

Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Brage  
<http://brage.bibsys.no/bi>

## ***Nye regler om skattefri omorganisering***

**Ole Gjems-Onstad  
Handelshøyskolen BI**

Dette er siste forfatterversjon av artikkelen, etter fagfelleevaluering, før publisering i  
tidsskriftet

***Skatterett, 30(2011)3: 204-228***

Universitetsforlaget tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv  
ved den institusjon forfatteren tilhører. Denne fil ble lagt ut (mai/2012).

# Nye regler om skattefri omorganisering

Av professor dr juris Ole Gjems-Onstad<sup>1</sup>

*Det er ikke klart hva det innebærer at lovlighetskravet for fusjoner og fisjoner er opphevet. Fire andre lovlighetskrav står tilbake – uten klar begrunnelse og med uviss rekkevidde. Norge har fortsatt en alminnelig ulovfestet omgåelsesstandard og en mer begrenset og lovfestet i sktl § 14-90. Men terskelen for å anvende begge er uavklaret. EØS og skriv fra ESA har drevet frem nye regler om grenseoverskridende omorganiseringer. Men bestemmelsene er vanskelig tilgjengelig. Man vet ikke om reglene forutsetter gjensidighet, eller et om de oppstiller et urealistisk krav til lovlig gjennomføring etter andre lands regler.*

## 1 Forarbeider og lovvedtak

Endringslov 10 juni 2011 nr 16 gjennomførte viktige endringer i skatteloven kap 11 om omorganisering. Sktl § 14-90 om spesiell gjennomskjæring gjennomgikk en mer redaksjonell justering. De nye reglene om skattefri omorganisering er gitt virkning for inntektsåret 2011; justeringen av sktl § 14-90 fra 2012.

Det er flere sentrale endringer: Lovlighetskravet i sktl § 11-1 annet ledd annet punktum oppheves. Fusjons- eller fisjonsfordring ved trekantfusjon/-fisjon inntekts-/fradragsføres etter lovfestede bestemmelser. Omdannelsesadgangen etter sktl § 11-20 utvides til flere selskapsformer. Det gis en rekke nye bestemmelser om skattefri omorganisering over landegrensene som til en viss grad tilpasser skattereglene i EØS-landet Norge til bestemmelsene i EUs fusjonsskattedirektiv.

Endringene ble forberedt gjennom Finansdepartementets høringsnotat 18 jan 2010. Høringsrunden hadde stor betydning for det endelige forslaget i Prop 78 L 2010-2011 (heretter til dels bare Prop 78). FINs holdning til høringsinstansene må tidvis nærmest beskrives som ydmyk, i hvert fall lydhor.

Som vanlig ved mer teknisk pregede lovforslag resulterte stortingsbehandlingen i lite nytt, jf Innst 322 L 2010-2011. Opposisjonen avvek bare fra flertallet ved å be Regjeringen snarlig fremme lovforslag om omdanning av NUF til aksjeselskap (Innst 332 L 2010-2011 pkt 1.2). Stortinget tok

---

<sup>1</sup> Ole Gjems-Onstad er professor i skatterett ved Handelshøyskolen BI, Universitetet i Oslo og Universitetet i Stavanger. Leder Acem Norge, nestleder Acem International.

også hensyn til rettinger av feil i foreslått lovtekst Finansministeren tok opp i skriv 4 mai 2011 (inntatt som vedlegg i Innst 322 L 2010-1011 s 18).

Artikkelen behandler først endringene av de internrettslige reglene om omorganisering. Deretter diskuteres de nye bestemmelser om grenseoverskridende omorganiseringer. I prinsippet vil reglene om internrettslige omorganiseringer også få anvendelse på grenseoverskridende omorganiseringer. Endringene fra høringsutkastet til Prop 78 kommenteres bare i liten grad. Fokus er på det nye i forhold til gjeldende rett.

## **2 Lovlighetskravet i sktl § 11-1 annet ledd oppheves**

### **2.1 Én borte, fire igjen**

Tidligere lød sktl § 11-1 annet ledd slik:

*”Fritakene og begrensningene i dette kapittel gjelder bare når alle selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen, er hjemmehørende i Norge, og bare når fusjonen eller fisjonen gjennomføres på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler.”* (uth her).

Uten lovlighetskravet er ny ordlyd i første punktum slik:

*”Bestemmelsene i § 11-2 til 11-10 gjelder hvor selskapene som inngår i fusjonen eller fisjonen, er hjemmehørende i Norge.”*

Lovlighetskravet ved fusjoner og fisjoner har voldt usikkerhet og kritikk. I Utv 2003 s 796 presiserte FIN at det må gjelde et vesentlighetskrav forankret i et forholdsmessighetsprinsipp. Dermed skulle dramatiske virkninger av mer formelle feil være forhindret. Høyesterett bekreftet synspunktet i Rt 2005 s 86.

Utlegningen av lovlighetskravet i Prop 78 L pkt 7.2 kan synes noe upresis. Det sies der at vesentlighetskriteriet i Utv 2003 s 796 skulle gjelde *”selskapsrettslig og regnskapsrettslig”*. Formuleringene i Utv 2003 s 796b tilsier imidlertid at vesentlighetskravet særlig skulle gjelde ved selskapsrettslige feil. Skattytere involvert i verserende prosesser bør merke seg den mer generelle formulering av vesentlighetskravet i Prop 78 L.

FINs begrunnelse for å oppheve lovlighetskravet i sktl § 11-1 annet ledd er prinsipiell. Spørsmålet om en fusjon eller fisjon skal godtas med skattemessig kontinuitet, bør avgjøres ut fra skatterettslige, ikke selskapsrettslige og regnskapsrettslige, hensyn:

*”Departementet anser kravene til fusjons- og fisjonstyper, skattemessig kontinuitet for selskaper og aksjonærer og tilleggsvederlag som de vesentlige vilkårene for at fusjon eller fisjon skal kunne gjennomføres skattefritt. Disse kravene er regulert i skatteloven §§ 11-2 flg. Dette tilsier at det ikke er behov for et særskilt vilkår om at fusjonen eller fisjonen må være gjennomført på lovlig måte etter selskapsrettslige regler. Videre er de selskapsrettslige reglene om*

gjennomføring av fusjon eller fisjon fastsatt av andre hensyn enn skatterettslige. Disse reglene er først og fremst fastsatt av hensyn til å beskytte interesser hos private parter som aksjeeiere, kreditorer og ansatte. *Det kan da virke uforholdsmessig om brudd på de selskapsrettslige reglene utløser beskatning på selskaps- og aksjonærnivå dersom fusjonen eller fisjonen kan gjennomføres til tross for feilen.* Slike rettsvirkninger kan gå ut over de samme private parter som reglene skal beskytte." (Prop 78 L 2010-2011 pkt 7.2).

Tilsvarende betraktninger kunne begrunne opphevelse av de fire øvrige lovlighetskrav i skattelovgivningen: Lovlighetskravet for *utbytte under fritaksmetoden*, jf sktl § 2-38 annet ledd bokstav a; *vederlaget ved konserninterne overføringer*, jf fsfin § 11-21-6 første ledd; *konsernbidrag*, jf sktl § 10-2 første ledd første punktum; samt *skjermingsfradrag*, jf sktl § 10-12 første ledd annet punktum. Skattedirektoratet uttalte i sin høringsuttalelse 1 juni 2010: "Ut fra hensynet til et harmonisert regelverk ser vi det som uheldig at dette kravet foreslås opphevet ved fusjon/fisjon, uten at en samtidig vurderer konsekvenser i forhold til det øvrige regelsett hvor dette er en forutsetning." FIN uttalte intet i Prop 78 L om de øvrige lovlighetskrav, f eks om man vil overveie opphevelse ut fra erfaringer med fjerningen av lovlighetskravet ved fusjoner og fisjoner. I praksis har det vært få kjente tvister om andre lovlighetskrav enn ved fusjoner og fisjoner, men det er vanskelig å se at slike vage henvisninger til "lovlighet" etter andre regelsett forsvarer sin plass i skattelovgivningen. F eks er utbyttebegrepet et autonomt skatterettslig begrep, jf sktl § 10-11 første ledd. Kravet til regnskapsrettslig lovlig vederlag i fsfin § 11-21-6 første ledd er ikke et meningsfullt begrep. Faren for tilfeldige og uforholdsmessige virkninger gjelder ved alle lovlighetskravene, bortsett fra sktl § 10-12 første ledd annet punktum som bare utsetter virkningen av skjermingsfradraget.

Uttalelsen i Utv 2003 s 796 FIN om en vesentlighetsvurdering og Rt 2005 s 86 må allerede ha fått betydning ved fortolkningen av de øvrige lovlighetskravene i skattelovgivningen. Opphevelsen av lovlighetskravet i sktl § 11-1 annet ledd og FINs begrunnelse må bidra til en ytterligere avdempet praktisering av disse lovlighetskravene. Vesentlighetsterskelen må ansees hevet.

## 2.2 Ugyldighetsterskel

I Prop 78 L (jf særlig pkt 7.5.1) uttaler FIN lite om konsekvensene av å fjerne lovlighetskravet i sktl § 11-1 annet ledd. I høringsnotatet 18 jan 2010 pkt 11.3 sa FIN at konsekvensen av å fjerne kravet "vil være at transaksjonen må legges til grunn i forhold til skattereglene, med mindre den etter selskapslovgivningen er ugyldig". Videre uttalte FIN at "feil ved gjennomføringen av en fusjon eller fisjon ikke bør få innvirkning på den skattemessige behandlingen av transaksjonen med mindre den nektes registrert eller er i strid med de øvrige krav som fremgår av skatteloven kapittel 11". FINs uttalelse kan sees som en tolkning av kravet i sktl § 11-11. Henvisningen til ugyldighet eller registreringsnektelse kan sees som en utlegning av sktl §§ 11-2 og 11-4 begge første ledd om at fusjonen eller fisjonen skal skje etter kap 13 og 14 i asl/asal. Men ugyldighet og registreringsnektelse kan gjelde feil av høyst forskjellig karakter.

Foretaksregisteret skal nekte registrering hvis de oppdager rent formelle feil. Det gjelder selv om manglene har liten eller ingen materiell betydning. Avvises en fusjon eller fisjon av registeret, blir det ingen fusjon eller fisjon. Dermed blir det heller ikke spørsmål om skattemessig kontinuitet etter

sktl kap 11. Det kan neppe spille noen rolle at feilene er helt bagatellmessige. En ikke-registrert fusjon eller fisjon er ikke en fusjon eller fisjon etter asl/asal kap 13 og 14, og dermed heller ikke etter sktl kap 11, jf § 11-2 første ledd.

De vanskelige spørsmål oppstår der Foretaksregisteret gjennomfører registrering av en fusjon eller fisjon som lider av mangler. FIN viser i sitatet over til et selskapsrettslig ugyldighetsbegrep. Innholdet i et slikt begrep er ikke avklart. Kanskje tenker FIN at ugyldighet må likestilles med en nullitet. Før det kan bli tale om at en fusjon eller fisjon skal avregistreres, og det må vel være konsekvensene av et ugyldighetsstempel, må manglene være fundamentale. Spørsmålet er nok mer akademisk enn praktisk. Et eksempel som har vært nevnt, er at man får registrert en trekantfusjon, jf asl § 13-2 annet ledd, som en forenklet fusjon av heleiet datterselskap i morselskap, jf asl § 13-23, eller av heleide søsterselskaper, jf asl § 13-24. Slikt skal ha forekommet, men neppe ofte. – At søksmålsfristen etter asl § 13-19 eventuelt er oversittet, kan ikke avgjøre skatterettslig hvis det dreier seg om slike grunnleggende mangler som gjør at ugyldighetsterskelen er oversteget.

Sktl §§ 11-2 og 11-4 første ledd, jf 11-11 første ledd bokstav a og b, henviser til asl/asal kap 13 og 14. Men man kan ikke legge mer inn i denne henvisningen enn at fusjonen/fisjonen ikke må nektes registrert eller i ettertid fremstå som selskapsrettslig ugyldig. Henvisningen til aksjelovgivningen kap 13 og 14 innebærer ikke en gjenninnføring av det lovlighetskrav som ble opphevet.

### **2.3 Lovlighetskravet etter sktl § 2-38 annet ledd a ved fusjoner og fisjoner**

Fritaksmetoden skal bare anvendes for utbytte som er "lovlig utdelt", jf sktl § 2-38 annet ledd bokstav a. Det skatterettslige utbyttebegrep dekker "enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær", jf sktl § 10-11 annet ledd første punktum. Inn under det skatterettslige utbyttebegrep går tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon, jf asl §§ 13-2 første ledd og 14-2 første ledd, så langt dette fordeles forholdsmessig likt mellom aksjonærene i overdragende selskap, dvs uten endring av deres relative eierandel.

Tilleggsvederlaget skal ikke utgjøre mer enn 20 % av det samlede vederlag (verdien av vederlagsaksjene pluss tilleggsvederlaget). Hvis vederlaget går ut over denne 20 %-grensen, er det ingen tvil om at det overskytende ikke faller inn under fritaksmetoden. Et annet spørsmål er om hele tilleggsvederlaget skal skattlegges som utbytte fordi fusjonen/fisjonen ikke kan ansees helt rettmessige eller lovlig når tilleggsvederlaget ikke er innenfor lovens grenser. Det ville i så fall innebære at lovlighetskravet etter å være opphevet i sktl § 11-1 annet ledd, indirekte skulle gjenoppstå etter sktl § 2-38 annet ledd bokstav a. En slik løsning kan neppe ha vært lovgiverens

intensjon med endringen. Andre regnskaps- og selskapsrettslige feil som gjør at fusjonen/fisjonen fortsatt går med kontinuitet etter sktl § kap 11, kan heller ikke føre til at tilleggsvederlaget skulle ansees som ulovlig utdelt etter sktl § 2-38 annet ledd bokstav a. Men problemstillingen illustrerer vanskeligheten med at man har opphevet lovlighetskravet i én bestemmelse, men uten å ha vurdert nærmere de øvrige bestemmelser med et noe vagt og egentlig lite gjennomtenkt lovlighetskrav.

#### **2.4 Sktl §§ 11-7 flg – rettsfakta/vilkår eller rettsvirkning?**

FIN uttalte i Prop 78 L pkt 7.2 at det anså *"kravene til ... skattemessig kontinuitet for selskaper og aksjonærer ... som de vesentlige vilkårene for at fusjon eller fisjon skal kunne gjennomføres skattefritt"*. Et eksempel kan illustrere problemstillingen. En fusjon behandles regnskapsmessig som en transaksjon, dvs at eiendelers verdi i overdragende selskap skal være gjenstand for ny verdimåling til markedsverdi. Skattemessige inngangsverdier skal beholdes, jf kontinuitetsprinsippet i sktl § 11-7 første ledd. Fusjonen involverer eiendeler for hundrevis av millioner, men for én mindre eiendel skjer en feil der skatteposisjonen oppjusteres i samsvar med den oppregulerte regnskapsmessige verdi. Det er ingen tvil om at feilen når den oppdages, skal rettes. At fusjonen skjer etter kontinuitetsreglene i sktl kap 11, betyr nettopp at den ikke skal medføre endring i skatteposisjoner. Da tolker man kontinuitetsprinsippet i sktl § 11-7 som en bestemmelse om fusjonens rettsvirkninger.

Skulle man forstå kontinuitetsreglene i sktl §§ 11-7 flg som betingelser, rettsfakta, ville diskontinuitet for skatteposisjoner medføre at hele fusjonen skulle skattlegges som realisasjon (utbytte og uttak). FINs formuleringer i Prop 78 L kunne forstås slik at man har ansett sktl §§ 11-7 flg som regler om vilkår for skattefri fusjon. Tatt på ordet kunne en slik forståelse ha dramatiske virkninger ved mindre feil. Det kan neppe være riktig. Kanskje er den mest balanserte løsning å forstå sktl §§ 11-7 flg som bestemmelser om både vilkår for (rettsfakta) og virkninger av en skattefri fusjon<sup>2</sup>. For så vidt gjelder sktl § 11-7 flg forstått som bestemmelser om vilkår for skattefri fusjon, må det imidlertid anvendes en vid vesentlighetsvurdering, dvs en tilsvarende anvendelse av Utv 2003 s 796 FIN og Rt 2005 s 86. I eksempelet over der det er gjort en feil med en mindre skatteposisjon, ville løsningen følgelig bli endring av denne posisjonen, men ikke at fusjonen veltet som skattefri fusjon.

Problemstillingen berører det store, og uavklarte, spørsmål om rettingsadgang ved feil i selvangivelse og ligningsoppgaver.

I denne sammenheng kan også nevnes bestemmelsen i sktl § 11-8 første ledd om at "[v]ed fisjon av aksjeselskap eller allmennaksjeselskap fordeles nominell og innbetalt aksjekapital i samme forhold som nettoverdiene fordeles imellom selskapene". Dersom et overdragende selskap har fondsemitert aksjekapital som er ulikt fordelt mellom aksjonærene, kan man ikke oppfylle både denne fordelingsregelen og kontinuitetskravet i sktl § 11-7 første ledd. Evt kan man gjøre det, men da vil man ende opp med forskjell mellom sum innbetalt aksjekapital og overkurs på selskaps- og aksjonærnivå

---

<sup>2</sup> Slik Benn Folkvord: Skatt ved fusjon og fisjon 2006 s 142-147.

i de to selskaper etter fisjonen. Problemstillingen har ikke et klart svar.<sup>3</sup> Poenget her er at selv om skattyterne skulle ha valgt en annen løsning enn den som til slutt fastslås som gjeldende rett, bør ikke det hindre at fisjonen går med skattemessig kontinuitet.

### 3 Skattemessig verdi fusjons- og fisjonsfordring

Sktl § 11-7 annet ledd bestemmer etter lovendringen at ved trekantfusjon eller trekantfisjon skal skattemessig verdi på fusjons-/fisjonsfordring "settes lik skattemessig verdi av egenkapitalen som overføres ved fusjonen eller fisjonen". Uttrykket fusjonsfordring er rimelig entydig og brukes bare ved trekantfusjoner om fordringen morselskapet som utsteder vederlagsaksjer, får mot det overtagende datterselskap som motvekt til oppjustering aksjekapital og eventuelt overkursfond. Fisjonsfordring kan i tillegg til fordringen mellom morselskap og overtagende datterselskap ved trekantfisjoner, også referere til fordelingsfordringer mellom to horisontalt fisjonerende selskap for å tilfredsstille kravet til bytteforhold etter sktl § 11-8. Etter sktl § 11-7 dreier det seg om fordringer ved trekantfisjoner (og –fusjoner).

Fordringens pålydende vil referere seg til samlet opplustering aksjekapital og overkurs i morselskapet, som igjen vil avhenge av regnskapsmessig nettoverdier som legges inn i det overtagende datterselskap. Den valgte løsning for fordringens skattemessige verdi er allerede lagt til grunn i flere år av FIN som forutsetning ved dispensasjoner etter sktl § 11-22. Den samsvarer med kontinuitetsprinsippet i sktl kap 11 og synes fornuftig.

Begrunnelsen til FIN er kanskje ikke helt vellykket. Det skrives at kontinuiteten "sikrer at den ubeskattede kapitalen i datterselskapet som reflekteres i fordringen, ikke kan deles ut fra morselskapet uten at dette gir grunnlag for korreksjonsinntekt". Dette stod i Prop 78 L pkt 7.5.2 fremmet 25 mars 2011. Uken etter, 1 april 2011, forelå Meld St 11 2010-2011 *Evaluering av skattereformen 2006*. Der sies i pkt 6.5 at FIN tar "sikte på å foreslå å oppheve reglene om korreksjonsinntekt".

Med fritaksmetoden skatlegges fordringer i næring annerledes enn aksjer. Aksjegevinster kan være fritatt (dvs underkastet 3 % inntektsberegning, dvs 0,84 % skatt – men også denne 3 %-regelen sier FIN bør oppheves, men tidligst fra 2012, jf Meld St 11 2010-2011 pkt 9.5). Gevinst på fordringer i næring er derimot skattepliktig (og tap fradragsberettiget), jf sktl § 9-3 første ledd c nr 1.

---

<sup>3</sup> Se nærmere Benn Folkvord: Skatt ved fusjon og fisjon 2006 s 78-86 og Ole Gjems-Onstad: Norsk Bedriftsskatterett, 7 utg 2008 s 867-868

Hvis det overdragende selskap har aksjer som faller inn under fritaksmetoden, blir spørsmålet hvordan "skattemessig verdi" på disse skal fastsettes, jf sktl § 11-7 annet ledd. Selv om aksjene går inn under fritaksmetoden, synes det vanskelig å legge til grunn en annen verdi enn den som skulle vært benyttet som inngangsverdi ved en evt gevinstbeteregning. FIN kommenterer ikke forholdet i forarbeidene. Et alternativ kunne være å sette verdien til null (eller til 3 % så lenge 3 %-regelen består). Men dermed ville latent skattefrihet på aksjene bli konvertert til latent skatteplikt på fordringen.

Høringsutkastet hadde foreslått at gevinsten eller tapet ved realisasjon (innfrielse) av fordringen skulle føres over gevinst- og tapskonto. Forslaget møtte innvendinger fra høringsinstansene. Det ville bety en innstramning i forhold til tidligere regler. Symmetrien mellom føringen hos kreditor (morselskap) og debitor (datterselskap) kunne bli brutt. Inntektsføring fra gevinst- og tapskonto kan skje med 100 %, mens tapsføring bare med inntil 20 % av gjenstående beløp, jf sktl § 14-45 fjerde ledd. Før konserntilknytningen brytes kan selskapene nå som tidligere føre tilsvarende beløp som gevinst og tap og evt utjevne med konsernbidrag. Forslaget om føring over gevinst- og tapskonto kunne tvunget selskapene til å opprettholde konserntilknytningen og gitt innlåsnings effekter (jf Prop 78 L 2010-2011 pkt 7.5.2).

Innfrielse regnes som realisasjon. Innfrielse kan skje ved delbetalinger. Da oppstår spørsmålet om inngangsverdien skal avregnes først eller fordeles forholdsmessig. Ot prp nr 78 L kommenterer ikke spørsmålet, men høringsutkast 18 jan 2011 pkt 12.3.3 forutsatte at inngangsverdien avregnes først, og ikke forholdsmessig: "Ved delvis innfrielse av fordringen, vil gevinsten utgjøre nedbetalingsbeløpet, i den grad nedbetalingsbeløpet sammen med eventuelt tidligere nedbetalinger, overstiger fordringens skattemessige verdi." Dermed blir gevinstbeskatning først aktuelt etter at nedbetalingene til sammen har dekket inngangsverdien. Tilsvarende vil debitor, datterselskapet, bare kunne kreve tapsfradrag etter at inngangsverdien er dekket opp. Løsningene må bli symmetriske. – I Meld St 11 2010-2011 pkt 9.4 varsler FIN en mulig innskrenkning i retten til fradrag for tap på fordringer mellom nærstående parter som ledd i tilpasninger mellom morselskap og datterselskap. Reglene i sktl § 11-7 tredje ledd vil kanskje bli uberørt av en slik endring.

Reglene om trekantfusjoner og -fisjoner volder mange skatte-, selskaps- og regnskapsrettslige utfordringer. Langt på vei kunne trekantfusjoner antagelig erstattes av aksjebytte. Alternativet aksjebytte eller share-against-share skal være det mest brukte etter EUs fusjonsskattedirektiv. Det er uheldig (egentlig uforståelig) at Norge nå innfører regler om kontinuitet for grenseoverskridende aksjebytte, men ikke for aksjebytte mellom innenlandske selskaper, jf sktl § 11-11 fjerde ledd. Aksjebytte gjør at man slipper å overta det totale ansvar for det



overdragende selskaps kjente og ukjente forpliktelser, og kan gjøre det lettere (eller være eneste alternativ) for å tre inn i eksisterende avtaler og tillatelser. Opprinnelig ville FIN også ekskludere selskaper innen EØS fra reglene om aksjebytte, men på dette punkt ga man seg etter protester fra høringsinstansene, jf Prop 78 L 2010-2011 pkt 8.5.4. Men det gis ingen begrunnelse for hvorfor aksjebytte som er vanlig i mange andre land, ikke kan innføres når begge selskaper er hjemmehørende i Norge. Man får til samme resultat ved å gå veien om trekantfusjoner, evt med tomme datterselskap som overtagende. Så hvorfor tvinge næringslivet inn i tunge og kostbare omveier?

#### **4 Den spesielle avskjæringsregel – sktl § 14-90**

Norge har en ulovfestet praksisbasert omgåelsesstandard. I tillegg oppstiller sktl § 14-90 en lovfestet avskjæringsregel. Undertiden omtales den som en spesiell avskjæringsregel, eller spesiell gjennomskjæring<sup>4</sup>. Folkvord betrakter bestemmelsen som "i det vesentlige overflødig". Den bidrar etter hans mening "til en unødvendig komplisering", og "bør ... oppheves".<sup>5</sup> Det er lite i Folkvords kritikk som ikke kan fremføres mot den nye utforming av sktl § 14-90.

Sktl § 14-90 har fokus på skatteposisjoner. Utgangspunktet er at skatteposisjoner ikke skal kunne selges eller utnyttes av andre. Ett er at standpunktet nok kan diskuteres i større grad enn FIN legger opp til. Men det kan også spørres om FIN overfokuserer på skatteposisjoner på bekostning av andre tilpasninger av større økonomisk betydning. Etter innføringen av fritaksmetoden er det antagelig sterkt begrenset hvor mye skatt som oppnås ved skattepliktige gevinster på salg av driftsmidler. I Norge selges vel nå stort sett ikke verdifulle enkelt driftsmidler. I stedet realiseres aksjer under fritaksmetoden. Det kan være en fornuftig løsning siden Norge mangler regler om tax free roll over – betinget skattefritagelse ved reinvestering. I en viss forstand fungerer fritaksmetoden som en alternativ mekanisme for skattefri reinvestering. Med forbehold for endringen i sktl § 14-90 diskuterer Prop 78 L 2010-2011 ikke de mange tilpasningsspørsmål som har oppstått i tilknytning til fritaksmetoden. Temaet kan økonomisk være langt viktigere enn skatteposisjonene som er temaet for § 14-90. Skulle man være opptatt av et enklere regelverk, kan det også stilles meget kritiske spørsmål ved dobbeltkjøringen med en ulovfestet og en lovfestet gjennomskjæringsregel. Begge reglene har en uklar, men nesten sammenfallende lojalitetsterskel, og noe forskjellig anvendelsesområde og virkninger.

---

<sup>4</sup> Se Benn Folkvord: Skatt ved fusjon og fisjon 2006 s 403-444.

<sup>5</sup> Folkvord 2006 s 444.

Den ulovfestede omgåelsesstandard har et generelt anvendelsesområde og kan endre virkningene for hele den transaksjon der den gis anvendelse. Men den kan også i noen tilfeller gis delvis virkning. Den lovfestede avskjæringsregel gjelder for visse skatteposisjoner, "skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost", og for visse transaksjoner "omorganisering etter kapittel 11 eller ... endret eierforhold som følge av slik omorganisering eller annen transaksjon". Dens virkning er også begrenset til de nevnte skatteposisjoner. F eks faller de viktige skatteposisjoner innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs utenfor siden dette er skatteposisjoner knyttet til aksjer. Ved en fusjon som rammes av sktl § 14-90 kan et underskudd til fremføring falle bort, men fusjonen som helhet underkastes ikke likvidasjonsbeskatning mv. FIN påpekte i Prop 78 L 2010-2011 pkt 14.2 at uttrykket "avskjæringsbestemmelse" "ikke er fullstendig dekkende". Sktl § 14-90 åpner ikke bare for å avskjære skatteposisjoner, men også for å inntektsføre dem. FIN fant likevel betegnelsen grei nok "fordi det gir en dekkende beskrivelse av hovedinnholdet i bestemmelsen".

I høringsutkastet 18 jan 2010 hadde FIN foreslått en del innstramninger i sktl § 14-90, bl a et aktivitetskrav. Disse bortfalt etter klare innsigelser fra høringsinstansene. Men FIN understreket at unnlåtelsen av å fremme forslaget "innebærer ikke at betydningen av aktivitet skal nedtones ved lojalitetsvurderingen. Ut fra hensynene som ligger bak reglene om skattefrie omorganisering, må aktivitet nødvendigvis være sentralt ved vurderingen." (Prop 78 L 2010-2011). Det er ikke lett å vite hva man skal legge i den type vage, nesten engstelige, formuleringer. Det må ansees utvilsomt at aktivitet eller virksomhet fortsatt ikke er et nødvendig vilkår for skattefrie fusjoner eller fisjoner. Men de skattemessige motiver kan lettere fremstå som overveiende der det dreier seg om tomme selskaper.

FIN uttalte i Prop 78 L at det "holder også fast ved at en slik bestemmelse bør ha en noe lavere terskel for bruk enn den ulovfestede gjennomskjæringsregelen". Denne lavere terskel reflekteres ikke i ordlyden, og ei heller i tidligere formuleringer av terskelen som er gjentatt eller vist til i senere forarbeider. Under henvisning til Ot prp nr 71 1995-96 s 72 uttalte Ot prp nr 1 2004-2005 pkt 6.5.7.4: "Dette innebærer blant annet at det ved sannsynlighetsvurderingen må tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen,..." (jf også Prp 78 L pkt 14.5). Det finnes sikkert dem som får mer ut av denne formulering enn undertegnede. Den ulovfestede omgåelsesstandard legger vekt på at ikke-skattemessige motiver må være *hovedformålet*. Sktl § 14-90 bruker formuleringen "overveiende motiv". Selv om enkelte synes å mene at det er en innholdsmessig forskjell mellom formuleringene, er det vanskelig å belegge dette med vanlig språkbruk. Avgjørende for å slå fast at overveiende krever mindre skattemessig motiv enn hovedformål må være anvisningene i forarbeidene.

Det er ingen høyesterettspraksis om sktl § 14-90 og beskjedne underrettspraksis. Selv om det neppe reflekterer hvordan dommere tenker, kan man likevel av pedagogiske grunner trekke frem prosentanslag. Mener man f.eks. at gjennomskjæring etter den ulovfestede omgåelsesstandard krever et skattemessig motiv på 90 % (og 10 % forretningsmessige grunner), kan man f.eks. spekulere om "den noe lavere terskel" etter FINs formulering innebærer et krav til 70 % skattemessig motiv og 30 % bedriftsøkonomiske hensyn etter sktl § 14-90. Denne type prosentanslag må ikke forveksles med overvektsprinsippet ved bevisvurderingen. (Overvektsprinsippet fremgår ikke direkte av tvisteloven § 21-1, men legges til grunn som et grunnleggende utgangspunkt i sivile saker). Skattesaker er sivile søksmål og her gjelder overvektsprinsippet som, i det minste teoretisk, sier at 51 % er tilstrekkelig. Mener man f.eks. at det kreves 70 % skattemessig motiv for å tilfredsstille kravet til overveiende motiv i sktl § 14-90, betyr det altså at man må kunne bevise med minst 51 % overvekt at det forelå 70 % motiv. Igjen, en dommer tenker ikke slik og i praksis vil man ikke klare å skille klart mellom bevisføring og rettsfaktum. Men den type prosentøvelser kan – muligens(!) – hjelpe tanken.

Uansett om det gjelder sktl § 14-90 eller den ulovfestede omgåelsesstandard, må det tas et forbehold. Man kan ikke bare tale om relative størrelser. Absolutte tall kan også være relevant. Ved en transaksjon vedstår f.eks. en skattyter at skattefordelene utgjorde kr 200 millioner og de forretningsmessige kr 10 millioner. I tall, sier skattyter, var det skattemessige klart dominerende og hovedformål. Men, uttrykker vedkommende, jeg hadde uten hensyn til det skattemessige uansett gjennomført transaksjonen. Kr 10 millioner er et mer enn stort nok beløp til at transaksjonen var verdt bryderiet. Til grunn for omgåelsesstandard og den særlige avskjæringsbestemmelse i sktl § 14-90 ligger en lojalitetsstandard. Dette sies ikke lenger direkte i mange nyere høyesterettsdommene om omgåelse. I stedet taler man om et tilleggsvilkår der en totalvurdering resulterer i at transaksjonen ansees å stride mot skattereglenes formål, jf f.eks. Rt 2006 s 1232 (Utv 2006 s 1416 *Telenor*). Ordet lojalitet er ikke skrevet inn i sktl § 14-90. Men FIN omtaler sktl § 14-90 som en lojalitetsbestemmelse, jf Ot prp 78 L pkt 14. Se også Høyesteretts formuleringer i *Invex*-saken i Rt 2011 s 213: "Det er sikker rett at det kan etableres skatteplikt for transaksjoner som tilsynelatende ikke omfattes av den aktuelle regel, dersom dette er nødvendig for å underkjenne tilpasninger som på en illojal måte tar sikte på å utnytte utformingen av regelverket." Dersom en skattyter kan sannsynliggjøre at transaksjonen står på egne ben bedriftsøkonomisk og ville blitt gjennomført uansett, kan det ikke føre til gjennomskjæring at de skattemessige fordeler tallmessig dominerer. Det er ikke illojalt og strider ikke mot skattereglenes formål å gjennomføre transaksjoner man uansett ville gått inn på selv om de også medfører massivt med skattefordeler.

Et annet nokså teoretisk eksempel kan belyse andre aspekter ved sktl § 14-90 i forhold til den alminnelige omgåelsesstandard. Sktl § 14-90 gjelder ”skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost”, f eks underskudd til fremføring etter sktl § 14-6. En bank har lånt kr 20 millioner til et aksjeselskap som går dårlig og har underskudd til fremføring kr 10 millioner. Selskapet selges til en investor for kr 4 millioner. Prisen for fordringen settes til kr 3,9 millioner og aksjene til kr 100 000 (aksjekapitalen er kr 1 000 000). Etter rettspraksis regnes en slik de facto refinansiering ikke som en gjeldsettergivelse som avskjærer underskudd til fremføring, jf Rt 2001 s 1244 *Skøyen Næringspark*. Om aksjonærs kjøp av fordring til underkurs mot eget selskap, se også Rt 1999 s 1347 *Øverbye*. For investoren er den latente skatteverdien på fordringen kr 16,1 millioner x 28 %, mens skatteverdien av underskuddet kan være kr 10 millioner x 28 %. Gevinst ved innfrielse av fordring utenfor næring er skattefri, jf sktl § 9-3 første ledd bokstav c nr 1. Kjøp av fordringer til underkurs kan dermed gi et skattefritt alternativ til å ta ut utbytte av selskaper. Ut fra tallene er det ikke ”sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen [underskuddet til fremføring] er det overveiende motiv for transaksjonen”, jf sktl § 14-90. Skattemessig dominerer skatteposisjonen knyttet til den spesifikke eiendel fordringen. Dette betyr imidlertid bare at eventuell gjennomskjæring må skje ut fra den alminnelige omgåelsesnorm og ikke ut fra den lovfestede i sktl § 14-90. Men eksempelet kan illustrere at angivelsen av relevante skatteposisjoner etter sktl § 14-90 kan gi bestemmelsen et litt tilfeldig anvendelsesområde.<sup>6</sup> I en del slike tilfeller vil imidlertid en investor kunne argumentere med at selskapet uansett er en god investering. Det kan dreie seg om eiendomsselskaper der eiendelen er i behold og investoren satser på bedre tider. Skattefordelene er fringe benefits, kan skattyter hevde.

Dersom den lovfestende avskjæringsregel kommer til anvendelse, krever sktl § 14-90 annet punktum bokstav b inntektsføring uten rett til avregning mot underskudd av positive gevinst- og tapskonti mv. FIN presiserte i Prop 78 L pkt 14.5 at bestemmelsen må fortolkes slik at den ikke skal ”avskjære utnyttelsesmuligheter som ville ha foreligget før transaksjonen”. Dette er en naturlig forståelse ut fra ordlyden, men FIN hadde tidligere anvist at skatteposisjoner ikke kan avregnes i det opprinnelige selskapet, jf Ot prp nr 1 2004-2005 pkt 6.5.7.4. Selv om sktl § 14-90 kommer til anvendelse, skal den ikke gis konsekvenser for skatteposisjoner som kunne vært avregnet innenfor det overdragende eller overtagende selskap før transaksjonen.

---

<sup>6</sup> Jf Benn Folkvord: Skatt ved fusjon og fisjon 2006 s 424.

## 5 Omdanning

Endringslov 10 juni 2011 nr 16 foretar visse endringer i sktl § 11-20 om omdanning. Det dreier seg om mindre utvidelser av anvendelsesområdet. Bestemmelsen kan nå anvendes på statsforetak, interkommunale selskap og deltagerlignede selskap, jf henvisningen til § 2-2 første og annet ledd i § 14-90 første punktum. Den nye ordlyden levner ingen tvil om at alle omorganiseringer etter sktl kap 11 omfattes, herunder omdanninger.

Omdannelse etter sktl § 11-20 er landeveien ut av foretaksmodellen med dens til dels prohibitive skattesatser ved realisasjon av eiendeler, og inn i aksjeselskaper og 28 %-sfæren. Imidlertid kommer man ikke ved hjelp av sktl § 11-20 direkte inn i en holdingstruktur der man kunne nyte godt av fritaksmetoden ved å realisere aksjer i stedet for eiendeler. Dit kommer man enten ved å bruke drop down (jf Utv 2002 s 1106 FIN). Eventuelt kan man opprette en tom holdingstruktur og så foreta en trekantfusjon med det selskapet som man først omdannet etter sktl § 11-20. Ved å tillate omdanning mot vederlagsaksjer i et morselskap til det overtagende aksjeselskap, kunne man gått rett inn i en holdingstruktur ved omdannelser etter sktl § 11-20. Men FIN avviste uttrykkelig å utvide sktl § 11-20 til å omfatte en direkte opprettelse av en konsernstruktur ved å tillate vederlagsaksjer i et morselskap til det overtagende selskap. Begrunnelsen av til dels formell: ”Departementet finner ikke grunn til å foreslå skatterettslige løsninger for omdanning som går lenger enn det aksjeloven tillater.” Men FIN tilføyet at det heller ikke så ”at det er et stort behov for dette når det finnes alternative fremgangsmåter for å etablere en konsernstruktur uten umiddelbar beskatning, ...” (Prop 78 L 2010-2011 pkt 11.5). Argumentasjonen kan lett snus rundt. Hvorfor gjøre noe tungvint når det uansett skjer? De eneste som tjener på at man må gå omveien rundt drop down eller tomme holdingstrukturer, er rådgivere.

Ved omdannelse av deltagerlignet selskap kreves ikke, slik det ble foreslått i høringsutkastet, at det omdannede selskapet selskapsrettslig må likvideres. Begrunnelsen er at omdannelse kan involvere selskaper med eiendeler og rettigheter som etter de underliggende rettsforhold ikke kan overdras til andre rettighetshavere, eller bare med et samtykke man ikke får, jf Prop 78 L 2010-2011 pkt 11.5. Dermed kan også praksis med hjemmels-ANS'er mv fortsette. Eiendommen overføres til det nye overtagende selskapet som den reelle og skatterettslige eier hvor eiendommen regnskapsmessig oppføres. Men for å spare dokumentavgift beholdes den tinglyste hjemmel i det selskapet som omdannes.

Skattefri omdanning etter sktl § 11-20 må for det første skilles mot endringer som ikke er skattemessig realisasjon. En omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap, samt fra ASA til SE-selskap innebærer ikke at selskapet oppløses eller at det opprettes en ny juridisk person. Siden det ikke dreier seg om en realisasjon, trenger man heller ikke særlige bestemmelser om skattefri omdanning.

Det samme vil gjelde omdanning fra ANS til DA eller fra DA til ANS. Dette er en endring av *ansvarsform*, men *ikke av selskapsform* siden begge deler er ansvarlige selskaper, jf sel § 1-2 første ledd bokstav b. I flere uttalelser og Lignings-ABC har man imidlertid slått disse tilfeller sammen med en del andre tilfeller der det dreier seg om endring av selskapsform, dvs overgang fra ANS/DA til KS og omvendt. Det er lagt til grunn at heller ikke dette skal behandles som realisasjon, jf Lignings-ABC 2010/11 s 1420, Utv 1993 s 490 FIN og Utv 1996 s 817 FIN. Tilsvarende gjelder ved endringer fra kommandittselskap til indre selskap, jf Prop 78 L pkt 11.2.

FIN uttalte også at selskaper med begrenset ansvar materielt er å anse som aksjeselskaper, jf asl § 1-1. ”En omregistrering med eventuelle nødvendige tilpasninger til aksjeloven for slike selskaper, kan normalt ikke anses som en skattepliktig realisasjon av andeler eller selskapets eiendeler.”

Omdanninger der sktl § 11-20 kommer til anvendelse vil være underlagt de vilkår og virkninger som følger av bestemmelsen med tilhørende forskrifter i fsfin §§ 11-20-1 flg. Anvendelsesområdet utvides til å omfatte omdanning til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap fra statsforetak, interkommunalt foretak og samvirkeforetak. Derimot er det ikke adgang til omdanning med skattemessig kontinuitet fra aksjeselskap til samvirkeforetak. FIN viste til at det mangler selskapsrettslige regler om slik omdanning, og at det heller ikke var mottatt søknader om individuell dispensasjon for slik omdanning etter sktl § 11-22. FIN mente derfor evt omdanninger av aksjeselskap til samvirkeforetak fikk skje etter søknad, jf § 11-22. Ei heller ville FIN åpne for omdanning av aksjeselskap til enkeltpersonforetak. Det ville innebære en overgang fra uttaksbeskatning til løpende beskatning og ville medføre kompliserte bestemmelser hvis det ikke bare skulle bli et fritak for likvidasjonsbeskatning for midler som ble stilt til personlig forføyning for aksjonærene.

## 6 Grenseoverskridende omorganiseringer

### 6.1 EØS-drevet

De viktigste nye bestemmelser i endringslov 10 juni 2011 nr 16 gjelder grenseoverskridende omorganiseringer, jf ny sktl § 11-11, samt endring av exit-reglene i sktl §§ 10-37 og 10-71. Det er også nye regler om omdanning av filialer i sktl § 11-21 første bokstav c, d og e. Til dels er endringene skrevet med påholden penn: EØS-avtalen og overlegninger fra ESAs side som kuliminerte i åpningsskriv 10 mars 2010 og ESAs grunngitte uttalelse 2 mars 2011 har presset FIN til handling. Men reglene kan også uttrykke et reelt ønske om å modernisere skattereglene ved å inkorporere flere internasjonale dimensjoner. Uten EØS-avtalen er det imidlertid langt fra sikkert om noen av disse endringene hadde kommet. Enkelte av endringene er imidlertid gitt anvendelse også i forhold til parter hjemmehørende utenfor EØS.

Bestemmelsene i sktl § 11-11 om fusjon og fisjon gjelder vanligvis mellom en eller flere norske parter og ett eller flere selskaper i EØS. Reglene om aksjebytte i sktl § 11-11 fjerde ledd som kanskje er de mest praktiske, er imidlertid gitt anvendelse world wide: ”annen stat”, med forbehold for lavskatteland-begrensningen i § 11-11 syvende ledd. Reglene i § 11-11 femte ledd om fusjon og fisjon mellom utenlandske selskaper med filialer i Norge er heller ikke begrenset til EØS.

De nye reglene om skattefri omdanning av filialer i sktl § 11-21 første ledd nye bokstav c, d og e knytter ikke an bare til EØS-stater. Disse bestemmelsene har antagelig begrenset betydning.

## 6.2 Oversikt over § 11-11

Dette avsnitt skal gi en kort oversikt over alternativene i sktl § 11-11. De forskjellige reglene i sktl § 11-11 reiser en rekke spørsmål. I de følgende avsnitt tas opp en del mer generelle problemstillinger. Mange enkeltspørsmål behandles ikke.

Sktl § 11-11 første ledd behandler fusjon og fisjon mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper hjemmehørende i Norge som overdragende selskaper og selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende i en eller flere andre EØS-stater. Tilleggsvederlag kan som etter asl/asal §§ 13-2 og 14-2 utgjøre inntil 20 pst av det samlede vederlaget, jf § 11-11 første ledd annet punktum. Sktl § 11-11 første ledd tredje punktum bestemmer at ”§§ 11-6 til 11-10 gjelder tilsvarende”. Fordelingsregler og regler om videreføring av skatteposisjoner kan henge i luften uten virksomhet i Norge, men noen spørsmål er tatt stilling til gjennom endringene i sktl § 14-48 tredje ledd, jf senere.

Det er ikke innført regler om grenseoverskridende trekantfusjoner, men nye bestemmelser om grenseoverskridende aksjebytte i §11-11 fjerde ledd gjør samme (bedre) nytte. Heller ikke EUs fusjonsskattedirektiv åpner for trekantfusjoner, men godtar aksjebytte (exchange of shares).

Reglene om fusjon og fisjon muliggjør filialisering. Etter sktl § 11-11 første ledd kan det norske selskapet være overdragende selskap. F eks fusjoneres et datterselskap med morselskapet. Virksomheten kan da fortsette som en filial i Norge, jf nedenfor om skatteplikt ved uttak av driftsmidler fra norsk beskatningsområde. Tilsvarende muligheter for filialisering gjelder etter sktl § 11-11 sjette ledd der det norske selskapet er overtagende selskap i en fusjon eller fisjon, f eks ved fisjon der en del av et norsk selskap fisjoneres inn i et utenlandsk selskap (fisjonfusjon). Tilsvarende kan norske selskaper få filialer i utlandet når det norske selskapet er overtagende ved en fusjon eller fisjon, jf sktl § 11-11 sjette ledd.

Sktl § 11-11 annet ledd omhandler stiftelse av SCE-foretak (europeisk samvirkeforetak) ved fusjon etter SCE-loven 30 juni 2006 nr 50 § 5. Bestemmelsen er gitt en sentral plass, i hvert fall tatt i betraktning at det ikke har vært registrert et eneste SCE-foretak i Norge (i det minste per 2010). Den manglende bruken av SCE-formen nevnes ikke i omtalen av de nye reglene om fusjon av SCE-foretak i Prop 78 L pkt 9 s 33-35.

Sktl § 11-11 tredje ledd henviser til sktl §§ 9-14 og 14-27 og er behandlet ovenfor.

Aksjebytte reguleres i § 11-11 fjerde ledd. Det kreves overføring av minst 90 pst av aksjene i det overdragende selskap. Kontinuitetsregelen gjelder både der norske selskap er overtagende eller overdragende, men kun når det andre selskap er hjemmehørende i annen stat. Aksjebytte er følgelig et – tankevekkende – eksempel på at det gjelder mer liberale regler for grenseoverskridende enn nasjonale omorganiseringer.

Etter §11-11 femte ledd kan fusjoner mellom selskaper hjemmehørende i andre land (også utenfor EØS) med filial(er) i Norge gjennomføres med skattemessig kontinuitet, jf særlig sktl § 11-7. Aksjebytte kan også gjennomføres mellom selskaper hjemmehørende i andre land uten beskatning av aksjonærer med skatteplikt til Norge.

Sktl § 11-11 sjette ledd skal dekke tilfeller der et selskap hjemmehørende i Norge er overtagende selskap i en fusjon eller fisjon med et utenlandsk selskap med filial i Norge.

### 6.3 Uoversiktlige bestemmelser



Sktl § 11-11 er intrikat skrevet. Tolkningen av bestemmelsene er til dels tung og usikker. Det er ikke klart i hvilken utstrekning FIN har sett enkelte av de grunnleggende tolknings spørsmål som oppstår. Stortingsbehandlingen og Innst 322 L 2010 -2011 gir ingen hjelp til disse tekniske spørsmål. De forskjellige ledd i sktl § 11-11 tar opp ulike situasjoner uten at det fremstår særlig tydelig hvordan bestemmelsen er disponert. Det veksler mellom viktige og mindre viktige tilfeller av omorganisering. Overskriften til § 11-11 er så generell at den heller ikke gir så mye hjelp: ”Grenseoverskridende fusjon, fisjon og aksjebytte”. Det kunne hjulpet brukeren hvis § 11-11 hadde vært brukket opp i atskilte paragrafer med flere overskrifter som hjelp til å finne frem.

Like barn leker best. Sktl § 9-14 - regelen om grenseoverskridende uttak av eiendeler – blir nå sentral sammen med sktl § 11-11, jf § 11-11 tredje ledd. Både sktl §§ 11-11 og 9-14 er lange, utilgjengelige og godt egnet som eksempler på en lovgivningsteknikk der brukeren lett går seg bort. Helt likestilles kan de ikke: Sktl § 11-11 er verst. Den som skal undervise, vil få en utfordring når man skal gjennomgå § 11-11 og illustrere hva de enkelte ledd dekker – ikke minst fordi foreleseren lett vil vikle seg inn i usikkerhet rundt hvordan en del formuleringer egentlig skal forstås.

#### 6.4 Ikke lavskatteland

En del av sktl § 11-11 er relativt enkel å plassere: Syvende ledd angir en generell avgrensning av anvendelsesområdet. Anvendelsesområdet avgrenses mot lavskatteland med det realitetskriteriet som vanligvis anvendes etter Cadbury Schweppes-dommen: Kontinuitetsunntakene kommer ikke til anvendelse hvis ett eller flere av de involverte selskaper ”er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS” eller ”er hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS” og ”ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i den EØS-staten”. Se de tilsvarende bestemmelser i sktl § 2-38 tredje ledd bokstav a, sml § 2-38 femte ledd, § 10-64 bokstav b og § 16-21 første ledd bokstav a, sml § 10-63.

#### 6.5 EØS-avtalen og fusjonsskattedirektivet

EØS-avtalen omfatter som kjent ikke skatt. Norske skatteregler må være i samsvar med traktatens regler om de fire friheter, ikke-diskriminerings-forbudet og statsstøttebestemmelsene. Men Norge har ingen plikt til å inkorporere de særlige EU-direktiver om skatt. Derfor har Norge ikke fulgt opp fusjonsskattedirektivet (dir 90/434/EF, som endret

ved dir 2005/19 og 2009/133). Derimot har Norge inkorporert det selskapsrettslige direktiv om grenseoverskridende fusjoner, jf dir 2005/56 EF og asal §§ 13-25 til 13-36, jf asl § 13-25, siden selskapsrett er del av EØS-avtalen.

Teoretisk kan det tenkes at regler i et direktiv kan bli ansett stridende mot grunnbestemmelsene i EU-traktaten (og EØS-avtalen). Men det er et vanlig standpunkt at fusjonsskattedirektivet ikke inneholder traktatstridige bestemmelser. Et argument for å legge de norske reglene nær fusjonsskattedirektivet er å unngå spørsmål om traktatstrid. Før endringene ville den klare forskjellsbehandlingen av innenlandske og grenseoverskridende omorganiseringer være en uløst utfordring i forhold til EØS-avtalen så langt selskaper og aksjonærer i andre EØS-land var involvert. Imidlertid sier FIN at selv om de nye reglene i hovedsak bygger på fusjonsskattedirektivet, er dette ikke begrunnelsen for at forslaget er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Hovedbegrunnelsen for at de nye reglene er traktatkonforme, er at det bidrar til å sikre en rettmessig fordeling av skattefundamentene mellom landene. FIN sikter her til prinsippet om at eiendeler skal forbli i det beskatningsområde hvor de opprinnelig befant seg, jf sktl § 9-14 og Prop 78 L pkt 8.5.1.2, samt nedenfor.

#### 6.6 Krav til gjensidighet eller lovlig gjennomføring?

Samtidig kunne det være et problem for Norge å vedta regler lik fusjonsskattedirektivet. Det kunne gi fordeler til selskaper og aksjonærer i andre land uten at tilsvarende fordeler nødvendigvis ville tilfalle personer og selskaper i Norge. Fusjonsskattedirektivet virker symmetrisk. Alle EU-land plikter å vedta regler i samsvar med direktivet. Men ingen plikter å la Norge og de to andre EØS-statene bli omfattet av regler om skattemessig kontinuitet. Visstnok skal bare Sverige ha gjort fusjonsskattedirektivet gjeldende for EØS og ikke bare andre EU-stater.

Utfordringen for EØS-landet Norge kan klargjøres med et eksempel. Enkelt sagt er en fusjon for et overtagende selskap et oppkjøp der man betaler med sedler man trykker selv, dvs aksjer i eget selskap. Hvis fusjonen utløser skatt for det overdragende selskap eller aksjonærene i det overdragende selskap, er det ikke gitt hvem som i siste instans må bære skattekostnaden. I større eller mindre grad kan den overveltes på selger som må betale en høyere pris. For Norge å innføre regler om kontinuitet, betyr å frasi seg umiddelbar skatlegging av norske overdragende selskap og norske aksjonærer. Det er i første omgang en direkte skattelettelse for norske selskaper og aksjonærer, men indirekte kan det innebære en

lavere oppkjøpspris for utlendinger. Norge har ingen mulighet for å lempe utenlandsk beskatning når norske selskaper ved fusjon mv overtar utenlandske selskaper. Nye regler om skattemessig kontinuitet har dermed den effekt at det kan bli rimeligere for utlendinger å overta norske selskaper, men er uten virkning når norske foretak skal ut i verden og bruke fusjoner, fisjoner og aksjebytte til oppkjøp.

Norge har – selvfølgelig - ingen adgang til å fritta fra utenlandske skatteregler. Men Norge kunne innføre en betingelse om gjensidighet i sine kontinuitetsregler i sktl § 11-11: Reglene anvendes bare når de overtagende selskaper er hjemmehørende i land som gir tilsvarende skattelempe hvis norske selskaper er de overtagende parter. Det er uheldig at det ikke fremgår klart av ordlyden i sktl § 11-11 eller forarbeidene om et slikt gjensidighetsvilkår er lagt inn.

Sktl § 11-fjerde ledd første punktum om aksjebytte sier at norsk beskatning av norsk overdragende selskap og dets aksjonærer unnlates ”når transaksjonen gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overtagende selskap er hjemmehørende”. Det er ikke gitt hva denne formulering innebærer. Det kan være en uklart formulert fastsettelse av et gjensidighetsvilkår, men da må ordlyden strekkes noe. Eller det kan være et slags lovlighetsvilkår: Transaksjonen må overholde skattereglene om kontinuitet også i staten til det overtagende selskap. Men spørsmålet om kontinuitet eller skattepliktig realisasjon oppstår for det overdragende selskap og dets aksjonærer, ikke for det overtagende selskap. Fortolket som et lovlighetsvilkår blir ordlyden nesten meningsløs. Et slikt gjennomføringsvilkår beskytter ikke norsk skattefundament. Det kan være (svært!) krevende for norske skattemyndigheter å følge opp: De skal både kunne sette seg inn i skattereglene i det andre landet, og i tillegg ta stilling til om de er fulgt. EU har 27 medlemsland – ikke like mange språk, men språkfloraen er stor nok. Det ville være paradoksalt å oppheve et nasjonalt lovlighetskrav i sktl § 11-1 annet ledd og samtidig innføre et enda mer krevende lovlighetsvilkår for grenseoverskridende fusjoner og fisjoner.

Men også forstått som et gjensidighetsvilkår blir formuleringen sktl § 11-11 fjerde ledd første punktum nær meningsløs. Det kunne bety at de nye bestemmelsene bare fikk betydning for omorganiseringer som involverte selskaper i Sverige som det eneste land som visstnok har gitt fusjonsskattedirektivet anvendelse for EØS-land og dermed Norge.

Ordlyden i sktl § 11-11 sjette ledd om fusjon med overtagende selskap i Norge ligger enda nærmere et (krevende og til dels upraktisk) lovlighets- eller

gjennomføringsvilkår: ”Transaksjonen må gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende.” I utgangspunktet vil det ikke ved en slik fusjon med overdragende utenlandsk selskap ikke utløses skatt til Norge. Men kommentarer i Prop 78 L pkt 8.5.2 kunne indikere at FIN her har tenkt på fusjoner der det utenlandske overdragende selskap har en filial i Norge. Da vil altså vilkåret for skattemessig kontinuitet i Norge være at kontinuitet også legges til grunn etter skattereglene i det overdragende selskaps hjemstat. Det må imidlertid antas å dreie seg om spesialtilfelle at det overdragende selskap i en fusjon med et norsk overtagende selskap allerede har en filial i Norge.

Det er et viktig spørsmål om sktl § 11-11 oppstiller krav til gjensidig, symmetrisk lovgivning, eller et vilkår om at utenlandsk skattelovgivning om kontinuitet må respekteres så langt den rekker. Det er ikke klart hvor langt FIN har innsett denne problemstillingen. Da kunne den i så fall gjerne ha vært kommentert tydeligere. Nå er det vanskelig å vite hva som gjelder. Undertegnede ville forstå reglene slik: Det er ikke krav til tilsvarende regler i andre land. En annen tolkning ville føre til at lovendringen ikke har effekt for andre grenseoverskridende fusjoner/fisjoner og aksjebytter enn i over grensen til Sverige. Norge har dermed innført bestemmelser som kan redusere ”oppkjøpsprisen” (antall vederlagsaksjer og tilleggsvederlag) når norske foretak selges ut, men som ikke gjør det billigere for norske foretak å erverve foretak i utlandet. Men kan en fusjon med et norsk overtagende selskap utløse skattlegging av en filial mv det har i Norge, lempes Norge bare skatten hvis tilsvarende bestemmelser foreligger og følges i det overdragende selskaps hjemstat.

#### 6.7 Ikke svekke norsk skattefundament - tilknytning til norsk beskatningsområde

Reglene om grenseoverskridende fusjoner, fisjoner og aksjebytte skal lette omorganiseringer. Men lovgiveren ønsket ikke å svekke norsk skattefundament. EUs fusjonsskattedirektiv forsøker å verne det overdragende selskaps hjemstat ved å kreve at eiendeler som var i den staten, etter fusjonen/fisjonen skal forbli tilknyttet et fast driftssted der. Dette kravet til fast driftssted skal være en viktig grunn til at fusjons- og fisjonsalternativet i fusjonsskattedirektivet bare brukes i begrenset utstrekning. Mange multinasjonale foretak ønsker å unngå de opplysnings- og fordelingsutfordringer som kan oppstå i tilknytning til faste driftssteder. Derfor finner man aksjebytte mer hensiktsmessig. Ved aksjebytte oppstår ikke spørsmålet om svekket potensiell svekkelse av skattefundamentet. Det overdragende selskap forblir intakt.

FIN fant det ikke hensiktsmessig med regler lik fast driftssted-kravet i EUs fusjonsskattedirektiv. En innvending mot et krav om tilknytning til en filial i Norge som ble foreslått i høringsnotatet 18 jan 2010, er at eiendeler kan overføres mellom filial og hovedkontor uten at det kan regnes som realisasjon eller uttak etter sktl §5-2. I stedet valgte man i forslaget til sktl § 11-11 tredje ledd i Prop 78 L 2010-2011 å bygge på sktl § 9-14, jf også § 14-27, til å verne norsk skattefundament. Sktl § 9-14 er hovedbestemmelsen; sktl § 14-27 angir bare tidfestingen.

Sktl § 11-11 tredje ledd bestemmer at "[v]ed skattefri fusjon og fisjon som nevnt i første og annet ledd gjelder §§ 9-14 og 14-27 for eiendeler, rettigheter og forpliktelser i det overdragende selskapet som tas ut av norsk beskatningsområde ved fusjonen eller fisjonen, jf. § 9-14 annet ledd." Man kan stille spørsmål om denne henvisningen har noen selvstendig betydning ut over det rent rettspedagogiske. Sktl §§ 9-14 og 14-27 gjelder generelt og står på egne ben. Men det er nå uttrykkelig avklart at reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner ikke medfører en innskrenkende tolkning av sktl §§ 9-14 og 14-27. Det kunne oppstått tvil om hvilken bestemmelse som skulle gått foran ut fra tolkningsprinsippet om *lex specialis*.

Sktl § 9-14 medfører en viktig forskjell til fast driftssted-teknikken i EUs fusjonsskattedirektiv. Etter sktl § 9-14 ellefte ledd bokstav d bortfaller den latente skatteplikten "hvis skattyteren ikke har realisert eiendelen eller forpliktelsen innen fem hele inntektsår etter det inntektsår realisasjon anses å ha funnet sted". Dette gjelder imidlertid bare eiendeler omtalt i sktl § 9-14 tredje ledd bokstav a-c, dvs fysiske driftsmidler etter § 14-41 første ledd a, samt c til j (ikke goodwill i gruppe b), finansielle eiendeler og forpliktelser. For gevinster på omsetningsgjenstander og immaterielle eiendeler er det ingen adgang til å utsette skatteplikten og intet bortfall av utsatt skatteplikt etter fem år. Dette gjelder også ved overføring av omsetningsgjenstander og immaterielle eiendeler til annen EØS-stat hvis dette medfører uttak fra norsk beskatningsområde. Det er stilt spørsmål ved om disse reglene er i samsvar med Norges plikter etter EØS-avtalen.<sup>7</sup> I skrivene 10 mars 2010 og 2 mars 2011 om traktatstridighet ved exit skatten for selskaper etter sktl § 10-71 og de tidligere regler om fusjon og fisjon har imidlertid ESA ikke direkte tatt opp sktl § 9-14 som potensielt traktatstridig. Det betyr imidlertid ikke at sktl § 9-14 er uproblematisk i forhold til EØS-avtalen. Generelt må det ansees vanskelig i forhold til EØS-avtalen å skattlegge immaterielle eiendeler og omsetningsgjenstander uten at de er realisert.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Se Henning Naas m fl: Norsk internasjonal skatterett 2011 s 117-122 og 237.

<sup>8</sup> Jf COM(2006) 825 final fra EU kommisjonen, ESAs skriv 10 mars 2010 og ESAs grunngitte skriv 2 mars 2011.

EUs fusjonsskattedirektiv har ikke et tilsvarende skille mellom immaterielle driftsmidler og omsetningsgjenstander vs andre eiendeler. Det skal heller ikke være kjent fra uttaks- og utflyttingsregler i andre land.

For kravet om tilknytning til fast driftssted i EUs fusjonsskattedirektiv gjelder ingen tidsbegrensning. Det fremgår ikke klart av Prop 78 L hvorfor FIN mente uttaksreglene i sktl § 9-14 ga en bedre løsning. Det kan være at man fryktet at et krav til filialtilknytning kunne blitt ansett som en traktatstridig restriksjon etter EØS-avtalen til tross for at et tilsvarende vilkår følger av fusjonsskattedirektivet.

FIN presiserte i Prop 78 L pkt 8.5.1.2 at ”det ikke er et vilkår for skattefritak at *all* virksomhet og *alle* eiendeler, rettigheter og forpliktelser videreføres i en filial mv. i Norge. Dette poenget framgikk ikke eksplisitt av høringsnotatet, og enkelte av høringsinstansene har påpekt behovet for en klargjøring her.” FIN fremhevet samme sted at ”også selskaper uten virksomhet og eiendeler i Norge, skal kunne fusjonere skattefritt med virkning for aksjonærene”.

Sktl § 9-14 fremstår som paradoksal. Den umiddelbare skatteplikten ved uttak av omsetningsgjenstander og immaterielle eiendeler er streng – og kanskje i strid med EØS-avtalen. For dem som har anledning til å vente, kan derimot fem års-fristen for andre eiendeler, fremstå som gunstig.

Det er ikke naturlig her å diskutere de mange spørsmål sktl § 9-14 kan gi opphav til. Men et eksempel på utfordringene kan nevnes. Uttak fra norsk beskatningsområde er skattepliktig. Ved uttak av immaterielle driftsmidler oppstår umiddelbar beskatning uten adgang til utsettelse. Hvis et overdragende norsk selskap fusjonerer med et overtagende selskap i en EØS-stat, kan det utenlandske overtagende selskap benytte foretaksnavnet til det norske overdragende selskap uten at dette utløser skatteplikt? Det er vanskelig å se hvordan man kan unngå skattlegging etter sktl § 9-14. I andre tilfeller av bruk av foretaksnavn i utlandet kan det oppstå spørsmål om fastsettelse av en riktig internpris. Et norsk morforetak burde beregnet en årlig avgift for bruk av konsernets foretaksnavn som benyttes av datterselskaper mv i utlandet. Generelt gjelder at bruk i andre land av firma og varemerker som opprinnelig har tilhørt norske foretak, kan utløse en rekke spørsmål i forhold til uttaks-, utflyttings- og internprisingregler. Den potensielle skatteplikt har ofte blitt oversett, men med økt fokus på sktl § 9-14, utflytting og interprising kan slike spørsmål oftere bli tatt opp.

Imidlertid må det antas at skatteplikt ved f.eks. bruk av et konserns foretaksnavn i andre land kan reise spørsmål etter EØS-avtalen.

Skatteposisjoner som kan resultere i gevinstbeskatning eller tapsfradrag, vil følge eiendelene. Andre skatteposisjoner som fremførbart underskudd, negativ/tom positiv saldo og positiv/negativ gevinst- og tapskonto skal overføres til det overtagende selskap. Slik overføring forutsetter imidlertid at det overtagende selskap har en filial i Norge, jf Prop 78 L pkt 8.5.1.3. Uten en slik filial kunne det inntre skattlegging etter sktl § 14-48 tredje ledd. Av hensyn til EØS-avtalen ble imidlertid sktl § 14-48 i forbindelse med revidert nasjonalbudsjett endret ved tilføyelse av nye fjerde og femte ledd. Plikten til umiddelbar inntektsføring gjelder ikke ved fusjon og fisjon som nevnt i § 11-11 første ledd. Den utenlandske innehaver av en slik skatteposisjon til inntektsføring må i så fall levere selvangivelse, jf lignl § 4-2 nr 1 bokstav a. Imidlertid kan et særlig skjema tre i stedet for full selvangivelse, jf lignl § 4-2 nr 4 og 4-2 nr 1 bokstav a. FIN forutsatte at det kunne være aktuelt å innføre slike særlige bestemmelser om oppgaveplikt for denne type skatteposisjoner (jf Prop 116 LS 2010-2011 pkt 3.3).

#### 6.8 Skattefri omdanning av filialer ved konserninterne overføringer

Reglene om konserninterne overføringer i sktl § 11-21 har vist seg upraktiske grunnet bestemmelser om skatteplikt ved opphør av konserntilknytning. De brukes sjelden til opprettelse av datterselskap og dannelse av holdingstrukturer. I stedet anvendes drop down og opprettelse av tomme holdingstrukturer etterfulgt av trekantfusjon, jf Utv 2002 s 1106 FIN og foran. Sktl § 11-11 første ledd nye bokstav c, d og e gir bestemmelser om konserninterne overføringer anvendelse på internasjonale forhold. Det kreves ikke at den annen stat skal være innenfor EØS, men det kreves skatteavtale og i noen tilfeller skatteavtale med klausul om informasjonsutveksling.

Etter sktl § 11-11 første ledd bokstav c skal et norsk selskap med fast driftssted i en annen stat kunne overføre disse skattefritt til et nystiftet datterselskap i denne staten. Hvis filialen etter skatteavtalen ikke var underlagt unntaksmetoden, men kreditmetoden, vil overføring til utenlandsk datterselskap medføre at eiendelen ansees tatt ut av norsk beskatningsområde etter sktl § 9-14. FIN har varslet forskriftsbestemmelser om betalingsutsettelse og bortfall av skatt lik det som ellers gjelder for § 9-14, jf Ot prp 78 L pkt 12.5.2. Dette vil imidlertid ikke hjelpe i forhold til immaterielle verdier og omsetningsgjenstander så lenge prinsippet om umiddelbar beskatning opprettholdes for disse.

Det kan også oppstå skattespørsmål om internprising ved det nye datterselskapets bruk av konsernnavn eller varemerker, jf foran. Etter sktl § 11-11 første ledd bokstav d er det adgang for et utenlandsk selskap med filial i Norge til å overføre eiendeler til et annet konsernselskap hjemmehørende i Norge, dvs begrenset skatteplikt etter sktl § 2-3. Eiendelene kan etter sktl § 11-11 første ledd bokstav e også overføres til en filial et annet konsernselskap har i Norge. – Hvor praktiske disse nye bestemmelsene om konserninterne overføringer vil bli, avhenger av de nærmere vilkår FIN vil fastsette i forskrifter. Legges disse nær de kravene som stilles ved konserninterne overføringer etter norsk rett, kan bruken bli begrenset. Regelsettet om konserninterne overføringer i sktl § 11-21 med tilhørende forskriftsbestemmelser burde gjennomgås på nytt. Men det har FIN foreløpig ikke hatt overskudd til: ”Departementet har i denne proposisjonen ikke hatt til hensikt å foreta en fullstendig gjennomgang av reglene om skattefrihet ved konserninterne overføringer i skatteloven § 11-21.” (Prop 78 L pkt 12.1).

#### 7 Fritakshjemmelen i sktl § 11-22

Dispensasjonsadgangen i sktl § 11-22 videreføres i nesten uendret form. I høringsnotatet 18 jan 2010 hadde FIN lagt opp til en innstramning. I Prop 78 L 2010-2011 pkt 13.5 fant FIN ”[e]tter en fornyet vurdering ... at dagens skattefritakspraksis bør videreføres, uten de foreslåtte innstramningene”. Det er visse endringer i ordlyden. ”Klart” har erstattet ”påtakelig”. ”Særlig grunner” har kommet in i stedet for ”når omstendighetene i særlig grad taler for det”. Dette må forstås som redaksjonelle endringer som ikke skal ha betydning for tolkningen.

FIN viste til at dispensasjonsregelen skal brukes når det oppstår nye typetilfelle. Hvis en omorganisering er av en art som faller inn under de lovfestede reglene, skal ikke sktl § 11-22 brukes til å lette vilkårene eller virkningene av de lovfestede bestemmelsene.

#### 8 Ikke exit-skatt ved flytting av selskaper til EØS-stater

I forbindelse med de nye regler om fusjon, fisjon og aksjebytte i sktl § 11-11, ble også exit-beskatningen etter § 10-71 og 10-37 endret. Disse regler faller noe på siden av hovedtemaet i denne artikkelen. De nevnes bare helt kort siden de var en del av ”pakken” som ble fremmet med høringsnotatet 18 jan 2010 og Prop 78 L 2010-2011. Det er også EØS-drevne endringer der ESAs skriv 10 mars 2010 og 3 mars 2011 har virket som sterke pådrivere. Man har beholdt utgangspunktet om exit skatt for selskaper i § 10-71 første ledd uendret.



Det samme gjelder i essens den strenge realisasjonsskatteplikten for aksjonærene som følge av at selskapet flytter ut, jf § 10-37 tredje ledd. Men § 10-71 nytt annet ledd og en ny formulering av § 10-37 tredje ledd unntar flytting til andre EØS-land (med det vanlige unntak for lavskatteland i EØS uten reell etablering og reell økonomisk aktivitet - realitetskravet. – Sktl § 10-71 tredje ledd skal verne norsk skattefundament ved å presisere at sktl § 9-14 vil gjelde dersom eiendeler tas ut av norsk beskatningsområde selv om utflyttingen for øvrig er skattefri.

Det er også gitt nye regler i §§ 10-71 fjerde og femte ledd og 10-37 fjerde og femte ledd som hindrer beskatning for de tilfelle hvor et selskap er flyttet ut uten å bli likvidert etter norsk selskapslovgivning, og så senere blir det.

Det er liten grunn til å tro at forholdet mellom norsk exit-beskatning og EØS-avtalen har nådd siste kapittel.