



Handelshøyskolen BI - campus Oslo

# MAN 29711

Transaksjoner og omorganisering -  
prosjektoppgave

Prosjektoppgave

Prosjektoppgave - Skattemessig kontinuitet ved  
grenseoverskridende fusjoner

Navn: Malin Engerdahl

Utlevering: 10.02.2021 09.00

Innlevering: 07.05.2021 12.00

---

## Innholdsfortegnelse

### Innhold

<b>INNHALDSFORTEGNELSE .....</b>	<b>I</b>
<b>SAMMENDRAG.....</b>	<b>II</b>
<b>1. PROBLEMSTILLING.....</b>	<b>1</b>
<b>2. RETTSLIG UTGANGSPUNKT – FILIALER I NORGE.....</b>	<b>1</b>
<b>3. FUSJONER .....</b>	<b>1</b>
3.1 NASJONALE FUSJONER .....	1
3.2 GRENSEOVERSKRIDENDE FUSJON JF. SKATTELOVEN § 11-11 FEMTE LEDD.....	2
3.3 GEOGRAFISK AVGRENSNING – SKTL § 11-11 FEMTE LEDD.....	4
3.4 KRAV TIL SELSKAPSFORM VED GRENSEOVERSKRIDENDE FUSJONER.....	5
3.5 UTTAKSBESKATNING .....	6
<b>4. KONTINUITETSKRAVET VED GRENSEOVERSKRIDENDE FUSJONER .....</b>	<b>7</b>
4.1 KONTINUITETSKRAVET I SKTL. § 11-11 FEMTE LEDD .....	7
4.2 KONTINUITET PÅ SELSKAPSNIVÅ.....	9
4.3 KONTINUITET PÅ AKSJONÆRNIVÅ .....	11
<b>5. IKKE-DISKRIMINERINGSBESTEMMELSEN I SKATTEAVTALEN.....</b>	<b>14</b>
<b>6. NORGES FORPLIKTELSER ETTER EØS-AVTALEN.....</b>	<b>15</b>
6.1 RETTSLIG UTGANGSPUNKT – EØS-AVTALEN .....	15
6.2 ER KONTINUITETSKRAVET I SKTL § 11-11 FEMTE LEDD I STRID MED EØS-AVTALEN?.....	17
6.3 ER REGLENE OM UTTAKSBESKATNING I SKTL 11-11 I STRID MED EØS-AVTALEN?.....	19
6.4 ER FILIALKRAVET VED GRENSEOVERSKRIDENDE FUSJONER I STRID MED EØS-AVTALEN? ....	19
<b>REFERANSELISTE.....</b>	<b>21</b>

## Sammendrag

Selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende utenfor Norge som har norske aksjonærer eller driver virksomhet i Norge, har mulighet til å gjennomføre grenseoverskridende fusjoner skattefritt i henhold til skatteloven § 11-11 femte ledd.

Denne oppgaven tar sikte på å vurdere om selskaper hjemmehørende utenfor Norge er dårligere stilt enn norske selskaper, når det kommer til muligheten for å fusjonere med skattemessig kontinuitet etter de norske fusjonsskattereglene.

I henhold til skatteloven § 11-11 femte ledd, kan grenseoverskridende fusjoner gjennomføres uten beskatning av selskapet og aksjonærene, forutsatt at transaksjonen gjennomføres med kontinuitet både i Norge og i overdragende selskaps stat. Dette må foregå etter prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende, og etter de prinsipper som følger av § 11-7. Således foreligger det et dobbelt kontinuitetskrav både på selskaps- og aksjonærnivå ved grenseoverskridende fusjoner. Det oppstilles også krav til uttaksbeskatning dersom eiendeler, rettigheter eller forpliktelser tas ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med en grenseoverskridende fusjon. For å unngå beskatning må eiendeler mv. videreføres med kontinuitet i en filial i Norge.

De norske reglene om grenseoverskridende fusjoner er ment være utformet i tråd med de krav som oppstilles i EUs fusjonsskattedirektiv. Som oppgavens kapittel 3 og 4 skal vise, oppstår det tolkningsutfordringer ved anvendelsen av bestemmelsen. Dette gjelder både siden sktl § 11-7 ble innført før sktl § 11-11, og fordi fusjonsskattedirektivet åpner for valgfrihet både ved implementering og anvendelsen av reglene som er oppstilt i direktivet. Dette medfører at hvert enkelt fusjonstilfelle må vurderes konkret. Det søkes ofte om avklaring i BFU i forkant av transaksjonen, i tilfeller der de skattepliktige er usikre på om skattefrihet kan oppnås. De skattepliktige har i stor grad akseptert at reglene medfører en viss forskjellsbehandling i forhold til nasjonale fusjoner.

Som svar på oppgavens problemstilling, kan det konkluderes med at det er noe vanskeligere å oppnå skattefrihet ved grenseoverskridende fusjoner i henhold til sktl § 11-11 femte ledd, enn ved nasjonale fusjoner. Om dette strider mot ikke-diskrimineringsbestemmelsen i skatteavtalen, eller mot Norges forpliktelser i EØS-avtalen, drøftes i kapittel 5 og 6.

## 1. Problemstilling

Problemstillingen som er valgt for denne prosjektoppgaven er:

Er grenseoverskridende fusjoner i henhold til skatteloven<sup>1</sup> (sktl) § 11-11 femte ledd likestilt med fusjoner mellom norske aksjeselskaper, når det gjelder muligheten for å fusjonere med skattemessig kontinuitet?

Sktl § 11-11 femte ledd gjelder for fusjon og fisjon av selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende i utlandet, som har en skattemessig tilknytning til Norge gjennom norske aksjonærer, eller gjennom virksomhet her i riket.

## 2. Rettslig utgangspunkt – Filialer i Norge

En filial i Norge er virksomhet som et utenlandsk selskap med begrenset ansvar driver i Norge gjennom et såkalt "fast driftssted". Et hovedkontor og dets filial er samme subjekt både privat- og skatterettslig.<sup>2</sup>

Filialer anses i utgangspunktet ikke for å være hjemmehørende i riket<sup>3</sup>, og har begrenset skatteplikt til Norge etter internretten<sup>4</sup> på formue og inntekt som oppbevares i riket. En filials egenfastsetting er underlagt norske skattemyndigheters kontroll<sup>5</sup> av den virksomheten som drives i Norge.

## 3. Fusjoner

### 3.1 Nasjonale fusjoner

Som hovedregel skal enhver transaksjon som skjer i forbindelse med fusjon, behandles som en skattepliktig transaksjon jf. sktl § 11-1 første ledd. Overføring

---

<sup>1</sup> 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

<sup>2</sup> Gjems-Onstad (2013) s. 214

<sup>3</sup> Et unntak fra dette vil være dersom all virksomhet i selskapet drives gjennom filialen i Norge, da vil filialen anses for å være omfattet av sktl § 2-2 første ledd bokstav e og således "hjemmehørende i riket"

<sup>4</sup> Jf. sktl § 2-3 første ledd, bokstav b.

<sup>5</sup> Jf. skatteforvaltningsloven (Lov 27. mai 2016 nr. 14) §§ 1-1 bokstav a og 10-1 mv.

---

av verdier fra et overdragende selskap til et overtakende selskap ved en fusjon, vil utløse beskatning etter ordinære regler om realisasjon, uttak eller utbytte.<sup>6</sup>

Som det fremgår av sktl § 11-2 kan imidlertid .."[T]o eller flere aksjeselskaper<sup>7</sup> [...] fusjoner<sup>8</sup> uten skattlegging av selskapene og aksjonærene når fusjonen skjer etter kapittel 13 i aksjeloven<sup>9</sup>..". Dette gjelder under de forutsetninger som oppstilles i sktl §§ 11-6 om skatteplikt for annet vederlag enn aksjer og andeler, 11-9 om krav til avvikling av overdragende selskap og 11-7 om at skatteposisjoner i det overdragende selskapet videreføres med kontinuitet i det overtakende selskapet. I henhold til sktl § 11-7 fjerde ledd må fusjonen også gjennomføres med kontinuitet på aksjonærnivå. Dette innebærer at samtlige skatteposisjoner som knytter seg til aksjer i det overdragende selskapet som innløses ved fusjonen, overføres til vederlagsaksjer<sup>10</sup> i overtakende selskap.<sup>11</sup>

For fusjoner mellom to norske aksjeselskaper antas kontinuitetsbestemmelsen å være både forutsigbar og enkel å praktisere, siden begge selskaper er underlagt samme selskaps-, regnskaps- og skatteregler. Dette problematiseres ikke ytterligere i denne oppgaven.

I det følgende vil bestemmelsen i sktl § 11-11 femte ledd drøftes i lys av problemstillingen.

### ***3.2 Grenseoverskridende fusjon jf. Skatteloven § 11-11 femte ledd***

Grenseoverskridende fusjoner følger hovedregelen om skatteplikt, slik at fusjonen i utgangspunktet vil utløse beskatning. Imidlertid kan også grenseoverskridende fusjoner gjennomføres skattefritt, i henhold til bestemmelsene i sktl. § 11-11. For fusjoner mellom selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende utenfor Norge følger det av sktl § 11-11 femte ledd at:

---

<sup>6</sup> Skatte-ABC 2020/2021 s. 600

<sup>7</sup> Det avgrenses i det følgende mot drøfting av andre selskapsformers muligheter for å fusjonere

<sup>8</sup> Det avgrenses mot en videre gjennomgang av hvilke andre ulike typer fusjoner som kan finnes sted ved en grenseoverskridende fusjon, enn de som eksplisitt drøftes i oppgaven

<sup>9</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

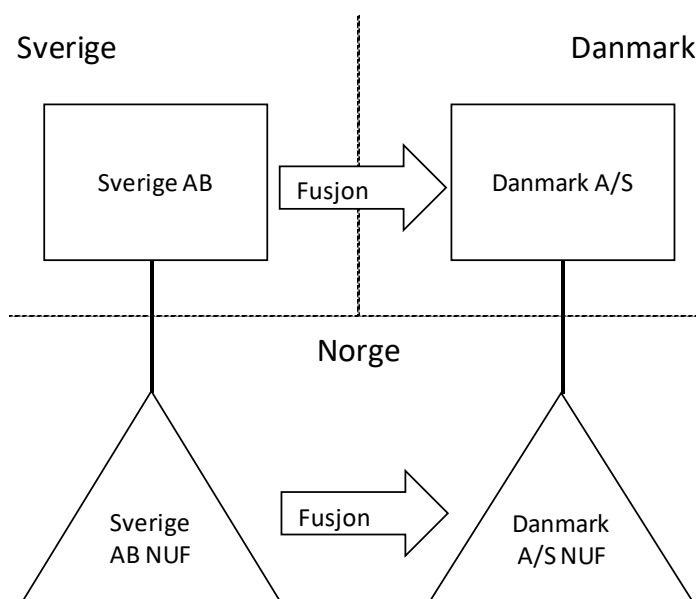
<sup>10</sup> Tilleggsvederlag i forbindelse med fusjonen kan ikke overstige 20% jf. asl §13-2 første ledd.

<sup>11</sup> Liland (2016) s. 427

"Fusjon og fisjon av selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende i en eller flere andre stater gjennomføres uten beskatning av selskapet og aksjonærene når transaksjonen gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende og etter de prinsipper som følger av § 11-7. [...] Dersom overdragende selskap i fusjon eller fisjon som nevnt i første punktum har eiendeler, rettigheter og forpliktelser tilknyttet norsk beskatningsområde, gjelder tredje ledd tilsvarende."

Et vesentlig formål med reglene om skattefrihet ved grenseoverskridende fusjoner er at selskaper, der det anses hensiktsmessig, skal kunne omorganisere seg på tvers av landegrensene uten at skattereglene er til hinder. Reglene er utformet slik at det norske skattefundamentet er beskyttet.<sup>12</sup>

Figuren under viser en fusjon mellom et svensk AB som overdragende part<sup>13</sup> og et dansk A/S som overtakende part. Begge selskapene har filialer i Norge.



Slik det ser ut i figuren, foregår det både en fusjon mellom de to utenlandske aksjeselskapene, og en fusjon mellom de norske filialene. Således kan det stilles spørsmål ved om filialer kan fusjonere "på egenhånd", uten at hovedkontorene

<sup>12</sup> Gjems-Onstad (2013) s. 213

<sup>13</sup> Ved fusjonen kan det være at svenske regler krever at den svenske virksomheten videreføres i en filial av det danske A/S'et i Sverige. Dette problematiseres ikke ytterligere i denne oppgaven.

---

fusjonerer. Men som det fremgår under pkt. 2.1 er et hovedkontor og dets filial samme subjekt både privat- og skatterettslig. Dette betyr at filialer ikke har egen rettsevne, og innebærer følgelig at filialer kan ikke fusjonere "på egenhånd". Det er imidlertid ikke noe krav til at filialene fusjonerer når hovedkontorene i utlandet gjør det, men for mange tilfeller vil dette være det mest hensiktsmessige alternativet.

Hovedkontoret i Sverige er overdragende part i fusjonen. I Norge føres alle eiendeler mv. fra Sverige AB NUF, over til Danmark A/S NUF. Eiendelene som overføres mellom filialene befant seg innenfor norsk beskatningsområde forut for fusjonen, og befinner seg fortsatt i Norge etter fusjonen. Det kan således stilles spørsmål ved om fusjonen, for filialenes del, kan kalles en "grenseoverskridende fusjon" dersom ingen eiendeler mv. går ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med fusjonen.

Det avgjørende for hvorvidt en fusjon skatterettslig anses for å være grenseoverskridende, avhenger imidlertid av hvor selskapene er hjemmehørende. Således eksisterer det både selskapsrettslige og skatterettslige krav til geografisk tilhørighet.<sup>14</sup> Filialene er ikke hjemmehørende i Norge, og hovedkontorene er hjemmehørende i utlandet. Siden partene i fusjonen ikke oppfyller kriteriene til å være hjemmehørende i Norge<sup>15</sup>, vil fusjonen plasseres i anvendelsesområdet til grenseoverskridende fusjoner i sktl. § 11-11.

### ***3.3 Geografisk avgrensning – sktl § 11-11 femte ledd***

Sktl § 11-11 femte ledd oppstiller ikke noe krav til hvor selskapene som fusjonerer skal være hjemmehørende. Men jf. sktl § 11-11 syvende ledd kan ikke fusjonen gjennomføres skattefritt dersom en (eller begge) av partene i fusjonen er hjemmehørende i et lavskatteland, med mindre selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et lavskatteland innenfor EØS.

Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS er fullstendig avskåret fra å oppnå skattefrihet ved

---

<sup>14</sup> Thorvaldsen (2014) del I, s. 62

<sup>15</sup> Jf. sktl § 2-2 første ledd bokstav e



---

grenseoverskridende fusjoner. Før reglene om skattefritak for grenseoverskridende fusjoner ble lovfestet i 2011, hadde selskapene mulighet til å søke om fritak fra skattekonsekvenser etter dispensasjonsordningen i sktl § 11-22<sup>16</sup>. Denne bestemmelsen vil fortsatt kunne være aktuell for grenseoverskridende fusjoner (mv.) som faller utenfor anvendelsesområdet i sktl § 11-11.<sup>17</sup>

### **3.4 Krav til selskapsform ved grenseoverskridende fusjoner**

I sktl § 11-11 femte ledd oppstilles det krav om at partene fusjonen må være selskaper med *begrenset ansvar*. Reglene om fusjon over landegrensene omfatter således kun selskaper som har en ansvarsform som kan *sammenliknes* med norske aksjeselskap, ikke selskaper med deltakerfastsetting og selskaper som skattemessig er *likestilt* med aksjeselskaper<sup>18</sup>.

En av utfordringene ved grenseoverskridende fusjoner er at selskapsformene i ulike stater kan variere i struktur og form, på grunn av ulik tolkning av direktivtekster og implementering i statenes interne regler.<sup>19</sup> Det kan være utfordrende å klassifisere selskapene for norske selskaps- og skatteformål. Et eksempel på hvordan selskapsformen kan forstås ulikt i forskjellige land er Statoil Holding-saken,<sup>20</sup> hvor et tysk kommandittselskap ble ansett som tilsvarende et norsk aksjeselskap for norske skatteformål. Det kreves med andre ord en konkret vurdering av det utenlandske selskapets selskapsform når det kommer til oppfyllelsen av subjektvilkåret i sktl § 11-11.

Et nyttig verktøy ved vurderingen av utenlandske selskapsformer, er opplistingen i Fusjonsskattedirektivet<sup>21</sup>. I opplistingen fremgår det hvilke foretaksformer som kvalifiserer under betegnelsen *begrenset ansvarsform*, spesifisert på foretaksformer innenfor hver stat. Fusjonsskattedirektivet er ikke implementert i norsk rett, men opplistingen kan likevel være et fint hjelpemiddel.

---

<sup>16</sup> Det kunne vært interessant å drøfte hvorvidt lovfestingen av sktl § 11-11 om grenseoverskridende fusjoner har gjort det enklere for de grenseoverskridende tilfellene enn ved den gamle dispensasjonsordningen basert på sktl § 11-22, men det avgrenses mot dette i denne oppgaven.

<sup>17</sup> Liland (2016) s. 545

<sup>18</sup> Prop. 78 L (2010 – 2011) s. 62

<sup>19</sup> Thorvaldsen (2014) del I, s. 62

<sup>20</sup> Rt. 2012 side 1380

<sup>21</sup> 2009/133/EF art. 3 bokstav a, jf. Annex I Part A

### **3.5 Uttaksbeskatning**

Skattefrie omorganiseringer er knyttet opp mot uttaks- og exitskattereglene<sup>22</sup> jf. sktl 11-11 (3) for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som tas ut av norsk beskatningsområde<sup>23</sup>. Siden eiendeler mv. som flyttes ut av landet i forbindelse med en fusjon ville medføre at Norge mistet beskatningsretten, må det følgelig være en forutsetning at eiendeler forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen, for at en grenseoverskridende fusjon skal kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Således er skattefriheten ved grenseoverskridende fusjoner kun delvis, da den er begrenset til eiendeler mv. som forblir innenfor norsk beskatningsområde.<sup>24</sup>

Det kan stilles spørsmål ved om uttaksbeskatning i overdragende selskaps stat, vil kunne medføre at norske skattemyndigheter ikke anser fusjonen for å være gjennomført med kontinuitet. Siden de norske skattereglene også bygger på et prinsipp om uttaksbeskatning ved grenseoverskridende fusjoner, kan dette neppe tenkes. Dette kan komme på spissen der uttaksbeskatningen i overdragende selskaps stat gjelder den Sverige AB NUF, ved at filialen forlater svensk beskatningsområde, slik som i figuren under pkt. 3.2.

Hvorvidt uttaksbeskatning i overdragende selskaps stat av en ikke-kvalifiserende del av en fusjon bryter med kontinuitetskravet, ble vurdert i en upublisert bindende forhåndsuttalelse (BFU) datert 4.4.2014. Skattedirektoratet konkluderte med at utenlandsk exit-skatt som ble utløst som følge av at en filial i Norge ble tatt ut av svensk beskatningsområde, kunne anses som skattefri i Norge dersom fusjonen forøvrig ble gjennomført med kontinuitet selskaps- og aksjonærnivå i Sverige. Opprinnelig konkluderte Skattedirektoratet med at uttaksbeskatningen ville medføre at fusjonen brøt med kontinuitetskravet, men dette standpunktet ble trukket og BFU-en omgjort. Således er ikke det faktum at det overdragende selskapet exit-beskattes i forbindelse med fusjonen, i seg selv til hinder for at fusjonen kan anses å oppfylle kravene til skattemessig kontinuitet i Norge.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Sktl §§ 9-14 og 14-27.

<sup>23</sup> Gjems-Onstad (2013) s. 214-215

<sup>24</sup> Liland (2016) s. 549

<sup>25</sup> Spørsmålet er vurdert av svenske domstoler, som konkluderte med at de svenske reglene som gikk ut på å exit-beskatte den ikke-kvalifiserte delen av en grenseoverskridende fusjon mellom et

En grenseoverskridende fusjon og et eventuelt uttak fra norsk beskatningsområde må med andre ord anses som to separate transaksjoner når det kommer til uttaksreglene etter norsk internrett. Uttaksbeskatning har således ingen påvirkning på fusjonens rettsvirkning eller gyldighet.<sup>26</sup>

Hvor enkelt det er å oppnå skattemessig kontinuitet ved grenseoverskridende fusjoner i henhold til sktl § 11-11 femte ledd, drøftes nærmere i det følgende.

## **4. Kontinuitetskravet ved grenseoverskridende fusjoner**

### ***4.1 Kontinuitetskravet i sktl. § 11-11 femte ledd***

For å oppnå skattefrihet, er det et krav om at fusjonen må "... [g]jennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende og etter de prinsipper som følger av § 11-7 ...".

Det kan stilles spørsmål ved hvorfor det er et krav til kontinuitet i utlandet for eiendeler som ikke befinner seg innenfor norsk beskatningsområde. Som det fremgår i forarbeidene begrunnet departementet<sup>27</sup> det strenge kontinuitetskravet ut ifra en realitetsbetraktning:

"Dersom det lempes på kravet om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå, vil det innebære et brudd på kontinuitetsprinsippet som et bærende vilkår for skattefrihet ved fusjon og fisjon. Hvis fusjonen eller fisjonen utløser skatteplikt på selskapsnivå, svikter en vesentlig del av begrunnelsen for å se transaksjonen som en ikke-skatteutløsende sammenslåing på aksjonærnivå."

Med andre ord, må transaksjonen behandles som en skattefri fusjon, både i Norge og utlandet.

---

svensk overdragende selskap og et overtakende selskap hjemmehørende i et annet EU-land var i strid med etableringsretten (Den svenske Regeringsrätten 24. april 2008 sak 6639-06/Malta fallet)

<sup>26</sup> Thorvaldsen (2014) del I, s. 61

<sup>27</sup> Prop. 78 L (2010-2011) s. 31

---

Kontinuitetsbestemmelsen i sktl § 11-7 ble fastsatt forut<sup>28</sup> for reglene om grenseoverskridende fusjoner<sup>29</sup>. Siden man må se hen til et annet lands kontinuitetsregler ved grenseoverskridende fusjoner, kan det oppstå utfordringer knyttet til tolkningen av bestemmelsen.

Sktl § 11-11 femte ledd henviser til *de prinsipper som følger av sktl § 11-7*. Det kan stilles spørsmål ved om kontinuitetsreglene i overdragende stat må tilsvare reglene i sktl § 11-7, eller om de kan avvike fra de norske reglene, uten at dette medfører at fusjonen ikke kan gjennomføres skattefritt. Og dersom det åpnes for avvik mellom regelsettene er det et spørsmål om hvor store disse avvikene kan være før reglene ikke lenger kan anses for å følge prinsippene i sktl § 11-7.

Slik bestemmelsen er utformet kan det se ut til at kontinuitetskravet er absolutt. For nasjonale fusjoner ble dette lagt til grunn i Ot. Prp. nr. 71 (1995-1996) pkt. 2.3.6.1:

"En grunnleggende forutsetning for å godta at fusjon og fisjon kan gjennomføres uten umiddelbare skattemessige konsekvenser, er at de gjennomføres med skattemessig kontinuitet ..."

Videre i pkt. 2.6.4 presiserte departementet *at ...*"[e]thvert brudd på de oppstilte vilkår vil utløse beskatning ...". Slike strenge kontinuitetskrav ble også lagt til grunn for grenseoverskridende fusjoner i Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 19. august 2011 pkt. 3.4:

"Dersom det overdragende selskaps hjemstat ikke har regler om skattemessig kontinuitet, eller det er valgadgang mht. kontinuitet og det ikke velges kontinuitet for hele transaksjonen, er ikke fusjonen eller fisjonen skattefri etter § 11-11 femte ledd." (understreket her)

---

<sup>28</sup> L10.12.2004 nr. 77

<sup>29</sup> Bestemmelsen ble endret fra inntektsåret 2011, og i stor grad begrunnet i tilpasninger til Rådets direktiv 2009/133/EF av 19. oktober 2009 (EUs fusjonsdirektiv)

---

Slik det ser ut er kontinuitetskravet absolutt. Men dersom kontinuitetskravet i sktl §§ 11-11 femte ledd krever at kontinuitetsreglene i overdragende selskaps stat må være *identiske* med kravene som stilles i sktl § 11-7, ville dette i så tilfelle medføre at en stor andel grenseoverskridende fusjoner, ikke kunne gjennomføres skattefritt.

I høringsnotat<sup>30</sup> av 18. januar 2010 pkt. 18.2.3 uttaler departementet at det er tatt sikte på at de norske reglene om grenseoverskridende fusjoner skal være i tråd med de krav som oppstilles i EUs fusjonsskattedirektiv. Således kan det stilles spørsmål ved om det er tilstrekkelig at fusjonen gjennomføres i tråd med EUs fusjonsskattedirektiv, selv om kontinuitetsreglene i overdragende selskaps stat avviker fra kravene i sktl § 11-7 i større eller mindre grad. En nærmere analyse av kontinuitetskravene på henholdsvis selskaps- og aksjonærnivå foretas i det følgende.<sup>31</sup>

#### **4.2 Kontinuitet på selskapsnivå**

I forarbeidene<sup>32</sup> er det lagt til grunn at det strenge kontinuitetskravet i sktl § 11-7 er forbeholdt skatteposisjoner som eksisterer for norske skatteformål.

I henhold til sktl § 11-7 innebærer kravet at skattemessige verdier og ervervstidspunkter for eiendeler mv. i filialen, må videreføres uendret. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt kravet skal være like strengt for eiendeler mv. i overdragende selskaps stat, og eventuelt hvor mye kontinuitetsreglene i utlandet kan avvike fra det norske kontinuitetskravet i sktl § 11-7.

Reglene i overdragende selskaps stat kan være såpass ulikt utformet, at selv om det finnes kontinuitetsregler i begge stater, kan det oppstå tilfeller der reglene ikke i tilstrekkelig grad samsvarer på en slik måte at kontinuitetskravet i sktl § 11-11 femte ledd møtes. I Danmark finnes det for eksempel regler om at fremførbare underskudd for enkelte tilfeller bortfaller ved en grenseoverskridende fusjon, i

---

<sup>30</sup> Høringsnotat av 18. januar 2010 - utkast til regler om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet mv.

<sup>31</sup> Det avgrenses mot små skjematekniske feil ved skatterapporteringen i forbindelse med fusjonen

<sup>32</sup> Prop. 78 L (2012-2011), s. 24

---

henhold til Fusjonsskatteloven<sup>33</sup> stk. 6 og 7, noe departementet også viste til i forarbeidene.<sup>34</sup>

Fremførbare underskudd bortfaller ikke ved fusjoner etter reglene i skattelovens kapittel 11. Samtlige skatteposisjoner videreføres, også skatteposisjoner uten tilknytning til eiendel- eller gjeldspost. Danske kontinuitetsregler avviker således fra de norske kontinuitetsreglene. Fusjonsskattedirektivet er implementert i dansk rett. Dette er således et godt eksempel på at en transaksjon kan gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende, og i henhold til fusjonsskattedirektivet, men ikke i henhold til de prinsippene som følger av sktl § 11-7. Spørsmålet blir hvorvidt et slikt avvik fra de norske kontinuitetsreglene vil aksepteres av norske skattemyndigheter.

I en upublisert BFU datert 5. juli 2019, som gjaldt en grenseoverskridende fusjon jf. sktl § 11-11 sjette ledd, ble det faktum at underskudd bortfaller etter dansk rett ikke vektlagt. Skattekontoret la til grunn at den skisserte transaksjonen kunne gjennomføres skattefritt.

I BFU 5/2018 tok Skattedirektoratet for seg hvordan kontinuitetskravet i 11-11 femte ledd skal forstås i relasjon til sktl § 11-7:

"... [D]en anførte henvisningen til en fusjon mellom to norske selskaper basert på skatteloven § 11-7 kan etter Skattedirektoratets vurdering heller ikke tilsi en innskrenkende tolkning av skatteloven § 11-11 femte ledd. Skatteloven § 11-11 femte ledd oppstiller særskilte kontinuitetskrav ved grenseoverskridende fusjon som går ut over rekkevidden av skatteloven § 11-7 ..."

Skattedirektoratet antyder at kravet til skattemessig kontinuitet i § 11-11 femte ledd går lengre enn tilsvarende krav i § 11-7 for nasjonale fusjoner.

---

<sup>33</sup> LBKG 2015-08-24 nr. 1017 Fusjonsskatteloven

<sup>34</sup> Jf. prop. 78 L (2010-2011) s. 14

---

I forarbeidene<sup>35</sup> under omtalen av tilfeller ved grenseoverskridende fusjon med norsk overdragende selskap, uttalte departementet at "[K]ravet om skattemessig kontinuitet på overtakende selskaps hånd ved fusjoner i Norge kan imidlertid ikke fullt ut overføres til overtakende utenlandsk selskap ved grenseoverskridende fusjoner." Selv om dette gjaldt omtale av grenseoverskridende fusjon med norsk overdragende selskap, kan departementets vurderinger ha overføringsverdi til fusjoner som gjennomføres i henhold til sktl § 11-11 femte ledd.

Det er med dette uklart hvor langt kontinuitetskravet på selskapsnivå strekker seg, men antakeligvis oppstiller ikke kontinuitetskravet i sktl § 11-11 femte ledd krav til *identiske* kontinuitetsregler i overdragende selskaps stat. Hvor mye reglene kan avvike er uvisst, og blir gjenstand for en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Usikkerheten skaper uforutsigbarhet for de skattepliktige, spesielt for selskaper i normalskatteland utenfor EU, som følgelig ikke har implementert EUs fusjonsskattedirektiv i egen internrett.

#### **4.3 Kontinuitet på aksjonærnivå**

I sktl § 11-11 femte ledd oppstilles det krav om at grenseoverskridende fusjoner også må gjennomføres med kontinuitet på aksjonærnivå. Kontinuitetskravet gjelder både for norske og utenlandske aksjonærer. Dette innebærer at fusjoner ikke kan gjennomføres skattefritt for norske skatteformål, dersom fusjonen gjennomføres med diskontinuitet på aksjonærnivå i utlandet. At kontinuitetsbestemmelsen må tolkes absolutt kan virke noe strengt, spesielt for tilfeller der overdragende selskap har mange aksjonærer, og statens regler legger opp til valgfrihet for aksjonærene. Dette drøftes nærmere i det følgende.

Som det fremgår i pkt. 4.1 er det tatt sikte på at de norske reglene om grenseoverskridende fusjoner skal være i tråd med de krav som oppstilles i EUs fusjonsskattedirektiv. Det følger av direktivets artikkel 8 litra 1 at mottak av aksjer som er utstedt i forbindelse med en fusjon, ikke skal medføre beskatning på aksjonærens hånd. I litra 4 presiseres det at skattefritaket er betinget av at aksjonærene ikke får en høyere skattemessig verdi på aksjene i det overtakende

---

<sup>35</sup> Prop. 78 L (2012-2011), s. 24

---

selskapet, enn markedsverdien på aksjene i overdragende selskap som ble innløst i forbindelse med fusjonen. Direktivet skiller seg således fra de norske kontinuitetsreglene, ved at det åpnes for at det til en viss grad kan velges diskontinuitet på aksjonærnivå, uten at dette medfører at fusjonen ikke kan gjennomføres skattefritt.

Hvordan diskontinuitet på aksjonærnivå i utlandet påvirker skattefriheten ved en grenseoverskridende fusjon ble vurdert i BFU 5/2018. Anmodningen gjaldt en planlagt fusjon mellom et overdragende selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i Storbritannia som hadde en filial i Norge, og et overtakende selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i Luxembourg. Skattedirektoratet kom til at den planlagte fusjonen ikke kunne gjennomføres skattefritt i henhold til sktl § 11-11 femte ledd. Begrunnelsen var at fusjonen skulle gjennomføres med full diskontinuitet på aksjonærnivå i Storbritannia, på grunn av SSE-reglene<sup>36</sup>. På tidspunktet for BFU-en var Storbritannia fortsatt medlem av EU, og hadde implementert EUs fusjonsskattedirektiv i egen internrett.

Ut ifra dette ser det ut til at Norge har nokså mye strengere krav til kontinuitet på aksjonærnivå ved grenseoverskridende fusjoner enn det EU-landene har, spesielt slikt det var lagt til grunn i Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 19. august 2011 som er vist til i pkt. 4.1 over.

I en tolkningsuttalelse datert 9. mars 2018 foretok Finansdepartementet imidlertid en fornyet vurdering av kravet til skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå ved anvendelsen av skatteloven § 11-11 femte ledd:

"Departementet er etter en ny vurdering kommet til at det ikke bør ha avgjørende betydning for norske skatteformål, at en grenseoverskridende fusjon eller fisjon, i tråd med fusjonsskattedirektivet, har elementer av diskontinuitet på aksjonærnivå i det overdragende selskaps hjemstat. Dette

---

<sup>36</sup> SSE-reglene innebærer at morselskap i et konsern i Storbritannia, i enkelte tilfeller ikke kan velge kontinuitet på aksjonærnivå. Konsekvensen er at aksjene i overdragende selskap anses for å være realisert i forbindelse med fusjonen, men at en eventuell skattepliktig gevinst er unntatt fra beskatning.



---

vil gi en løsning for norske skatteformål som er i samsvar med uttalelsen om aksjebytte fra 2012 og ivaretar samtidig hensynet til det norske skattegrunnlaget."

Hva "elementer av diskontinuitet" innebærer ble ikke nærmere presisert, men det ble vist til at tolkningen skulle være i samsvar med Finansdepartementets tolkningsuttalelse om aksjebytte fra 2012, hvor det fremgår:

"... [e]nkeltaksjonærers eventuelle valg om å gjennomføre aksjebytte med diskontinuitet, ikke bør påvirke norske aksjonærers adgang til å gjennomføre aksjebytte uten beskatning, så fremt de øvrige vilkår i skatteloven § 11-11 femte ledd er oppfylt. Skattefrihet for norske aksjonærer ved aksjebytte mellom overtakende og overdragende utenlandsk selskap vil således ikke forutsette at det faktisk velges kontinuitet av samtlige aksjonærer bosatt i det overdragende selskaps hjemstat."

Med dette kan det konkluderes med at visse elementer av diskontinuitet hos utenlandske aksjonærer, ikke er til hinder for at fusjonen kan gjennomføres med skattemessig kontinuitet i Norge. Dette kan særlig gjøre seg gjeldende der det er et stort omfang av aksjonærer i overdragende selskaps hjemstat, og hvor den vesentligste delen av aksjonærene velger kontinuitet. Det er imidlertid uklart hvor grensen går før skattefriheten ryker.

Som det fremgår av dette kapitlet, kan det se ut til at skattemessig kontinuitet ved fusjoner i henhold til sktl § 11-11 femte ledd, for enkelte tilfeller kan være noe vanskeligere å oppnå enn ved nasjonale fusjoner.

Selv om det er kommet flere uttalelser fra Finansdepartementet, samt at det kan finnes veiledende praksis i avgitte BFU-er mv., kan rekkevidden av kontinuitetsvilkårene være noe uklar. For mange tilfeller vil det være behov for avklaringer gjennom bindende forhåndsuttalelse i forkant av en grenseoverskridende fusjon. Det er svært krevende å gjennomføre omfattende grenseoverskridende fusjoner, ettersom man må forholde seg til flere staters

---

lovgivning. Prosessen er utvilsomt ofte ressurskrevende og kostbar.<sup>37</sup> Samlet sett skiller dette seg fra forutberegneligheten og kostnadsnivået norske selskaper har ved gjennomføringen av nasjonale fusjoner. Hvorvidt dette strider mot skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelse<sup>38</sup> drøftes i neste kapittel.

## 5. Ikke-diskrimineringsbestemmelsen i skatteavtalen

Skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelse forbyr forskjellsbehandling som består i å behandle utenlandske skattyteres faste driftssteder i landet mindre gunstige enn innenlandske skattytere. Hvorvidt reglene om grenseoverskridende fusjoner i sktl § 11-11 femte ledd medfører en forskjellsbehandling i henhold til skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelse, drøftes nærmere i det følgende.

I sktl § 11-11 femte ledd er det et krav om at skatteposisjonene i overdragende selskaps norske filial må videreføres i en norsk filial av det overtakende selskapet, for at fusjonen skal anses for å være skattefri. Dette er ikke et vilkår når to norske selskaper fusjonerer. Videre kreves det at regler om kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå eksisterer og anvendes både i Norge og i overdragende selskaps stat, noe som kan synes strengere enn for nasjonale fusjoner, da dette blir et slags dobbelt kontinuitetskrav. I tillegg kan kontinuitetsreglene i overdragende selskaps stat være annerledes utformet enn de norske kontinuitetsreglene,<sup>39</sup> slik at det ikke oppnås skattefrihet ved fusjonen selv om det finnes kontinuitetsregler i den aktuelle staten. Eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med en grenseoverskridende fusjon blir gjenstand for uttaksbeskatning. Dette er ikke en problemstilling ved nasjonale fusjoner.

Imidlertid er det ikke i seg selv diskriminerende i henhold til skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelse, at det foreligger avvikende regler eller ulike fremgangsmåter for å komme frem til en skattepliktig inntekt for faste driftssteder. Til forskjell fra skatteavtalens art. 24 (1), (2) og (5), som forbyr mer byrdefull beskatning, er behandlingen av faste driftssteder i art. 24 (3) begrenset til at beskatningen ikke skal være mindre gunstig enn for selskaper hjemmehørende i

---

<sup>37</sup> Thorvaldsen (2014) del II, s. 54

<sup>38</sup> Mønsteravt. Art. 24, NSA Art. 27.2

<sup>39</sup> Slik som saksforholdet var i BFU 5/2018

---

staten<sup>40</sup>. Det avgjørende er således at ikke det *beløpsmessige resultatet* av beskatningen for filialer er mindre fordelaktig enn for selskaper hjemmehørende i Norge.<sup>41</sup> Dette er begrunnet i at filialer per definisjon er forskjellige fra selvstendige skattesubjekter, ved at filialen er en del av et selskap hjemmehørende i en annen stat.<sup>42</sup>

Fusjoner i henhold til sktl § 11-11 femte ledd vil ikke i seg selv komme dårligere ut skattemessig enn ved nasjonale fusjoner. Reglene er utformet slik at resultatet blir nøytralt. Imidlertid kan det, som påpekt i kapittel 4, være vanskeligere å oppnå skattemessig kontinuitet ved grenseoverskridende fusjoner. Således kan det diskuteres om dette kan anses for å være en restriksjon i henhold til EØS-avtalen. Hvorvidt Norges forpliktelser overfor EØS-avtalen<sup>43</sup> er oppfylt når det kommer til utformingen og anvendelsen av sktl § 11-11 femte ledd, drøftes nærmere i det følgende.

## 6. Norges forpliktelser etter EØS-avtalen

### 6.1 rettslig utgangspunkt – EØS-avtalen

EØS-avtalen er en folkerettslig avtale som omfatter EU-landene og Norge, Island og Liechtenstein og som har som hovedmålsetning å utvide EUs indre marked med fri bevegelse for varer, tjenester, kapital og personer, til de tre ikke-medlemslandene.<sup>44</sup>

EØS-avtalen omfatter i utgangspunktet ikke skatterettslige forhold, men de generelle kravene i EØS-avtalen påvirker likevel utformingen av de norske skattereglene. Dette er fordi statenes gjennomføring av den skattlegging som skatteavtalene gir rett til, og som statens interne rett gir hjemmel for, må være i tråd med de fire friheter,<sup>45</sup> statsstøttereglene og forbudet mot diskriminering i EØS-avtalen. Reglene er ganske nært beslektet med skatteavtalenes regler om

---

<sup>40</sup> Bammens (2012) s. 231

<sup>41</sup> OECD Model Tax Convention side 416 pkt. 34

<sup>42</sup> Bammens (2012) s. 232

<sup>43</sup> AVT-1992-05-02-1

<sup>44</sup> Slik det er definert på Lovdata 6. mai 2021: <https://lovdata.no/register/eosAvtalen>

<sup>45</sup> Fri bevegelse av varer, tjenester, personer og kapital

---

ikke-diskriminering,<sup>46</sup> men har en videre definisjon av hva som kan anses som "forskjellsbehandling" ved at det ikke vil være nok at beløpene som kommer til beskatning, samsvarer med beskatningen av selskaper hjemmehørende i Norge. Tilfeller der utenlandske skattytere vanskeligere kan oppnå resultatet kan også rammes.<sup>47</sup>

Ved en vurdering av om nasjonale regler og tiltak er i samsvar med EØS-avtalen, må det avklares om de nasjonale reglene medfører en restriksjon eller forskjellsbehandling. Foreligger det en restriksjon eller forskjellsbehandling, må det undersøkes om reglene er begrunnet i formål som kan rettferdiggjøres. Videre må det vurderes om reglene er proporsjonale, og om de er nødvendige i den forstand at de samme hensynene ikke kan oppnås like effektivt ved andre tiltak<sup>48</sup>.

I forarbeidene legger Finansdepartementet til grunn at Norges forpliktelser overfor EØS-avtalen er oppfylt, såfremt de norske reglene ligger nært opp til kontinuitetskravet i fusjonsskattedirektivet<sup>49</sup>, og videre er det presisert at fusjonsskattedirektivet ikke er en del av EØS-avtalen. Den Norske Advokatforenings uttrykte uenighet til denne vurderingen i høringsuttalelse til de foreslåtte reglene om grenseoverskridende fusjoner:<sup>50</sup>

"Den største svakheten knytter seg etter Advokatforeningens mening til at de EØS-relaterte forslagene baserer seg på en grunnleggende misforståelse. Innføring av prinsippene fra fusjonsskattedirektivet er ikke tilstrekkelig til å bringe norske skatteregler for omorganiseringer i samsvar med de fire friheter i EØS-avtalen. Grenseoverskridende transaksjoner som ikke omfattes av fusjonsskattedirektivet vil fortsatt stride mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen."

---

<sup>46</sup> Zimmer (2017) s. 104

<sup>47</sup> Terra (2012) s. 54

<sup>48</sup> Slik det ble definert i Ot.prp. nr. 61 (2007-2008) pkt. 6.3.1

<sup>49</sup> Prop. 78 L (2010–2011) s. 25 og Høringsnotat av 18. januar 2010 s. 75

<sup>50</sup> Høringsuttalelse av 1. juni 2010 til Finansdepartementets høringsnotat av 18. januar 2010 om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet

---

I lovforslaget fastholdt departementet sitt syn, med den vurdering at Norge ikke er forpliktet til å innrette reglene i sktl § 11-11 etter fusjonsskattedirektivet, og at eventuelle forskjeller mellom sktl § 11-11 femte ledd og fusjonsskattedirektivet, ikke på egne ben ville medføre EØS-strid. Ut over dette ble ikke Advokatforeningens anførsler i sitatet over kommentert.

Som det fremgår av oppgavens kapittel 3 og 4 er reglene i sktl 11-11 utformet med samme krav og formål som reglene for nasjonale fusjoner; fusjonen må gjennomføres med kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå. Likevel kan det for utenlandske selskaper være vanskeligere å oppnå skattefrihet, siden det er et krav om kontinuitet både i Norge og i overdragende selskaps stat.

Det kan synes som at kontinuitetskravet for grenseoverskridende fusjoner går lenger enn kontinuitetskravet for nasjonale fusjoner. Således kan det stilles spørsmål ved om det foreligger en restriksjon, ved at det oppstilles strengere kontinuitetskrav for selskaper hjemmehørende i utlandet, enn for selskaper som er hjemmehørende i Norge. Dette drøftes nærmere i det følgende.

### ***6.2 Er kontinuitetskravet i sktl § 11-11 femte ledd i strid med EØS-avtalen?***

Reglene i sktl § 11-11 femte ledd har omfattende krav til kontinuitet ved at lovgiver har lagt opp til et dobbelt kontinuitetskrav. Spørsmålet blir om reglene medfører en restriksjon eller forskjellsbehandling, og om dette i så fall kan rettferdiggjøres.

Reglene om skattemessig kontinuitet er ment å verne om Norges skattefundament. Når kontinuitetsprinsippet utvides til også å gjelde andre staters regelverk, kan det synes som at dette etablerer et sterkere vern av skattefundamentet,<sup>51</sup> enn det som gjelder for norske selskaper.

Spørsmålet om sktl § 11-11 femte ledd er EØS-stridig ble vurdert i BFU 5/2018, som er omtalt i oppgavens pkt. 4.3. Innsender anførte at kontinuitetskravet på aksjonærnivå ikke kunne tolkes strengere i en grenseoverskridende fusjon

---

<sup>51</sup> Thorvaldsen (2014) del I, s. 63

---

innenfor EØS, sammenliknet med en norsk fusjon, og at kontinuitetskravet således måtte tolkes innskrenkende ved kun å gjelde norske aksjonærer. Videre anførte innsender at et krav til skattemessig kontinuitet ville bryte med Norges forpliktelser under EØS-avtalen med hensyn til retten til fri etablering. Skattedirektoratet på sin side, så ikke noe grunnlag for å hevde at bestemmelsen var EØS-stridig på grunn av den anførte motstriden med sktl § 11-7. Videre støttet Skattedirektoratet seg på uttalelser i forarbeidene<sup>52</sup> og uttalte at:

"Norge er således ikke forpliktet til å innrette reglene i skatteloven § 11-11 etter fusjonsskattedirektivet, slik at eventuelle forskjeller mellom skatteloven § 11-11 femte ledd og fusjonsskattedirektivet ikke i seg selv vil medføre EØS-strid."

Som nevnt under oppgavens pkt. 4.3, konkluderte Skattedirektoratet i den angjeldende BFU-en med at fusjonen ikke kunne gjennomføres skattefritt i henhold til sktl § 11-11 femte ledd, siden fusjonen skulle gjennomføres med full diskontinuitet på aksjonærnivå i utlandet. Dette selv om hverken det overdragende selskapet eller dets aksjonærer ble beskattet i Storbritannia i forbindelse med fusjonen, og at fusjonen ble gjennomført i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i Storbritannia.

Selv om det er åpnet for elementer av diskontinuitet på aksjonærnivå ved grenseoverskridende fusjoner, kan det se ut til at kontinuitetskravet i sktl § 11-11 femte ledd innebærer en restriksjon. Som det er vist til i pkt. 4.1, var det strenge kontinuitetskravet begrunnet i en realitetsbetraktning. Denne begrunnelsen kan til en viss grad forsvare kravet til kontinuitet i utlandet, men ved at det kreves kontinuitet etter norske prinsipper i sktl § 11-7 går lovgiver muligens noe langt. Kontinuitetsreglene er noe disproporsjonale, og kan ikke anses nødvendige i den forstand at hensynene ikke kan oppnås like effektivt ved mildere krav. For eksempel kunne kontinuitetskravet for eiendeler mv. som ikke befinner seg innenfor norsk beskatningsområde, vært begrenset til prinsipper for kontinuitet i overdragende selskaps hjemstat.

---

<sup>52</sup> Prop 78 L (2010-2011) s. 22

---

### ***6.3 Er reglene om uttaksbeskatning i sktl 11-11 i strid med EØS-avtalen?***

Som det fremgår i oppgavens pkt. 3.5, blir eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med en grenseoverskridende fusjon, gjenstand for uttaksbeskatning. Et slikt krav gjelder ikke ved fusjon mellom selskaper som er hjemmehørende i Norge. Således behandles grenseoverskridende fusjoner mindre gunstig enn nasjonale fusjoner. Dette tyder på at det foreligger en restriksjon på de grenseoverskridende tilfellene, i strid med EØS-avtalen.

Imidlertid ble reglene for uttaksbeskatning endret i 2014 etter at ESA uttrykte<sup>53</sup> at umiddelbar skatteplikt på omsetningsgjenstander og immaterielle eiendeler, stred med etableringsretten i EØS-avtalen. Kombinert med filialkravet, som åpner for muligheten til å beholde eiendeler innenfor norsk beskatningsområde, kan det konkluderes med at kravet om uttaksbeskatning ikke medfører en restriksjon, kun en rettmessig fordeling av skattefundamentet mellom statene.

### ***6.4 Er filialkravet ved grenseoverskridende fusjoner i strid med EØS-avtalen?***

Det er et krav om at de norske skatteposisjonene i overdragende filial må videreføres i en filial av det overtakende selskapet for at fusjonen skal anses for å være skattefri. Dette er ikke et vilkår når to norske selskaper fusjonerer, og heller ikke i henhold til Fusjonsskattedirektivet, selv om statene kan sette dette som et krav.

I høringsrunden<sup>54</sup> uttalte Den Norske Advokatforening at "... [v]ilkåret om videreføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser i en filial mv. i Norge som betingelse for skattefritak for disse eiendelene mv., kan være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Dette gjelder selv om skattereglene om grenseoverskridende fusjon og fusjon er basert på fusjonsskattedirektivet."

Advokatfirmaet PWC anførte i høringsrunden at "...[h]vorvidt norske skatteregler er i samsvar med EØS-avtalen må vurderes på grunnlag av EØS-avtalen, ikke EUs harmoniserende sekundærlovgivning."<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> I grunnlagt uttalelse av 24. april 2014. Innholdet i uttalelsen og hvilke endringer dette medførte redegjøres det ikke nærmere for her.

<sup>54</sup> Prop. 78 L (2010-2011) s. 25

<sup>55</sup> Prop. 78 L (2010-2011) s. 25

Finansdepartementet var relativt kortfattet i sine vurderinger knyttet til EØS-strid i de foreslåtte reglene. Som det fremgår i forarbeidene, er vern av det norske skattefundamentet hovedbegrunnelsen til departementet for at filialkravet ikke er EØS-stridig:

"Hovedbegrunnelsen for at forslaget er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen knytter seg til hensynet til å sikre en rettmessig fordeling av skattefundament mellom de enkelte stater, og dermed hindre uthuling av Norges skattefundament. At hensynet til rettmessig fordeling av skattefundament kan forsvare restriksjoner på blant annet etableringsfriheten, er presisert av EU-domstolen senest i sak C-337/08 X Holding.<sup>56</sup>"

Slik det fremgår av sitatet over kan det langt på vei likne på en erkjennelse av at filialkravet ved grenseoverskridende fusjoner medfører en restriksjon, men at departementet i så tilfelle var av den oppfatning at reglene er begrunnet i formål som kunne rettferdiggjøres.<sup>57</sup>

Sktl § 11-11 ble innført i 2011. Det er nå 10 år siden bestemmelsen trådte i kraft, og det har ikke blitt stadfestet noen tilfeller som strider mot EØS-avtalen i rettsapparatet. Kontinuitetskravet har heller ikke vært behandlet i ESA, i motsetning til for eksempel exitskattereglene, rederiskattereglene<sup>58</sup> og rentebegrensningsreglene<sup>59</sup>. Dette kan trekke i retning av at reglene i sktl § 11-11 femte ledd er utformet og virker på en slik måte at Norges EØS-forpliktelser må anses ivaretatt, selv om det kan foreligge restriksjoner. Imidlertid kan man ikke se bort ifra at det fremover kan komme saker som motbeviser dette.

---

<sup>56</sup> Prop. 78 L (2010-2011) side 26

<sup>57</sup> Det kunne vært svært interessant å følge dette sporet med en grundigere analyse, men av hensyn til oppgavens problemstilling avgrenses det mot en videre gjennomgang her.

<sup>58</sup> Rederiskattereglene anses som (lovlig) statsstøtte

<sup>59</sup> ESA konkluderte i brev til Finansdepartementet med grunnlagt uttalelse av 25. oktober 2016 hvor de norske rentebegrensningsreglene ble vurdert å være i strid med EØS-avtalens regler om fri etablering



---

## Referanseliste

### Litteratur

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

Zimmer, Frederik, BAHR AS. *Bedrift, selskap og skatt*. 7. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019

Terra, Ben J.M og Wattel, Peter J. *European Tax Law* 6.utg., Nederland: Kluwer Law International 2012

Liland, Anders H. *Fusjon og fisjon av selskaper*. 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016

Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett* 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017

Gjems-Onstad, Ole og Furuseth, Eivind (red.). *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, 1, utgave 1. opplag 2013 Oslo: Gyldendal Juridisk

Skattedirektoratet. *Skatte-ABC 2020/2021*, Oslo 2020

Bammens, Niels. *The Principle of Non-Discrimination in International and European Law*, Vol. 24 IBFD Doctoral Series 2012 Nederland: IBFD

### Artikler

Thorvaldsen, Susann og Bjørken, Stig Ingve. "Del I – Grenseoverskridende fusjon: Skattefrie etablering av filial" *Revisjon og Regnskap* Utg. 3-2014.

<https://www.revregn.no/asset/pdf/2014/3-61-3.pdf>

Thorvaldsen, Susann og Bjørken, Stig Ingve "Del II – grenseoverskridende fusjon: Tilfeller av grenseoverskridende fusjoner" *Revisjon og Regnskap* Utg. 4-2014.

<https://www.revregn.no/asset/pdf/2014/4-52-4.pdf>

## **Uttalelser**

Skattekontoret. Upublisert bindende forhåndsuttalelse av 05. juli 2019:

*Grenseoverskridende fisjon*

Skattedirektoratet. Bindende forhåndsuttalelse 5/2018 av 28. juni 2018:

*Grenseoverskridende fusjon og skatteloven § 11-11 femte ledd*

Finansdepartementet. Tolkingsuttalelse av 9. mars 2018: *Skatteloven § 11-11*

*femte ledd: Skattemessig kontinuitet ved grenseoverskridende fusjon og fisjon*

Finansdepartementet. Tolkingsuttalelse av 22. mars 2012: *§ 11-11 femte ledd:*

*Spørsmål vedrørende grenseoverskridende aksjebytte*

Finansdepartementet. Tolkingsuttalelse av 19. august 2011: *§ 11-11:*

*Grenseoverskridende fusjon - skattemessig kontinuitet mv.*

Skattekontoret. Upublisert bindende forhåndsuttalelse av 4. april 2014:

*Grenseoverskridende fusjon jf. skatteloven § 11-11 femte ledd*

## **Lover**

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

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

2015 Lov 24. august 2015 nr. 1017 Fusjonsskatteloven

2016 Lov 27. mai 2016 nr. 14 Lov om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)

## **Forarbeider**

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

Høringsnotat av 18. januar 2010 - Høring - utkast til regler om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet mv.

1. juni 2010 – Den norske Advokatforening - Høringsuttalelse - utkast til regler om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet mv.

1. juni 2010 – Advokatfirmaet PricewaterhouseCoopers AS – Høringsuttalelse – skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet

Prop. 78 L (2010-2011) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)  
Endringer i skatteloven (skattefri omorganisering mv.)

### **Direktiver**

2009 Direktiv 2009/133/EF av 19. oktober 2009 (EUs fusjonsskattedirektiv)

OECD Model Tax Convention 2017 Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed version) 21. november 2017

### **Andre kilder**

1992 AVT-1992-05-02-1 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)

6. mai 2021 Definisjon av EØS-avtalen på Lovdata.no:

<https://lovdata.no/register/eosAvtalen>