosessene som må gjennomgås for å oppnå dette kan beskrives gjennom 5 ulike trinn. Vi vil belyse disse stegene gjennom å bruke et fiktivt eksempel, der selskapsstrukturen i utgangspunktet er som følgende:

Et Boligbyggelag (heretter BBL) eier 100 % av et boligutviklingsselskap, som er organisert som et aksjeselskap (heretter Utvikler AS). Et Borettslag (heretter BRL) skal så stiftes og en utviklet boligomt skal fisjoneres ut fra Utvikler AS som et eget aksjeselskap (heretter Boligomt AS). Vi vil under de ulike trinnene komme inn på de mest sentrale problemstillingene som oppstår, og som kommer til å være sentrale for oppgaven vår.



Figur 1: Borettslagsmodellen

3.4. Trinn 1: Stiftelse av borettslag (Lilla)

Utbygger kontorstifter BRL(borettslaget) og kapitaliserer det opp. Vi legger til grunn at dette gjøres i henhold til burettslagslova av 6. juni 2003 nr. 39, og at det således ikke reiser seg noen større problemstillinger knyttet til dette.

3.5. *Trinn 2. Fisjon av boligtomt i eget selskap (Grønn)*

Boligtomten fisjoneres ut fra Utvikler AS i et eget aksjeselskap, og blir til Boligtomt AS. Formålet med fisjonen vil være et etterfølgende salg av Boligtomt AS til det stiftede Borettslaget, og spørsmålet som reises er hvorvidt denne fisjonen kan gjennomføres skattefritt. Skattelovens § 14-90 *Bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner* kan legge begrensninger for om en slik fisjon kan gjennomføres skattefritt. Det er imidlertid et krav at selskapet har «skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost». Slike skatteposisjoner vil ikke være tilstede i våre tilfeller, og bestemmelsen antas dermed ikke å komme til videre anvendelse når det gjelder fisjonen.

Videre er spørsmålet om ulovfestet gjennomskjæring kan finne sted. Innholdet i denne regelen er utviklet gjennom et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori, jf. bl.a. Rt. 2007s. 209 («Hex-dommen»), og er nærmere beskrevet i kapittelet under.

3.5.1. *Innholdet i regelen om ulovfestet gjennomskjæring*

Utgangspunktet er at en skattyter kan velge den mest ønskelige framgangsmåte ved omorganiseringer, og at den valgte måten blir grunnlag for beskatningen. Videre foreligger det to vilkår, som begge må være oppfylt for at ulovfestet gjennomskjæring kan komme til anvendelse. Det første, grunnvilkåret, er at det hovedsakelige formålet med disposisjonen må være skattemotivert. Det andre, tilleggsvilkåret, er at disposisjonen må fremstå som stridende mot skattereglens formål. Det er imidlertid også viktig å presisere at aktører ikke har noen plikt til å innrette seg slik at de må betale mer skatt enn nødvendig, jf. forarbeidene til fritaksmetoden¹⁸⁶.

Det følger av forarbeidene til skattereglene for fisjon og fusjon¹⁸⁷, at det prinsipielle utgangspunktet for skattereglene er at det ikke skal være til hinder for rasjonelle omorganiseringer av det selskapsrettslige rammeverket rundt virksomheter, sett i et bedrifts- og samfunnsøkonomisk perspektiv¹⁸⁸. Det er

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.6.1

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 71 (1995-96)

¹⁸⁸ - pkt. 1.2

imidlertid spesifisert ettertrykkelig at fisjons- og fusjonsreglene ikke er tenkt brukt når det helt dominerende eller eneste formål er å oppnå skattebesparelser¹⁸⁹.

På bakgrunn av dette ser vi at forarbeidene til både fritaksmetoden og til fisjons- og fusjonsreglene aksepterer forholdsvis stor grad av tilpasning ved omorganiseringer, så lenge de bakenforliggende eierinteressene forblir uendret.

Utbygger vil typisk kunne begrunne en slik fisjon som en tilpasning til påfølgende byggetrinn i et prosjekt ut ifra rent hensiktsmessige grunner. Det oppnås heller ingen særskilte skattefordeler ved en slik fisjon fremfor f. eks. å overdra Boligtomt AS direkte til Borettslaget. Spørsmålet som reiser seg, og som må tas stilling til i drøftelsen, er hvorvidt en slik enkeltdisposisjon inngår i et større kompleks av disposisjoner (hele prosessen) som totalt sett er rent skattemotivert, og at det på bakgrunn av dette skal gjøres en vurdering ut ifra en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet.

3.6. Trinn 3. Salg av Boligtomt AS til BRL (Oransje)

Etterfulgt av fisjoningeringen av Boligtomt AS, vil aksjene i sin helhet selges til Borettslaget for virkelig verdi. Dette aksjesalget omfattes av fritaksmetoden etter sktl. § 2-38 (fritaksmetoden). Fritaksmetoden omfatter regler for beskatning av utbytte og gevinster for selskapsaksjonærer. Hovedregelen i fritaksmetoden sier at selskapsaksjonærer slipper å betale skatt på gevinst og utbytte av aksjer, jf. sktl. §2-38. Fritaksmetoden gir muligheter for skatteplanlegging i forbindelse med oppkjøp og restrukturering av selskaper. Dette grunner i at selskapet kan velge mellom salg av aksjer innenfor fritaksmetoden eller salg av eiendeler som blir omfattet av reglene om beskatning ved realisasjon¹⁹⁰.

Vi legger til grunn at også aksjesalget skjer i henhold til lovens regler, og at det dermed ikke oppstår noen større problemer ved gjennomføringen av aksjesalget. I oppgaven vil vi derfor begrense oss til en beskrivelse av sentrale elementer på dette området, uten å gå i dybden på selve fritaksmetoden, som er en omfattende modell i seg selv.

¹⁸⁹ - pkt. 2.3.5.1

¹⁹⁰ Fallan 2013, s. 403

3.7. Trinn 4. Fusjon mellom Boligtomt AS og BRL

Boligtomt AS vil nå være et datterselskap som er 100 % eid av BRL, og vil i denne fasen ønskes fusjonert inn i BRL skattefritt. Dette må enten skje etter reglene om omorganisering i skattelovens kapittel 11 eller på grunnlag av ulovfestet rett. Forutsetningen for at selskaper skal kunne fusjoneres skattefritt etter skattelovens kapittel 11 er imidlertid at selskapene som fusjoneres anses som «likeartede» selskap¹⁹¹. Dette innebærer bl.a. at fusjonspartene må ha samme selskaps- og ansvarsform, noe et borettslag og et aksjeselskap åpenbart ikke har. Det er dermed brakt på det rene at en skattefri fusjon mellom partene ikke kan gjennomføres med hjemmel i skattelovens kapittel 11. Spørsmålet som da reiser seg, er hvorvidt en slik skattefri fusjon likevel kan gjennomføres, med hjemmel i ulovfestet rett.

En forutsetning for skattefri fusjon med hjemmel i ulovfestet rett er at fusjonspartene sammenfaller vesentlig i ligningsmåte og materielle skatteregler på selskaps- og eiernivå¹⁹². Hva borettslag angår, så har skattelovens § 7-3 særskilte regler om deltakerligning av andelshaverne, i stedet for ligning av borettslaget som selskap. Allikevel er det presiseringer som gjør at boligselskap (herunder borettslag) likevel ikke skal lignedes etter § 7-3, selv om de øvrige vilkår er oppfylt. Dersom et borettslag ikke lignedes etter denne paragraf, skal det lignedes som et eget skattesubjekt (selskapsligning) på samme måte som aksjeselskap eller likestilt selskap¹⁹³, og vil således ha vesentlig sammenfallende ligningsmåte som et AS. Innholdet i skatteloven § 7-3 er nærmere redegjort for i kommende underkapittel, og tolkningen av denne vil være sentral for vår oppgave.

3.7.1. Skatteloven § 7-3

Denne paragrafen omhandler selskaper som har som hovedformål å gi andelshaverne bolig og/eller fritidsbolig i hus eid av selskapet. I tillegg er det et krav at det enten har begrenset eller delt ansvar som ansvarsform¹⁹⁴. Et borettslag faller innenfor denne definisjonen, og oppfyller kravet om ansvarsform ved at det

¹⁹¹ Jf. Skatteloven § 11-2 (3)

¹⁹² Jf. BFU 17/13

¹⁹³ Lignings-ABC 2014/05, s. 210 pkt. 10.1.1

¹⁹⁴ Jf. Skatteloven § 7-3 andre ledd

har et begrenset ansvar for andelshaverne. Dette innebærer at de ikke har et ubegrenset personlig ansvar for selskapets forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser¹⁹⁵. På bakgrunn av dette skal andelshaverne i utgangspunktet lignedes etter særreglene i denne paragraf dersom minst ett av følgende vilkår er oppfylt¹⁹⁶:

- Minst 85 % av selskapets leieinntekt kommer fra
 - Personlige andelshavere eller aksjonærer, eller
 - Elever og studenter som er tildelt bolig gjennom elev- og studentsamskipnad, eller
 - Leietaker som ikke er andelshaver, såfremt boligselskapet er opprettet som ledd i organisert fornyelse av tettbygde strøk,
- Minst 85 % av andelskapitalen eies av en kommune sammen med personer som har bolig i vedkommende eiendom, eller
- Over 50 % av andelskapitalen eies av kommune alene.

I tillegg er det presisert i Skattedirektoratets Lignings-ABC 2014/15 at et boligselskap med bare én aksjonær ikke skal lignedes etter § 7-3, selv om de øvrige vilkårene er oppfylt¹⁹⁷.

Dette åpner for at også et borettslag med kun én andelshaver på fusjonstidspunktet heller ikke skal lignedes etter § 7-3, og således sammenfaller i ligningsmåte med et aksjeselskap. Det er imidlertid flere momenter som kommer inn her, og som vil være sentrale i vår drøftelse, bl.a. lovens forutsetning om skattemessig kontinuitet.

3.8. Trinn 5. Overgang fra selskapsligning av BRL til deltakerligning av andelshaverne i påfølgende år etter skatteloven § 7-3

I det siste steget av modellen ønsker Utbygger AS en overgang fra selskapsligning av BRL til deltakerligning av andelshaverne etter skatteloven § 7-3. Dette er noe som først kan skje året etter fusjonsåret, jf. skattelovens forutsetning om skattemessig kontinuitet i avsnittet over. Overgang til deltakerligning etter § 7-3 skjer først når ferdigstilling og overlevering av første leilighet med tilhørende andel forekommer, og lignedes da på den enkelte andelshavers hånd¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Lignings-ABC 2014/15, s. 205 pkt. 1

¹⁹⁶ Jf. Skatteloven § 7-3 tredje ledd

¹⁹⁷ Finansdepartementet, «Likvidasjon av boligaksjeselskap», *Utvalget*, 1995 s. 687

¹⁹⁸ Jf. FSFIN og FSSKD § 7-3

Finansdepartementet har i brev, bl.a. vedrørende beskatning ved overgang fra ligning av selskap til deltakerligning av andelshavere¹⁹⁹, gitt retningslinjer for denne overgangen. Med bakgrunn i, og tolkning av dette, kan de oppnå en overgang fra selskapsligning av BRL til deltakerligning av andelshaverne etter § 7-3 uten at det utløser beskatning av hverken BRL eller dets andelshavere.

3.9. Kommentar

Som gjennomgangen viser, er det særlig trinn 2 og trinn 4 som representerer rettslige problemstillinger/gråsoner der gjeldende lov ikke er tilstrekkelig for å løse rettsspørsmålet. Her vil dermed ulovfestet rett stå i sentrum for drøftelsen, og rettsspørsmålene som reiser seg innen disse trinnene vil være hovedfokuset i vår oppgave. En hovedforskjell mellom de to trinnene bør imidlertid påpekes allerede nå. For fisjonen, på den ene side, finnes det ingen begrensninger i lovteksten og en slik utfisjonering må i så fall stoppes ved ulovfestet gjennomskjæring. For den senere fusjonen mellom BRL og Boligtomt AS, på den annen side, så oppfyller ikke disse selskapsformene de formelle kravene for fusjonering, hjemlet i skattelovens kapittel 11. For at en slik fusjon skal finne sted, må de derfor her benytte seg av ulovfestet rett for å oppnå ønsket utfall.

4. Fremdriftsplan

Det neste steget i oppgaven blir å gå i dybden på de sentrale prosessene i borettslagsmodellen for å få bred kunnskap og forståelse av disse, samt for å adressere problemstillingen vår. Vi vil gjennomgå det aktuelle lovverket for prosessene, ved å se på forarbeider, juridisk teori, rettspraksis, etc.

Planen videre er å få til intervjuer med aktuelle fagpersoner som jobber med disse prosessene. Gjennom våre kontakter tilsier dette at vi utfører intervjuer med fagpersoner innen EY og Deloitte, som vi vet innehar ekspertise på området. I tillegg ønsker vi et intervju med Skatteetaten. Det vil også være interessant å snakke med beslutningstakere hos boligutviklerne, dersom dette lar seg gjøre. I Skatteetaten ønsker vi først og fremst å komme i kontakt med personene som har utarbeidet BFU'ene som omhandler prosessene i borettslagsmodellen. Vi ønsker å

¹⁹⁹ Finansdepartementet, «Skattespørsmål ved omdanning av boligutleiende aksjeselskap til boligaksjeselskap eller borettslag», *Utvalget 2003 s.1192*

klargjøre hvilke intervjuer som lar seg gjennomføre forttest mulig, og satser på å få de unnagjort i løpet av mars.

5. Referanseliste

5.1. Litteratur:

Boe, Erik Magnus. (2012). *Grunnleggende juridisk metode, 3. utgave*. Oslo: Universitetsforlaget

Brudvik, Artur J. (2015). *Skatterett for Næringsdrivende, 38. utgave*. Oslo: Cappelen Damm Akademisk

Carlsen, Knut Morten. (2012). *Bedriftsbeskatning i praksis, 4. utgave*. Bergen: Fagbokforlaget

Fallan, Lars. (2013). *Innføring i skatterett 2013/2014* Gyldendal Norsk Forlag, 31 utgave

Finansdepartementet, «Likvidasjon av boligaksjeselskap», *Utvalget*, 1995 s.687

Finansdepartementet, «Skattespørsmål ved omdanning av boligutleiende aksjeselskap til boligaksjeselskap eller borettslag», *Utvalget 2003 s.1192*

Frostad, Alexander H. 2010 «Etterlengtet revisjon av borettslagsmodellen» Grette.no 22.6.2010

<https://www.grette.no/fagforum/etterlengtet-revisjon-av-borettslagsmodellen/>

Hentet: 7.1.2010

Lilleholt, Kåre. (2010, 31. august) Kommentar til burettslagslova. Hentet i Norsk lovkommentar, 12. januar 2016, fra www.rechtsdata.no

Gjems-Onstad et al. (2015). *Norsk bedriftsskatterett, 9. utgave*. Oslo: Gyldendal akademisk

Kildal, Tor S. & Arvid A. Skaar. (2012). *Bedriftsskatterett, 12. utgave*. Oslo: Gyldendal Juridisk

Skattedirektoratet. (2015). *Lignings-ABC, 2014/15*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS

5.2. Lov- og forskriftsregister:

Lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 26.mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (*skatteloven*)

Lov 6. juni 2003 nr.39 om burettslag (burettslagslova)

Forskrift 19.11.1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14

Forskrift 22.11.1999 nr. 1160 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14

5.3. Dommer, forarbeider og andre offentlige dokumenter:

HR-2007-00309-A, (sak nr. 2006/1250), «Hex-dommen»

Ot.prp. nr. 1 (2004-05), Skatte og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer

Ot.prp. nr. 71 (1995-96), Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper

Skattedirektoratet, BFU 38/08 avgitt 18.september 2008 Fusjon mellom aksjeselskap og borettslag og overgang fra selskapsligning til deltakerligning etter skatteloven § 7-3

Skattedirektoratet, BFU 17/13 avgitt 19.august 2013 Omstrukturering AS og borettslag