

Beskatning på aksjonærens hånd ved grenseoverskridende fusjoner, og om reglene er i samsvar med EØS-avtalen

Anh Thu Nu Huynh



Kandidatnummer: 608

Veileder: Tore Bråthen

Leveringsfrist: 26.04.2010

Til sammen 14869 ord

23.04.2010

Innhold

INNHold	3
1. INNLEDNING	6
1.1 PRESENTASJON AV EMNE OG PROBLEMSTILLING	6
1.2 AVGRENSING OG PRESISERINGER.....	7
1.3 RETTSKILDER.....	8
1.4 DEN VIDERE FREMSTILLING	9
2. FUSJON	10
2.1 INNLEDNING.....	10
2.2 GJENNOMFØRING AV FUSJON	10
2.3 BAKGRUNNEN FOR REGLENE OM FUSJON OVER LANDEGRENSENE	11
3. SELSKAPSRETTLIGE REGULERINGER	13
3.1 INNLEDNING.....	13
3.2 ALLMENNAKSJELOVEN § 13-25.....	13
3.3 NÆRMERE OM FORHOLDET MELLOM DIREKTIV 2005/56/EF OG NASJONAL LOVGIVNING	15
4. NORSK RETT	17
4.1 HOVEDREGEL: SKATTEPLIKT	17
4.2 VILKÅR FOR SKATTEFRI FUSJON	17
4.2.1 <i>Kravet om hjemmehørende i Norge</i>	18
4.2.2 <i>Kravet om skattemessig kontinuitet</i>	21
4.2.3 <i>Eierkontinuitet</i>	23
5. FUSJON MELLOM NORSK OG UTENLANDSK SELSKAP	25
5.1 INNLEDNING.....	25
5.2 BESKATNING PÅ AKSJONÆRENS HÅND	26

5.2.1	<i>Gevinst</i>	28
5.2.2	<i>Utbytte</i>	29
5.2.3	<i>Uttak</i>	29
6.	LEMPING ETTER SKATTELOVEN § 11-22	31
6.1	INNLEDNING.....	31
6.2	VILKÅR OM RASJONELL OG EFFEKTIV	34
6.3	KRAVET OM AT OMSTENDIGHETENE I SÆRLIG GRAD TALER FOR DET	36
6.4	KRAVET OM PÅTAKELIGHET	37
6.5	TIL FRITAKET ELLER NEDLEGGELSEN KAN DET KNYTTES VILKÅR	38
7.	FORHOLDET MELLOM NORSK RETT OG EØS- RETT	40
7.1	EØS-AVTALEN	40
7.1.1	<i>Fri etablering eller fri kapital?</i>	40
7.1.2	<i>Fri etableringsrett</i>	41
7.1.3	<i>Anvendelsesområdet for EØS art. 31</i>	42
7.1.4	<i>Utgjør skatteloven § 11-1 annet ledd en restriksjon på fri etablingsrett?</i>	44
7.2	KAN RESTRIKSJONEN RETTFERDIGGJØRES?	45
7.2.1	<i>Hensynet til å opprettholde nasjonale skattefundamenter</i>	45
7.2.2	<i>Hensynet til sammenhengen i skattesystemet</i>	46
7.2.3	<i>Skatteunndragelse</i>	46
7.2.4	<i>Kontrollhensyn</i>	47
8.	ER LEMPINGSADGANGEN I TRÅD MED EØS-AVTALEN?	48
8.1	INNLEDNING.....	48
8.2	TIDLIGERE EF-DOMSTOLENS AVGJØRELSER	49
8.3	FUSJONSSKATTEDIREKTIVET, RÅDSDIREKTIV 90/434/EEC	50

8.4	HØRINGSNOTAT - OM SKATTEMESSIG BEHANDLING AV OMORGANISERING OG OMDANNING AV VIRKSOMHET AV 18. JANUAR 2010	53
8.5	BETYDNINGEN AV CARTESIO-AVGJØRELSEN.....	57
9.	AVSLUTNING	60
	KILDELISTE	62

1. Innledning

1.1 Presentasjon av emne og problemstilling

I de siste 10 årene ser vi stadig økt mobilitet og utvikling i det europeiske markedet, som fører til samfunnsmessig ønskelig fusjoner over landegrensener. Grenseoverskridende fusjoner kan være nødvendig for at virksomheten blir mer rasjonell og effektiv. Utfordringen ligger da i å balansere mellom hensyn til vern om det norske skattefundamentet samtidig som dette hensynet ikke skal legge unødige hindringer for reorganiseringer.

Ved innføringen av fritaksmetoden er ikke spørsmålet like relevant for selskapsaksjonærer da aksjegevinsten blir fritatt for skatteplikt. Spørsmålet har derfor størst betydning for aksjonærer som er fysiske personer.

Gjennomføring av fusjoner anses som realisasjon, men fritas for skatteplikt under forutsetning av at visse vilkår er oppfylt. Grenseoverskridende fusjoner er imidlertid ikke omfattet av fritaksbestemmelsen og aksjonærer vil således bli beskattet som om aksjene deres er realisert. I realiteten foreligger det et aksjeutbytte, hvor norske aksjonærer egentlig ikke har hatt fått en berikelse. EØS-avtalens generelle regler om de fire friheter vil ha betydning rundt dette spørsmålet. Reglene tar sikte på å opprette et ensartet europeisk økonomisk samarbeidsområde. Gjennom fusjonsskattedirektivet 90/434/EF er EU-medlemsstatene forpliktet til å harmonisere nasjonale skattelovgivning med de prinsipper gitt i dette direktivet. Dermed vil skattytere få rettskrav på skattelempe og likebehandling mellom nasjonale og grenseoverskridende fusjoner. Norge er ikke bundet til å implementere direktivet i norsk rett, men det er imidlertid adgang til å søke om skattelempe ved grenseoverskridende fusjoner. Spørsmålet blir om dette rettskravet er innenfor Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. I den vurdering vil Cartesio-avgjørelsen tillegges vekt. I høringsnotat av 18. januar 2010 har Finansdepartementet foreslått å lovfeste de reglene som fremgår i en søknadsbehandling.

Det er forsøkt å svare på om det er behov og/eller plikt til å utforme skatteregler som korresponderer med selskapsregler.

1.2 Avgrensning og presiseringer

Fusjon kan gjennomføres på mange måter, fusjon ved opptak vil imidlertid benyttes som utgangspunkt i fremstillingen. Det essensielle i oppgaven er hvorvidt skattereglene er i tråd med EØS-avtalen, men selskapsrett vil drøftes der hvor det påvirker utforming og hvordan skattereglene skal tolkes. Da det er adgang til å dispensere fra skatteplikt som i utgangspunktet utløses ved grenseoverskridende fusjoner, vil det gis en nærmere analyse av både lovbestemte og skjønsmessige vilkår. På den måten dannes det grunnlag for vurderingen av oppgavens tema.

Skatteplikt på aksjonærens hånd vil få større plass enn skatteplikt på selskapsnivå, men ved noen punkter må skatteplikt på selskapsnivå kartlegges for at det skal gis forståelse for sammenheng i reglene. I mange EF-avgjørelser vil det legges vekt på skatteplikt på selskapsnivå, dermed vil vurderingen i disse omhandle selskaper.

Allmennaksjeselskaper er gjenstand for oppgavens tema, i fremstillingen vil betegnelsen *selskaper* stå for allmennaksjeselskaper. Med utenlandsk selskap menes selskaper som er stiftet i utlandet og som ikke anses hjemmehørende i Norge.

Hovedtrekkene i både skatterett og selskapsrett betraktes som kjent stoff etter norsk rett og vil ikke behandles nærmere i fremstillingen. Hva angår EØS-retten vil vilkår og prinsipper som angår oppgavens tema behandles i den utstrekning det er nødvendig for å få et enhetlig perspektiv hensett til norske skatteregler.

Når det gjelder valg av hovedseteteori og stiftelsesteori fortjener det en særskilt avhandling da temaet byr på mange vanskelige problemstillinger, det er imidlertid ikke plass i fremstillingen å gi det en nærmere vurdering.

De viktigste betraktninger og regler i fusjonsskattedirektivet med hensyn til oppgavens tema skal behandles. Når det gjelder skatteavtaler vil det holdes utenfor fremstillingen.

Fremstillingen i hovedsak er begrenset til EØS-avtalens hoveddel, og er således avgrenset mot sekundærlovgivning i form av forordninger og direktiver. Fusjonsskattedirektivet og fusjonsdirektivet vil imidlertid behandles i større grad, men bare der disse direktivene berører spørsmål som er interessant med oppgavens tema.

1.3 Rettskilder

Skatteretten hører hjemme i den spesielle forvaltningsrett, legalitetsprinsipper gjør seg således gjeldende ved tolkning. Lovstoffet står derfor helt sentralt.¹ Etter skatteloven § 11-22 kan departementet gi skattefritak. Vilåårene er lovfestet i bestemmelsen, men når det heter at departementet *kan* (min utheving) er det rom for skjønnsmessig vurderinger som tillegges Finansdepartementet. Finansdepartementets innstilling til Odelstinget, som betegnes ot. prp., tillegges stor vekt som rettskilde der skatteloven § 11-22 behandles. Stortinget fattet dessuten den 21. desember 1996 følgende vedtak om at Regjeringen i et egnet dokument legge frem årlig orientering om departementets praksis.² I fremstillingen vil omtale av praksis behandlet med hjemmel omdannelsesloven også tillegges vekt, da reglene er videreført til skatteloven av 1999.

Administrative uttalelser; Lignings- ABC; bindende forhåndsuttalelser har til tider fått atskillig vekt. Disse uttalelsene har imidlertid blitt benyttet forsiktig i fremstillingen, og har vært anvendt som rettskilde hvor temaet er allment kjent, og det ikke berører vanskelig spørsmål.

Lovbestemmelses, direktivets og EØS-avtalens formål blir tillagt stor vekt som rettskilde. Dette skyldes enkelt fordi de ovennevnte regelverkene ikke ville ha eksistert uten de foreliggende formål. Videre er hensynet til sammenheng i regelverket tillagt mye vekt, dette grunner i hensynet til forutberegnelighet for skattytere.

EF-domstolens avgjørelser blir lagt atskillig vekt på som rettskilde både i tolkning av EØS-avtalen og norske skatteregler. EF-domstolens avgjørelser anses gyldig som rettskilde da det den nærmere har avsagt nærmere 50 dommer.³

Juridisk teori har i utgangspunktet liten vekt ved spørsmålet vedrørende EØS-rett, men vil kunne danne forståelse av rettsområdet og ikke minst være hjelpelig ved tolkningen av domstolens avgjørelser.

¹ Fredrik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 5.utg. 2005 s. 46.

² Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 30.1.

³ Andreas Bullen, *EU; EØS og SKATT*, 1. utg. 2005 s. 90.

1.4 Den videre fremstilling

I det følgende vil en introduksjon av fusjonsform gis, videre vil selskapsrettslige siden av fusjon gis en nærmere behandling. I dette er fusjonsdirektiv 2005/56/EF av betydning. Selskapsrettslovgivning og skatterettslovgivning er to adskilte lovgivninger, undertiden kan de ha innvirkning på utforming og tolkningen av reglene. Dermed er det viktig for behandling av oppgavens tema at fusjonsdirektivet tolkes.

Deretter skal norsk rett behandles hvor det legges vekt på kravet om hjemmehørende i Norge og kravet om skattemessig kontinuitet. Lovlighetskravet vil få en liten plass under dette punkt. Videre skal det gis en nærmere vurdering av hvordan aksjonærene beskattes ved grenseoverskridende fusjoner.

Lemping etter skatteloven § 11-22 vil få mest plass i denne avhandlingen da dette kan ”redde” Norge for eventuell motstrid med EØS-avtalen. Vilkår stilt i denne bestemmelsen vil redegjøres før vurderingen av om lempingsadgangen er i tråd med EØS-avtalen. Disposisjonen er valgt slik, for når redegjørelse av EØS-avtalen finner sted, vil en kunne ha lempingsadgangen for øyet.

I spørsmålet om lempingsadgangen samsvarer med EØS-avtalen, vil det legges vekt på resultatet i Cartesio-avgjørelsen, fusjonsskattedirektivet og høringsnotat av 18. januar 2010.

2. Fusjon

2.1 Innledning

En fusjon kan føre til effektivisering og gi synergieffekter ved økt rasjonell drift. Videre kan fusjon være aktuelt hvor to selskaper besitter med ulike kompetanse, og en fullstendig integrasjon av disse ekspertfeltene vil gjøre det nydannende selskap mer konkurransedyktig. En annen årsak til at to selskaper ønsker å fusjonere er at selskapene operer innenfor samme produktområder og markeder, hvor uttak av gevinster av gevinster kan i sin tur føre til deling av ressurser.⁴ For å ta ut denne typen gevinster kan respektive selskaper fusjonere, slik det ble gjort med daværende selskaper; Coopers & Lybrand og Price Waterhouse.

2.2 Gjennomføring av fusjon

Helt overordnet innebærer selskapsrettslig fusjon at et overdragende selskap viderefører selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser som helhet til et overtakende selskap mot at aksjonærene får vederlag i aksjer i sistnevnte selskap, jf. allmennaksjeloven § 13-2 første ledd.

En fusjon kan gjennomføres på flere måter.⁵ Første fusjonsform er ved opptak som innebærer en videreføring av overdragende selskapets virksomhet til et eksisterende overtakende selskap. Vederlagsaksjer utstedes av dette selskap. Fusjon kan også skje ved nystiftelse. Forskjellen mellom fusjon ved opptak og ved nystiftelse, er at det stiftes et selskap som overtar to eller flere selskapenes virksomhet. Følgelig utstedes det vederlagsaksjer fra det nystiftede selskap. Videre kan sammenslåing gjennomføres ved konsernfusjon. Dette er regulert i allmennaksjeloven § 13-2 annet ledd. Det overtakende selskap tilhører et konsern og fusjonerer med et annet selskap. Vederlagsaksjer utstedes til det overtakende selskap enten fra morselskapet eller annet søsterselskap. For eksempel kan konsernfusjonen skje ved at det overdragende selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser

⁴ Boye og Meyer, *Fusjon og oppkjøp*, 1. utg. 1998 s. 210.

⁵ Følgelig er avsnittet hentet fra Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 2. utg. 2006 s. 177 flg.

overtas av datterselskapet mot vederlag i form av aksjer i morselskapet.⁶ Forutsetningen er at ett eller flere av konsernselskapene samlet har mer enn 90 prosent av aksjene og stemmene i det overtakende selskap. Endelig er den fjerde måten fusjon uten vederlag. Morselskap overtar dets heleide datterselskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelse uten at det utstedes vederlagsaksjer, jf. allmennaksjeloven § 13-24 første ledd.

2.3 Bakgrunnen for reglene om fusjon over landegrensene

I de senere årene har behovet for grenseoverskridende omorganisering av selskaper stadig økt. De viktigste årsakene kan begrunnes i den utviklingen som har hendt i europeiske markedet. Omorganisering av selskaper er blitt et normalt og ofte nødvendig ledd i næringslivets bestrebelser i å utnytte ressurser mest mulig effektivt og styrke egen konkurransevne.⁷

Ut i fra bedriftsøkonomiske hensyn kan en virksomhet ha behov for å endre sin selskapsmessige struktur. Realisasjonsbeskatning kan da føre til at en ellers lønnsom omorganisering, ikke lenger blir lønnsom da selskapet må holde av midler til umiddelbar beskatning. I slike tilfeller strider det med tanken om at beskatning ikke skal være til unødig hinder for omorganisering. Det vises til Finansdepartementets uttalelse om skatt ved fusjon:

”Utgangspunktet om at fusjon av norsk og utenlandsk selskap samt fisjon av sistnevnte, utløser skatteplikt etter alminnelige regler, bør stå fast. Fusjoner over landegrensene er imidlertid en type transaksjoner som ofte vil være ønskelig og nødvendig for en god utvikling av bedrifter med en internasjonal orientering. Skattereglene bør ikke være unødig til hinder for omorganisering over grensene.”⁸

Videre har Skauge-utvalget gitt uttrykk for at skattereglene ikke må gjelde konsekvent ved grenseoverskridende aktiviteter. På grunn av internasjonaliseringen av økonomien, vil skatteregler hemme omorganiseringer som omfatter enheter også utenfor Norge.⁹ I St.meld.

⁶ Eksempelet er hentet fra Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utg. 2006 s. 582.

⁷ Fredrik Zimmer, *Bedrift selskap og skatt*, 3.utg 2001 s 529.

⁸ Mads Henry Andenæs: *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utg. 2006 s 581.

⁹ Skatteutvalget i NOU 2003: 9 punkt 7.2.

nr. 29 (2003-2004) bygger regjeringen på de samme prinsipper om nøytralitet, symmetri og likebehandling som lå bak skattereformen 1992, og har det siktemål med å bygge på de videre. Når tanken om at det bør utformes like skatteregler for deltakere i grenseoverskridende fusjon som ved nasjonale fusjoner, gjør seg gjeldende i Norges offentlige utredninger, er det er således naturlig at synet bør tillegges stor vekt som rettskilde. Det antas på bakgrunn av dette at det er dekning for å legge til grunn at, for at norske selskaper skal ha lik konkurranseevne med andre aktører i internasjonale handelsforhold, må det stilles krav til at norske selskaper ikke skal ha et dårligere utgangspunkt på grunn av nasjonale regler.

3. Selskapsrettslige reguleringer

3.1 Innledning

Den tidligere allmennaksjeloven regulerte kun nasjonale fusjoner og ikke fusjon mellom norske og utenlandske selskaper. Dersom et norsk selskap ønsket å gjennomføre en sammenslåing med et utenlandsk selskap måtte det skje på andre måter. Første alternativet var for eksempel at selskap A blir kjøpt opp av selskap B. Transaksjonen omtales som oppkjøp, og innebærer at selskap B kjøper As eiendeler i kombinasjon med overtagelse av rettigheter og forpliktelser.¹⁰ Andre alternativet gjennomføres ved at selskap A skyter dets virksomhet inn som tingsinnskudd i selskap B. De alternative disposisjonene skiller seg fra fusjon, ved at A selskapene må etter sammenslåingen oppløse og avvikle selskapene etter allmennaksjeloven kapittel 16. Ved nasjonale fusjoner oppløser det overdragende selskap, men uten å måtte gå veien om reglene om avvikling.

3.2 Allmennaksjeloven § 13-25

Allerede i 1985 fremsatte EU- kommisjon et utkast til direktiv om fusjoner over landegrensene, men forslaget ble imidlertid trukket tilbake som følge av spørsmål vedrørende ansattes medbestemmelsesrett.¹¹ Behovet for regulering av grenseoverskridende fusjoner er derfor ikke ett nytt fenomen. Norsk selskapsrett er direkte påvirket av hva som bestemmes i EU, dette grunner i at EUs selskapsrett er omfattet av EØS-avtalen jf. EØS-avtalen art. 77. EUs tiende selskapsdirektiv, direktiv 2005/56/EF, ble vedtatt 26. oktober 2005 med frist for gjennomføring i nasjonal lovgivning til 15. desember 2007. Selskapsrettslige lovregler om fusjon og fisjon over landegrensene ble vedtatt i allmennaksjeloven med ikrafttredelse fra 15. desember 2007.¹²

Allmennaksjeloven § 13-25 lyder følgende:

¹⁰ Boye og Meyer, *Fusjon og oppkjøp*, 1. utg. 1998 s. 128.

¹¹ Høringsnotat av 14.12.2006 punkt 2.

¹² Ot. prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 1.

”(1) Bestemmelsene i §§ 13-25 til 13-36 gjelder fusjon mellom ett eller flere allmennaksjeselskaper og ett eller flere utenlandske selskaper med begrenset ansvar som har sitt registrerte forretningskontor eller sitt hovedkontor i en annen EØS-stat, og som er underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat enn Norge. Et allmennaksjeselskap kan bare fusjoneres med et utenlandsk selskap etter første punktum som har en selskapsform som etter sin stats selskapslovgivning svarer til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Også aksjeselskap kan delta i en fusjon som nevnt i første og annet punktum, og reglene i §§ 13-25 til 13-36 gjelder i så fall også for aksjeselskapet.”

Innføringen av regelen samsvarer med direktivets formål, som er:

”(…)å tilrettelegge for samarbeid og konsolidering av selskaper med begrenset ansvar i ulike EØS-stater. Ved å fjerne rettslige og administrative begrensninger i adgangen til å fusjonere på tvers av landegrensene, vil direktivet kunne bidra til integrasjon av de europeiske markeder og gjøre det europeiske næringslivet mer fleksibelt og konkurransedyktig”.¹³

Fusjonsreglene tar sikte på å lette gjennomføring av sammenslåing av selskaper, uten hensyn til protesterende medkontrahenter.¹⁴ Reglene er videreført fra regler om nasjonale fusjoner. Det kan imidlertid spørres om fusjonsreglenes rekkevidde er urimelig for medkontrahenter. Fusjon over landegrensene medfører endringer som kan vise seg å være vesentlige. Det må antas at det er uheldig for medkontrahenter å måtte befinne seg i et debitorskifte som flytter ut av landet. Det kan være vanskelig for medkontrahenter å forholde seg til et annet geografisk område som fører til mindre innsynmuligheter. På en annen side forutsetter fusjonen at det skal gjennomføres med skattemessig kontinuitet, på den måten kan medkontrahentenes interesser sikres. Dessuten gjelder adgangen med begrensninger som følger av læren om vesentlige bristende forutsetninger.¹⁵

¹³ I høringsnotat 14. desember 2006 punkt 2.

¹⁴ Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 2.utg. 2006 s. 177.

¹⁵ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2.utg. 2006 s. 603.

3.3 Nærmere om forholdet mellom direktiv 2005/56/EF og nasjonal lovgivning

I fusjonsdirektiv artikkel 4 nr. 1 bokstav b skal fusjonerende selskaper oppfylle vilkårene som gjelder i sine respektive hjemland for nasjonale fusjoner med mindre noe annet følger av direktivet ut fra hensynet til fusjonens grensekryssende art.¹⁶

I utgangspunktet foreslo departementet at reglene i allmennaksjeloven kapittel 13 skulle for øvrig gis tilsvarende anvendelse for fusjoner over landegrensene, i den utstrekning de passer og med de tilpasninger som følger av bestemmelsene i avsnitt VII, jf. lovforslaget § 13 – 25 annet ledd.¹⁷ Den norske advokatforeningen var av den oppfatning at den foreliggende ordlyden burde endres da ikke alle regler skal gjelde fullt ut, og kan dermed skape uklarheter med hensyn til hvilke rettslige krav som stilles i fusjonsprosessen.¹⁸

Til dette hadde departementet følgende bemerkninger:

”Forbeholdet «så langt de passer» er ment som en sikkerhetsventil og tar høyde for at det kan være elementer i reglene som ikke er relevante for, eller som står i motstrid til, reglene om fusjoner over landegrensene. Slike forbehold er ikke uvanlige i norsk lovgivning.”¹⁹

I allmennaksjeloven § 13-25 avgrenses det positivt hvilke bestemmelser som gjør seg gjeldende for grenseoverskridende fusjoner. På lik linje med nasjonale fusjoner er det etter allmennaksjeloven § 13-2 første ledd nr. 2 tillatt å utstede tilleggsvederlag med inntil 20 prosent av det samlede vederlaget.²⁰ I direktivets artikkel 2 nr. 2 skal eventuelt et kontantvederlag ikke overstige 10 prosent av vederlaget som ytes av aksjer.²¹ Det gjøres imidlertid unntak fra dette i artikkel 3 nr. 1, hvor rammen kan overstiges dersom et av

¹⁶ St.prp. nr. 34 (2006-2007) punkt 2.

¹⁷ Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 3.2.1.

¹⁸ Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 3.2.1.

¹⁹ Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 3.2.1.

²⁰ Etter norske regler er det adgang til å utstede annen type økonomisk vederlag. Tilleggsvederlag drøftes nærmere i punkt 4.2.3.

²¹ Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 3.1.2.

fusjonerende selskapets hjemstat tillater det. Unntaket er nedfelt i allmennaksjeloven § 13-2 første ledd nr. 2 og innebærer for eksempel at et norsk selskap som fusjonerer med et utenlandsk selskap hvor dette tillater kontantvederlag opptil 30 prosent av det samlede vederlaget, må fusjonen anses lovlig gjennomført tross nasjonale regler.

Regjeringen legger ned en konklusjon til i proposisjonen til Stortinget:

”Direktivet vil gjøre det enklere å gjennomføre omstruktureringer på tvers av landegrensene og således også lette atkomsten for norske selskap til andre europeiske markeder. Direktivet må i den forbindelse antas å innebære både administrative og økonomiske besparelser i forhold til dagens ordning.”²²

²² St.prp. nr. 34 (2006-2007) punkt 6.

4. Norsk rett

4.1 Hovedregel: skatteplikt

En gjennomført fusjon er etter skatteloven en realisasjon.

Selskapene og deres aksjonærer beskattes etter hvordan transaksjonen er foretatt. Som hovedregel vil det utløses beskatning etter de alminnelige regler om realisasjon, uttak eller utbytte, når det er blitt overført verdier fra det overdragende selskapet til det overtakende selskapet.²³

4.2 Vilkår for skattefri fusjon

Vilkårene for å oppnå skattefritak etter skatteloven § 11-2 kan sammenfattes slik:²⁴

For det første må det overdragende og det overtakende selskapet som deltar i fusjonen, være hjemmehørende i Norge. For det annet må selskapene som fusjonerer være allmennaksjeselskaper eller likestilt selskap, det vil si samme ansvarsform. For det tredje må fusjonen være gjennomført på lovlig måte i forhold til selskapsrettslige regler. For det fjerde må fusjonen være gjennomført på lovlig måte i forhold til regnskapsrettslige regler. Videre må samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser i det overdragende selskap overføres til det overtakende selskap. Endelig må krav om skattemessig kontinuitet på aksjene oppfylles.

Det er spesielt to vilkår som er interessante med hensyn til oppgavens tema. Henholdsvis kravet om at selskapene må være hjemmehørende i Norge og kravet om skattemessig kontinuitet.

²³ Dette gjelder dog ikke gaveoverføring.

²⁴ De viktigste vilkårene for skattefri fusjon er hentet fra Lignings-ABC, 18. februar 2010, Fusjon punkt 4.1.2.

4.2.1 Kravet om hjemmehørende i Norge

Vilkår om at fusjonerende selskaper må være skattemessig hjemmehørende i Norge, innebærer at selskaper er skattepliktige etter skatteloven § 2-2 første ledd. De viktigste hensyn bak kravet om tilhørighet til Norge er å beskytte norsk skattefundament, herunder hensyn til å hindre omgåelse samt kontrollhensyn.²⁵

Finansdepartementet har i uttalelse av 7.mai 1998 sagt at selskapsrettslige og skatterettslige kriterier for hvorvidt et selskap er hjemmehørende i Norge er sammenfallende.²⁶

I følge vilkåret om at fusjonen må gjennomføres selskapsrettslig lovlig, kan det innfortolkes en forutsetning om at selskaper må være registrert i Norge.²⁷ Det er imidlertid to særlige teorier som utgjør utgangspunktet i vurderingen av hvilken statslovgivning som skal legges til grunn. Betydningen av hvilken selskapslovgivning som skal legges til grunn, har sin bakgrunn i hvorvidt et selskap skal anerkjennes.²⁸

Prinsipielt innebærer hovedseteteorien at der hvor selskapets faktiske hovedsete befinner seg, er avgjørende for hvilken selskapsstatutt skal legges til grunn.²⁹ Stiftelsesteorien går ut på at selskaper reguleres av lovgivningen i den stat selskapet er stiftet.³⁰

Ut i fra lovteksten er det ikke angitt retningslinjer for hvilken teori som er avgjørende. Mange forfattere har drøftet dette temaet³¹, og det er delte meninger på hvilket prinsipp som er inntatt i norsk rett. Rettstillingen anses dog klar i dag da EU-retten anser hovedseteprinsippet i strid med fri etableringsrett.³² Følgelig er Norge bundet gjennom EØS-

²⁵ Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1. utg.2006 s. 365.

²⁶ Utv. 1998 s. 848 punkt 4.

²⁷ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. 2008 s. 841.

²⁸ Tore Bråthen i Festskrift til Helge Johan Thue, 1.utg. 2007 s.198.

²⁹ Tore Bråthen i Festskrift til Helge Johan Thue, 1.utg. 2007 s. 198.

³⁰ Tore Bråthen i Festskrift til Helge Johan Thue 1. utg. 2007 s. 198.

³¹ Se henvisningene i Tore Bråthen i Festskrift til Helge Johan Thue 1. utg. 2007 s. 204 flg.

³² Benn Folkvord, *Skatt ved Fusjon og fisjon*, 1. utg. 2006 s. 368.

avtalen til å legge stiftelsesteorien til grunn ved innflytting av utenlandske selskaper.³³ Dette betyr at ethvert selskap som er lovlig stiftet innenfor EØS-området, skal Norske myndigheter anerkjenne selskapet, og dermed godkjennes som ramme for næringsvirksomhet i Norge.

Bakgrunnen for tilhørighetsvilkåret er for å beskytte det norske skattefundamentet, det må derfor kunne antas at dette hensynet er like godt vernet så lenge selskaper er skattepliktige til Norge etter skatteloven § 2-2 første ledd. Således kan det legges til grunn at selskaper registrert i utlandet kan inngå i en skattefri fusjon dersom de er skattepliktige til Norge.³⁴

For å oppnå ensartede teorier i norsk rett, som samtidig er i samsvar med europeisk rett legges stiftelsesteorien også til grunn ved utflytting av selskaper i denne fremstillingen. Det kan synes å virke ved første øyekast at norsk intern selskapsrett gjør seg gjeldende for selskaper stiftet her i Norge men som flytter sete til en annen EØS-stat. Ettersom allmennaksjeloven § 2-2 nr. 3 krever at norsk selskap har hovedsete i Norge, må selskapet som flytter ut av landet gå veien om oppløsning og avvikling. Selskapet anses ikke lenger som et norsk selskap. Dermed må selskapet på nytt stiftes i den aktuelle staten, og det er denne statens nasjonallovgivning som skal anvendes, jf. stiftelsesteorien. Med mindre selskapet har en viss tilknytning her i Norge via for eksempel filial.³⁵

Lignende eksempel kom til uttrykk i *Cartesio*-avgjørelsen fra EF-domstolen.³⁶ Saken gjaldt et selskap lovlig stiftet etter ungarsk intern rett og var hjemmehørende i Ungarn. Selskapet ønsket å flytte hovedkontor til Italia, og krevde at ungarske myndigheter skulle registrere selskapet hjemmehørende i Italia. Foretaksregisteret nektet registreringen med den begrunnelse at det ikke er tillatt etter ungarsk rett å flytte sin operative virksomhet til en annen EU-stat og samtidig fortsette å være hjemmehørende i Ungarn.³⁷ Det fjerde spørsmålet

³³ Tore Bråthen i Festskrift til Helge Johan Thue 1. utg. 2007 s. 209.

³⁴ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. 2008 s. 843.

³⁵ Utv. 1998 s. 848 punkt 3.

³⁶ Sak C-210/06.

³⁷ Dr. Roland Mörsdorf og Dag Harlem Stenersen drøfter avgjørelsen i *Revisjon og Regnskap*, nr.2 2009 s. 17-18.

var således om nektelsen var en utøvelse på etableringsretten.³⁸ EF-domstolen er av den oppfatning at enhver EU-medlemsstat har den myndighet til å definere både den tilknytning som kreves for at et selskap skal anses for å være stiftet i samsvar med denne statens nasjonal rett, og den tilknytning som kreves for å forbli et rettssubjekt.³⁹ EF-domstolen konkluderte med:

”I lys av alle de foregående, svaret på det fjerde spørsmålet må være at, som fellesskapsretten nå står, artikkel 43 EF og 48 EF skal tolkes som ikke utelukker lovgivning i en medlemsstat under hvilke et selskap som er underlagt loven i medlemsstaten kan ikke overføre sitt hovedsete til en annen medlemsstat samtidig beholde sin status som et selskap styrt av lovgivningen i den medlemsstat om innlemmelse.”⁴⁰

Vurderingen i innflyttings tilfeller blir således at for at et selskap skal anerkjennes må selskapet vært stiftet i henhold til den lovgivning selskapet er underlagt. Videre må det reelle tilknytningsforholdet til Norge kartlegges. I den vurdering legges det avgjørende vekt på om selskapets virkelige ledelse, det vil si ledelse på styrenivå, finner sted i Norge.⁴¹ Videre er Rt. 2002 s. 1144 av interesse. I saken måtte Høyesterett prejudisielt ta stilling til om selskapene overhodet var skattepliktige til Norge. Førstvoterende uttalte at *”et utenlandsk selskap må anses skatterettslig hjemmehørende i Norge dersom selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge.”*

Det kan være mange årsaker til at flytting av styreledelse finner sted, eksempelvis kan det være lønnsomt og effektivt at styremøtet blir holdt der produksjonen er lokalisert. Dermed er det eventuelt lettere å innhente nødvendig informasjon til styremøtet. Det ville vært uheldig om selskapet ikke kunne anses skattemessig hjemmehørende i Norge på grunn av forhold som tjener til virksomhetens beste. Det må derfor foretas en samlet bedømmelse hvor det legges vekt på lokalisering av hovedadministrasjon, daglig ledelse under styret, de årlige

³⁸ Domspremiss 99.

³⁹ Dr. Roland Mörsdorf og Dag Harlem Stenersen i *Revisjon og Regnskap*, nr 2 2009, s. 17-18.

⁴⁰ Domspremiss 124.

⁴¹ Ot. prp. nr. 86 (1997-98) punkt 7.2.

generalforsamlingsmøtene og faktisk funksjonsfordeling ellers mellom organer i Norge og i utlandet.⁴²

Dette spørsmålet er dog ikke avklart, og har vært gjenstand for mange rettssaker. En ting som anses avklart i dag er at selskap som er registrert i utlandet, men som er hjemmehørende i Norge, kan fusjonere skattefritt med et annet selskap hjemmehørende i Norge.

Forutsetningen er at fusjonen gjennomføres lovlig etter de prinsipper som følger av norsk selskapsrett, og er i samsvar med selskapslovgivningen i den stat det utenlandske selskapet er stiftet.

Videre gjelder vilkåret for alle selskaper som deltar i fusjonen. De selskapene som er hjemmehørende i Norge og som oppfyller de øvrige vilkår for å oppnå skattefritak, er skattepliktige dersom selskapet/ene fusjonerer med et utenlandsk selskap. Dette betyr at dersom et norsk SE- selskap skulle ha fusjonert med et utenlandsk SE- selskap, ville det utløse skatteplikt selv om det er lovlig etter SE- loven.⁴³

Er derimot det overtakende selskapet norsk, utløses ikke de alminnelige regler om realisasjon, likvidasjon, uttak eller utbytte.

Tilknytningsvilkåret gjør seg også gjeldende for de norske personlige aksjonærer som er deltakere i det utenlandske overdragende selskap. Realisasjonsbeskatning kommer til anvendelse, selv om det er skattefrihet på eiernivå etter de interne reglene i den staten fusjonen gjennomføres.

4.2.2 Kravet om skattemessig kontinuitet

Kontinuitet er en betegnelse på en juridisk konstruksjon.⁴⁴ Kort sagt, innebærer det at noe forblir uendret.⁴⁵ Ut i fra en effektivitetsnorm, taler det for at fusjoner skal gjennomføres med skattenøytralitet.⁴⁶ Dermed sikrer vi stadig utvikling uten at skattytere endrer sin adferd

⁴² Utv. 1998 s. 848 punkt 4.

⁴³ SE- selskap står for europeiske selskap. Se mer i Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 2.utg. 2006 s. 38 flg.

⁴⁴ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utg. 2006 s. 580.

⁴⁵ Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1. utg. 2006 s. 53.

⁴⁶ Benn Folkvord drøfter effektivitetsnorm inngående i *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1. utg. 2006, s. 57.

etter skatteregler. Skattemessig kontinuitet kan ses på som grunnsteinen til gjennomføring av skattenøytrale fusjoner.

Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå reguleres i skatteloven § 11-7 nr. 2. Bestemmelsen anvendes i utgangspunktet ved nasjonale fusjoner. Kravet om skattemessig kontinuitet gjelder imidlertid også ved grenseoverskridende fusjoner. Kunne det gjøres unntak fra kontinuitetsprinsippet der fusjonen skjer over landegrensene, ville det vært dårlig sammenheng i reglene. Etter norsk skatterett skal aksjonærer i fusjon med et utenlandsk selskap ikke stå bedre stilt enn norske aksjonærer i interne fusjoner.

Med skattemessig kontinuitet betyr en overføring av selskapets identitet til det fusjonerte selskapet. Sagt på en annen måte trer overtakende selskap inn i det overdragende selskaps skatteposisjoner som eier og innehaver av andre formuerettigheter.⁴⁷ Med skatteposisjoner menes her latent skatteansvar.

Fusjon som gjennomføres med skattemessig kontinuitet innebærer at det overtakende selskap skal få overført skattemessige verdier, ervervstidspunkter og andre skatteposisjoner knyttet til eiendeler og forpliktelser fra det overdragende selskap. Videre skal skattemessig inngangsverdi på vederlagsaksjene settes lik skattemessig verdi på de overførte eiendeler og forpliktelser. Det skattemessige beløpet skal settes på den virksomheten som overføres til det overtakende selskap og utgjør innbetalt aksjekapital og eventuelt overkurs på vederlagsaksjer etter skatteloven §§ 10-11 og 10-35.⁴⁸

Aksjonærer i det overdragende selskap må med dette videreføre sine skatteposisjoner uendret til det nye selskapet på aksjonærens vederlagsaksjer.⁴⁹ Det betyr at skattemessig inngangsverdi mv. på de overførte aksjer som inngangsverdi skal overføres på vederlagsaksjene i det overtakende selskap. Ved tilbakebetaling av aksjekapital knyttet til vederlagsaksjene i det utenlandske selskapet, skal ethvert beløp som overstiger vederlagsaksjenes inngangsverdi skattlegges som utbytte på aksjonærenes hender.⁵⁰

⁴⁷Se Johan Giertsens tolkning av konstruksjon kontinuitet i *FUSJON OG FISJON*, 1. utg.1999 s.29 flg.

⁴⁸ Avsnittet er hentet fra Ot. prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 30.4.1.

⁴⁹ Johan Giertsen, *FUSJON OG FISJON*, 1. utg. 1999 s. 31.

⁵⁰ Ot. prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 30.4.2.

4.2.3 Eierkontinuitet

Det følger av allmennaksjeloven § 13-2 første ledd, jf. § 13-25 annet ledd nr. 1 at aksjonærene i det overdragende selskapet fortsetter som aksjonærer i det overtakende selskapet. Dette kjennetegner eierkontinuitet.⁵¹

I allmennaksjeloven § 13-2 første ledd nr. 1 og 2 bestemmes det at full kontinuitet gjelder ved fusjoner.⁵² Det er imidlertid rettslig adgang til å yte inntil 20 prosent av det samlede fusjonsvederlaget. Forutsetningen er at vederlaget må bestå av annet enn aksjer.⁵³ Ett av kravene til at en fusjon kan gjennomføres er at minst 80 prosent av vederlaget er i aksjer i det overtakende selskapet. Vederlagsaksjer vil normalt kunne være gjenstand for skattefritak etter reglene om skattefri fusjon. Dersom vederlaget består i en annen form for økonomisk vederlag enn aksjer, eksempelvis kontanter, som utgjør 20 prosent av det samlede vederlagets omsetningsverdi, anses dette vederlaget som tilleggsvederlag. Dette tilleggsvederlaget er imidlertid ikke omfattet av reglene om skattefritak, jf. skatteloven § 11-6 første ledd. Dette grunner i at tilleggsvederlaget i realiteten vil kunne oppfattes som et ordinært salg av aksjer der aksjonærene har gitt avkall på eierandeler i det overtakende selskapet. Skattefritak gjelder ved transaksjoner hvor kontinuitet opprettholdes, motsatt fall utløses skatteplikt.

Tilleggsvederlag skattelegges enten etter reglene om utbytte i skatteloven § 10-10 flg., eller etter reglene om realisasjonsvederlag i skatteloven § 10-30 flg. Hvilke regelsett som anvendes avhenger av om det er likedelt eller skjevdelt tilleggsvederlag.⁵⁴ Skattemessige kontinuitet er et av midlene for å oppnå skattefritak, men er ikke alltid tilstrekkelig. Dette skyldes at videreføring av skattemessige posisjoner gjør det lettere å utnytte fremførbart underskudd, og at dette er egentlig motivasjonen bak fusjonen.⁵⁵

⁵¹ Johan Giertsen, *FUSJON OG FISJON*, 1.utg.1999 s. 30.

⁵² Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7.utg. 2008, s. 848.

⁵³ Etter fusjonskattedirektivet skal tilleggsvederlaget ytes i kontanter.

⁵⁴ Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1. utg. 2006 s 261.

⁵⁵ St. meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.1.

Loven oppstiller imidlertid brudd på full eierkontinuitet, når det gis adgang til å yte inntil 20 prosent av hele fusjonsvederlaget. Som følge av diskontinuitet er at kreditorer kan risikere at et selskap blir tappet for 20 prosent av selskapets eiendeler, mens minoritetsaksjonærer kan bli utløst for inntil 20 prosent av sin aksjepost. I aksjeloven av 1976 § 14-1 inneholdt det en tilsvarende bestemmelse, som hadde sin årsak i at forutsetningen for adgangen til å overføre forpliktelser måtte være at aksjonærene ikke kunne trekke ut sine innskudd.⁵⁶ Bakgrunnen for denne type diskontinuitet begrunnes imidlertid i praktiske årsaker, herunder vil det lette bytteforholdet.⁵⁷ For at fusjon kan gjennomføres må dette hensynet stå sterkere enn hensynet til kreditorvern og minoritetsvern.

Eierkontinuitet må ses i sammenheng med skattemessig kontinuitet. Dette skyldes fordi skattefri fusjon ikke kan gjennomføres dersom den ikke er selskapsrettslig- og skatterettslig lovlig, jf. skatteloven § 11-1 annet ledd. Lovlighetskravet har imidlertid vært oppe for diskusjon.⁵⁸ Selv om lovteksten er klar på dette punkt, kan det tenkes at lovlighetskravet ikke er absolutt. Rimelighetsbetraktninger tilsier at et absolutt lovlighetskrav kan føre til uheldige og uforholdsmessige konsekvenser for de utsatte. Det kan tenkes at en uvesentlig selskapsrettslig feil er blitt begått, og ut i fra lovlighetskravet skal skatteplikt utløses. Vilkår for skattefri er ellers tilstede, men på grunn av kurant feil vil det koste selskap dyrt å gjennomføre fusjonen.⁵⁹ På en annen siden fører overskridelse av 20 prosent rammen til at fusjon ikke blir godkjent og registrert og dermed anses fusjonen ikke gjennomført, følgelig er ingen eiendeler overført. På den måten utløses ikke skatteplikt da det er ingen transaksjoner å skattelegge.⁶⁰ Det oppstilles imidlertid et vesentlighetskrav, jf. Rt. 2005 s.86. Det vil si dersom en feil er blitt begått men ikke har noe innvirkning på selve transaksjonen, skal feilen ikke føre til skattemessig konsekvenser. Diskontinuitet utover 20 prosent av det samlede vederlagets omsetningsverdi fører imidlertid til at fusjonen ikke kan gjennomføre skattefri.

⁵⁶ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 7. utg. 2006 s. 581.

⁵⁷ NOU 1992: 29 s. 194.

⁵⁸ Det kan nevnes at Benn Folkvord, Ole Gjems-Onstad og Fredrik Zimmer har tatt opp lovlighetsspørsmålet.

⁵⁹ Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1. utg. 2006, s. 278.

⁶⁰ Ole Gjems-Onstad *NORSK BEDRIFTSSKATT* 2008 s. 852

5. Fusjon mellom norsk og utenlandsk selskap

5.1 Innledning

I skatteloven § 11-11 første ledd heter det:

”(1) Når et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap som er hjemmehørende i riket, jf. § 2-2, blir fusjonert med et utenlandsk selskap, skal det finne sted skattlegging etter reglene i §§ 10-30 til 10-37.”

Etter bestemmelsen fører fusjonen til umiddelbar skattelegging av de gevinster som anses realisert i forbindelse med transaksjonen. Når det norske selskap overdrar rettigheter, eiendeler samt forpliktelser til det utenlandske overtakende selskap, anses det norske selskap opphørt. Dermed vil likvidasjonsbeskatning skje på det norske selskapets hånd etter skatteloven § 10-71. Dersom virksomheten overføres med tilhørende skatteposisjoner, kan det imidlertid gjøres unntak.

Spørsmål om fusjon er en realisasjon har vært reist ved en rekke tilfeller tidligere, det vises til Rt. 1922 s. 436 (De forende Uldvarefabrikker). Saken gjaldt en sammenslåing av flere selskaper hvor selskapene hadde overdratt eiendeler og rettigheter til et nystiftet selskap ved fusjon. Spørsmålet var om disposisjonen egentlig var en skattemessig realisasjon og dermed om beskatning skulle utløses. Høyesteretts flertall kom frem til at overdragelsen ikke var ment som en ettergivelse av eiendeler og rettigheter, men en videreføring av selskapets virksomhet til det nystiftede selskapet. Følgelig måtte det være adgang for å gjennomføre fusjonen med skattenøytralitet.

De fusjonerende selskapene Rt. 1922 s. 436 (De forende Uldvarefabrikker) var hjemmehørende i Norge, slik at det kan tenkes at resultatet ville vært annerledes dersom fusjonen hadde hatt en utenlandsk deltaker. Kontinuitetsprinsippet ble lovfestet i 1996 i skatteloven § 11-7. Regjeringen uttaler i forhold til den gamle omdanningsloven at i enkelte tilfeller kan beskatning være så tyngende at den hindrer en rasjonell organisering av den

aktuelle næringsvirksomheten. En måte å bøte på dette er å ha lempningsmekanismer i skattesystemet.⁶¹

Lempingsmekanismen er videreført og det kan søkes om dispensasjon fra realisasjonsbeskatningen på eiernivå. Dispensasjonsadgangen ligger hos departementet, jf skatteloven § 11-11 annet ledd.

I St. meld. nr. 16 (1997-1998) var det ikke avklart om dispensasjonsadgangen gjaldt både beskatningen av aksjonærene og av selskapet. Ettersom bestemmelsens første ledd viser til skatteloven §§ 10-30 til 10-37 er det naturlig at bestemmelsen også anvendes for aksjonærene. Finansdepartementet har dessuten mottatt flere individuelle søknad og har innvilget skattefritak.⁶² Det må legges til grunn at aksjonærer har dispensasjonsadgang.

Etter skatteloven 11-11 annet ledd er det ikke et krav om at omorganiseringen må begrunnes med at virksomheten blir mer rasjonell og effektiv, slik kravet er i skatteloven § 11-22.

Dermed er dispensasjonsadgangen i skatteloven § 11-11 annet ledd videre enn skatteloven § 11-22. bestemmelsen var ment å ha selvstendig betydning for norske aksjonærer som ønsket skattelempe for gevinster innvunnet i det tilhørende utenlandske selskap. Til tross for at den har videre anvendelsesområde er den ikke blitt benyttet. Det er usikkert om bestemmelsen har en selvstendig betydning da det ikke foreligger dispensasjonspraksis tilknyttet til bestemmelsen.

5.2 Beskatning på aksjonærens hånd

Hovedregelen er at enhver overføring av eiendeler eller virksomhet fra et skattesubjekt til et annet, er skattepliktig realisasjon, jf skatteloven §§ 5-1 og 5-30, jf. §§ 9-1 flg.

Når det gjelder overdragelse av aksjer i norsk selskap i bytte mot aksjer i et utenlandsk selskap, vil dette medføre skattepliktig realisasjon for norske aksjonærer etter skatteloven § 10-31.

⁶¹ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.2.

⁶² Se årlige orienteringer i Ot. prp. nr. 1 til Stortinget.

Overføringen av aksjer reiser spørsmål om både gevinst-, utbytte- og uttaksbeskatning.⁶³ Det er særlig tre måter å betrakte hvordan skatteleggingen foretas.⁶⁴

Eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres først fra det overdragende selskap til et overtakende selskap mot at det overdragende selskap får aksjer i det overtakende selskap. Etter likvidasjon av det overdragende selskap, overfører selskapet de mottatte aksjer fra det overtakende selskap til aksjonærer i det overdragende selskap. Spørsmålet blir således om det foreligger skattepliktig realisasjon og om aksjonærene skal beskattes etter regler om utbytte og gevinst.

En annen måte å betrakte det er at det først foretas likvidasjon av det overdragende selskap hvor det overføres eiendeler, rettigheter og forpliktelser til dets selskaps aksjonærer. Spørsmål blir således om en utbytte- og/eller gevinstbeskatning aksjonærer. Videre overfører aksjonærer de mottatte eiendeler mv. til det overtakende selskap i bytte mot aksjer i det overtakende selskap. Alminnelige regler om realisasjon kan i tillegg komme til anvendelse. Dette skyldes at det er aksjonærer og ikke selskapet som overfører selskapets virksomhet til det overtakende selskap.

Den siste måten å se det på er at det foretas et bytte av aksjer. Aksjonærer i det overdragende selskap overfører sine aksjer i det overtakende selskap mot bytte i aksjer i det overtakende selskap. Dermed oppstår spørsmål om gevinstbeskatning. Selskapet må således avvikle selskapet, og ved likvidasjon overføres eiendeler mv. til selskapets nåværende eneaksjonær som er det overtakende selskap. Følgelig er utbytte- og/eller gevinstbeskatning av det overtakende selskap relevant. Siden det allerede er blitt foretatt aksjebytte, er aksjonærer fra daværende overdragende selskap blitt aksjeeier i det overtakende selskap, de er dermed også omfattet av beskatningen.

Det kan spørres om det er heldig at skatteplikt utløses for personlige aksjonærer når gjennomføring av fusjon foretas av selskapet. Ved fusjon overfører aksjonærer i det overdragende selskap aksjer til det fusjonerte selskap mot at utstedelse av vederlagsaksjer finner sted. I realiteten kan dette kvalifiseres som et ordinært bytte hvor aksjonærer egentlig

⁶³ Spørsmålet ble presentert av Ole Gjems-Onstad i forbindelse med oppgaven april 2010.

⁶⁴ Avsnittet er hentet fra Liland *Fusjon av selskaper* 1. utg. 1992 s. 120 flg.

ikke får en berikelse. Regler om gevinst, utbytte og uttak ble ikke først skapt for å skattelegge aksjonærer som deltar i fusjon. De ble innført fordi slike transaksjoner er skattepliktige, og det skal være uten betydning hvordan transaksjoner utføres eller i hvilken sammenheng. Likevel kan beskatning ramme hardt da resultatet av fusjon og de ovennevnte transaksjoner ikke er like.

Det er to måter å se beskatningen på. For det første er beskatning i relasjon til aksjer, dernest er overføring av selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser som er gjenstand for skattelegging. Når eiendeler, rettigheter og forpliktelser blir overført ved en fusjon, innebærer det at latente tap eller gevinster blir realisert. Aksjonærmodellen ble vedtatt med endringslov 10. desember 2004 nr 77. Aksjonærmodellen inneholder en metode for å skattelegge aksjeutbytte utdelt til personlige aksjonærer og er hjemlet skatteloven § 10-12 flg. Kjennetegnet med aksjonærmodellen er at det gis skjermingsfradrag for realiserede aksjegevinster.⁶⁵ Følgende skal det gis oversikt over når de ulike beskatningsreglene kommer til anvendelse.

5.2.1 Gevinst

Etter skatteloven § 11-11 skal aksjonærer ved fusjon mellom norsk og utenlandsk selskap bli gevinstbeskattet. Det er forskjellen mellom skattemessig inngangsverdi på de aksjene de har og virkelig verdi på de aksjene de mottar som er gjenstand for skattelegging.

Alle aksjegevinster er i utgangspunktet skattepliktige, jf. skatteloven § 10-31 første ledd første punktum. I skatteloven § 10-31 første ledd og annet ledd, jf. § 6-2 er realisasjon oppstilt som vilkår for gevinstbeskatning.⁶⁶ Aksjer i det overdragende selskaper anses opphørt, da eiendomsretten til disse overføres mot vederlagsaksjer i det overtakende selskap. For eksempel kan det overdragende selskap ha overført selskapets aktiva til aksjonærer før disse skal overføres til det overtakende selskap mot at aksjonærer får vederlagsaksjer i sistnevnte selskap. Aksjonærer skattelegges for de latente gevinster som anses realisert grunnet gjennomføring av fusjon. Ved interne fusjoner, er disse gevinster gjenstand for skattefrihet.

⁶⁵ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. 2008 s. 645.

⁶⁶ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. 2008 s. 630.

5.2.2 Utbytte

Det skatterettslige utbyttebegrepet er ikke sammenfallende som det selskapsrettslige utbyttebegrepet.⁶⁷ Skatteloven § 10-11 annet ledd angir hva som er omfattet av utbyttebegrepet. Skattepliktig utbytte foreligger når det har skjedd vederlagsfrie overføringer fra selskap til aksjonær. Når aksjonærer mottar vederlagsaksjer i det overtakende selskap er transaksjonen et utdelt utbytte etter skatteloven § 10-11 annet ledd. Det er av uten betydning om aksjonærer har blitt tildelt vederlagsaksjer direkte fra det overdragende selskap eller overtakende selskap, da indirekte overføringer er innenfor ordlyden.⁶⁸ Videre kan utbyttebeskatning komme til anvendelse dersom selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til aksjonærer først.

5.2.3 Uttak

Regler om uttak er hjemlet i skatteloven § 5-2. Uttak fungerer som et særskilt innvinningskriterium i tillegg til realisasjon.⁶⁹ Det forutsetter overføring til privat bruk eller til ikke-skattepliktig aktivitet.⁷⁰ Eiendeler som flytter ut av norsk beskatningsområde skal beskattes som uttak.⁷¹

Det følger av skatteloven § 11-6 at fritaksreglene imidlertid kun gjelder for aksjevederlag, og ikke for tilleggsvederlag. Dette gjelder for aksjonærer enten ved nasjonale eller grenseoverskridende fusjoner.

Fritaksmetoden ble innført ved skattereformen 2004-2006. Tanken bak denne modellen, er å unngå kjedebeskatning. Etter fritaksmetoden er selskapsaksjonærer fritatt fra beskatning av aksjeinntekter i form av gevinst og utbytte på aksjer, mens tilsvarende tap ikke er fradragsberettiget.⁷² Personlige aksjonærer omfattes imidlertid ikke av fritaksmetoden.

⁶⁷ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. 2008 s.471.

⁶⁸ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATTERETT*, 7. utg. 2008 s. 478.

⁶⁹ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATTERETT*, 7. utg. 2008 s. 198.

⁷⁰ Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATTERETT* 2008 s. 207.

⁷¹ Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 8.1

⁷² Ole Gjems-Onstad, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. 2008 s. 655.

Verdsettelsen av den skattemessige inngangsverdien og ervervstidspunktet er derfor avgjørende da det vil ha betydning med hensyn til fremtidig skjerming ved utbytte- og gevinstbeskatningen, jf. aksjonærmodellen.

Etter innføringen av fritaksmetoden har antallet søknader etter skatteloven §§ 11-21 og 11-22 falt ganske betydelig de senere år. Fra 2003 til 2008 ble antallet behandlede søknader redusert fra 49 til 17, med en tilsvarende gradvis reduksjon i de mellomliggende år.⁷³

Det er følgelig fortsatt behov for reguleringer rundt skattespørsmålet i de tilfeller transaksjonen ikke er omfattet av fritaksmetoden. Dette gjelder særlig når virksomheten er eiet av fysiske personer.

⁷³ Ot. prp. nr. 1 (2009-2010) Punkt 19.5.

6. Lemping etter skatteloven § 11-22

6.1 Innledning

Omdanningsloven ble fra og med inntektsåret 2000 avløst av tilsvarende bestemmelser i den nye skatteloven av 26. mars 1999 nr.14. Før innføringen av nåværende regler om lempingsadgang, forelå det lempingspraksis som ligner den vi har i dag. I perioden mellom 1995 og 1996 ble det behandlet to saker om fusjon mellom selskaper hjemmehørende i Norge og utlandet. I de sakene ble det søkt om skattelempling for aksjegevinster på norske aksjonærens hender i det utenlandske selskap som fikk innløst eller ombyttet sine aksjer mot overtakelse av aksjer i det overtakende norske selskap. Betingelsen var at det ble fastsatt at ligningsmessig inngangsverdi på de innløste aksjer i det utenlandske selskap skulle videreføres som inngangsverdi på aksjene i det norske fusjonerte selskap.⁷⁴

Fritak etter skatteloven § 11-22 med tilhørende forskrifter⁷⁵ er utgangspunktet anvendelig for de tilfeller det ønskes samtykke i at gevinst ved avhendelse av fast eiendom, næring eller virksomhet og gevinst ved realisasjon av aksjer skal være fritatt for inntektsbeskatning. Alternativt om gevinsten kan skattlegges etter lavere satser enn dem som er fastsatt i Stortingets og kommunestyrets skattevedtak. Deltaker i grenseoverskridende fusjon kan imidlertid søke dispensasjon for tilknyttende utløsende skatteposisjoner.⁷⁶ Ved lovendringen i 1999, ble det diskutert om det skulle innføres unntaksbestemmelser. Finansdepartementet, i forkant av lovendringen, fremmet forslag om at skattebehandlingen ved visse transaksjoner skulle lovfestes.⁷⁷ Det ble også nedlagt viktigheten av at skattefritak ikke skulle omfatte transaksjoner som i hovedsak var skattemessige motiverte. Videre ble det sagt at skattefritak ikke skulle gå lenger enn nødvendig for å ivareta næringslivets omstilling. Innføring av lempingspraksisen ble imidlertid ikke ført frem da man tenkte at kontrollmuligheter ville

⁷⁴ St.meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.2.7.3.

⁷⁵ Finansdepartementets skattelovforskrift 19. november 1999 nr. 1158 FSFIN.

⁷⁶ NOU 2003: 9 punkt 13.3.2.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 71 (1995-96).

betraktelig begrenses, dersom ikke departementet hadde anledning til vurdere hvert enkelt forhold.⁷⁸ På den måten er det lettere å ivareta norske skattefundamentet.

Lempingsmekanismen innebærer at Finansdepartementet kan fatte enkeltvedtak om skattefritak eller skattelempe. I skatteloven § 11-22 er det gitt følgende ordlyd:

”(1) Departementet kan samtykke i at inntekt ved realisasjon av

a. fast eiendom

b. virksomhet

c. aksjer, eller

d. andeler i selskap lignet etter § 10-40

skal være fritatt for skattelegging, eller skattelegges etter lavere satser enn fastsatt i Stortingets og kommunestyrets skattevedtak, når realisasjonen er ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv.

(2) Fritak eller nedsettelse kan bare gis når omstendighetene i særlig grad taler for det, og det er påtakelig at det vil lette omorganiseringen eller omleggingen.

(3) Til fritaket eller nedleggelsen kan det knyttes vilkår, herunder med hensyn til bruken av vederlaget eller deler av det. Overdragende skatteyers utlignede naturressursskatt til fremføring etter skattelovens § 18-2 fjerde ledd siste punktum og negative grunnrenteinntekt til fremføring etter skattelovens § 18-3 fjerde ledd på tidspunktet for overføring av kraftverk, kan tillates overført.

(4) Første til tredje ledd gjelder tilsvarende for skattepliktig tilskudd som ytes til skatteyer mot at virksomheten helt eller delvis blir nedlagt som ledd i strukturrasjonalisering eller lignende.”

Det følger av paragrafens første ledd at Finansdepartementet *kan* (min utheving) avskjære den alminnelige skatteplikten. Når det er oppstilt ordet *kan*, må det etter naturlig språkforståelse være at positivt samtykke ikke nødvendigvis må gis selv om vilkårene

⁷⁸ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.6.3.

foreligger. En årsak til at lovgiver har gitt Finansdepartementet den myndigheten er hensynet til skattefundamentet. Ved at Finansdepartementet ikke er pliktet til å samtykke i enhver gevinst, men likevel har adgang til det, oppnår man balanse mellom det å beskytte det norske skattefundamentet og det at bestemmelsen er tilstede for å lette omstilling i næringslivet. For eksempel kan et selskap oppfylle de oppstilte vilkår i bestemmelsen, men siden fusjonen fører til at det norske selskap flytter til et land hvor norske myndigheter har begrenset kontrollmuligheter, nektes det skattefritak. Oppfyllelsen av de oppstilte vilkår vil som utgangspunkt ikke være av betydning, dersom det samtidig ikke kan gis en fullgod garanti for at skattefundamentet ivaretas. Dermed kan de oppstilte vilkår omtales som minimumskrav, og er utelukkende ikke tilstrekkelig for å oppnå skattefritak.

Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at det gis adgang for skattelempe av gevinster ved avhendelse eller realisasjon av objekter i forbindelse med omlegging av næringsvirksomhet. Dette samsvarer med hva angår Finansdepartementets tolkning. I tolkningen av ordlyden er løpende inntektsbeskatning av næringsinntekt eller avkastning av kapital etter skatteloven § 5-1 og utbyttebeskatning etter skatteloven § 10-10 flg. ikke omfattet.⁷⁹ Dette knytter for så vidt ikke noen betenkeligheter, da reglene gjelder også for nasjonale fusjoner. Ett av hovedsynspunktene med å lempe beskatningen er for at beskatningsreglene ikke skal unødig hindre utvikling av næringsvirksomhet med internasjonal orientering. Lempingsadgangen er ikke ment for å gi deltakere bedre stilling enn deltakere ved nasjonale fusjoner. For å oppnå nøytralitet skjer utdeling av utbytte fra selskap til aksjeeier i praksis skattefritt. Utbyttet inngår i aksjonærens alminnelige inntekt, men aksjonæren får godtgjørelse (fradrag i utlignet skatt) med et beløp som tilsvarende skatten på utbyttet. Dette gjelder bare ved utdeling fra norske selskaper til aksjeeier skattemessig bosatt i Norge, og forutsetter at utbyttet er lovlig i henhold til aksje- og regnskapslovgivning.

Det foreligger imidlertid fem grunnleggende vilkår for skattenøytralitet ved grenseoverskridende fusjon.⁸⁰

Grunnvilkårene er for det første at de fusjonerende selskapene må ha virksomhet i Norge. Når det gjelder gevinst ved realisasjon av vederlagsaksjer, er de skattepliktige i Norge, uten

⁷⁹ St.meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.1.

⁸⁰ Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1.utg. 2006 s. 375.

at det gis fradrag for eventuell betalt skatt til utlandet. Samtidig må kontrollhensyn ivaretas. Før iverksettelsen av fusjonen må det søkes forhåndstillatelse før gjennomføringen av fusjonen. Endelig på lik linje med interne fusjoner vilkår om skattemessig kontinuitet.

De lovbestemte vilkår for skattefritak er at den planlagte omorganiseringen av næringsvirksomheten må gjøres i ledd for å få denne mer *rasjonell og effektiv*, jf. skatteloven § 11-22 første ledd. Videre er forutsetningen at *omstendighetene i særlig grad taler for det*, og det er *påtakelig* at det vil lette omorganiseringen, jf. skatteloven §§ 11-22 annet ledd.

6.2 Vilkår om rasjonell og effektiv

Det er lovbestemt at resultatet av transaksjonen skal føre til effektiviserings- og rasjonaliseringseffekter. Skattefritak innrømmes når det kan påvise effektiviserings- og rasjonaliseringseffekter for virksomhet tilknyttet til det selskapet som er skattepliktig Norge. Vurderingen beror således på effektene til det overdragende selskapets virksomhet. Det vil si at det skattepliktige selskap overfører sin virksomhet til et nytt selskap som et ledd for å utvikle eller sikre effekter som knytter seg til selskapet. Dersom det foreligger andre eller at hovedformålet er av en annen art som loven krever, er ikke selskapet gjenstand for skattefritak. Dette om det samtidig gis for eksempel bedret tilgang på kompetanse og kapital, og derigjennom etter hvert mulighet for driftsforbedringer.⁸¹ Om overdrager får frigitt kapital som effektivt kan rasjonalisere den gjenværende virksomheten, er ikke relevant i avgjørelsen om det kan idømmes skattefritak. Vurderingen skjer konkret og for det skattepliktige selskap utelukkende. I bedømmelsen om omorganiseringen fører til effektiviserings- og rasjonaliseringseffekter, er det lagt vekt på om det gir fremtidig vekst og har inntjeningspotensiale. Videre legges det vekt på om omorganiseringen fører til utvikling av kompetanse og produktivitet, utvidelse av markedsandeler mv. av betydning. I disse vurderingstema er ikke rene administrative og finansielle fordeler omfattet.⁸² Det kan imidlertid tenkes at Finansdepartementet er mer medgjørlig dersom det er forbundet med andre positive virkninger.

⁸¹ Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 30.4.2.

⁸² St.meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.1.3.

Til tross for lovens strenge ordlyd, er det blitt liberalt praktisert i søknadsbehandlinger. Departementet har uttalt at kravet om effektiviserings- rasjonaliseringseffekter ikke burde være av avgjørende betydning. Det foreligger altså lempelig praksis for fusjonsliknende transaksjoner mellom selskaper i ulike land, blant annet overføring av aksjer i norske selskaper til utenlandske selskaper mot vederlagsaksjer.⁸³

Det er ikke nok at omorganisering av selskaper oppfyller vilkåret, det er i tillegg krav om at det kan påvise eller sannsynliggjøre at det vil gi effektiviserings- rasjonaliseringseffekter. I 2001 ble det gitt lemping i 12 av 17 saker, de saker som ble avslått var i hovedsak på grunn av manglende tilstrekkelig påvisning av effektiviserings- eller rasjonaliseringsgevinster.⁸⁴ Det kan vises til en avslått søknad hvor norske personlige aksjonærer ønsket å bytte aksjer i det norske selskap mot aksjer i nystiftede holdingselskaper i utlandet. Departementet avslø søknaden med den begrunnelse at det ble ikke sannsynliggjort noen relevante effektivisering- og rasjonaliseringseffekter eller at ingen samfunnsøkonomisk gevinst var plausibel annet enn selve flyttingen.⁸⁵ Det som er særegent med holdingselskaper er at det i hovedsak ikke driver med virksomhetsutøvelse, derfor kan det tenkes at en ombytting av aksjer med slike selskaper ikke åpenbart gir relevante effektiviserings- og rasjonaliseringseffekter. Likevel må det antas at sannsynlighetskrav gjør seg gjeldende i alle tilfeller som søker skattefritak etter denne bestemmelsen. I tillegg til de lovbestemte vilkår er det rimelig at det også kan sannsynliggjøre at de vilkår loven krever er tilstede.

Det forekommer situasjoner hvor lovens vilkår er oppfylt, men søknader blir likevel ikke innvilget på bakgrunn av at skattefundamentet ikke fullt kan ivaretas. Det vises til en avslått søknad hvor et selskap som ønsket å flytte til en stat Norge ikke har skatteavtale med som gjorde at norske myndigheters kontrollmuligheter ble svært begrenset.⁸⁶

⁸³ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.6.3.

⁸⁴ NOU 2003: 9 punkt 13.3.2.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.6.3.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.5.2.

6.3 Kravet om at omstendighetene i særlig grad taler for det

Ut i fra valget av lovens ordlyd, impliseres det at det ikke skal foreligge relevante grunner til hvorfor skattelempe ikke skal gis. Ordlyden gir lite veiledning for hva som ligger i *omstendighetene* og når disse forhold kvalifiseres som *særlig grad*. (min utheving). Forutsetningen for at det må foreligge omstendigheter som i særlig grad taler for skattelempe, er av Finansdepartementet forstått som et vilkår om at det norske skattefundamentet ikke skal svekkes ved fusjonen.⁸⁷ Hovedfokuset er vern om det norske skattefundamentet som er gjennomgående i fritaksreglene. Dersom dette kan sikres ved at skattemessige kontinuitet gjennomføres i fusjonen, taler det for at skattelempe skal gis. Likevel er det ikke alle tilfeller betryggende nok at skattemessige posisjoner overføres til de vederlagsaksjene. Dersom fusjonen etableres i en stat Norge ikke har skatteavtale med, vil dette føre til at skattelempe nektes. Et eksempel på det er en sak i 1999, søknad om skattelempe ikke ble innvilget. Fusjonen innebæret at virksomheten skulle etter transaksjonen flytte til Cayman Islands. Det ble lagt vekt på at Norge ikke har skatteavtale med det skatteregime, som følgelig ville bety at norske myndigheters kontrollmuligheter ikke var i behold som Finansdepartementet krever.⁸⁸ Hva som menes med kontrollmuligheter må etter naturlig språkforståelse være formell innsynsmulighet og at det er praktisk å føre kontroll over selskapets aktiviteter.

Fare for skatteutflukt og underskuddsfremføring er momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen av om transaksjonen kan føre til mindre beskyttelse av det norske skattefundamentet. For å avhjelpe dette, kan alternativet være at det opprettes en tilknytning til en filial eller fast driftsted, dermed kan beskatningsrett sikres på latente skattepliktige gevinster.

Ved utsettelse av skatteplikt er det oppstilt vilkår på aksjonærnivå at vederlagsaksjene skal anses realisert når det tas fast opphold i utlandet.⁸⁹

⁸⁷ St.meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.1.3.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.5.4.

⁸⁹ Jf. ligningsloven § 4-7 nr 6 og nr. 7.

6.4 Kravet om påtakelighet

Videre må det være *påtakelig for å lette omorganiseringen* for skattelempe skal gis. Påtakelighetskravet kan forstås som ”søknadsfrist” for når det ikke lenger er behov for skattelempe. Finansdepartementet har i praksis forstått kravet som at det ikke skal iverksettes eller vedtas fusjon før det er søkt om skattelempe. Er fusjonsprosessen påbegynt indikerer dette at behovet for skattelempe ikke foreligger. Det presumeres at fusjonen kan gjennomføres uavhengig av skattelempe. Lempingsadgangen skal lette selskapers behov for ønskede omstillinger, og ikke at det skal gi skattefordeler. Tanken er at lempingsvedtaket skal være avgjørende for om fusjonen skal gjennomføres ellers er det ikke påtakelig at en lemping vil lette omorganiseringen.⁹⁰

Avskjæringstidspunktet for når det ikke anses å være påtakelig er noe usikkert. Det har imidlertid vært søkt om skattelempe etter at transaksjonen ble gjennomført 7 måneder tidligere. Finansdepartementet kom frem til at det ikke var påtakelig at utsatt beskatning ville lette omorganiseringen da transaksjonen allerede var gjennomført.⁹¹ I 2002 var 10 søknader om skattelempe ved fusjon behandlet. Alle fikk innvilget skattefritak, med ett unntak hvor søknaden ble fremsatt for sent.⁹²

Dersom dette kravet skulle gjelde konsekvent, ville bestemmelsen stride mot det som er formålet med reglene om lemping. Formålet er for å tilrettelegge for selskaper som har behov for ønskede omorganisering med sikte på å bli mer konkurransedyktig, men som blir hindret på grunn av umiddelbar beskatning. Det forekommer situasjoner hvor norske selskaper ikke har den ønskede tiden til å avvente med å inngå et samarbeid med utenforstående selskap. Dette kan skyldes at det er flere aktører som konkurrerer om deltakelse i fusjonen. Videre kan det være at det norske selskap kommer i bedre stilling i en forhandlingssituasjon. I de tilfeller ”tvingende” omstendigheter fører til at fusjonen er avtalt før det er søkt om skattelempe, tilsier reglenes formål og funksjon at skattelempe ikke systematisk skal nektes.

⁹⁰ St.meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.4.1.

⁹¹ Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) punkt 18.5.2.

⁹² Ot. prp. nr.1 (2003-2004) punkt 21.5.4.

Dermed kan det tas et reelt forbehold ved samarbeidet om at gjennomføringen av fusjonen betinger at det blir fattet lempingsvedtak. Det har vært flere søknader som unntaksvis har blitt innvilget tross overskridelsen av ”fristen”. Finansdepartementet erkjenner at:

”I særlige tilfeller, hvor det var forståelig at en omorganiseringsprosess ble vedtatt og igangsatt uten tilstrekkelig oppmerksomhet om mulige skattespørsmål, og en skattlegging da ville virke urimelig, har imidlertid også enkelte sent innkomne søknader blitt innvilget.”⁹³

6.5 Til fritaket eller nedleggelsen kan det knyttes vilkår

Finansdepartementet kan sette ytterligere vilkår som forutsetning for at det gis samtykke til skattefritak. Vilkåret her er av særlig betydning i saker angår transaksjoner med implikasjoner over landegrensene. Det har sine grunner i at skattefundamentet er sårbart når skattepliktige personer flytter latente skattepliktutløsende verdier over landegrensene. Dermed har Finansdepartementet adgang til å knytte andre vilkår enn de foreliggende lovbestemte vilkår i skatteloven § 11-22 første og annet ledd. I utgangspunktet kan Finansdepartementet avslå søknad dersom kontrollmuligheter er svært begrenset. For at det likevel kan gis skattefritak vil nærmere vilkår om gjennomføringen gjenopprette ivaretagelsen av det norske skattefundamentet. Det kan vises til en sak som gjaldt fusjon mellom norske selskap med selskapets nordiske søsterselskaper og med det svenske søsterselskapet som det overtakende. Det svenske søsterselskapet skulle således etableres som et SE-selskap. Omorganiseringen skulle gjennomføres ved at SE-selskapet skulle videreføre virksomheten i de overdragende selskaper som filialer i de respektive landene. For det norske selskapets vedkommende, skulle det overføre alle sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til det overtakende svenske selskapet. Selv om de aktuelle lovbestemte vilkår var oppfylt, kan samtykke ikke som utgangspunkt gis da de foreliggende vilkår ikke er tilstrekkelig å ivareta skattefundamentet. Samtykke til skattefritak ble imidlertid gitt, i hovedsak på følgende vilkår:

⁹³ St.meld. nr. 16 (1997-98) punkt 6.1.4.

- *”Den norske filialen viderefører skattemessige inngangsverdier og avskrivningsgrunnlag for de eiendeler og den virksomhet i Norge som overtas. Filialen trer inn i de skattemessige forpliktelsene som måtte være knyttet til det overdratte.”*
- *”Dersom hele eller deler av virksomheten i Norge videreføres på en slik måte at den ikke lenger er løpende skattepliktig til Norge, skal denne delen av virksomheten bli gjenstand for et skattemessig gevinstoppgjør.”*
- *”Reglene i skattelovforskriften § 11-21-7 om sikkerhetsstillelse ble gitt tilsvarende anvendelse for den skatt som vil kunne utlignes dersom det svenske eierselskapet realiserer hele eller deler av virksomheten i den norske filialen.”⁹⁴*

Ovennevnte momenter tilknyttet til vilkårene er ikke uttømmende. Det må antas at det finnes rom for videre tolkninger. Stadig endrende forhold i næringslivet åpner rom for at også andre løsninger finner sted.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 1 (2006-2007) punkt 29.5.3.

7. Forholdet mellom Norsk rett og EØS- rett

7.1 EØS-avtalen

EØS-avtalens hoveddel ble inkorporert i norsk rett gjennom ikrafttreddelsen av EØS-loven den 1. januar 1994. I EØS-loven § 1 bestemmes det at EØS-avtalen skal gjelde som norsk lov.

Ved gjennomføringen av EØS-loven har ikke Norge forpliktet seg til å følge de skattrettslige reguleringer samt sekundærretten. Skatte- og avgiftslovgivningen er underlagt medlemsstatenes kompetanse. Men en fortolkning av de fire friheter som Norge er bundet til å følge, vil imidlertid ha betydning for innholdet i og praktiseringen av Norges skatteregler. Det fremgår dessuten av EØS- avtalen art 2 at ved de tilfeller det er motstrid mellom EØS-retten og det som følger av reglene om skatt, må disse reglene stå tilbake for den EØS-rettslige forpliktelsen så langt den rekker.⁹⁵

EFTA-domstolen har dessuten uttalt i sak C-270/83 (*Avoir fiscal*) og EFTA-domstolens uttalelse i sak E-1/04 (*Fokus*) at medlemsstatene må utøve sin beskatningsmyndighet i overensstemmelse med reglene om de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel.⁹⁶

Spørsmålet blir således om norske regler er i strid med EØS-avtalen når skatteplikt utløses for det norske overdragende selskap i fusjon med utenlandsk deltaker.

7.1.1 Fri etablering eller fri kapital?

Første vurdering blir om problemstillingen knytter seg til retten til fri etablering eller fri kapital. Etter EØS- avtalen art 31, anvendes reglene kort sagt der det gjelder etablering av selskaper, mens i EØS- avtalen art 40 skal det etter denne ikke foreligge restriksjoner på overføring av kapital.

Benn Folkvord er av den oppfatning at kapitalbegrepet i bestemmelsen omfatter etter sin ordlyd overføring av kapital ved fusjon, og viser til vedlegg 1 til direktiv L 178/88 hvor

⁹⁶ Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, BFU 31/0 s. 6.

innholdet av kapitalbegrepet er nærmere presisert.⁹⁷ Det er imidlertid lagt til grunn i praksis fra EF-domstolen at en investering i et selskap går over fra en kapitalbevegelse til en etablering når den innebærer kontroll over selskapet. I den anledning vises det til en EF-avgjørelse.⁹⁸ Saken gjaldt en nederlandsk statsborger ved navn C. Baars mot nederlandske skattemyndighetene, angående et avslag vedrørende fradrag i forbindelse med formuesbeskatning. Den nederlandske regjering gjorde gjeldende at regler om etableringsfriheten ikke kunne komme til anvendelse i den situasjon Baars befant seg i. Derimot var det etter regjeringens oppfatning at situasjonen skulle henføres under traktatens bestemmelser om frie kapitalbevegelser. Dommeren la til grunn som følgende:

*”En statsborger i en medlemsstat udøver således sin etableringsret, når han er indehaver af en kapitalandel i et selskab i en anden medlemsstat, der giver ham en sådan indflytelse på beslutningerne i selskabet, at han kan træffe afgjørelse om dets drift.”*⁹⁹

I vårt tilfelle vil aksjonærer i det overdragende selskap overdra virksomheten i sin helhet til det overtakende selskap, for så å bli aksjonærer i det overtakende selskap. Dermed er det rimelig å anta at de norske aksjonærer har tilstrekkelig innflytelse og at de innehar den nødvendige kontrollen over det nye selskapets virksomhet. Med dette er det dekning for å henføre spørsmålet under regler om fri etableringsrett.

7.1.2 Fri etableringsrett

Etableringsfriheten i EØS- avtalen art. 31 lyder som følgende:

”I samsvar med bestemmelsene i denne avtale skal det ikke være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium. Dette skal gjelde også adgangen til å opprette agenturer, filialer eller datterselskaper for så vidt angår borgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat som har etablert seg på en av disse staters territorium.

⁹⁷ Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1.utg.2006 s. 377.

⁹⁸ C-251/98 Baars.

⁹⁹ Domspremiss 22.

Etableringsadgangen skal omfatte adgang til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak, særlig selskaper som definert i artikkel 34 annet ledd, på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere, med forbehold for bestemmelsene i kapitlet om kapital.”

Reglene i EØS-avtalen er et resultat etter forhandlinger mellom EU og EFTA-statene. Slik at reglene om det indre marked er innført i hele EØS. Dermed må reglene om EØS-markedet ses i sammenheng med EUs indre marked, dette grunner i at EØS-markedet er tuftet på de samme prinsipper.¹⁰⁰ Videre må hovedformålet med EØS-avtalen alltid legges til grunn ved vurderingen av reglene om fri etableringsrett. I EØS- avtalen art. 1nr. 1 er det nedfelt følgende:

”Formålet med denne assosieringsavtale er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde”

Det er et felles mål å få til ett fungerende fritt indre marked, dette innebærer at aktørene stiller med samme rammevilkår slik at fri konkurranse og fri handel kan sikres. I og med at skattekostnader kan utgjøre en stor utgiftspost hvor dette påvirker selskapets konkurransevne og forhandlingsposisjon, er det tenkelig at den særskilte skatteleggingen anses som en restriksjon etter EØS-retten som i sin tur betyr at den norske lovgivningen ikke oppfyller reglene i EØS-avtalen art. 31. Det er gitt uttrykk for at det er ønskelig at det vedtas regler som er for å fremme fri konkurranse, fri handel slik at det sikrer god utvikling av bedrifter med internasjonal orientering. Det er dessuten nødvendig at det foreligger regler slik at selskaper kan bli mest mulig fleksible og konkurransedyktige.

7.1.3 Anvendelsesområdet for EØS art. 31

Den frie etableringsretten kan påberopes av statsborgere som er medlem av en EF-stat eller EFTA-stat. Dette innebærer at alle rettssubjekter er omfattet av denne retten.

Etableringsretten angir regler om fri bevegelse og gjelder for selvstendig næringsdrivende og juridiske personer. Det er imidlertid tre vilkår som må oppfylles for at regler om

¹⁰⁰ Sejerstad m.fl., *EØS-RETT*, 2. utg. 2003 s. 253.

etableringsretten kan anvendes. For det første er kravet til næringsvirksomhet. Det vil si at det må foreligge ”økonomisk aktivitet”.¹⁰¹ Kravet anses oppfylt dersom selskapene primært driver med forretningsvirksomhet. For det andre må den relevante næringen ha en fasthet i sin karakter, og for det tredje må næringsvirksomhet ha et grenseoverskridende element. Det forutsettes i denne fremstillingen at de kumulative vilkår er oppfylt, og vil ikke behandles nærmere.¹⁰²

Hovedformålet med regler om den frie etableringsretten er at det ikke skal foreligge regler enten fra vertsstaten eller hjemstaten som hindrer eller vanskeliggjør for fysiske eller juridiske personer å etablere seg i en annen stat. Når det gjelder selskapsmessige regler om grenseoverskridende fusjoner, er det ikke oppstilt særskilte vilkår for grenseoverskridende fusjon i verken regnskapsloven eller allmennaksjeloven. Dermed anses den delen av Norges forpliktesler til EØS-avtalen tilfredsstillende, jf. EØS- avtalen art. 34.

Som oftest oppstår det problemer i vertstaten. Det kan være at det settes særskilte vilkår for utlendinger å etablere seg. Etableringsretten gjelder imidlertid ikke bare for rettigheter mot vertsstaten, men også mot hjemstaten. Eksempelvis kan situasjonen være slik at hjemstatens regler gjør etableringen av selskap i en annen EØS-stat vanskeligere eller at det virker diskriminerende.¹⁰³

Det følger av *Sevic*-saken at etableringsfriheten omfatter de tilfeller et selskap fusjonerer med et annet selskap tilhørende en annen EØS-stat.¹⁰⁴ Videre legges det til grunn i EU-domstolens avgjørelse i *Cadbury Schweppes* at etableringsfriheten kan påberopes av selskaper som blir hindret av hjemstaten som legger restriksjoner for selskapers etablering i annen medlemsstat.¹⁰⁵

I vårt tilfelle blir spørsmålet om aksjonærene av det norske overdragende selskapet kan omfattes av etableringsretten. Etter norske skatteregler skal aksjonærer i det overdragende

¹⁰¹ Hentet fra Sejerstad m.fl., *EØS-rett*, 2. utg. 2004 s. 379.

¹⁰² Se Sejerstad m.fl., *EØS-rett*, 2. utg. 2004 fra s 379-385.

¹⁰³ Baars, sml. 2000 s. 1-2787 er eksempel på det. Se Sejerstad m. fl., *EØS-rett*, 2. utg. 2004 s 392.

¹⁰⁴ Domstolens premiss 19.

¹⁰⁵ Sak C-196/0 premiss 42.

selskap tilhørende i riket skattelegges etter de alminnelige regler om gevinst, realisasjon, uttak eller utbytte. Vurderingen blir om beskatningen som foretas i forbindelse med fusjon, er i strid med den frie etableringsretten.

7.1.4 Utgjør skatteloven § 11-1 annet ledd en restriksjon på fri etablingsrett?

Skatteloven § 11-1 annet ledd setter vilkår om at *alle* (min utheving) fusjonerende selskaper må være hjemmehørende i riket. Etter bestemmelsen kan fusjonen ikke gjennomføres skattefri selv om norske aksjonærer opprettholder skatteplikten til Norge etter skatteloven § 2-1. Dette kommer av at det overtakende selskapet er utenlandsk.

Hovedregelen er at dersom en regel forbyr eller setter bestemte krav for å drive en virksomhet anses det som restriksjon på etableringen. Når et norsk selskap ønsker å ta del i det europeiske indre markedet, men må først svare for skatt i forbindelse med at selskapet anses opphørt etter norske regler, foreligger det en hindring på etableringen.

Norske skatteregler gjør det vanskeligere for norske skattytere å planlegge omorganisering over landegrensene når hovedregelen er at skattefrie fusjoner er forbeholdt deltakere hjemmehørende i riket. Tilhørighetskravet innebærer at landegrenser anses som hindringer på muligheten til etablerere i en annen EØS-stat. Begrensingen i skatteloven § 11-1 annet ledd hindrer norske skattytere i å delta i internasjonal samhandel, og dette strider klart med EØS-avtalens formål.

Det er lagt til grunn at felles prinsipper gjelder for de fire friheter. Det vil si at enhver restriksjon på grenseoverskridende aktiviteter samt diskriminering basert på nasjonalitet er forbudt. Herunder er ikke usaklig forskjellsbehandling tillatt.

Neste vurdering blir således om det foreligger to sammenlignbare situasjoner hvor den ene situasjonen kommer skattemessig best ut på grunn av nasjonalitet. Skattefritak oppnås hvis alle deltakende selskaper er hjemmehørende i riket, det vil si at forutsetningen er at det overdragende selskapet må bli overtatt av et norsk selskap. Eventuelt må det utenlandske overdragende selskapet svare for begrenset skatteplikt her i riket etter skatteloven § 2-3. Dette kan begrunnes med at skattefundamentet ikke rokkes. Når et norsk selskap blir overtatt av et annet selskap tilhørende i en annen EØS-stat, vil det utløse realisasjons- og/eller

likvidasjonsbeskatning for selskapet, mens for aksjonærer vil alminnelig regler om gevinst, utbytte og uttak komme til anvendelse.

Begrunnelsen er først og fremst fordi selskapet anses opphørt, og da slår de alminnelige skatteregler inn. Dette er i utgangspunktet forsvarlig, for realisasjon – og likvidasjonsbeskatningsreglene gjelder for alle norske selskaper som avvikles. Lovgiver har imidlertid fraveket dette synet ved fusjoner. Det vil si som nevnt tidligere at det er adgang til å gjennomføre skattefri fusjon. Adgangen gjelder som hovedregel kun for norske selskap som overdrar sitt selskap til et annet norsk selskap. Konsekvensen av dette er at det begrenser norske selskaper i næringslivet å fusjonere med et annet utenlandsk selskap. Har fusjonen en utenlandsk deltaker, gjelder samtykkeordningen fullt ut. Vi står her ovenfor to sammenlignbare situasjoner hvor forskjellige regler anvendes.

Hovedregelen om skatteplikt ved grenseoverskridende fusjoner utgjør med dette en restriksjon på den frie etableringsretten.

7.2 Kan restriksjonen rettfærdiggjøres?

Bestemmelsen forbyr restriksjoner på den frie etableringsretten, men har en tilhørende unntaksregel, jf EØS-avtalen art. 33. Det betyr at staten kan vedta og fastholde restriksjonen dersom denne kan begrunnes utelukkende i samfunnsmessige hensyn, som heretter vil omtales som allmenne hensyn.¹⁰⁶

Følgelig blir spørsmålet om forskjellsbehandlingen rettfærdiggjøres ut fra læren om unntak for tvingende allmenne hensyn. De hensyn som EF-domstolen har godtatt er hensynet til sammenhengen i skattesystemet, kontrollhensyn og skatteunndragelse.¹⁰⁷

7.2.1 Hensynet til å opprettholde nasjonale skattefundamenter

Norske myndigheter har latt være å lovfeste adgangen til å gjennomføre grenseoverskridende fusjoner på bakgrunn av fare for provenyrtap. EF-domstolen har avvist dette hensynet i flere

¹⁰⁶ Terminologien springer ut fra EF-domstolens praksis.

¹⁰⁷ I *Cassis de Dijon*, sak 120/78, premiss 8 er det gitt opphav til en generell "lære".

avgjørelser. Fokus bank-avgjørelsen kan nevnes i denne sammenheng.¹⁰⁸ EFTA-domstolen fastslo at hensynet til å opprettholde nasjonale skattefundamenter ikke kan ses på som tvingende allment hensyn i EØS-retten.¹⁰⁹ EF- domstolen legger til grunn at formålet om å oppnå et integrert marked, er gjennom å legge til rette for økonomisk aktivitet over landegrensene uten at nasjonalstatene hindrer aktivitet.¹¹⁰ Medlemsstatene strider mot denne tanken dersom medlemsstatene prioriterer sine økonomiske interesser på bekostning av fellesskapet. Når adgangen ikke lovfestes begrunnet i hensynet til norske skattefundamenter, kan det konstateres at restriksjonen ikke kan rettferdiggjøres ut i fra dette hensyn.

7.2.2 Hensynet til sammenhengen i skattesystemet

Hensynet springer ut fra ønsket om å oppnå en balansert allokering av beskatningsretten mellom statene. Restriksjonen basert på dette hensynet kan rettferdiggjøres dersom det er en direkte forbindelse mellom to komponenter i et skattesystem. Dette er ikke vårt tilfelle, aksjonærer beskattes umiddelbart etter hovedregel, mens aksjonærer ved nasjonale fusjoner får skattefritak.

7.2.3 Skatteunndragelse

Dersom det ikke kan påvises at hovedformålet med omorganiseringen er av relevante forretningsmessige hensyn, herunder rasjonalisering av de selskaper som deltar i transaksjonen, er det nærliggende å presumere at det i realiteten dreier seg om skatteunndragelse. Det kan lett tenkes at det krever omfattende og tidskrevende arbeid, i noen tilfeller tilnærmet umulig, å påvise at formålet med omorganiseringen ikke er på grunn av skattesvik eller skatteunndragelse. Lojalitetsstandarder i skatteloven § 14-90 tar høyde for nettopp dette, ytterligere konsekvenser for selskaper ved grenseoverskridende fusjoner kan dermed ikke nektes med den begrunnelsen at det er fare for skatteunndragelse.

¹⁰⁸ Sak E-1/04, Fokus.

¹⁰⁹ Sak E-1/04, Fokus, premiss 33.

¹¹⁰ Andreas Bullen, *EU, EØS OG SKATT*, 1. utg. 2005 s.496.

7.2.4 Kontrollhensyn

Manglende kontrollhensyn har blitt påberopt for å rettferdiggjøre restriksjonen. Undertiden kan grenseoverskridende aktiviteter medføre vanskeligheter for staten å innhente og kontrollere opplysninger som er nødvendige for å foreta en korrekt beskatning av inntekten.

Den norske lovgiver har flere alternativer for å sikre skattekontroll. Etter dagens rettstilstand har vi flere lovverk som bør anses tilstrekkelig for å hindre emigrasjon av skattefundamenter.¹¹¹ Det vises tilskatteloven § 14-60 flg og vi har også incentiver for bistand etter Konvensjonen om gjensidig bistand av 25. januar 1988 om gjensidig bistand i skattesaker og skatteavtaler med alle EØS-statene, unntatt Liechtenstein, i samsvar med artikkel 26 i OECDs mønsteravtale.

¹¹¹ Andreas Bullen, *EU, EØS skatt*, 1.utg. s. 551.

8. Er lempingsadgangen i tråd med EØS-avtalen?

8.1 Innledning

Det viktigste spørsmålet er om Norges forpliktelser etter EØS-avtalen anses likevel oppfylt da det er adgang til å søke dispensasjon fra skatteplikten etter skatteloven § 11-22.

De vilkårene som er oppstilt i skatteloven § 11-1 er noe kvalitative annerledes enn de som stilles i skatteloven § 11-22. Grovt sett kan det formuleres slik; etter § 11-1 oppnås skattefritak dersom materielle vilkår er oppfylt, mens man etter dispensasjonsbestemmelsen er avhengig av det frie skjønn som er underlagt Finansdepartementet. Som sikkerhetssensur gjør alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper seg gjeldende, som innebærer at vilkåret ikke må være uforholdsmessige tyngende. Loven angir ikke hva skjønnets skal baseres på, men det mest nærliggende er at vilkåret omhandler vern av norsk skattefundament. Det kan diskuteres om dette er heldig, da Finansdepartementets avgjørelse ikke kan overprøves av domstolene, forutsatt at det gitte vilkåret ligger innenfor kompetansegrunnlagets rammer.¹¹²

Den usikkerheten om skattefritak kan oppnås samt at saksbehandlingstiden normalt er over tre måneder, er viktige faktorer i vurderingen om det likevel lønner seg å planlegge en framgangsmåte for omorganiseringen av selskaper. Når det dreier seg om transaksjoner som fusjon, er det andre deltakende selskap avhengig av at det foreligger klarsignal for at fusjonen kan gjennomføres. Investeringen i tid og penger kan være forgjeves, og nettopp på grunn av den risikoen finner mange selskaper det upraktisk eller lite lønnsomt å vurdere fusjon med et utenlandsk selskap. Dette kan vanskelig sies å være i tråd med tanken om det indre frie marked. Ved nasjonale fusjoner er det ikke vilkår om at det må påvises at det er gjort i ledd for å få virksomheten mer rasjonell og effektiv. Selv om dette vilkåret virker diskriminerende, må det antas at motivasjonen for grenseoverskridende fusjoner er nettopp det å gjøre virksomheten mer rasjonell og effektiv. Dersom dette vilkåret ikke er oppfylt, vil det ikke kunne innrømmes skattefritak. Norske myndigheter skal tilrettelegge for selskaper som ønsker å gjøre virksomheten mer konkurransedyktig, men bare i den grad det samtidig kan ivareta vernet om norske skattefundamentet.

¹¹² Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1. utg. 2006 s. 372.

Lempingsadgangen må da veies opp mot hovedregelen. Det faktum at det er adgang til å gjennomføre skattefri fusjon må tillegges vekt. Vern om skattefundamenter og lette omstilling i næringslivet med internasjonal orientering er to hensyn som ikke går hånd i hånd. For å ivareta begge hensynene er altså en kunst.

8.2 Tidligere EF-domstolens avgjørelser

Daily Mail- dommen fra EF-domstolen er av interesse i vurderingen.¹¹³ Saken gjaldt et britisk selskap som ønsket å flytte skattemessig bosted til Nederland, for å oppnå skattefordeler. Ved en emigrasjon etter nederlandske regler var det adgang til å realisere aksjer skattefritt. Ligningsmyndighetene i Storbritannia satte imidlertid vilkår om at den latente gevinsten måtte beskattes for at emigrasjonen kunne godtas. EF- domstolen kom frem til at vilkåret Storbritannia hadde satt som vilkår ikke var i strid med etableringsfriheten. Dette ble begrunnet i at selskaper i motsetning til fysiske personer kun eksisterte i henhold til nasjonal rettsorden, da det ikke var utviklet en fellesskapsrettsrett på dette tidspunktet måtte den britiske lovgivningen legges til grunn.¹¹⁴ Det vilkåret som ble stilt ble ikke kvalifisert som en begrensning i etableringsfriheten. Vilkaåret hadde en selskapsrettslig karakter som betydde at restriksjonen kunne rettfærdiggjøres ut i fra at nasjonale regler er bestemmende hva angår selskapets stiftelse og funksjoner. Det kan dermed slutes fra avgjørelsen at den enkelte medlemsstat kan fastsette om, i så fall vilkårene for at selskaper stiftet etter denne stats lovgivning kan emigrere til en annen medlemsstat.¹¹⁵ Dersom det hadde foreligget en gjeldende fellesskapsrett som fravek den interne lovgivningen, kan det fort tenkes at utfallet hadde blitt annerledes.

Videre følger det av Centros (C-212/97) og Inspire Art (C-167/01) at stiftelsesstaten alene har mulighet til å stille krav til hovedsete.¹¹⁶ Sevic (C-411/03) bekrefter at hovedseteteorien

¹¹³ Sak 81/87 Daily Mail

¹¹⁴ Domspremiss 19

¹¹⁵ Andreas Bullen, *EU, EØS OG SKATT*, 1.utg. 2005 s. 259.

¹¹⁶ Professor, dr. jur. Karsten Engsig Sørensen i NTS 2009 hefte nr. s. 21.

ikke skal legges til grunn ved grenseoverskridende fusjoner, med utgangspunkt i etableringsretten.¹¹⁷

Sevic- dommen hvor det ble tatt opp spørsmål om begrensningen i grenseoverskridende fusjon var i tråd med fellesskapsrettens regler om fri etableringsrett.¹¹⁸ Saken gjaldt ønske om fusjon mellom et tysk selskap og Luxemburgsk selskap, men hvor de tyske myndighetene nektet å registrere fusjonen i henhold til den tyske lovgivningen. Betingelsen for at fusjonen kunne gjennomføres var at alle deltakerne var hjemmehørende i Tyskland. Domstolen kom frem til at de stilte begrensningene for grenseoverskridende fusjon var i strid med EU-Traktatens/EØS-avtalenes regler om fri etableringsrett. Fellesskapsrettens regler er for å åpne adgang for fusjon over landegrensene.

Det ble konstatert at de tyske reglene var i uoverensstemmelse med regler om fri etableringsrett. Dette ble begrunnet med at det forelå bestemt selskapsrettslig vilkår for at fusjon over landegrensener kan registreres og at denne ikke er samsvar med formålet med SE-forordningen. Det var således ikke behov for å drøfte regler om fri etableringsrett da den tyske selskapslovgivningen ikke var innenfor fellesskapsrettens formål. Etter norske selskapsregler er det adgang for allmennaksjeselskaper å fusjonere med et annet lignende selskap.¹¹⁹ Norske regler oppfyller derfor sine forpliktelser til SE- forordningen, som setter krav til medlemsstatene å innføre regler som gir adgang for selskaper å fusjonere over landegrensene. Det er videre lagt til grunn i EF- domstolens praksis at medlemsstatene må tillate registrering av fusjon som skjer over landegrensene. I forlengelsen av dette kan det tenkes at mangel av korresponderende skatteregler ikke er fyllestgjørende i forhold til forpliktelser etter fellesskapsretten.

8.3 Fusjonsskattedirektivet, rådsdirektiv 90/434/EEC

EUs fusjonsskattedirektiv (90/434/EEC av 23. juli 1990) er ikke en del av EØS-avtalen og Norge er dermed ikke forpliktet til å gjennomføre direktivet i norsk skatterett. Direktivet kan

¹¹⁷Tore Bråthen i Festskrift til Helge J. Thue, 1.utg. Oslo 2007, s. 202.

¹¹⁸ C-411/03

¹¹⁹ Herunder aksjeselskaper, SE-selskap, forretningsbanker, forsikringsallmennaksjeselskap og verdipapirforetak som er organisert som allmennaksjeselskap

imidlertid virke som skranker for hvor langt Norge kan gå i forhold til våre EØS-forpliktelser ved beskatning av grenseoverskridende fusjoner og fisjoner innenfor EØS-området. Det presumeres at fusjonsdirektivet er i tråd med EØS-avtalen, og på den måten kan det legges til grunn at dersom Norges regler er i overensstemmelse med fusjonsskattedirektivet, er det ensbetydende med Norge oppfyller deres forpliktelser etter EØS-avtalen.

Direktivet har vært gjenstand for flere konkretiseringer gjennom årene, de nyeste konkretiseringer finnes i Rådets direktiv 2009/133/EF av 19. oktober 2009. I den videre fremstillingen tas utgangspunkt i sistnevnte direktiv.¹²⁰

I direktivets preambel betraktning nr. 2 er det nedfelt følgende:

”transaksjoner som fusjoner, divisjoner, delvis divisjoner, overføringer av eiendeler og utveksling av aksjer vedrørende selskaper i forskjellige medlemsstater kan være nødvendig at Fellesskapet kan skape forutsetninger for tilsvarende de som i et indre marked og dermed sørge for at en slik indre marked til å fungere skikkelig. Disse transaksjonene skal ikke bli hindret av restriksjoner, ulemper eller forvregninger som oppstår fra nasjonale skatt. Derfor, for disse transaksjonene er satt konkurransemessig nøytral skatt, slik at bedrifter kan tilpasses forholdene i det indre marked, øke produktiviteten og styrke sin konkurranseposisjon internasjonalt.”

Direktivet skal utgjøre en felles beskatningsordning som sikrer at grenseoverskridende fusjoner ikke utløser umiddelbar beskatning, samtidig som direktivet oppnår for at medlemsstatenes provenyinteresser ivaretas.¹²¹

I direktivets artikkel 4 legges det grunnlag for en løsning på problemer med skatteutgifter som følge av gevinstbeskatning. Løsning vil være at medlemsstaten gyldig kan kreve tilknytning som ivaretar provenyinteresser, uten at selskapets omorganiseringsbehov vil lide.

¹²⁰ Forholdet mellom det opprinnelige direktivet og direktiv av 2009 utgjør ikke stor forskjell, da sistnevnte direktiv baserer på direktivet av 1990.

¹²¹ Preambelet betraktning nr. 5.

I direktivets preambel betraktning 10) er tanken at aksjonærer i det overdragende selskap som mottar aksjer i det overtakende selskap ikke skal utløse noen form for beskatning av aksjonærene. Artikkel 8 regulerer beskatningsspørsmålet ved aksjonærer i det overdragende selskap. Her legges det til grunn at fusjon ikke skal medføre beskatning i form av inntektsbeskatning, overskudd/profitt eller kapitalgevinst. Ved grenseoverskridende fusjoner kan aksjonærer unntas for denne type beskatning dersom vilkårene oppfylles. Etter direktivet forutsettes det at aksjonærer i det overdragende selskap skal motta aksjer fra det overtakende selskap. I tillegg kan det ytes kontantvederlag som utgjør inntil 10 prosent av aksjenes pålydende verdi. Videre betinger skattefrihet etter artikkel 8 et kontinuitetsprinsipp.

Etter artikkel 8, fjerde avsnitt kommer skattefrihet bare til anvendelse dersom aksjonærer som mottar vederlagsaksjer ikke søker å gi de mottatte aksjer en høyere skattemessig verdi enn de aksjene som er overbrakt. Sammenlignet med lempingspraksis vilkår om at skattemessig inngangsverdi på vederlagsaksjene må settes lik skattemessig inngangsverdi på de realiserte aksjene på realisasjonstidspunktet, ser vi store likheter. På den måten gjennomføres transaksjonen med skattemessig kontinuitet samt at aksjonærer ikke får bedre fordel enn nasjonale aksjonærer.

Medlemsstatene beholder myndigheten til å beskatte etter deres interne regler og kan skattelegge etterfølgende avhendelse av vederlagsaksjene.¹²² Hva angår kontantvederlaget som gis i tillegg til vederlagsaksjene er skattepliktige etter medlemsstatenes normale regler.¹²³

Det følger av direktivet at hensynet til medlemmenes skattefundamenter kan være i hovedfokus ved utarbeidelsen av regler om grenseoverskridende fusjoner. Medlemsstatene kan sette nærmere vilkår for å gjennomføre transaksjonen. Eksempelvis kan det vises til tysk rett hvor det ble vedtatt regler om skattefri fusjon, (som trådte i kraft med virkning fra 13. desember 2006) det forutsettes at Tyskland ikke skal miste beskatningsretten til de overførte eiendeler og gjeld, dermed er det vilkår om at det skal overføres til et fast driftssted i Tyskland.

¹²² Direktivets artikkel 8 annet ledd, annet avsnitt.

¹²³ Direktivets artikkel 8 fjerde ledd, jf artikkel 2(a), 2 (b) og 2 (d).

Direktivet operer på den måten at aksjonærer i grenseoverskridende fusjoner får automatisk skattefritak når materielle vilkår er oppfylt. Etter lempingsadgangen må aksjonærer i grenseoverskridende fusjoner søke om skattefritak, og vurderingskriterier baserer på Finansdepartementets frie skjønn. Vilkårene for skattefritak er dog i hovedsak sammenfallende. Det kan dermed tenkes at Norges forpliktelser til EØS-avtalen er behold. Motargumentet er her at aksjonærer som ønsker å delta i grenseoverskridende fusjoner er avhengig av samtykke. Etter fusjonsskattedirektivet er medlemsstatene pliktet til å innføre regler i samsvar med de prinsipper gitt i direktivet, dermed vil skattyter i et medlemsstat stille seg bedre enn norske aksjonærer.

Dog kan det spørres hvilken betydning de retningslinjer angitt i regler om etableringsfriheten har, dersom de må suppleres med et direktiv for å klarlegge skatterettslige delen av grenseoverskridende aktiviteter. Det er åpenbart at direktivet har fordeler for seg, som forutberegnelighet og forpliktelser. Likevel må man ikke glemme at Norge ikke er bundet av direktivet på grunn av manglende deltakelse i EU. Følgelig kan det spørres om det er til en viss grad lite naturlig at Norge likevel må anses bundet til direktivet i den forstand at nasjonale skatteregler må harmoniseres med denne.

Det er flere argumenter som gjør seg gjeldende mot harmonisering av intern skatterett og EF-skatterett. Det vesentligste er hensynet til norske provenyinteresser. Når det norske overdragende selskap flyttes ut av landet, er dette ensbetydende med at skattefundamenter flyttes til det overtakende selskapets hjemland. Likevel må dette hensynet nyanseres. Tapte skatteinntekter grunnet økt harmonisering kan tenkes avhjelpest ved at selskaper får høyere skatteinntekter ved at skattelempe gis. For eksempel selskap A har mindre kapital som følge av skatteplikt, og får dermed ikke effektivisert selskapets virksomhet. Dersom skattelempe gis, kan det tenkes at selskapet får gjort seg konkurransedyktig og således vil skatteinntekter økes.

8.4 Høringsnotat - om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet av 18. januar 2010

Finansdepartementet har 18. januar sendt ut et høringsnotat om utvidelse av området for lovfestet skattefri omorganisering mv.

De grunnleggende prinsippene om nøytralitet, symmetri, kontinuitet og samordning er lagt i grunn som utgangspunkt for arbeidet med høringsnotatet.¹²⁴ Bakgrunnen for arbeidet med høringsnotatet er blant annet å redusere individuelle søknader til Finansdepartementet om skattefritak ved omorganiseringer.¹²⁵ Departementet ser behovet for utvidelser av fritaksreglene som gjelder blant annet ved fusjon. Hvor lempingspraksisen skal lovfestes, og fritaksreglene i skatteloven skal baseres på prinsippene i EUs fusjonsdirektiv.¹²⁶

Finansdepartementet ser det hensiktsmessig at skattereglene må tilpasse selskapsreglene i EØS som tillater fusjon over landegrensene.¹²⁷ Endringer må imidlertid foretas hvor skattefritak bare kan gjennomføres ved nasjonale fusjoner. Det er foreslått at den skattemessige reguleringen av fusjon og fisjon over landegrensene reguleres i en ny paragraf i skatteloven § 11-11.¹²⁸ og at dette fremgår av skatteloven § 11-1 annet ledd og skal lyde følgende:

”§ 11-11 Fusjon og fisjon over landegrensene eller i annen stat

(1) Ett eller flere aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper hjemmehørende i Norge kan fusjonere med ett eller flere selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende i annen EØS-stat uten skattlegging av selskapene og aksjonærene når fusjonen skjer etter kapittel 13 i aksjeloven eller kapittel 13 i allmennaksjeloven. Annet vederlag enn aksjer må ikke overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. Bestemmelsene i §§ 11-6, 11-7, 11-9 og 11-10 gjelder tilsvarende så langt de passer.

(2) Fisjon av et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, hvor de deltakende selskapene er eller skal være underlagt lovgivningen i minst to forskjellige EØSstater, kan gjennomføres uten beskatning av selskapet og aksjonærene når fisjonen skjer etter kapittel 14 i aksjeloven eller kapittel 14 i allmennaksjeloven. Bestemmelsene i §§ 11-6 til 11-10 gjelder tilsvarende så langt de passer.

¹²⁴ Høringsnotat av 18.01.10 punkt 5.2.1.

¹²⁵ Høringsnotat av 18.01.10 punkt 5.2.2.

¹²⁶ Høringsnotat av 18.01.10 punkt 19.

¹²⁷ Høringsnotat av 18.01.10 punkt 16.5.1.

¹²⁸ Høringsnotat av 18.01.10 punkt 16.5.1.

(3) Et europeisk selskap eller et europeisk samvirkeforetak kan stiftes ved fusjon etter § 5 i SE-loven eller § 5 i SCE-loven uten skattlegging av selskapene og aksjonærene når fusjonen gjennomføres etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder etter dette kapittel. Ved flytting av et europeisk selskap eller et europeisk samvirkeforetak etter § 7 i SE-loven eller § 7 i SCE-loven gjelder bestemmelsene i dette kapitlet tilsvarende så langt de passer.

(4) Skattefritak som nevnt i første til tredje ledd forutsetter at det overdragende selskapets virksomhet med tilhørende eiendeler, rettigheter og forpliktelser blir skattepliktig til Norge etter § 2-3 første ledd bokstav b når det overtakende selskapet ikke er hjemmehørende i Norge.

(5) Overføring av samtlige aksjer i aksjeselskap eller allmennaksjeselskap hjemmehørende i Norge mot aksjer i selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i en stat utenfor EØS, kan gjennomføres uten skattlegging av aksjonærene når transaksjonen gjennomføres etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder etter dette kapittel. Dette gjelder likevel ikke når det utenlandske selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland, jf. § 10-63.

(6) Fusjon og fisjon av selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende i annen EØS-stat kan gjennomføres uten beskatning av selskapet og aksjonærene når transaksjonen gjennomføres i samsvar med loven i den stat hvor det overtakende selskap er hjemmehørende og de vilkår som gjelder etter dette kapittel. For overføring av overdragende selskaps virksomhet som er skattepliktig til Norge etter skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b, gjelder fjerde ledd og § 11-7 tilsvarende.

(7) Fusjon mellom to eller flere selskaper med begrenset ansvar hjemmehørende utenfor EØS og fisjon av et selskap med begrenset ansvar hjemmehørende utenfor EØS kan gjennomføres uten beskatning av aksjonærene og selskapene når fusjonen skjer etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder etter dette kapittel. Dette gjelder likevel ikke når ett eller flere av selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i et lavskatteland, jf. § 10-63. Første og annet punktum gjelder tilsvarende ved overføring av aksjer i et selskap hjemmehørende utenfor EØS til et annet selskap hjemmehørende utenfor EØS mot vederlag i aksjer.

(8) Departementet kan gi forskrift om plikt for overdragende selskap og aksjonærer til å gi opplysninger om gjennomføringen av transaksjoner som nevnt i

denne paragraf.”

Skattemessig kontinuitet foreslås og gjelde like strengt for grenseoverskridende fusjoner, men særskilt lovregulering på dette punkt anses ikke nødvendig. Skattefrihet ved fusjonen er imidlertid ikke til hinder for at Norge kan beskatte gevinster ved senere realisasjon av vederlagsaksjene, slik som ved realisasjon av aksjene i det overdragende selskapet.

For å ivareta det norske skattefundamentet er det etter fusjonsskattedirektivet adgang til å sette vilkår for gjennomføringen, vilkåret kan være at de skattemessige verdier og eiendeler og gjeld knyttet til det overdragende selskapet videreføres av det overtakende selskapet i en filial i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende.¹²⁹ Eksempelvis kan det vises til tysk rett, hvor omorganiseringen er skattefri dersom alle eiendeler og gjeld overføres til et fast driftsted i Tyskland.¹³⁰

For å ha mest mulig effektive interesser som skal beskytte skattefundamentet er det foreslått særlige regler om opplysningsplikt for aksjonærer i utenlandske selskaper som er skattepliktige til Norge.¹³¹

Når det angår tilleggsvederlag er det foreslått at 20 prosent rammen skal også gjelde ved grenseoverskridende fusjoner som ved nasjonale fusjoner. Etter fusjonsskattedirektivet er det tillatt å overstige den angitte ramme når et av de fusjonerende selskapene er underlagt lovgivning som tillater det.¹³² Finansdepartementet foreslår at den angitte prosent grensen i allmennaksjeloven § 13-2 første ledd nr. 2 skal gjelde fullt ut ved grenseoverskridende fusjoner uavhengig en annens lovgivning.¹³³ Dette begrunner Finansdepartementet med at det er fare for at grenseoverskridende fusjoner stilles i bedre vilkår enn ved interne fusjoner. Etter norsk selskapslovgivning har ikke deltakere ved interne fusjoner adgang til å overstige 20 prosent av det samlede vederlaget hvis denne skal gjennomføre transaksjonen skattefri.

¹²⁹ Høringsnotat 18. januar 2010 punkt 16.5.1 A

¹³⁰ Høringsnotat 18. januar 2010 16.4.4

¹³¹ Høringsnotat 18. januar 2010 punkt 16.5.1 A

¹³² Se oppgavens punkt for mer drøftelse.

¹³³ Avsnittet er hentet fra Høringsnotat 18. januar 2010, punkt 16.5.1.

Videre er begrunnelsen at når det er adgang til et høyt tilleggsvederlag kan transaksjonen i realiteten dreie seg om salg av selskapet og ikke omorganisering. Lojalitetsstandarden i skatteloven § 14-90 er etter Finansdepartementet ikke lett anvendelig. Finansdepartementet foreslår med dette at adgangen til å overstige 20 prosent ikke skal legges til grunn skatterettslig.

Med det ovennevnte forslagene fra Finansdepartementet kan det konkluderes at de foreslåtte regler klart er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Motivasjonen bak høringsnotatet er imidlertid ikke på bakgrunn av frykt for at nåværende regler er i strid med EØS-avtalen. Finansdepartementet begrunner forslagene med at det er et mål å redusere individuelle søknader om skattefritak ved omorganiseringer. Det kan slutes ut i fra begrunnelsene fra Finansdepartementet at oppfatningen ikke har vært at norske skatteregler vedrørende grenseoverskridende fusjoner er i motstrid med EØS-avtalen.

8.5 Betydningen av Cartesio-avgjørelsen

EF-domstolen i Cartesio-avgjørelsen presiserte at kun selskaper i henhold til nasjonallovgivningen kan påberope seg EF-traktaten art. 43 (EØS-avtalen art. 31). Med dette kan en EF-medlemsstat derfor definere den tilknytning som kreves for å forbli et rettssubjekt etter denne nasjonale retten.¹³⁴ EF-domstolen skiller mellom utflyttingstilfeller. Det ene tilfellet er hvor et selskap ønsker å flytte fra en EF-medlemsstat til en annen medlemsstat ved å omdanne selskapet som reguleres av den andre medlemsstatens rett. Godkjenner den lovgivning selskapet flytter til, selskapet som sådan, har ikke stiftelsesstaten etter etableringsretten myndighet til å forhindre at dette skjer, ved å kreve oppløsning og likvidasjon, med mindre det kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.¹³⁵ I saken gjaldt vanlig utflytting av selskapets virksomhetssete uten å endre lovgivningen selskapet var underlagt. Utøvelsen av etableringsrett innebærer ikke at medlemsstatene må tillate slike transaksjoner når selskapet bryter den tilknytningen som kreves etter stiftelsesstatens nasjonal rett.¹³⁶ Dette betyr at norsk selskapslovgivning ikke må endres på

¹³⁴ Dr. Roland Mörsdorf i NTS 2009 hefte nr. 1, s. 30

¹³⁵ Professor, dr. jur. Karsten Engsig Sørensen i NTS 2009 hefte nr. s. 20.

¹³⁶ Dr. Roland Mörsdorf i NTS 2009 hefte nr. 1, s. 30.

grunn av europeisk rett, da denne faktisk åpner for at norske selskaper ikke kan flytte til andre EØS-stater uten oppløsning og avvikling i Norge. Alternativt kan norske myndigheter kreve at en viss tilknytning til Norge opprettholdes for at selskapet kan stiftes etter norsk rett og for å forbli et norsk selskap.

Denne rettsoppfatning kan tenkes å ha direkte innvirkning på fusjoner. Selskapsrettslige siden av gjennomføring av fusjon er regulert i allmennaksjeloven § 13-25, og krever ikke oppløsning og avvikling av selskapet ved fusjon. I dette må imidlertid kravet om tilknytningsvilkåret i allmennaksjeloven § 2-2 nr. 3 legges til grunn ved fusjoner. Denne rettsoppfatning synes å ha vært gjennomgående fra flere hold.

For at det skal kunne gjennomføres skattefri fusjon har ett av kravene etter Finansdepartementets praksis vært at aksjonærer skal anses bosatt i riket og at skatteplikten etter skatteloven § 2-1 tredje ledd ikke er opphørt.¹³⁷ Motsattfall vil de generelle reglene om beskatning av aksjegevinster i forbindelse med utflytting komme til anvendelse. Kravet er således en viss tilknytning til riket, for å unngå realisasjon. Videre vedtok Stortinget i forbindelse med statsbudsjett for 2009 nye regler om skattlegging av urealiserte gevinster ved uttak av eiendeler mv. fra norsk beskatningsområde.¹³⁸ Finansdepartementet forstår *uttak av eiendeler fra norsk beskatningsområde* med at eiendelen eller forpliktelsen mister sin tilknytning til norsk beskatningsområde uten at de eiendeler realiseres.¹³⁹ Endelig har Tore Bråthen diskutert forholdet mellom hovedseteteorien og stiftelsesteorien før Cartesio-avgjørelsen eksistens.¹⁴⁰ Forfatteren understreker at Norge må følge opp EF-domstolens avgjørelser og legge til stiftelsesteorien til grunn ved innflytting, og påpeker at det egentlig ikke er noe spillerom for hovedseteteorien til selskapslovgivning i EØS-området.¹⁴¹ Ved innflyttingstilfeller vil Norge være bundet til å anerkjenne selskaper stiftet etter annen EØS-stats lovgivning, dersom denne tillater utflytting av selskaper. I utflyttingstilfeller vil rettsoppfatningen være det samme, det vil si at selskaper stiftet etter stiftelsesstatens

¹³⁷ Ot. prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 30.4.2.

¹³⁸ Dr. Roland Mörsdorf og Dag Harlem Stenersen drøfter avgjørelsen i *Revisjon og Regnskap*, nr.2 2009 s. 17-18.

¹³⁹ Ot. prp. nr. 1 (2008-2009) punkt 8.1.

¹⁴⁰ Tore Bråthen i *Festskrift til Helge J. Thue*, 1.utg. Oslo 2007, s. 198 flg.

¹⁴¹ Tore Bråthen i *Festskrift til Helge J. Thue*, 1.utg. Oslo 2007, s. 209.

lovgeving er avhengig av at staten tillater utflytting for at staten selskapet flytter til, kan godkjennes som ramme for virksomhet i denne stat. Diskusjonen Tore Bråthen la frem samsvarer dermed med resultatet i Cartesio-avgjørelsen.

Dessuten er det etter fusjonsskattedirektivet tillatt for medlemsstater å kreve at eiendeler overføres til et fastdrift sted til det overdragende selskap. Disse prinsippene er fulgt av Finansdepartementet i høringsnotat av 18. januar 2010

Med det ovennevnte kan det tenkes at lempingsadgangen i skatteloven § 11-22, begrenser omfanget av traktatstridige hovedregelen i skatteloven § 11-1 annet ledd. Norsk skattelovgivning avskjærer ikke grenseoverskridende fusjoner fullt ut. Dersom skatteplikten til Norge opprettholdes, vil fusjon på nærmere vilkår kunne gjennomføres skattefrie. Med skatteplikt menes at det norske overdragende selskap og dets aksjonærer har en viss tilknytning til Norge. Mer konkret innebærer det for aksjonærer at de fortsatt anses bosatt i Norge etter skatteloven 2-1. Dersom tilknytningsvilkåret var i strid med EØS-avtalens frie etableringsrett ville det ikke vært likebehandling i skattesystemet. Et norsk selskap som ønsker å utøve virksomhet i europeiske markedet kan heller velge å la vær å gjennomføre fusjon, og i stedet opprettholde en viss tilknytning til riket slik at reglene om likvidasjonsbeskatning ikke kommer til anvendelse.

9. Avslutning

Norsk hovedregel om at skattefrie fusjoner er forbeholdt selskaper hjemmehørende i riket er konstatert i strid med EØS-avtalen art. 31. Da det er adgang til å lempe skatteplikten i skatteloven § 11-22, tas dette til inntekt for at retting av den foreliggende restriksjonen er blitt foretatt. Vilkår om tilknytning som Finansdepartementet oppstiller samsvarer med de prinsipper gitt i fusjonsskattedirektivet, i høringsnotatet og, ikke minst Cartesio-avgjørelsen.

Etter fusjonsskattedirektivet må medlemsstatene innføre regler som innehar de prinsipper direktivet er tuftet på. Norge er ikke bundet til direktivet, og Norge er således ikke forpliktet til å lovfeste lempingsadgangen særskilt. Resultatet i Cartesio-avgjørelsen bekrefter imidlertid de rettsoppfatninger som har vært gjennomgående i mange år.

I høringsnotatet er det forslått utvidelser og ytterligere regulering av det som fremgår av lempingspraksis. Lempingsadgangen er etter den ovennevnte vurdering innenfor Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, dermed vil særskilt regulering gå utover det som er nødvendig for å tilfredsstille de krav EØS-avtalen setter. Stillingen kan tenkes stå annerledes dersom fusjonsskattedirektivet var implementert i norsk rett. Etter dagens rettsstilstand tvinger ikke EØS-retten Norge å endre reglene. Det kan imidlertid tenkes at det foreligger andre grunnlag for at norske regler bør endres.

Behovet for regulering av lempingsadgangen har vært uttalt flere ganger av Finansdepartementet. Det begrunnes med blant annet at omfanget med søknader stadig øker, (utenom de tilfeller hvor fritaksmetoden anvendes). Av administrative hensyn taler det for å minske arbeidet for Finansdepartementet, og heller bruke ressurser på etterfølgende kontroll ved grenseoverskridende fusjoner. Hensyn til forberegnelighet tilsier at regelverket og rettsstilstanden bør gjøres forutsigbar og mer tilgjengelig for skattyterne. Avgjørelsen av om det skal gjøres unntak av skattelovens regler om realisasjonsbeskatning bør tillegges lovgivnings- og beskatningsmyndighetene, og ikke i form av administrative vedtak.

Videre kan det ikke ses bort fra at det er lagt omfattende arbeidet i utarbeidelsen av en fellesskapsrett. Inntakelsen av SE-forordning som er implementert i norsk rett gjennom SE-loven bør og også ha betydning i denne vurderingen. Spørsmålet reiser om det bør utformes skatteregler som harmoniserer med selskapsregler for at det mest mulig er sammenheng i

rettsystemet og at effektiviteten sikres. Grovt sagt kan man sammenligne dette med tanken om at det ikke er vits å bygge hus, når det ikke bygges inngangsdør.

Kildeliste

Lovregister

Lov av 9. juni 1961 nr. 16 (Omdanningsloven),

Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 13 juni 1980 nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)

Lov av 27.11.1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven)

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

Lov av 13.juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

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

Lov av 1. april 2005 nr. 14 om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen (SE-selskap)

Forskrifter

Forskrift til skatteloven av 19 nov. 1999 nr. 1158

Forarbeider

Norske utredninger, proposisjoner, uttalelser

NOU 1992: 29

Ot.prp. nr. 71 (1995-96).

St.meld. nr. 16 (1997-98)

Ot. prp. nr. 86 (1997-98)

St. meld. nr. 16 (1997-1998)

Utv. 1998 s. 848

Ot.prp. nr. 1 (2000-2001)

NOU 2003: 9

I St.meld. nr. 29 (2003-2004)

Ot. prp. nr.1 (2003-2004)

Høringsnotat av 14.12.2006

Ot. prp. nr. 78 (2006-2007)

St.prp. nr. 34 (2006-2007)

Ot.prp. nr. 78 (2006-2007)

Ot.prp. nr. 1 (2006-2007)

Ot. prp. nr. 1 (2008-2009)

Ot. prp. nr. 1 (2009-2010)

Høringsnotat av 18. januar 2010

Bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet

BFU 56/07 av 9. november 2007

Lignings-ABC, 18. februar 2010, Fusjon

Domsregister

Rettspraksis og uttalelser fra Norge

Rt. 2002 s.1144

Utv. 1998 s. 848

Litteraturregister

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utg. Lobo Media AS, 2006

Boye, Knut og Meyer, Christine B, *Fusjoner og oppkjøp*, 1. utg. Cappelen Akademisk Forlag, 1998

Bullen, Andreas, *EU, EØS OG SKATT*, 1. utg. Gyldendal Norsk Forlag AS 2005

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 2. utg. Focus Forlag AS 2006

Dajani, Omar G, m.fl. *EØS- avtalen og norsk skatterett*, 1. utg. Universitetsforlaget AS 2003

Folkvord, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon*, 1.utg. Gyldendal Norsk Forlag AS 2006

Gjems-Onstad, Ole, *NORSK BEDRIFTSSKATT*, 7. utg. Gyldendal Akademisk 2008

Giertsen, Johan, *Fusjon og Fisjon*, 1. utg. Universitetsforlaget AS 1999

Liland, Anders H, *Fusjon av selskaper*, 1. utg. Universitetsforlaget AS 2002

Sejersted, Fredrik m.fl. *EØS-RETT*, 2. utg. Universitetsforlaget AS 2004

Zimmer, Frederik, *Bedrift, selskap og skatt*, 3. utg. Universitetsforlaget AS 2001

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 5. utg. Universitetsforlaget AS 2005

Thue, Helge Johan, *Rett og toleranse*, 1. utg. Gyldendal Norsk Forlag AS 2007

Nordisk tidskrift selskapsrett 2009, heftenr 1.

Avgjørelser og uttalelser fra EF-domstolen

Fra EF-domstolen:

Cassis de Dijon, sak 120/78

Avoir Fiscal, C- 270/83

Daily mail sak 81/87

Baars, sak C-251/98

Inspire Art-saken sak C-167/01

Sevic-saken sak C-411/03

Cadbury Schweppes-saken sak C-196/04

Cartesio Sak C-210/06

Fra EFTA-domstolen:

Fokus Bank-saken av 23. november 2004

EU

Fusjonsskattedirektivet Rådskdirektiv 90/434/EEC av 23. juli 1990

Forordning nr 2157/2001 av 8. oktober 2001 om statutter for det europeiske selskap
(SE-forordningen)

Det tiende selskapsdirektiv Rådskdirektiv 2005/56/EF av 26. oktober 2008

Internasjonale avtaler

OECDs mønsteravtale av 1977 art. 23: "Convention of Double Taxation of the Organisation for Economic Cooperation and Developement".

Konvensjonen av 25. januar 1988 om gjensidig bistand i skattesaker.

Annet

<http://www.sivil.no/magma/2003/05/050juss.html> - 17.03.2010 kl 13.59

http://www.grette.no/Documents/romo%20Revisjon%20og%20Regnskap_cartesio-dommen_romo-dast.pdf

