

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Grenseoverskridende fusjoner

En skatterettslig analyse.

Kandidatnummer:752

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord:15894



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>TEMA OG HOVEDPROBLEMSTILLING</b> .....	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>HENSYN</b> .....	<b>2</b>
<b>3</b>	<b>TERMINOLOGI</b> .....	<b>3</b>
<b>4</b>	<b>METODISKE UTFORDRINGER</b> .....	<b>4</b>
4.1	Norsk rett .....	4
4.2	EØS rett.....	5
4.2.1	EUs 10. Selskapsdirektiv .....	8
4.2.2	Fusjonsskattedirektivet .....	8
<b>5</b>	<b>HOVEDTREKKENE I DEN SELSKAPSRETTLIGE REGULERINGEN</b> .....	<b>9</b>
5.1	Innledning .....	9
5.2	Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet.....	9
5.3	Partsforholdet.....	11
5.4	Fusjonstyper .....	12
5.5	Tilleggsvederlag.....	13
<b>6</b>	<b>VILKÅR FOR SKATTEFRIHET ETTER SKATTELOVEN § 11-11</b> .....	<b>14</b>
6.1	Innledning .....	14
6.2	Virkeområdet .....	15
6.3	Fusjonen må være gjennomført etter aksjeloven eller allmennaksjeloven kapittel 13. .....	17
6.4	Tilleggsvederlag.....	19
6.5	Avvikling av det overdragende selskapet .....	19
6.6	Skattemessig kontinuitet .....	20
6.6.1	Innledning.....	20

6.6.2	Kontinuitet på selskapsnivå.....	20
6.6.3	Kontinuitet på aksjonærnivå.....	21
<b>7</b>	<b>NÆRMERE OM KRAVET TIL SKATTEMESSIG KONTINUITET .....</b>	<b>22</b>
7.1	Norsk overdragende selskap .....	22
7.1.1	Innledning.....	22
7.1.2	Selskapsnivå .....	22
7.1.3	Norsk filial i en tredje stat .....	26
7.1.4	Aksjonærnivå.....	27
7.1.5	Er kravet til filial i strid med EØS-avtalen? .....	29
7.2	Norsk overtakende selskap .....	33
7.2.1	Innledning.....	33
7.2.2	Selskapsnivå .....	34
7.2.3	Er nektelse av underskuddsfremføring i strid med EØS-avtalen?.....	37
7.2.4	Rekkevidden av A Oy.....	38
7.2.5	Særskilt om aksjonærene i det overdragende selskapet.....	39
7.2.6	Bør det gjelde et krav om kontinuitetsbehandling i utlandet? .....	40
7.2.7	Er kravet om kontinuitetsbehandling i utlandet i strid med EØS-avtalen? ...	42
7.3	Fusjon i utlandet mellom selskaper som har norske aksjonærer eller filial i Norge... ..	47
7.3.1	Innledning.....	47
7.3.2	Selskapsnivå .....	48
7.3.3	Aksjonærnivå.....	50
<b>8</b>	<b>AVSLUTNING.....</b>	<b>52</b>
<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>53</b>
9.1	Bøker.....	53
9.2	Artikler.....	54
9.3	Internetsider .....	54
<b>10</b>	<b>ØVRIGE KILDER .....</b>	<b>55</b>

10.1	Lovregister.....	55
10.2	Forarbeider.....	55
10.3	Rettspraksis.....	55
10.4	EU-direktiver.....	56
10.5	Andre uttalelser.....	56

## 1 Tema og hovedproblemstilling

Stortinget vedtok i 2011 nye regler om grenseoverskridende fusjoner, fisjoner og aksjebytte. Reglene åpnet adgangen for at norske selskaper kan bl.a fusjonere med selskaper hjemmehørende i andre stater uten at fusjonen utløser beskatning av verken selskapet eller aksjonærene. Endringene av reglene ble satt i gang etter EFTAs overvåkningsorgan (ESA) innvending mot de norske reglene. Innvedningene knyttet seg til de norske reglene om grenseoverskridende fusjon, fisjon og flytting av selskaper. ESA konkluderte med at de norske reglene var i strid med EØS-avtalens bestemmelser om de fire friheter, og Norge ble bedt om å sette i gang tiltak for å bringe de norske reglene i overensstemmelse med våre folkerettslige forpliktelser.<sup>1</sup> Det tradisjonelle utgangspunktet om at fusjoner over landegrensene utløser beskatning, gjelder ikke lengre. Reglene for skattefrihet ved bl.a grenseoverskridende fusjoner er nå lovfestet i skatteloven § 11-11.

Problemstillingen for denne masteroppgaven er å redegjøre for det nærmere innholdet i de nye reglene om grenseoverskridende fusjoner. Oppgaven vil begrenses til fusjon, altså sammenslåinger av selskaper. En behandling av grenseoverskridende *fisjon og aksjebytte* vil bli for omfattende her. Av plassmessige hensyn avgrenses det derfor mot reglene om grenseoverskridende fisjon og aksjebytte.

Sktl. § 11-11 reiser mange tolknings spørsmål. Særlig gjelder dette kravet til skattemessig kontinuitet. Skattemessig kontinuitet er både et vilkår og en virkning for skattefritak, og går som en rød tråd gjennom skattefritaksreglene i sktl. § 11-11. Kravet til kontinuitet byr på utfordringer ved grenseoverskridende fusjoner. Hovedtyngden av denne besvarelsen vil derfor ligge på kravet til kontinuitet. Men vilkåret reiser også spørsmål om forholdet til våres folkerettslige forpliktelser. Reglene om grenseoverskridende fusjoner kom, som nevnt, etter press utenifra. I rettspraksis fra EU-domstolen er det lagt til grunn at grenseoverskridende fusjoner hører til de aktiviteter som medlemsstatene er forpliktet til å respek-

---

<sup>1</sup> Prop 78 L 2010-2011) pkt. 1

terer i henhold til de fire friheter.<sup>2</sup> Dette innebærer at norske regler må holde seg innenfor de rammer som EØS-avtalen trekker opp. Hvorvidt Norge har lyktes i dette ved vedtakelsen av sktl. § 11-11, blir også et tema her. For å få et redere bilde av regelverket er det også nødvendig å behandle de øvrige vilkårene for skattefritak ved grenseoverskridende fusjoner.

## 2 Hensyn

Reglene om skattefrihet ved fusjon i sktl. § 11-11 skal bidra til at næringslivet kan gjennomføre hensiktsmessige omorganiseringer, uten at det medfører en skattekostnad for selskapet eller aksjonærene. Næringslivet er under stadig endring og det stilles krav til omstillinger og tilpassninger. Det vil derfor være behov for å endre på måten virksomheten er organisert på. For å legge til rette for hensiktsmessige og samfunnsøkonomiske ønskede omorganiseringer, er det innført regler om skattefritak ved bl.a fusjon.<sup>3</sup> Reglene bygger på sentrale prinsipper i det norske skattesystemet. Dette gjelder særlig kravet til nøytralitet og effektivitet.<sup>4</sup> Et nøytralt skattesystem innebærer at skatt i minst mulig grad påvirker skattyterens økonomiske adferd, og at de investeringene som gir høyest avkastning før skatt også gir størst avkastning etter skatt. Lovfestning av skattefritak ved grenseoverskridende fusjoner sikrer også forutberegnelighet for skattyteren. Det blir mindre usikkerhet knyttet til den skattemessig behandlingen av konkrete transaksjoner. Dette bidrar også til å sikre effektivitet i økonomien.<sup>5</sup>

Hensynet til å legge til rette for grenseoverskridende fusjoner kolliderer med hensynet til å *verne om det norske skattefundamentet*.<sup>6</sup> Hensynet tilsier at ingen eiendeler, rettigheter eller forpliktelser mister tilknytning til Norge ved fusjonen. Sagt på en annen måte; inntekter og

---

<sup>2</sup> Se punkt 3.2

<sup>3</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 3

<sup>4</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 3

<sup>5</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 3

<sup>6</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 3

formue som er oppstått i Norge skal også skattelegges her. Dersom eiendeler mv. mister slik tilknytning, vil Norge stå i fare for å miste beskatningsretten på gevinster og inntekter som er oppstått i Norge. Dette kan for eksempel skje når en virksomhet med tilknyttede eiendeler, rettigheter og forpliktelser samtidig med fusjonen flyttet til utlandet, slik at eventuell gevinst knyttet til eiendelen ikke lenger er gjenstand for realisasjonsbeskatning i Norge. En eiendel kan også miste tilknytning til norsk beskatningsområde der det overdragende norske selskapet i fusjonen har objekter knyttet til en filial i en annen stat, og skatteavtalen med den andre staten gir anvisning på en kreditmetode for unngåelse av dobbeltbeskatning. For å verne om det norske skattefundamentet er det vedtatt regler om skatt på uttak av eiendeler mv. fra norsk beskatningsområde i sktl. § 9-14. Reglene om skattefritak bygger på en forutsetningen om at eiendeler, rettigheter og forpliktelser forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen.

En kan stille spørsmål om slike regler er i samsvar med de fire friheter under EØS-avtalen. At hensynet til rettmessig fordeling av skattefundamentet kan forsvare restriksjoner på blant annet etableringsfriheten, er presisert av EU domstolen en rekke ganger.

Videre vil reglene om skattefritak ved fusjon også kunne sikre at transaksjonen gjennomføres som en *reell* fusjon. De selskapsrettslige reglene om fusjon skal ved siden av å legge til rette for forretningsmessig begrunnede omorganiseringer samtidig ivareta hensynet til mindretallsaksjonærene og kreditorene. At selskapsrettslige bestemmelsene om fusjon er gjort som vilkår for at skattefritak, vil styrke de hensynene som ligger til grunn for de selskapsrettslige reglene.

### **3 Terminologi**

Begrepet ”overdragende selskap” vil i denne sammenheng sikte til det selskapet som overdrar alle eiendeler, rettigheter og forpliktelser. Det ”overtakende selskapet” er det selskapet som mottar eiendelene, rettighet og forpliktelser. At transaksjonen er ”grenseoverskridende”, betyr at transaksjonen berører minst to forskjellige medlemsstater. Staten hvor det

overdragende selskapet er hjemmehørende vil betegnes som den "overdragende stat", og staten hvor det overtakende selskapet er hjemmehørende er den "overtakende stat". Med "fast driftsted" siktes det til et utenlandsk selskaps virksomhetsinntekter som er skattepliktig til Norge etter sktl. § 2-3 første ledd b. Med "filial" siktes det til virksomhetsinntekter som norske selskaper opptjener i andre stater.

## 4 Metodiske utfordringer

### 4.1 Norsk rett

Skatteloven § 11-11 om grenseoverskridende fusjoner, fisjoner og aksjebytte tok til å gjelde fra og med inntektsåret 2011 ved lov 10. juni 2011 nr. 16. Loven avløste reglene om skattefritak etter nå opphevede sktl. §§ 11-11 og 11-22. Tidligere var hovedregelen at fusjoner med selskaper hjemmehørende i andre stater utløste beskatning etter de alminnelige regler om realisasjon, likvidasjon, uttak eller utbytte. Finansdepartementet hadde likevel diskresjonær adgang til å dispensere fra de alminnelige reglene om realisasjon, mv.<sup>7</sup> Etter lovendringen er hovedregelen at fusjoner, fisjoner og aksjebytte kan gjennomføres med selskaper hjemmehørende i EØS uten skattelegging av selskapet og aksjonærene, jf sktl. § 11-11.

Det er som regel få rettskilder når det kommer til nye lover. Det går ofte noe tid fra reglene blir vedtatt til de blir prøvd for domstolene og behandlet i teorien. Dette preger også de skatterettslige reglene om grenseoverskridende fusjoner. Sktl. § 11-11 har ikke så langt blitt prøvd for norske domstoler. I teorien finnes det noen riktignok noen omtaler av sktl. § 11-11,<sup>8</sup> men noen samordning reglene. Dette må få betydning ved tolkningen. I en slik rettskildesituasjon vil ordlyden i sktl. § 11-11 få stor betydning ved den nærmere fastleggelsen av lovens innhold.

---

<sup>7</sup> Zimmer/BAHR, (2010), s 618-620

<sup>8</sup> Se Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsbeskatningsrett*, 2013; Gjems-Onstad, *Praktisk internasjonal skatterett*, 2014; Walbø, *Skattefri omorganisering mv. over landegrensene*, artikkel I og II, 2012.



Reglene om skattefritak ved grenseoverskridende fusjoner er imidlertid grundig behandlet i forarbeider, utarbeidet av Finansdepartementet, Prop 78 L (2010-2011).<sup>9</sup> Dette gjelder særlig kravet til kontinuitet. Det er imidlertid ikke tatt høyde for alle situasjoner som kan oppstå ved grenseoverskridende fusjoner, slik at man ikke får noe fullstendig bilde av regelverket kun av å se til forarbeider. Antakelig av denne grunn ble Finansdepartementet bedt om å komme med en tolkningsuttalelse om kontinuitetskravet i sktl. § 11-11. Uttalelsen er inntatt i Utv. 2011 s. 1216 (heretter tolkningsuttalelsen). Uttalelsen dreier seg hovedsak om kontinuitetskravet i sktl §§ 11-11 og 11-7. Tradisjonelt har tolkningsuttalelser blitt tillagt beskjeden vekt i norsk skatterett.<sup>10</sup> Men med det foreliggende rettskildet må uttalelsen anses for å være et viktig supplement for forståelsen av regelverket, og må få betydning for tolkningen sktl. § 11-11.

Som på alle andre rettsområder kan lovens formål og reelle hensyn tillegges vekt. I skatteretten har hensynet til symmetri og konsekvens i regelverket fått stor betydning.<sup>11</sup> For grenseoverskridende fusjoner vil hensynet til sammenheng og konsekvens i regelverket kunne være et relevant hensyn. Formålsbetraktninger vil også kunne få betydning ved tolkningen. Lovbestemmelers formål spiller stor rolle i skatteretten som ellers i rettssystemet.<sup>12</sup> Med det foreliggende rettskildet kan formålsbetraktninger antakelig ikke tillegges noen mindre vekt enn ellers. Formålet med sktl. § 11-11 er å legge til rette for at næringslivet kan organiseres på en optimal måte. Samtidig søker bestemmelsen å legge til rette for at dette kan skje uten at det norske skattefundamentet svekkes.

## **4.2 EØS-rett**

EØS-avtalens hoveddel er inkorporert i norsk rett ved EØS-loven, lov nr. 109 1992, og de fire friheter kan derfor påberopes av norske selskaper og borgere for norske myndigheter

---

<sup>9</sup> Prop. 78 L (2010-2011), *Kapittel 8 Grenseoverskridende fusjon, fisjon og aksjebytte*.

<sup>10</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, (2009) s. 56

<sup>11</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, (2009) s. 58

<sup>12</sup> Zimmer, Lærebok i skatterett, (2009) s. 58.

og domstoler i konkrete skattesaker. EØS-avtalen omfatter imidlertid ikke skatt. Norge er derfor ikke bundet av EUs direktiver og forordninger på skatteområdet. Likevel følger det av EU- og EFTA-domstolens praksis at området for direkte beskatning faller inn under område for de fire friheter.<sup>13</sup> EU- og EØS-statene er således forpliktet til å utøve sin beskatningskompetanse i samsvar med de grunnleggende fire friheter.<sup>14</sup>

Grenseoverskridende omorganiseringer er ikke særskilt regulert i EØS-avtalen og er i utgangspunktet et tolknings spørsmål. På selskapsnivå er grenseoverskridende fusjoner omfattet av etableringsfriheten. Dette ble slått fast i sak C-411/03 *SEVIC*. Spørsmålet var om avslag på en ønsket fusjon mellom et tyskregistrert overtakende selskap og et luxembourgskregistrert overdragende selskap var i strid med etableringsretten. Tyske myndigheter nektet å registrere fusjonen da det etter tysk selskapsrett kun åpnet for nasjonale fusjoner. Domstolen slo fast at anvendelsesområde for etableringsfriheten i EF-traktaten Art. 43 og 48 (tilsvarende EØS art 31 og 34) omfatter alle tiltak som muliggjør eller letter adgangen til en annen medlemsstat enn etableringsstaten.<sup>15</sup> Når det ikke var mulig etter tysk intern rett å foreta en fusjon mellom et selskap hjemmehørende i Tyskland med et selskap hjemmehørende i en annen stat, kom EU-domstolen til at det forelå forskjellsbehandling som utgjorde en restriksjon i strid med etableringsfriheten.<sup>16</sup> Hensynet til beskyttelse av kreditorenes interesser, minoritetsaksjonærene og de ansattes interesser, samt opprettholdelse effektiv skattekontroll og god handelsskikk kunne under visse omstendigheter begrunne restriksjoner på etableringsfriheten.<sup>17</sup> Imidlertid kom EF-domstolen til at restriksjonen gikk lengre enn nødvendig når en medlemsstat generelt nekter å registrere en fusjon mellom et

---

<sup>13</sup> Zimmer, Internasjonal skatterett (2009) s. 95

<sup>14</sup> Se f eks sak E-1/04 *Fokus Bank*, ”Som hovedregel er skattesystemet til en EFTA-stat som er part i EØS-avtalen, ikke omfattet av EØS-avtalen. EØS/EFTA-statene må imidlertid utøve sin beskatningskompetanse i overensstemmelse med EØS-avtalen.” premiss 20.

<sup>15</sup>C-411/03 *SEVIC*, premiss 18

<sup>16</sup>C-411/03 *SEVIC*, premiss 22

<sup>17</sup>C-411(03 *SEVIC* premiss 28

tysk selskap og et selskap hjemmehørende i en annen medlemsstat.<sup>18</sup> Etter dette hører grenseoverskridende omorganiseringer til de aktiviteter som medlemsstatene er forpliktet til å respektere i henhold til EØS art. 34 jf. 31. Denne forståelse av at grenseoverskridende fusjoner er omfattet av etableringsfriheten også på skatterettens område er senere bekreftet i sak C-123/11, *A Oy*.<sup>19</sup>

På *aksjonærnivå* oppstår spørsmålet om aksjonærene er beskyttet av etableringsfriheten eller kapitalbevegelsesfriheten. Aksjer i et selskap må som utgangspunkt anses som kapital og beskyttes av reglene om kapitalbevegelsesfrihet i EØS-avtalen art 40. Men på bakgrunn av C-251/98 *Baars*<sup>20</sup> vil aksjeinnhav som gir innehaveren innflytelse på selskapets *beslutninger og avgjørelser om selskapets drift* omfattes av etableringsreglene.<sup>21</sup> Hvilken frihet som kommer til anvendelse ved vurderingen av om en intern regel utgjør en ulovelig restriksjon, syntes ikke i EU- og EFTA domstolens avgjørelser å være tillagt noen avgjørende betydning.<sup>22</sup>

Retten til fritt å etablere seg på tvers av landegrensene innebærer både et diskrimineringsforbud og et restriksjonsforbud. Restriksjonsforbudet følger direkte av EØS art 31, mens i annet ledd, som beskriver hva etableringsadgangen omfatter, vises det imidlertid kun til retten til lik behandling. I avgjørelser om de fire friheter på skatterettens område følger EU-domstolen normalt det mønsteret at det først vurderes om det foreligger forskjellsbehandling mellom nasjonale og grenseoverskridende tilfeller, og på bakgrunn av dette kommer til at det foreligger en restriksjon.<sup>23</sup> Foreligger det etter dette en forskjellsbehandling, utgjør den forskjellsbehandlende skatteregelen en restriksjon på de fire friheter dersom den forbyr, medfører ulemper for eller gjør utøvelsen av etableringsfriheten mindre attraktiv. An-

---

<sup>18</sup>C-411/03 *SEVIC* premiss 30

<sup>19</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 24

<sup>20</sup> C-258/98 *Baars* premiss 21-22

<sup>21</sup> Se også C-436/00 *X og Y* premiss 37, 74-75.

<sup>22</sup> Bullen, (2005) s. 62.

<sup>23</sup> Se f eks C-411/03 *CEVIC* premiss 20 -24, C-371/10 *National Grid Indus* premiss 37.

tagelig er årsaken til denne fremgangsmåten at enhver form for skattelegging innehar et restriktivt element, og det er derfor bare nødvendig å vurdere om dette restriktive elementet gjelder også i de grenseoverskridende tilfeller eller også i de nasjonale tilfeller.<sup>24</sup>

#### 4.2.1 EUs 10. Selskapsdirektiv.

For å gjennomføre de fire friheter har EU vedtatt en rekke direktiver som medlemsstatene er forpliktet til å gjennomføre. Til forskjell fra skatteretten er selskapsretten en del av EØS-avtalen og Norge har derfor inkorporert det selskapsrettslige direktiv om grenseoverskridende fusjoner.<sup>25</sup> Det følger av direktivet at medlemsstatene skal muliggjøre grenseoverskridende fusjon av et selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i en annen medlemsstat, når de berørte medlemsstaters nasjonale lovgivning tillater fusjonen av slike selskaper. Formålet er å bidra til å sikre det indre markeds gjennomføring og funksjon.<sup>26</sup> I norsk rett er direktivet gjennomført i aksjeloven § 13-25 og allmennaksjeloven kapittel 13 del VII.

#### 4.2.2 Fusjonsskattedirektivet

EØS-avtalen omfatter i utgangspunktet verken direkte eller indirekte beskatning, jf. avtalens artikkel 1. Norge er derfor ikke forpliktet til å implementere EUs fusjonsskattedirektiv. Ved utformingen av skattereglene er det i enkelte tilfeller sett hen til fusjonsskattedirektivet.<sup>27</sup> Fusjonsskattedirektivet<sup>28</sup> er gitt for å hindre at transaksjoner mellom selskaper hjemmehørende i ulike medlemsstater blir behandlet mindre fordelaktig enn tilsvarende transaksjoner mellom selskaper hjemmehørende i samme medlemsstat. Fusjonsskattedirektivet forplikter kun EU-stater å innføre regler om fusjoner, fisjoner mv. som involverer to eller flere sel-

---

<sup>24</sup> Naas m.fl. (2011) s. 130

<sup>25</sup> Direktiv 2005/56 EF

<sup>26</sup> Prop. 78.L (2010-2011) kap 3.

<sup>27</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.2

<sup>28</sup> Direktiv 2009/133/EC

skaper fra medlemsstatene, jf fusjonsskattedirektivet Art. 1 a. Det kan derfor ikke legges til grunn at EU-statene har regler som åpner for skattefrihet ved grenseoverskridende fusjoner med selskaper hjemmehørende i EFTA-stater, herunder Norge.

## **5 Hovedtrekkene i den selskapsrettslige reguleringen**

### **5.1 Innledning**

Allmennaksjeloven § 13-25 flg. gir selskapsrettslig hjemmel for grenseoverskridende fusjoner. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for aksjeselskaper, jf asl. § 13-25. Paragrafene 13-25 til 13-36 regulerer fusjon mellom ett eller flere norske selskaper og ett eller flere selskaper med begrenset ansvar i en annen EØS-stat. Bestemmelsen gir igjen de alminnelige reglene om fusjon tilsvarende anvendelse ved fusjoner over landegrensene, jf. asl/asal. § 13-2 jf. asal. § 13-25 annet ledd a.

### **5.2 Det selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet**

Fusjonsreglene bygger på et kontinuitetsprinsipp<sup>29</sup>. Selskapsrettslig kontinuitet innebærer at det overdragende selskaps virksomhet videreføres i det overtakende selskapet, og at aksjonærene i det overdragende selskaper fortsetter som aksjonærer i det overtakende selskapet mot at de får vederlagsaksjer. Selskapsrettslig skiller det mellom nasjonale og grenseoverskridende fusjoner. Hjemmel for nasjonale fusjoner følger av asal/asl. § 13-2, mens grenseoverskridende fusjoner kan gjennomføres etter asal. § 13-25 flg, som gis tilsvarende anvendelse for aksjeselskaper, jf asl. § 13-25. Felles for dem begge er kravet til kontinuitet. Det går et hovedskille mellom selskapsrettslig kontinuitet på selskapsnivå og aksjonærnivå.

Kravet til kontinuitet på aksjonærnivå har gitt utslag i regler om begrensninger i adgangen til å gi tilleggsvederlag. Kravet om aksjeeierkontinuitet følger av asal. § 13-25 annet ledd nr. 1, jf. § 13-2 første ledd. Kontinuitet på aksjonærnivå oppnås ved at aksjonærene i det eller de overdra-

---

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) punkt 4.14.3, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) side 129

gende selskaper som vederlag for avståelsen av sine aksjer, mottar aksjer i det overtakende selskapet, dvs. blir aksjonærer i det overtakende selskapet.

Kontinuitet på selskapsnivå innebærer at det overtakende selskapet skal overta det eller de overdragende selskapers eiendeler, rettigheter og forpliktelser «som helhet», jf asal. § 13-25 annet ledd nr. 1, jf. § 13-2 første ledd. Dette betyr at det overtakende selskapets trer inn i det overdragende selskapets posisjoner som eier og som innehaver av andre formuerettigheter. Utenfor fusjon er hovedregelen at eiendeler og rettigheter kan overføres fritt.<sup>30</sup> Bestemmelsen får selvstendig betydning for rettigheter og eiendeler som ikke kan overdras. Det kan for eksempel foreligge en forkjøpsrett på eiendelen. I slike tilfeller vil bestemmelsen utgjøre hjemmel for å overføre eiendelen.

Selskapets forpliktelser skal også overdras ved fusjonen. Etter alminnelige kontraktrettslige prinsipper kan man ikke overføre sine forpliktelser til et annet rettssubjekt uten samtykke fra kreditor.<sup>31</sup> Fusjonsreglene er et unntak fra dette. Dersom fusjonen gjennomføres med kontinuitet, vil ikke fusjonen nødvendigvis medføre at kreditor får en dårligere stilling etter fusjonen når. Kreditor må imidlertid varsles om et slikt kreditorskifte, jf asl § 13-14.

Skal en transaksjon falle inn under aksjelovens fusjonsbestemmelser, må det overtakende selskapet overta et annet selskaps eiendeler, rettigheter og forpliktelser i "sin helhet" jf sktl. § 13-25 annet ledd nr. 1, jf. § 13-2. Ordlyden krever at selskapets alle eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras samlet ved fusjoner.<sup>32</sup> Kravet har sammenheng med at det overdragende selskapet oppløses etter fusjonen og også subjektet for kreditorenes krav. Motstykket er at debitorposisjonen overtas av det overtakende selskapet. Kreditorene har fortsatt eiendelene som mulige dekningsobjekter, men må etter fusjonen konkurrere med kreditorene i det overtakende selskapet om disse objektene. Når vilkåret er det samme i de

---

<sup>30</sup> Hagstrøm (2003) s. 841 flg.

<sup>31</sup> Hagstrøm, (2003) s. 856 flg.

<sup>32</sup> Giertsen, (1999) s. 97-98

grenseoverskridende tilfellene som i de grenseoverskridende tilfellene, kan det reises spørsmål om kreditorvernet blir godt nok i de grenseoverskridende tilfellene. Ved grenseoverskridende fusjoner kan debitor etter fusjonen være hjemmehørende i en annen EØS-stat, og denne staten har kanskje ikke samme grad av beskyttelse for kreditorene som det overdragende selskaps hjemstat har. Dette innebærer at kreditorene risikerer å få en dårligere beskyttelse enn de hadde før fusjonen.

### 5.3 Partsforholdet

Grunnvilkåret etter aksjeloven og allmennaksjeloven § 13-25 første ledd er at minst et norsk selskap og minst et utenlandsk selskap hjemmehørende i en annen EØS-stat. Norske deltakere i en grenseoverskridende fusjon kan være et eller flere aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper, jf asal. § 13-25. Norske deltakere i en grenseoverskridende fusjon kan enten være norske aksjeselskaper, jf asal. § 13-25, norske allmennaksjeselskaper, jf asal. § 13-25 første ledd første punktum, eller aksjeselskaper sammen med allmennaksjeselskaper, jf asal. § 13-25 første ledd siste punktum.<sup>33</sup> Adgangen til å delta i en grenseoverskridende fusjon gjelder også for andre selskaper som er organisert som et aksjeselskap i særlovgivningen.<sup>34</sup>

Videre er det et vilkår at den eller de utenlandske selskapene som deltar i fusjonen har si registrerte forretningskontor eller sitt hovedkontor i en annen EØS-stat, og det må være underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat. Kravet til forretningskontor og hovedkontor er angitt som alternativer. Mens kravet om at selskapet må være undergitt lovgivningen i en annen EØS-stat kommer i tillegg. Dette kan være en annen enn der selskapet har sitt forret-

---

<sup>33</sup> Aarbakke m.fl. (2012) kommentar til asal. § 13-25 pkt. 1.2

<sup>34</sup> Dette gjelder: forsikringsaksjeselskaper og forsikringsallmennaksjeselskaper jf. forsikringsvirksomhetsloven § 3-1, men ikke gjensidige forsikringsselskaper, jf. § 13-5 annet ledd annet punktum; forretningsbanker, jf. forretningsbankloven § 4; verdipapirforetak, jf. verdipapirhandelloven §§ 9-8 første ledd og 13-1 annet ledd; og europeiske selskaper, jf. SE-loven § 2.

ningskontor eller hovedkontor. Med lovgivning siktes det til selskapslovgivningen i den annen stat.<sup>35</sup>

Det utenlandske selskapet må ha en ”selskapsform som etter sin stats selskapslovgivning svarer til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap”, jf. sktl. § 13-25 første ledd annet punktum. Ordlyden krever noe mer enn at selskapet har begrenset ansvar. Selskapet må ha en selskapsstruktur som svarer til norske aksjeselskap og allmennaksjeselskap.<sup>36</sup> Dersom ikke kravene til det utenlandske selskapet blir møtt, vil ikke vilkårene for fusjon etter asal. § 13-25 være oppfylt og selskapene vil ikke selskapet kunne fusjonere med det norske selskapet.

#### **5.4 Fusjonstyper**

Etter asal. § 13-25 annet ledd nr. 1, jf. 13-2 kan fusjoner gjennomføres på ulike måter. Kjennetegnet er at et selskap overdrar hele sin virksomhet til et annet selskap, mot at aksjonærene i det overdragende selskapet får et vederlag som i hovedsak består av aksjer i det overtakende selskapet. Det overtakende selskapet kan være et eksisterende selskap, ofte kalt fusjon ved opptak, eller det kan stiftes samtidig med fusjonen, gjerne kalt fusjon ved nystiftelse.

Dersom et (allmenn)aksjeselskap eier samtlige aksjer i et annet selskap, kan datterselskapet innfusjoneres i morselskapet etter en forenklet saksbehandling, jf. asal. § 13-36 og asal. § 13-36. Eiendeler mv. i datterselskapet overføres til morselskapet. Siden aksjeselskaper ikke kan utstede aksjer til seg selv, ytes det ikke noe fusjonsvederlag. Skatteposisjonen innbetalt kapital på aksjene som morselskapet hadde i datterselskapet, bortfaller. Det samme må gjelde inngangsverdien på aksjene i datterselskapet.

---

<sup>35</sup> Aarbakke m.fl. (2012) kommentar til asal. § 13-25 pkt 1.3

<sup>36</sup> Aarbakke m.fl. (2012) kommentar til asal. § 13-25 pkt 1.3



Aksjeloven og allmennaksjeloven åpner ved nasjonale fusjoner også for at aksjer i et annet selskap innen samme konsern som det overtakende selskap, kan ytes som fusjonsvederlag, jf asl/asal. § 13-2 annet ledd, gjerne kalt trekantfusjoner. Det overdragende selskapets eierdeler, rettigheter og forpliktelser overføres i sin helhet til det overtakende selskapet. Aksjonærene i det overdragende selskapet mottar fusjonsvederlag i form av aksjer i det overtakende selskapets morselskap. Vilkåret er at det overtakende selskapet må tilhøre et konsern og ett eller flere av konsernselskapene må ha samlet mer enn 90 prosent og stemmene på generalforsamlingen i det overtakende selskapet. Selskapsrettslig kan trekantfusjoner kun gjennomføres nasjonalt, jf. manglende henvisningen til § 13-2 annet ledd i asal. § 13-25. Departementet la til grunn at trekantfusjoner er et særnorsk fenomen.<sup>37</sup> Men i hvert fall Nederland og Østerrike har regler om trekantfusjoner.<sup>38</sup> Etter fusjonsskattedirektivet er det ikke oppstilt noe krav om at medlemsstatene må ha regler om grenseoverskridende trekantfusjoner. Videre er ikke trekantfusjoner omfattet av EUs tiende selskapsdirektiv. Men det kan følge av EØS-avtalens regler om etableringsfrihet at statene må tillate grenseoverskridende trekantfusjoner.<sup>39</sup> Denne forskjellsbehandlingen av nasjonale og grenseoverskridende fusjoner kan være en restriksjon i strid med etableringsfriheten under EØS-avtalen.<sup>40</sup> Av plassmessige hensyn vil ikke denne problemstillingen forfølges videre.

## 5.5 Tilleggsvederlag

For at fusjonen ska kunne gjennomføres med skattefritak, stilles det etter asl/asal. § 13-2 første ledd nr 2 jf. asal. § 13-25 krav til eierkontinuitet. Selskapsrettslig er hovedregelen at tilleggsvederlaget ikke kan overstige 20 prosent av det samlede vederlaget, jf asl. og asal. § 13-2 første ledd 2. 80 prosent av vederlaget må bestå av aksjer. For grenseoverskridende fusjoner gjelder det imidlertid et unntak. Grensen er preseptorisk. Tilleggsvederlaget kan settes høyere enn 20 prosent dersom det etter lovgivningen i et av de deltakende selskapene

---

<sup>37</sup>Ot.prp 78 L (2007-2008) pkt. 3.1.2.2.

<sup>38</sup>Damgaard, (2012) s. 206.

<sup>39</sup>Damgaard, (2012) s. 206.

<sup>40</sup>Damgaard, (2012) s. 206 flg.

er underlagt er adgang til å gjennomføre fusjon med tilleggsvederlag som overstiger 20 prosent. Grensen er preseptorisk. Settes tilleggsvederlaget høyere det loven tillater, er det ikke tale om fusjon etter aksjeloven.<sup>41</sup>

Ordlyden krever ikke at tilleggsvederlaget ytes av det overtakende selskapet. Tilleggsvederlaget kan derfor også ytes av det overdragende selskapet. Det er aksjeeierne i det overdragende selskapet som skal motta vederlaget i aksjer og tilleggsvederlaget. Det kan reises spørsmål om ikke tilleggsvederlaget også må ligge innenfor selskapets frie egenkapital. Begrensningen til fri egenkapital gjelder dersom tilleggsvederlaget skal anses som utbytte etter asl/asal. § 8-1. Men fusjon er regnet opp som en egen form for utdeling, jf. asl/asal. § 3-6 første ledd og faller antakelig utenfor utbyttebegrepet.<sup>42</sup>

## **6 Vilkår for skattefrihet etter skatteloven § 11-11**

### **6.1 Innledning**

Hovedregelen er at grenseoverskridende fusjoner ikke utløser beskatning av verken selskapet eller aksjonærene. Unntak, dvs. skattefrihet, følger dersom nærmere vilkår er oppfylt. Helt overordnet er skattefrihet knyttet til fem vilkår. For det første er det kun nærmere angitt fusjonstyper som kan kvalifisere for skattefritak, jf henvisingene til aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 13 i sktl. § 11-11 første og sjette ledd. For fusjoner mellom selskaper hjemmehørende i utlandet med norsk aksjonær eller begrenset skatteplikt til Norge gjelder ikke dette vilkåret, jf sktl § 11-11 femte ledd. For det andre innebærer henvisningen til aksjeloven og allmennaksjeloven kap 13 at også de øvrige selskapsrettslige reglene må overholdes. For det tredje er det et hovedvilkår om kontinuitet i eierposisjonene, dvs at eierforholdet må være hovedsakelig det samme før og etter fusjonen, jf sktl. § 11-11 første og sjette ledd. Dette har gitt seg utslag i begrensninger i adgangen til å gi tilleggsvederlag.

---

<sup>41</sup> Giertsen (1999) s. 119

<sup>42</sup> Giertsen (1999) s. 127

For fusjon mellom selskaper hjemmehørende i utlandet gjelder ikke vilkåret om at fusjonen må gjennomføres etter asl/asal. kapittel 13 og reglene om tilleggsvederlag, jf sktl. § 11-11 femte ledd. For det fjerde må fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Vilka-  
ret gjelder generelt jf. henvisningen til sktl § 11-7 i sktl § 11-11 første, femte og sjette ledd. Sktl. § 11-7 slår fast det skatterettslige kontinuitetsprinsippet. Skatterettslig kontinuitet er et krav om at skattemessige verdier og posisjoner videreføres ved fullført fusjon. Kontinui-  
tetskravet gjelder både på aksjonærnivå og selskapsnivå, jf sktl. § 11-11 første og fjerde ledd. For fullt skattefritak er det i tillegg oppstilt som vilkår at ingen eiendeler, rettigheter eller forpliktelser mister tilknytning til norsk beskatningsområde, jf sktl § 11-11 tredje ledd. For det femte må det overdragende selskapet oppløses og avvikles straks etter overdragel-  
sen, jf sktl. § 11-9.

## 6.2 Virkeområdet

Skatteloven § 11-11 regulerer i hvilke tilfeller reglene om skattefritak kommer til anvende-  
else. For grenseoverskridende fusjoner etter sktl. § 11-11 første eller sjette ledd er det vil-  
kår om at minst ett av selskapene skattemessig er hjemmehørende i Norge. Et selskap anses  
som hjemmehørende i Norge når det er skattepliktig etter § 2-2 første ledd. Reglene om  
skattefritak kommer ikke til anvendelse hvis et av eller flere av de involverte selskapene er  
hjemmehørende i et lavskattland utenfor EØS eller er hjemmehørende i et lavskattland in-  
nenfor EØS som ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i den EØS-staten,  
jf sktl § 11-11 syvende ledd. Hvilke land som skal regnes som lavskattland fremgår av sktl.  
§ 10-63.<sup>43</sup>

Hva som skal til for at et selskap anses for ”hjemmehørende i riket”, jf sktl. § 2-2 første  
ledd er ikke helt avklart, i hvert fall ikke hva gjelder norsk registrerte selskaper. Ordlyden  
gir begrenset veiledning. Som et utgangspunkt er det klart at bestemmelsen ikke sikter til

---

<sup>43</sup>Kriteriene for hvilken land som skal anses som lavskattland er omfattende. Det vil føre for langt å gjøre  
nærmere rede for disse her. Se nærmere Naas m.fl, (2011) s. 598 flg.

formelle kriterier.<sup>44</sup> Hva som kreves er altså et tolknings spørsmål. Vurderingen vil kunne slå ulikt ut etter i hvilken *stat* selskapet er stiftet.<sup>45</sup> I forarbeider tas det utgangspunkt i selskapets reelle tilknytningsforhold til Norge.<sup>46</sup> I grensetilfellene legges det avgjørende vekt på om selskapets virkelige ledelse, dvs. hvor styret leder selskapet fra, finner sted i Norge.<sup>47</sup> Men det kan ikke utelukkes at det skal foretas en bredere vurdering hvor andre tilknytningsfaktorer enn stedet for ledelse på styrenivå: I Rt. 2002 s. 1144 (straffesak) var det spørsmål om straffansvar for manglende innlevering av selvangivelse for selskaper stiftet i Panama og på Kypros. Prejudisielt måtte det tas stilling til om selskapene var hjemmehørende i Norge, noe Høyesterett kom til at de var. Førstevoterende uttalte at ”et utenlandsk selskap anses skattemessig hjemmehørende i Norge dersom selskapet reelt sett anses ledet fra Norge.”(s. 1147). Formuleringen er noe videre enn lagmannsrettens: Aksjeselskaper ”må anses hjemmehørende i Norge dersom selskapets *faktiske ledelse på styrenivå* finner sted i Norge.” (min kursivering). På bakgrunn av dette fremstår vilkåret om ”hjemmehørende i riket” som noe uklart.<sup>48</sup>

Kriteriene for hvor et selskap er hjemmehørende kan variere mellom statene. Det kan derfor tenkes at et selskap er hjemmehørende i to stater etter statenes interne rett. I forhold til de norske hjemmehørende-kriteriene vil dette typisk kunne skje dersom den annen stat legger andre og mer formalistiske kriterier til grunn enn reell ledelse slik som i norsk rett.<sup>49</sup> Mønsteravtalens utgangspunkt er at selskapet skal anses hjemmehørende i den stat hvor selskapet har alminnelig skatteplikt, jf. Mønsteravtalen art. 4. (1). Dersom selskapet anses hjemmehørende i begge statene etter deres interne rett, er det Mønsteravtalenes art 4. tredje ledd som angir hvordan hjemstaten skal fastsettes. Generelt kan det sies at hovedkriteriet er sete for selskapets virkelige ledelse (”place of effective management”) jf. Mønsteravtalen

---

<sup>44</sup>Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett (2009) s. 126

<sup>45</sup>Naas m.fl (2011) s. 177 pkt. 4.3.3.1

<sup>46</sup>Ot.prp nr. 86 (1997-1998) s. 33

<sup>47</sup>Naas m.fl (2011) s. 171

<sup>48</sup>Se nærmere Naas m.fl (2011) s.170 flg. om hjemmehørende-kriteriene.

<sup>49</sup>Naas m.fl (2011) s. 184 pkt. 4.7.1

art 4 (3). Antakelig må samme legges til grunn for ”hjemmehørende”-kriteriene i sktl. § 11-11.

### **6.3 Fusjonen må være gjennomført etter aksjeloven eller allmennaksjeloven kapittel 13.**

Etter ordlyden i sktl. § 11-11 første og sjette ledd gjelder det krav om at fusjonen må være gjennomført etter reglene i aksjeloven eller allmennaksjeloven kapittel 13. Ordlyden krever at både de materielle og prosessuelle selskapsrettslige reglene i asl/asal kap. 13 overholdes. De materielle reglene - hvilke fusjoner som kan gjennomføres etter sktl. § 13-25 - er behandlet ovenfor under pkt. 5.4. Spørsmålet her er om også de prosessuelle reglene må overholdes.

Tidligere gjaldt det et vilkår om at fusjonen måtte gjennomføres på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler i tillegg til vilkåret om at fusjonen måtte gjennomføres etter aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 13. Vilkaeret ble opphevet samtidig med innføringen om skattefritak ved grenseoverskridende omorganiseringer.<sup>50</sup> Hvilken betydning dette har fått for reglene om fusjon er uklart. Ut fra en språklig forståelse av § 11-11 første og sjette ledd må også de prosessuelle bestemmelsene i aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 13 overholdes. Dette er først og fremst aksjerettslige regler om krav til dokumentasjon og den nærmere saksbehandlingen i forbindelse med fusjonen og fisjonen. En slik forståelse av vil imidlertid bety at opphevelsen av lovlighetsvilkåret ville ha lite realitet.

Henviisningen i skattelovgivningen til de aksjerettslige fusjonsreglene som nå er inntatt i aksjeloven kapittel 13, ble vedtatt ved lovreguleringen av skattefritaket for fusjoner og fisjoner i 1997. Det følger av forarbeider at formålet med henviisningen var å regulere hvilke

---

<sup>50</sup> Endringslov 10. juni 2011 nr. 16

*typer* sammenslåinger som skulle aksepteres med skattemessig kontinuitet, mens det ikke er holdepunkter for at meningen var å oppstille et skattekrav om å overholde alle de aksjerettslige reglene om fusjon.<sup>51</sup>

Før opphevelsen voldt lovlighetsvilkåret ved fusjoner og fisjoner usikkerhet og kritikk.<sup>52</sup> I Utv. 2003 s. 796 la Finansdepartementet til grunn at det måtte gjelde et *vesentlighetskrav* forankret i et forholdsmessighetsprinsipp. Reelle hensyn og formålsbetraktninger tilsa at ikke enhver feil ved gjennomføringen skulle medføre bortfall av skattefritaket.<sup>53</sup> Formelle feil skulle altså ikke få dramatiske virkninger. Dette synspunktet ble fulgt opp i Rt. 2005 s. 86.<sup>54</sup> Opphevelsen av lovlighetsvilkåret har på den andre siden ikke medført noen oppklaring av rettsstilstanden. I Finansdepartementets begrunnelse for opphevelse av lovlighetsvilkåret, står det: ”Departementet anser kravene til fusjons- og fisjonstyper, skattemessig kontinuitet for selskaper og aksjonærer og tilleggsvederlag som de vesentlige vilkårene for at fusjon eller fisjon skal kunne gjennomføres skattefritt.” På samme sted: ”Videre er de selskapsrettslige reglene om gjennomføring av fusjon og fisjon fastsatt av andre hensyn enn de skatterettslige. Disse reglene er først og fremst fastsatt av hensyn til å beskytte interesser hos private parter som aksjeeiere, kreditorer og ansatte. Det kan da virke uforholdsmessig om brudd på de selskapsrettslige reglene utløser beskatning på selskaps- og aksjonærnivå dersom fusjonen eller fisjonen kan gjennomføres tross feilen. Slike rettsvirkninger kan gå ut over de samme private parter som reglene skal beskytte.”<sup>55</sup> I høringsnotatet om bl.a.

---

<sup>51</sup> Ot.prop. nr. 71 (1995-96) s 12 flg.

<sup>52</sup> Zimmer/BAHR *Bedrift, selskap og skatt* kap. 26.7.4

<sup>53</sup> Talmo (2012)

<sup>54</sup>Spørsmålet i saken var om fisjon kunne gjennomføres med skattefritak. Vilåret var at fisjonen "gjennomføres på lovlig måte etter selskapsrettslige ... regler.", tilsvarende nå opphevede lovlighetsvilkåret i sktl. § 11-2 annet ledd. Ved ligningen ble det lagt til grunn at vilåret ikke var oppfylt når det ikke fremgikk av protokollen at innehaveren aksjonærens aksjer var innløst. Om dette uttalte Høyesterett (avsnitt 35) at man står overfor en "ren protokollasjonsmangel" som måtte anses som en uvesentlig feil som ikke kunne få betydning for skattefritaket.

<sup>55</sup> Prop. 78 L (2010-2011), pkt. 7.5.1

opphevelsen av lovlighetsvilkåret uttalte Finansdepartementet at konsekvensen av å fjerne lovlighetsvilkåret vil være at ”transaksjonen må legges til grunn i forhold til skattereglene, med mindre den etter selskapslovgivningen er ugyldig.”<sup>56</sup> På bakgrunn av dette skal det etter mitt syn ikke være grunnlag for å tilsidesette skattefritaket som følge av brudd på selskapsrettslige saksbehandlingsregler med mindre feilen faktisk har ført til ugyldighet. Henvisningen til kapittel 13 i aksjeloven og allmennaksjeloven innebærer antagelig ikke mer enn at reglene om fusjonstyper samt tilleggsvederlag må overholdes.<sup>57</sup>

#### **6.4 Tilleggsvederlag**

Som nevnt kan det på samme måte som for nasjonale fusjoner gis et tilleggsvederlag ved grenseoverskridende fusjoner, jf asl/asal. § 13-2 jf. asal. § 13-25. Tilleggsvederlaget kan i visse tilfeller settes høyere, jf pkt 5.5. *Skatterettslig* er reglene på dette punkt strengere. For grenseoverskridende fusjoner etter sktl. § 11-11 første og sjette ledd er det vilkår om at tilleggsvederlaget ikke overstiger 20 prosent av det samlede vederlaget. Dersom det gis et tilleggsvederlag på over 20 prosent vil fusjonen medføre beskatning. Dersom vilkårene ikke er oppfylt er det lagt til grunn i forarbeider at fusjonen anses som realisasjon av det overdragende selskapets eiendeler.<sup>58</sup> I tillegg medfører fusjonen beskatning av aksjonærene i det overdragende selskapet. Dette gjelder for fusjon mellom norsk selskaper. Det samme må kunne legges til grunn for grenseoverskridende fusjoner.

#### **6.5 Avvikling av det overdragende selskapet**

Etter sktl. § 11-9 skal er det et vilkår for skattefri fusjon at det overdragende selskapet oppløses og avvikles straks etter overdragelsen. For (allmenn)aksjeselskaper gjelder (allmenn)aksjelovens regler for slik oppløsning og avvikling. Dersom det overdragende selskapet er hjemmehørende i en annen stat er det ikke opplagt om loven krever at det over-

---

<sup>56</sup> Høringsnotat (2010) pkt 11.3

<sup>57</sup> Slik også Talmo (2012)

<sup>58</sup> Ot.prp nr. 71 (1995-1996) pkt. 2.6.1.2

dragende selskapet skal oppløses og avvikles etter de norske eller utenlandske selskapsreglene. Ordlyden tilsier at dersom det overdragende selskapet skal oppløses etter sktl. § 11-9, jf sktl. § 11-11 første ledd siste punktum. Spørsmålet har nok liten praktisk betydning etter at selskapslovgivningen er harmonisert gjennom EUs tiende selskapsdirektiv. Formodentlig må oppløsning og avvikling følge de utenlandske selskapsreglene.

## **6.6 Skattemessig kontinuitet.**

### **6.6.1 Innledning**

Skattemessig kontinuitet ved fusjoner kan deles inn i to kategorier. Den første er kontinuitet i aksjeeierposisjonene. Dette har gitt seg utslag i begrensninger til å gi tilleggsvederlag, jf pkt. 4.3 og 5.3. Det andre er kontinuitet i skatteposisjoner på selskaps- og aksjonærnivå. Her gis det kun en kort oversikt over hovedtrekkene i kontinuitetsprinsippet. De særlige problemstillingene som kontinuitetskravet reiser ved grenseoverskridende fusjoner behandles under punkt 7.

### **6.6.2 Kontinuitet på selskapsnivå.**

Kravet til kontinuitet på selskapsnivå er beskrevet i sktl § 11-7 (1) hvor det overtakende selskapet skal ”videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler rettigheter og forpliktelser som overføres”. Kontinuitet på selskapsnivå vil si at det overtakende selskap må videreføre de samme skattemessige inngangsverdiene og ervervstidspunktene for overtatte eiendeler, rettigheter og forpliktelser som det overdragende selskap hadde da fusjonen fant sted. De øvrige skatteposisjonene skal også overføres, jf sktl § 11-7 første ledd annet pkt. Dette gjelder skatteposisjoner som ikke er tilknyttet spesielle eiendeler, slik som positiv saldo og negativ gevinst og tapskonto og fremførbart underskudd. Slike skatteposisjoner omtales som generelle skatteposisjoner.<sup>59</sup> Utenfor fusjon er hovedregelen motsatt. Da skal det foretas et skattemessig oppgjør, som blant annet medfører at nye

---

<sup>59</sup> Se også Zimmer/BAHR (2010) s. 614



inngangsverdier på eiendeler mv. fastsettes. Dette følger av tidfestningsreglene i sktl. § 14-60.

### 6.6.3 Kontinuitet på aksjonærnivå.

Hovedregelen er at enhver overføring av eiendeler mv fra et skattesubjekt til et annet er skattepliktig realisasjon, jf sktl. §§ 5-1, 5-30 og 9-1 flg. Når det gjelder overdragelse av aksjer i et norsk selskap, vil overdragelsen medføre skatteplikt for gevinst etter sktl. § 10-31.

Dersom vilkårene i sktl. § 11-7 for skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå ved fusjon er oppfylt, kan aksjene overføres uten beskatning av aksjonær i det overdragende selskapet. Det følger av sktl § 11-7 fjerde ledd at inngangsverdien og ervervstidspunktet for vederlagsaksjer ved fusjon settes lik inngangsverdien og ervervstidspunkt for de aksjer som er avstått av det overdragende selskap. Det er alminnelig antatt at bestemmelsen skal tolkes utvidende, slik at øvrige skatteposisjoner på aksjene på samme måte videreføres på vederlagsaksjene. Dette vil kunne være innbetalt kapital, skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming.<sup>60</sup>

Kravet til kontinuitet på aksjonærnivå har begrenset betydning ved konsernfusjoner når det overdragende selskapet fullt ut eies av morselskapet, jf asal. § 13-24. Ved konsernfusjoner utstedes det ikke vederlagsaksjer. Aksjene i det overdragende selskapet bortfaller ved fusjonen slik at skatteposisjonene på aksjene ikke videreføres på aksjene i morselskapet.

Videre har de norske reglene om skattefritak ved fusjon begrenset betydning etter innføringen av fritaksmetoden. Etter sktl. § 2-38 (2) a er gevinst ved realisasjon av eierandel i norske aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper eller tilsvarende selskaper hjemmehørende i utlandet, unntatt beskatning i Norge for selskapsaksjonærene. For selskapsaksjonærene i det overdragende selskapet vil derfor ikke fusjonen medfører beskatning av evt. gevinst.

---

<sup>60</sup> Zimmer/BAHR, (2010), s 611.

Skattefritaket gjelder imidlertid bare på eiernivå. Oppfylles ikke vilkårene i sktl §§ 11-6 til 11-10 vil fusjonen utløse beskatning av det overdragende selskapet etter de alminnelige reglene for realisasjon.

## **7 Nærmere om kravet til skattemessig kontinuitet**

### **7.1 Norsk overdragende selskap**

#### **7.1.1 Innledning**

Fusjoner med norske overdragende selskapet kan føre til at eiendeler, rettigheter og forpliktelser mister tilknytning til norsk beskatningsområde. For eksempel vil dette skje dersom et selskap gjennom fusjonen flytter virksomheten til en annen stat, slik at eventuell gevinst knyttet til eiendelen ikke er gjenstand for realisasjonsbeskatning i Norge. Dersom en fusjon i slike tilfeller tillates gjennomført skattefritt vil Norge miste beskatningsretten til alle eiendeler mv. som ikke lengre har tilknytning til norsk beskatningsområde etter fusjonen. På bakgrunn av dette søker sktl. § 11-11 første ledd å balansere hensynet til staters rett til å etablere seg ut over landegrense mot hensynet til å verne om det norske skattefundamentet.<sup>61</sup> Skattefritaket bygger derfor på en forutsetning om at fusjonen kan gjennomføres skattefritt dersom eiendelene mv. forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen. For eiendeler mv. som mister tilknytning til norsk beskatningsområde ved fusjonen, gjelder reglene om utflyttingsbeskatning, jf. sktl. § 9-14.

#### **7.1.2 Selskapsnivå**

Særlige spørsmål knytter seg til kontinuitetsvilkåret. Sktl. § 11-7 første ledd krever at det overtakende selskapet skal videreføre alle skatteposisjoner knyttet til eiendeler mv. som overføres fra det overdragende selskapet, jf. ovenfor i punkt 6.6.2. Ordlyden oppstiller et krav om full kontinuitet for alle skatteposisjonene tilknyttet selskapets eiendeler mv. At det

---

<sup>61</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.2

skal gjelde et slikt kontinuitetskrav ved grenseoverskridende fusjoner følger også av forarbeidene, der det uttales at ”Reglene i skatteloven kapittel 11 forutsetter at det ved gjennomføring av en skattefri fusjon mellom selskaper hjemmehørende i Norge er full skattemessig kontinuitet både på selskaps- og eiernivå, jf skatteloven § 11-7. Departementet foreslår at det samme prinsippet legges til grunn ved grenseoverskridende fusjoner.”<sup>62</sup> Dette kontinuitetskravet vil kunne oppfylles dersom eiendeler mv. i det norske overdragende selskapet forblir liggende i Norge i en filial av det overtakende utenlandske selskapet. Skatteposisjonene tilknyttet eiendelene mv. videreføres uendret i filialen av det utenlandske selskapet. Samtidig vil det fastsettes skatteposisjoner etter den annen stat for dennes skatteformål.

Kontinuitetskravet i sktl § 11-7 vil kunne være utfordrende å håndtere i andre situasjoner. Dette gjelder for det første (i) for eiendeler som allerede er omfattet av den overtakende stats beskatningsområde: Det norske overdragende selskapet har en filial i den overdragende stat før fusjonen. For det andre (ii) når eiendeler mv. får tilknytning til den overdragende stat ved fusjonen, typisk ved at den flyttes fra norsk beskatningsområde til den overtakende stat.

(i) For eiendeler mv. som allerede er omfattet av den overtakende stats beskatningsområde, er det usikkert om kontinuitetskravet, slik det fremgår av sktl. § 11-7, kan oppfylles. En slik situasjon vi kunne oppstå når det norske overdragende selskapet har begrenset skatteplikt til den annen stat, typisk gjennom en filial. I slike situasjoner vil det fastsettes skatteposisjoner for å ivareta både norske og utenlandske skatteformål: Etter skattavtalene er riktignok hovedregelen at virksomhetsinntekter skal skattlegges i hjemstaten (altså Norge). Men skattavtalene gjør unntak fra hovedregelen hvor eiendelene ligger i et fast driftsted i en annen stat, jf Mønsteravtalen art 7 (1).<sup>63</sup> Dersom vilkårene for fast driftsted er oppfylt vil

---

<sup>62</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt 8.5.1.1

<sup>63</sup> Dette forutsetter at skattavtalen med den annen stat gir anvisning på en kreditmetode for unngåelse av dobbeltbeskatning. Ved unntaksmetoden er inntekten fullt ut unntatt skattelegging i selskapets hjemstat. Kilde:

den overtakende stat ha beskatningsrett på inntekt og gevinst opptjent i filialen. Det vil derfor bli fastsatt skatteposisjoner for den aktuelle stats skatteformål.

I tillegg det skal fastsettes skatteposisjoner for eiendeler mv. knyttet til filialen for å ivareta *norske* skatteformål. Hvor et norsk selskap har filial i en annen stat, skal filialens inntekter og utgifter tas ved inntektsberegningen i Norge, jf. sktl. § 2-2 sjette ledd og globalinntektsprinsippet. De alminnelige norske reglene for beskatning av inntekter gjelder også for slike inntekter. Dette gjelder såfremt ikke inntekten i skattavtale er fullt ut er unntatt fra beskatning i Norge. Således skal driftsmidler knyttet til filialen avskrives etter norske regler.<sup>64</sup> Dette reiser problemer i forhold til kontinuitetskravet. Spørsmålet er om de norske skatteposisjonene kan videreføres uendret i det overtakende selskapet. Det følger av sktl. § 11-7 første ledd at det overtakende selskapet skal videre føre skatteposisjonene på eiendelene mv. som overføres, jf punkt 6.6.2. En naturlig språklig forståelse tilsier at de norske skatteposisjonene skal på eiendeler mv. skal videreføres i det overtakende selskapet. Dette vil by på problemer i praksis. Etter all sannsynlighet vil ikke den overtakende stat anerkjenne skatteposisjoner som ivaretar norske skatteformål. Slik kontinuitetskravet fremgår av det ovenfor, vil ikke fusjonen kunne gjennomføres med skattefritak dersom det norske overdragende selskapet har en filial i den overtakende stat før fusjonen. Tilsynelatende kreves det altså full kontinuitet. Imidlertid skal sktl. § 11-7 første ledd antakelig ikke tolkes så strengt. I Departementets tolkningsuttalelse heter det: "Skatteloven § 11-7 første ledd må ved grenseoverskridende fusjon mellom norsk overdragende selskap og utenlandsk overtakende selskap ... forsås slik at den oppstiller vilkår om skattemessig kontinuitet knyttet til overføring av eiendeler mv. som befant seg innenfor norsk beskatningsområde før fusjonen og som forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen."<sup>65</sup> Uttalelsen innskrenker ordlyden betydelig. Men kanskje med god grunn. Formålet med sktl. § 11-11 første ledd er å legge til rette for grenseoverskridende fusjoner. Hensynet til beskyttelse av det norske skattefundamentet er vernet gjennom reglene om utflyttingsbeskatning i sktl. § 9-14. Å

---

<sup>64</sup> Zimmer, Internasjonal inntektsskatterett (2009) s. 188 flg.

<sup>65</sup> Utv. 2011 s. 1216 pkt. 3.1

oppstille et krav om at det overtakende selskapet skal videreføre de norske skatteposisjonene fremsår som lite hensiktsmessig og ville gjort adgangen til å fusjonere i praksis umulig. At fusjonen for øvrig kan gjennomføres skattefritt i slike tilfeller er forutsatt i forarbeider.<sup>66</sup>

(ii) Tilsvarende spørsmål reiser seg når eiendeler mv. blir omfattet av den overtakende stat i forbindelse med fusjonen etter globalinntektsprinsippet. Det vil da det måtte fastsettes nye skattemessige verdier basert på det aktuelle lands regler for inntak av eiendeler. Den annen stat vil i slike tilfeller ikke benytte norske kontinuitetsverdier, men i stedet fastsette nye inngangsverdier, ervervstidspunkt mv. etter statens interne skatteregler. Til sammenligning vil det etter norske regler fastsettes nye inngangsverdier og ervervstidspunkt ved inntak av eiendeler mv. til norsk beskatningsområde jf. sktl § 14-60. Det følger av sktl. § 11-7 første ledd at det overtakende selskapet skal "videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres." Etter min oppfatning krever ordlyden at det overtakende selskapet skal overta de norske skatteposisjonene. Men man kan ikke legge til grunn at den overtakende stat vil gjøre dette; norske skatteposisjoner er ikke relevante i den overtakende stat. De utenlandske inntaksreglene kan således utgjøre ett brudd på kontinuitetskravet.

Også her skal antakelig sktl. § 11-7 ikke tolkes så strengt. I forarbeider står det at "Skattefritaket og manglende fradrag for tap, vil derfor gjelde skatteposisjoner knyttet til eiendeler, rettigheter og forpliktelser som både før og etter fusjonen har tilknytning til norsk beskatningsområde."<sup>67</sup> I tolkningsuttalelsen heter det "Skatteloven § 11-7 første ledd må ved grenseoverskridende fusjon mellom norsk overdragende selskap og utenlandsk overtakende selskap hjemmehørende i annen EØS-stat forstås slik at den oppstiller vilkår om skattemessig kontinuitet knyttet til overføring av eiendeler mv. som befant seg innenfor norsk beskatningsområde før fusjonen og som forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen. Kontinuitetsprinsippet er bare relevant for skatteposisjoner som eksisterer for norske

---

<sup>66</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt 8.5.1.2

<sup>67</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt 8.5.1.2

skatteformål før fusjonen gjennomføres”.<sup>68</sup> Det oppstilles således kun et krav om skattemessig kontinuitet ved overføring av eiendeler mv. som befinner seg innenfor norsk beskatningsområde før og etter fusjonen, samtidig som inntak av driftsmidler til den overtakende stats beskatningsområde skal følge reglene i det overtakende stat. En slik tolkning støttes også av hensynet til å legge til rette for grenseoverskridende fusjoner. Dersom sktl. § 11-7 første ledd skulle tas på ordet, ville ikke fusjonen kunne gjennomføres skattefritt i slike tilfeller. Hensynet til å verne om det norske skattefundamentet er ivarettatt gjennom henvisningen til sktl. § 9-14 i sktl. § 11-11 første ledd. Tas eiendelen ut av norske beskatningsområde, skal det foretas et særskilt skatteoppgjør for disse, jf sktl. § 9-14.

På bakgrunn av dette må sktl § 11-7 første ledd tolkes slik at kontinuitetskravet ikke kommer til anvendelse i de tilfeller hvor eiendeler mv. mister tilknytning til Norge. Hvorvidt en eiendel mv. mister slik tilknytning, beror på om vilkårene i sktl. § 9-14 om skatteplikt ved uttak fra norsk beskatningsområde er oppfylt. At sktl § 11-7 tolkes innskrenkende betyr at kontinuitetskravet er oppfylt selv om fusjonen gjennomføres uten kontinuitet for de eiendelene som tas ut i forbindelse med fusjonen.

### 7.1.3 Norsk filial i en tredje stat

Det kan tenkes at et norsk selskap har en filial i en *tredje* stat og foretar en fusjon med et overtakende selskap hjemmehørende i utlandet. For filialer i utlandet underlagt norske selskaper er hovedregelen at gevinst og tap er skattepliktig og fradragsberettiget i Norge, jf sktl § 2-2 sjette ledd. Unntak gjelder der Norge i skatteavtale har gitt avkall på sin beskatningsrett i en unntaksbasert skatteavtale. Dersom det foreligger en kreditbasert skatteavtale vil eiendeler mv. fortsatt være omfattet av norsk beskatningsområde etter § 2-2 sjette ledd. Fusjon vil kunne medføre at eiendeler mv. i filialen mister tilknytning til Norge ved den ”tas ut” av norsk beskatningsområde, jf. sktl § 9-14 første ledd, med påfølgende beskatning. Videre vil filialen kunne beskattes i filialstaten. Dette kan skje på to måter: Fordi ei-

---

<sup>68</sup> Utv. 2011 s 1216 s. 3.1

endelene mv. tilknyttet filialen overføres til et nytt skattesubjekt ved fusjonen vil dette kunne utløse realisasjonsbeskatning i filialstaten. Også hvis eiendeler mv. i forbindelse med fusjonen tas ut av filialstatens beskatningsområde vil dette kunne medføre exitbeskatning i filialstaten. Eiendeler mv. i filialen kan på bakgrunn av disse reglene bli skattlagt to ganger.

Sktl. § 11-11 første ledd regulerer ikke slike tilfeller, og problemstillingen er ikke nærmere berørt i forarbeider. I utgangspunktet kommer hovedreglene, slik de er skissert ovenfor, til anvendelse. Slike situasjoner er imidlertid regulert i fusjonsskattedirektivet. Når det i forbindelse med en fusjon er et fast driftsted som tilhører det overdragende selskapet, og som ligger i en annen stat enn det overdragende selskapet, skal filialstaten gi avkall på beskatningsretten av eiendeler mv som er tilknyttet filialen, jf fusjonsskattedirektivet Art. 10. Fusjonsskattedirektivet løsning er ikke til hjelp for norske selskaper, når direktivet kun gjelder for EU-statene.

#### 7.1.4 Aksjonærnivå

På aksjonærnivå skal ”samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt settes lik skattyters samlede inngangsverdi og ervervstidspunkt for aksjer i overdragende selskap”, jf sktl. § 11-7, for at gevinst på aksjene ikke skal inntektsføres. Aksjonærene i det overdragende norske selskapet bytter sine aksjer mot vederlagsaksjer i det overtakende selskapet.

Dersom aksjonær i det overdragende selskapet er bosatt i Norge etter sktl. § 2-1 vil kontinuitetskravet kunne oppfylles for aksjonæren. Samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt for skattyters vederlag settes lik skattyters samlede inngangsverdi og ervervstidspunkt for aksjer i det overdragende selskapet. Kontinuitet kan her gjennomføres på samme måte som ved nasjonale fusjoner, og reiser således ingen ut over de som kan oppstå ved nasjonale fusjoner.

For *utenlandske* aksjonærer i det overdragende selskapet synes kravet til skattemessig kontinuitet å være svakere begrunnet. Imidlertid ser det ut det gjelder et krav til skattemessig kontinuitet også for utenlandske aksjonærer i det overdragende norske selskapet. Etter min

oppfatning tilsier ordlyden i sktl. § 11-7 fjerde ledd at kontinuitetskravet også gjelder for utenlandske aksjonærer i det overdragende norske selskapet. Bestemmelsen er i hvert fall ikke begrenset til norske aksjonærer. At dette har vært meningen fremgår tilsynelatende av forarbeider: ”Reglene i skatteloven kapittel 11 forutsetter at det ved gjennomføringen av en skattefri fusjon mellom selskaper hjemmehørende i Norge er *full skattemessig kontinuitet* på både selskaps- og eiernivå, jf skatteloven § 11-7. Departementet foreslår at det samme prinsippet legges til grunn for grenseoverskridende fusjoner.” (min kursivering).<sup>69</sup> Imidlertid ble sktl. § 11-7 til før lovendringen om grenseoverskridende fusjoner. At ordlyden skulle omfatte utenlandske aksjonærer i overdragende norske selskapet, kan neppe ha vært tilsett når den i utgangspunktet kun omfattet fusjoner mellom norske selskaper. Uttalelsene i forarbeider kan neppe tas til inntekt for også utenlandske aksjonærer omfattes. Tolkningsuttalelsen mener jeg heller ikke taler for et slikt kontinuitetskrav, når det uttales: ”Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå gjennomføres etter skatteloven § 11-7 fjerde ledd.”<sup>70</sup> Hensynet til rettferdig fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene tilsier at aksjonærene ikke er omfattet av kontinuitetskravet. Etter dette fremstår spørsmålet som noe tvilsomt.

Kravet til kontinuitet for utenlandske aksjonærer gjelder selv om gevinst på aksjene ikke er skattepliktig inntekt til Norge.<sup>71</sup> Begrunnelsen for kravet til kontinuitet i skatteposisjoner på aksjonærnivå er ikke å oppstille et varig skattefritak, men utsatt beskatning. Når utenlandske aksjonærer ikke er skattepliktige til Norge, er begrunnelsen for å oppstille et krav om kontinuitet på aksjonærnivå noe svakere: Hensynet til å verne det norske skattefundamentet blir ikke truet. Etter sktl. § 11-7 fjerde ledd skal inngangsverdi og ervervstidspunkt videreføres på vederlagsaksjene. Bestemmelsen skal tolkes utvidende slik at også øvrige skatteposisjoner, herunder innbetalt kapital, skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming, skal på

---

<sup>69</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.1

<sup>70</sup> Utv. 2011 s. 1216 pkt. 3.1

<sup>71</sup> Aksjonærer som ikke er bosatt i Norge skal kun ilegges skatt til Norge av *utbytte* fra norske selskaper jf. sktl § 2-3 (1) c.



samme måte videreføres på vederlagsaksjene.<sup>72</sup> Skatteposisjonene skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming er det bare personlige skattyter som har alminnelig skatteplikt til Norge som kan beregne og kreve fradrag for, jf sktl. § 10-12 første ledd første punktum. Skattyteren har egentlig kun interesse å videreføre innbetalt kapital på vederlagsaksjene. Etter fusjonen vil ikke skattyteren være aksjonær i det overdragende selskapet, og derfor ikke skattepliktig til Norge av utbytte på aksjene. Kravet til kontinuitet for utenlandske aksjonærer fremstår etter dette som svakt begrunnet.

#### 7.1.5 Er kravet til filial i strid med EØS-avtalen?

Skatteloven § 11-11 første ledd gir kun skattefritak for eiendeler mv. som forblir i Norge etter fusjonen. Etter sktl. § 9-14, skal eiendeler mv. som mister tilknytning til norsk beskatningsområde anses realisert og beskattes siste dag før eiendelen tas ut. For eiendeler mv som forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen, f eks i en filial av det utenlandske selskapet, kan fusjonen gjennomføres skattefritt etter sktl. § 11-11 første ledd a. Uttak av eiendeler mv. medfører et skattemessig oppgjør av det som tas ut, jf. § 11-11 tredje ledd.<sup>73</sup> Fusjonen for øvrig kan gjennomføres med skattefritak.<sup>74</sup> Kravet til filial ble møtt med kritikk og det ble stilt spørsmål om kravet utgjør en restriksjon i strid med de fire friheter.<sup>75</sup> Etter at sktl. § 9-14 ble endret er det imidlertid mulig at de Norske reglene er i overensstemmelse med EØS-retten, hva gjelder de eiendeler mv. som kan tas ut med mulighet for utsatt beskatning. En nærmere gjennomgang av de norske reglene om utflyttingsbeskatning i sktl. § 9-14 og forholdet til EØS-avtalen er ikke siktemålet her.<sup>76</sup> Spørsmålet er om det norske kravet til *filial* utgjør en restriksjon i strid med de fire friheter. Imidlertid vil utflytningsreglene trolig få betydning ved

---

<sup>72</sup> Zimmer/BAHR, (2010), s. 611.

<sup>73</sup> Sktl. § 9-14 er beskatningshjemmelen, mens reglene for tidfesting skjer etter sktl. § 14-27

<sup>74</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.2

<sup>75</sup> Høringsuttalelse, Advokatforeningen, pkt. VI

<sup>76</sup> Etter National Grid Indus kan det stilles spørsm

Det kan på bakgrunn av *SEVIC*<sup>77</sup> slås fast at grenseoverskridende fusjoner tilhører de aktiviteter som medlemsstatene er forpliktet til å respektere etter reglene for selskapers frihet til å etablere seg overlandegrensene, jf. EØS-avtalen Art. 31 jf. art 34. Skatteleggingen må skje innenfor de rammer som EØS-avtalen trekker opp.

#### 7.1.5.1 Om det foreligger en restriksjon på etableringsfriheten.

For det skal foreligge en restriksjon på de fire friheter må det for det første foreligge en forskjellig behandling av norske og grenseoverskridende transaksjoner.<sup>78</sup> Videre må forskjellsbehandlingen gjøre det umulig eller mindre attraktivt å utøve etableringsfriheten gjennom grenseoverskridende fusjoner.<sup>79</sup>

Etter de alminnelige reglene for nasjonale fusjoner i sktl. § 11-2, kan to selskaper fusjonere uten beskatning for selskapet eller aksjonærene i det overdragende selskapet. Vilkåret er at fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet på både selskapsnivå og aksjonærnivå, jf. sktl. § 11-7. Loven bygger på den forutsetning at eiendeler mv. som overføres til det overtakende selskapet forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen for fullt skattefritak.<sup>80</sup> For grenseoverskridende fusjoner med norsk overdragende selskap vil eiendeler mv. som mister tilknytning til norsk beskatningsområde kunne beskattet etter reglene om utflytningsbeskatning i sktl. § 9-14. Noe krav til filial gjelder ikke ved fusjoner mellom selskaper hjemmehørende i Norge. Det knyttes altså strengere og tyngre vilkår til grenseoverskridende enn det gjør til nasjonale fusjoner. Selskapet og dets aksjonærer blir påført en ulempe som følge av at de må betale skatt på latente gevinster før eiendelene er solgt eller realisert på annen måte. Videre risikerer det norske selskapet en høyere skatt enn den faktiske gevinsten når eiendelen til slutt realiseres. Det kan også tenkes at selskapet aldri realiserer gevinsten på de overførte eiendelene, for eksempel ved at eiendelen blir forbrukt.

---

<sup>77</sup> C-411/03 *SEVIC* premiss

<sup>78</sup> C-411/03 *SEVIC* premiss 22

<sup>79</sup> C-371/10 *National Grid Indus* premiss 36, C-411/03 *SEVIC* premiss 22

<sup>80</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.2

En slik forskjellig behandling av nasjonale over grenseoverskridende fusjoner kan gjøre det mindre attraktivt å foreta en grenseoverskridende fusjon og således utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten. Etter min oppfatning er det lite tvilsomt at det norske kravet til filial utgjør en restriksjon på selskaper rett til å etablere seg over landegrensene.<sup>81</sup>

#### 7.1.5.2 Om restriksjonen kan begrunnes i tvingende allment hensyn

Fusjonsskattedirektivet angir videreføring av eiendeler mv. innenfor den enkelte stats beskatningsområde som vilkår for skattefrihet.<sup>82</sup> Vilkåret omtales som direktivets "faste driftstedsprinsipp". Prinsippet har til formål å tilgodese statenes økonomiske interesser, altså hensynet til vern av statenes skattefundament.<sup>83</sup> I forarbeider legges det også til grunn at fusjonsskattedirektivets løsning "gir sterk støtte for at departementets forslag på dette punktet ikke strider mot fellesskapsretten."<sup>84</sup> Når medlemsstatene fremforhandler *strengere* regler enn det som følger av de fire friheter, sier det seg selv at statene må kunne vektlegge provenyehensyn ved den nærmere utformingen av reglene. Imidlertid er Norge ikke bundet av fusjonsskattedirektivet og direktivet har således ingen relevans ved tolkningen av bestemmelsene om de fire friheter. Selv om de norske reglene er bygget over samme lest som fusjonsskattedirektivet, fører ikke dette uten videre at kravet til filial er i overensstemmelse med de fire friheter. Det norske reglene må derfor prøves opp mot de fire friheter.

I forarbeidene uttalte departementet at "Hovedbegrunnelsen for at forslaget er i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen knytter seg til hensynet til å sikre rettmessig fordeling av skattefundamentet mellom de enkelte stater, og dermed hindre uthuling av Norges skattefundament."<sup>85</sup> Utgangspunktet er at restriksjoner på etableringsfriheten begrunnet i hensyn til å beskytte statenes skatteproveny ikke er et relevant og har nærmest

---

<sup>81</sup> Tilsvarende spørsmål var opp i C-371/10 National Grid Indus.

<sup>82</sup> Fusjonsskattedirektivet art 4 (2) b og art. 12 (1).

<sup>83</sup> Damgaard (2012) s. 104.

<sup>84</sup> Prop.78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.2

<sup>85</sup> Prop.78 L (2010-2011) pkt.

blitt kategorisk avvist av EU- og EFTA-domstolen.<sup>86</sup> Men hensynet til rettferdig fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene har blitt akseptert. At medlemsstatene har rett til å skattelegge inntekter som er oppstått innenfor denne statens beskatningsområde ble slått fast senest i *National Grid Indus*-saken.<sup>87</sup>

#### 7.1.5.3 Om restriksjonen går lengre enn nødvendig.

Hvorvidt beskatning av selskapet går lengre enn nødvendig for å ivareta hensynet skattefundamentet ble ikke vurdert i forarbeider. Men spørsmålet om direkte beskatning ved utflytting av selskaper til en annen medlemsstat utgjør en uforholdsmessig restriksjon, ble vurdert i *National Grid Indus*. Saken gjaldt et nederlandsk aksjeselskap som hadde flyttet til Storbritannia. Flyttingen medførte at selskapet tok til å høre hjemme der. Selskapet hadde ytet et lån til et britisk selskap og på flyttetidspunktet lå det en mulig gevinst på fordringer selskapet hadde til et engelsk selskap. Etter nederlandske exitskatteregler skulle latente gevinster skattelegges ved utflyttingen. EU-domstolen kom til at det forelå en restriksjon på staters frihet til å etablere seg over landegrensene som følge av at skatt på latent gevinst på selskapets fordring ble utlignet og drevet inn i sammenheng med flyttingen.<sup>88</sup> Uten utflytting til England ville gevinsten ikke ha blitt skattlagt før fordringen faktisk ble realisert. Under forholdsmessighetsvurderingen sondret EU-domstolen mellom fastsettelse av skattebeløpet og den umiddelbare oppkrevingen av skattebeløpet. Domstolen kom til at den øyeblikkelige oppkrevingen av skatten gikk lengre enn nødvendig for å sikre formålet, hensynet til rettmessig fordeling av skattefundamentet og følgelig forelå det brudd på etableringsfriheten.<sup>89</sup> Regler som gir selskapet mulighet til å velge mellom umiddelbar betaling eller utsatt betaling av skattebeløpet, var mindre inngripende tiltak som er egnet til å ivareta hensynet.<sup>90</sup> Den øyeblikkelige betalingen utgjorde da en restriksjon i strid med etableringsfriheten.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett* (2009) s. 105

<sup>87</sup> C-371/10 *National Grid Indus* premiss 45

<sup>88</sup> C-371/10 *National Grid Indus* premiss 37

<sup>89</sup> C-371/10 *National Grid Indus* premiss 73

<sup>90</sup> C-371/10 *National Grid Indus* premiss 73

Norske regler som medfører en direkte beskatning ved uttak av norsk beskatningsområde kan antakelig på bakgrunn av National Grid Indus-avgjørelsen utgjøre en restriksjon i strid med EØS-avtalen.

## **7.2 Norsk overtakende selskap**

### **7.2.1 Innledning**

Skatteloven § 11-11 sjette ledd regulerer skattefrihet ved fusjoner med norsk overtakende aksjeselskap eller allmennaksjeselskap hjemmehørende i Norge og utenlandsk overdragende selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i annen EØS stat. Normalt utløser ikke fusjon beskatning for verken selskapet eller aksjonær som er skattepliktig til Norge.<sup>92</sup> Behovet for skattefrihet oppstår kun dersom det overdragende selskapet har norsk aksjonær eller er begrenset skattepliktig til Norge, typisk gjennom en filial. Utenfor disse situasjonene er det ikke nødvendig å oppfylle skattefritaksvilkårene. Kontinuitetsvilkåret har derfor mindre praktisk betydning ved grenseoverskridende fusjoner med norsk overtakende selskap. I sktl § 11-11 sjette ledd er det oppstilt et slags dobbelt krav til kontinuitet. For det første må fusjonen gjennomføres i samsvar med kontinuitetskravet i sktl. § 11-7, jf. henvisningen i § 11-11 sjette ledd tredje punktum. For det andre må transaksjonen ”gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende.”, jf sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum. I det følgende vil disse vilkårene forsøkes analysert.

---

<sup>91</sup> C-371/10 National Grid Indus premiss 85.

<sup>92</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.2

## 7.2.2 Selskapsnivå

### 7.2.2.1 Kravet til kontinuitet etter sktl. § 11-7

Når det gjelder vilkåret om at fusjonen må gjennomføres etter sktl. § 11-7, jf. § 11-11 sjette ledd, innebærer henvisningen at det stilles krav til skattemessig kontinuitet. Det overtakende selskapet skal videreføre skatteposisjonene tilknyttet de eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres. En naturlig språklig forståelse av sktl. § 11-7 første ledd tilsier at det overtakende selskapet må overta uendret de skattemessige verdier og ervervstidspunkter som er fastsatt etter reglene i den overdragende selskaps hjemstat. Det kreves altså full kontinuitet på selskapsnivå. Har det overdragende selskapet begrenset skatteplikt til Norge *før* fusjonen, kan vilkåret klart oppfylles. Skatteposisjonene tilknyttet eiendelene mv. i filialen videreføres i det overtakende norske selskapet, jf sktl. § 11-7.

Vilkåret om skattemessig kontinuitet etter sktl. § 11-7 vil kunne være vanskelig å håndtere for eiendeler, mv. som får tilknytning til Norge *ved* fusjonen. Dette kan skje dersom eiendeler mv. flyttes hit. Videre kan det tenkes at eiendeler mv. ligger i en annen stat og det foreligger en skattavtale som gir anvisning på en kreditmetode for unngåelse av dobbeltbeskatning. Det kan her stilles spørsmål om forholdet mellom inntaksreglene og kravet til skattemessig kontinuitet. Kravet om at det norske overtakende selskapet skal benytte skatteposisjonene fastsatt etter reglene i overdragende selskaps hjemstat vil være vanskelig å håndtere. Det er ikke sikkert at andre stater benytter de samme verdsettelsesprinsipper, tidfestingsregler mv. som norske skatteregler. I forarbeider ble problemstillingen vurdert: ”Kontinuitetsprinsippet er imidlertid bare relevant for skatteposisjoner som eksisterer for norske skatteformål før fusjonen gjennomføres. Det oppstår dermed ingen konflikt mellom på den ene siden regler om fastsetting av skattemessig verdi for eiendeler, rettigheter og forpliktelser og på den andre siden prinsippet om skattemessig kontinuitet.”<sup>93</sup> Det samme ble lagt til grunn i Finansdepartementets tolkningsuttalelse.<sup>94</sup> Uttalelsen må forstås slik at

---

<sup>93</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.2 og Utv. 2011 s. 1216 pkt 3.2

<sup>94</sup> Se Utv. 2011 s. 1216 pkt. 3.2

utenlandske skatteposisjoner ikke er ikke omfattet av kravet til kontinuitet. Disse er altså ikke relevant i Norge og faller derfor utenfor kontinuitetskravet i sktl. § 11-11 sjette ledd. En slik forståelse støttes også av formålet med bestemmelsen, nemlig å gi skattefritak for utenlandske overdragende selskap med filial mv. i Norge og for eventuelle aksjonærer i det utenlandske overdragende selskapet som har skatteplikt til Norge.<sup>95</sup> Hensynet til beskyttelse av det norske skattefundamentet tilsier ingen annen løsning. Utenlandske skatteposisjoner er ikke relevant for norske skatteformål. På denne bakgrunn skal man antakelig tolke bestemmelsen innskrenkende, slik at kravet til kontinuitet ikke omfatter utenlandske skatteposisjoner. Utenlandske skatteposisjoner er ikke relevante for norske skatteformål. For eiendeler mv som får tilknytning til norsk beskatningsområde er det de ordinære reglene for inntak av driftsmidler som gjelder, jf. sktl. § 14-60. § 14-60 gjelder kun visse driftsmidler, og således ikke generelle skatteposisjoner. Dette reiser spørsmål i relasjon til EØS-avtalen, som behandles nedenfor under punkt 7.2.3.

#### 7.2.2.2 Kravet til kontinuitet i utlandet

Videre må fusjonen gjennomføres ”i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende”, jf. sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum. Etter min oppfatning krever ordlyden i det minste at den overdragende stat *har* regler om kontinuitet ved grenseoverskridende fusjoner. Ut over dette er det noe uklart hva vilkåret nærmere består i. Antakelig kreves det ikke at reglene for kontinuitet er identiske med de norske, men transaksjonen må skje etter de ”prinsipper for skattemessig kontinuitet” i den overdragende stat. Utgangspunktet må likevel være at alle skatteposisjonen både på selskapsnivå og aksjonærnivå overføres uendret til det overtakende selskapet. At det har vært meningen å oppstille et krav om kontinuitet i den overdragende stat, fremgår klart av forarbeider: Det er et ”vilkår for skattefri gjennomføring ... at transaksjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet i det overdragende selskapet.”<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Se Utv. 2011 s. 1216 pkt. 3.2

<sup>96</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.2

Et slikt kontinuitetskrav kan vises seg vanskelig å oppfylle i praksis. For eiendeler som tas ut av den overdragende stat ved fusjonen er det tvilsomt om kravet til kontinuitet kan oppfylles. Fusjonen vil medføre at latente gevinster og tap på eiendeler rettigheter og forpliktelser som overføres, beskattes etter exitskatteregler i den aktuelle overdragende stat dersom de tas ut.<sup>97</sup> Dette vil skje dersom eiendeler mv. flyttes til Norge ved fusjonen. Til sammenligning med de norske reglene skal latent gevinst og tap på eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde skattelegges ved fusjonen, med mulighet for utsatt beskatning for nærmere angitte eiendeler, jf sktl. § 9-14. At man skulle stå overfor en fusjon med selskap som har tilsvarende exitskatteregler som det norske, *kan* være et argument for at kravet til kontinuitet i overdragende selskaps hjemstat kan oppfylles. Hensynet til symmetri i regelverket kan tale for en slik løsning. Imidlertid vil en slik forståelse av kontinuitetskravet i den overdragende stat mangle støtte i ordlyden i sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum. Loven krever at fusjonen skjer etter prinsippene for ”kontinuitet”. Det finnes ikke holdepunkter i verken ordlyden eller i forarbeider for at fusjonen kan gjennomføres uten kontinuitet i slike tilfeller.

Kravet til kontinuitet i utlandet vil antakelig kunne oppfylles dersom eiendeler mv. forblir innenfor overdragende stats beskatningsområde gjennom et fast driftsted og alle skatteposisjonene overføres uforandret til det faste driftstedet. Men dette er ikke selvsagt. At skatteposisjonene kan overføres uforandret er snarere hovedregelen enn unntaket.<sup>98</sup> Fusjonsskattedirektivet pålegger ikke medlemsstatene å tillate kontinuitet ved gjennomføring av en grenseoverskridende fusjon som involverer et selskap hjemmehørende i en EØS-stat. Det kan derfor ikke legges til grunn at EU-stater vil ha regler om kontinuitet i slike tilfeller. For de tilfellene skatteposisjonene *ikke* videreføres uforandret i driftstedet, er det tvilsomt om vilkåret kan oppfylles. Om en stat for eksempel nekter fremføring av underskudd er spørsmålet om fusjonen skjer etter de ”prinsipper for skattemessig kontinuitet i den stat

---

<sup>97</sup> Det kan legges til grunn at alle EØS-stater har exitskatteregler.

<sup>98</sup> Kun Sverige som har utvidet reglene om skattemessig kontinuitet til også å omfatte andre stater.



hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende”. På bakgrunn av analysen ovenfor er det ikke holdepunktet for at loven aksepterer slik fusjon uten kontinuitet på selskapsnivå.

### 7.2.3 Er nektelse av underskuddsfremføring i strid med EØS-avtalen?

For skatteposisjoner som ikke er tilknyttet eiendeler (de generelle skatteposisjonene) oppstår det særskilte spørsmål. Fremføring av underskudd et tillatt ved fusjoner mellom selskaper hjemmehørende i Norge, jf. sktl. §§ 11-7 og 11-2. Til sammenligning viser analysen ovenfor under pkt. 7.2.2.1 at utenlandske skatteposisjoner ikke er relevant i Norge. Ved grenseoverskridende fusjoner med norsk overtakende selskap vil ikke skatteposisjonene kunne overføres til det norske selskapet. Det er mulig denne forskjellsbehandlingen utgjør en restriksjon i strid med selskapers rett til å etablere seg over landegrensene under EØS-avtalen etter EU-domstolens avgjørelse C-123/11 *A-Oy*.

Sak C-123/11 *A Oy* gjaldt et finsk selskap som innfusjonerte sitt svenske datterselskap. Datterselskapet hadde i en periode på 6 år pådratt seg et underskudd som morselskapet ønsket overført ved fusjonen. Etter finske skatteregler for nasjonale fusjoner kunne datterselskapets underskudd overføres til det overtakende morselskapet, men ikke hvis datterselskapet var hjemmehørende i en annen stat. EU-domstolen bemerket innledningsvis at fusjonsskattedirektivet ikke regulerte spørsmålet.<sup>99</sup> Videre mente domstolen at det forelå en forskjellsbehandlingen som utgjorde en restriksjon i strid med etableringsfriheten.<sup>100</sup> Når de finske reglene tillot underskuddsfremføring der datterselskapet var finsk, men ikke der datterselskapet var hjemmehørende i en annen medlemsstat, ble anset for å kunne avholde selskaper fra å etablere datterselskaper i utlandet<sup>101</sup>. De to situasjonene var etter domstolens

---

<sup>99</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 22

<sup>100</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 31-35

<sup>101</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 32

syn objektivt sammenlignbare og det forelå derfor en restriksjon.<sup>102</sup> Restriksjonen kunne imidlertid begrunnes i hensynet til en rettferdig fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene, samt fare for dobbelt fradrag og risiko for skatteunndragelse.<sup>103</sup> Under vurderingen av om restriksjonen gikk lengre enn nødvendig, fant EU-domstolen at restriksjonen i utgangspunktet var forholdsmessig, men ikke dersom datterselskapet hadde uttømt alle muligheter for fradrag for sine underskudd i sin hjemstat Sverige.<sup>104</sup> Dersom datterselskapet har uttømt mulighetene for å ta hensyn til sine underskudd i sin hjemstat, vil de finske reglene ved å nekte fradrag gå ut over hva som i det vesentligste er nødvendig for å nå det forfulgte mål. En generell nektelse av å videreføre underskuddet i grenseoverskridende konsernfusjoner vil på bakgrunn av *A Oy* kunne utgjøre en restriksjon i strid med etableringsfriheten, jf EØS-avtalen art. 31. Dette gjelder bare dersom det utenlandske overtakende selskapet ikke selv har noen mulighet til å benytte seg av underskuddet på annen måte. Selskapets mulighet til å benytte seg av underskuddet må være uttømt. EU-domstolen utdypet ikke nærmere hva som skal til for at muligheten for å benytte seg av underskuddet skal være uttømt, og spørsmålet forfølges ikke her.

#### 7.2.4 Rekkevidden av *A Oy*

En generell nektelse av å videreføre underskuddet i grenseoverskridende morderfusjoner, vil på bakgrunn av *A Oy* kunne være i strid med selskapers rett til å etablere seg over landegrensene under EØS-avtalen. Hvorvidt avgjørelsen er begrenset til konsernfusjon eller om den også omfatter fusjoner mellom selskaper utenfor konsern fremgår ikke klart av avgjørelsen.

I utgangspunktet syntes avgjørelsen å være forbeholdt grenseoverskridende morderfusjoner. EU-domstolen la til grunn at forskjellsbehandlingen kunne avholde selska-

---

<sup>102</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 35

<sup>103</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 41-45

<sup>104</sup> C-123/11 *A Oy* premiss 39

pet fra å *etablere datterselskaper* i den annen stat.<sup>105</sup> Begrunnelsen for denne noe snevre tilnærmingen fremgår ikke av dommen. Konserner har imidlertid visse særtrekk. Konserner skiller seg fra andre selskaper ved at det foreligger et interessefelleskap mellom mor- og datterselskapet. Konsernet vil derfor som regel drives som en økonomisk enhet. På bakgrunn av dette er selskapene f.eks. gitt mulighet til å utligne underskudd i et selskap mot overskuddet i et annet gjennom regler om konsernbidrag. For selskaper som ikke inngår i et konsern vil innfusjonering av et selskap med udekket underskudd i de fleste tilfeller kun være skattemessig motivert.

På den andre siden er det klart etter SEVIC-avgjørelsen at regler som er egnet til å avholde selskaper fra å gjennomføre *grenseoverskridende fusjoner* kan utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten. En slik forskjellig behandling av selskaper avhengig av om fusjonen er intern eller grenseoverskridende vil kunne avholde selskaper fra å gjennomføre en grenseoverskridende fusjon og således utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten.

#### 7.2.5 Særskilt om aksjonærene i det overdragende selskapet

På aksjonærnivå oppstår det særskilte spørsmål. En grenseoverskridende fusjon vil, som nevnt ovenfor, normalt ikke medføre realisasjonsbeskatning for aksjonæren i det utenlandske overdragende selskapet. Forutsetningen er at aksjonæren ikke er skattepliktig som bosatt her etter globalinntektsprinsippet, jf sktl. § 2-1. På samme måte som på selskapsnivå, gjelder kravet til skattemessig kontinuitet kun for skatteposisjoner som eksisterer norske skatteformål før fusjonen gjennomføres.<sup>106</sup>

##### 7.2.5.1 Norske aksjonærer

Har det overdragende selskapet norske aksjonærer, dvs. aksjonærer som er skattemessig bosatt i Norge iht. sktl. § 2-1, må kravet til skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå være oppfylt for at fusjonen ikke skal utløse beskatning, jf sktl. § 11-7 fjerde ledd jf. § 11-11

---

<sup>105</sup> C-123/11 A Oy premiss 32

<sup>106</sup> Utv. 2011 s. 1216. Pkt. 3.1

sjette ledd. I Finansdepartementets tolkningsuttalelse heter det. ”Når det gjelder kravet til kontinuitet for norske skatteformål, er dette sikret gjennom sktl. § 11-7 som er bestemmen- de for eventuelle aksjonærer i det overdragende selskap med skatteplikt til Norge...”<sup>107</sup> På aksjonærnivå skal aksjonæren i det overdragende selskapet videreføre skatteposisjonene på aksjene i det overtakende norske selskapet.

#### 7.2.5.2 Utenlandske aksjonærer

Dersom aksjonær i det utenlandske selskapet er skattepliktig til en annen stat, vil ikke sktl. § 11-7 komme til anvendelse. Sktl. § 11-7 fjerde ledd er på samme måte som på selskaps- nivå kun relevant for skatteposisjoner som er oppstått for norske skatteformål. Men kravet til *kontinuitet i utlandet* gjelder fortsatt, jf. sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum. Slik kravet til kontinuitet i utlandet er forstått kreves det at aksjonærene i det overdragende sel- skapet skal videreføre skatteposisjonene på vederlagsaksjene i det overtakende selskapet. Det oppstilles altså et krav om full kontinuitet på aksjonærnivå.

Det kan tenkes at det utenlandske overdragende har aksjonær i en tredje stat. Kravet til kontinuitet i utlandet kommer ikke til anvendelse slike situasjoner, når det er begrenset til transaksjoner ”i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende”. Dette betyr at fusjonen kan gjennomføres skattefritt uavhengig av den skattemessige behandlingen i den tredje staten.

#### 7.2.6 Bør det gjelde et krav om kontinuitetsbehandling i utlandet?

En kan spørre seg hvorfor det er oppstilt krav om kontinuitet i utlandet. Innfusjonering av utenlandsk selskap utløser ikke beskatning til Norge for verken selskapet eller aksjonærene. Det er ikke opplagt hvorfor det er oppstilt strengere krav til kontinuitet ved fusjoner med norsk overtakende selskap enn fusjoner med norsk overdragende selskap. Begrunnelsen for vilkåret er ikke nærmere behandlet i forarbeider. Kravet til kontinuitet i utlandet ble ikke

---

<sup>107</sup> Utv. 2011 s. 1216. Pkt. 3.2

tatt med i høringsrunden og foranlediget derfor ingen kommentarer i forarbeider.<sup>108</sup> Kravet ble i stedet foreslått for fusjoner mellom selskaper hjemmehørende i utlandet.<sup>109</sup>

Kritikken gikk i hovedsak ut på at det er unødvendig å oppstille krav om kontinuitet i utlandet for norske aksjonærer i selskapet. Så lenge norske aksjonærer viderefører skattemessig kontinuitet på sine aksjer i det overtakende selskapet, skulle norske skattemessige hensyn være ivaretatt. Likevel kom Departementet til at ”dersom det lempes på kravet om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå, vil det innebære et brudd på kontinuitetsprinsippet sine bærende vilkår for skattefrihet ved fusjon og fisjon. Hvis fusjonen eller fisjonen utløser skatteplikt på selskapsnivå, svikter en vesentlig del av begrunnelsen for å se transaksjonen som en ikke-skattutløsende sammenslåing på aksjonærnivå.”<sup>110</sup>

Formålet med sktl. § 11-11 er å åpne for grenseoverskridende fusjoner og samtidig ikke svekke norsk skattefundament.<sup>111</sup> Hensynet til beskyttelse av det norske skattefundamentet tilsier ikke at det er behov for krav om kontinuitet i utlandet. Dersom det lempes på kravet til kontinuitet i utlandet innebærer ikke det at det norske skattefundamentet svekkes.

I tolkningsuttalelsen legger Departementet til grunn at kontinuitetsprinsippet er et "bærende vilkår for skattefrihet ved fusjon og fisjon. Kravet til kontinuitet i det overdragende selskaps hjemstat sikrer at transaksjonen gjennomføres som en *reell fusjon* eller fisjon. Det er ikke valgdgang på verken selskaps- og aksjonærnivå mht. gjennomføring på kontinuitetsvilkår.”<sup>112</sup>(min kursivering) Det er ikke opplagt hva som ligger i dette. Antagelig skal vilkåret om kontinuitet i utlandet ivareta både skatterettslige- og *selskapsrettslige hensyn*. De selskapsrettslige reglene om fusjon skal ved siden av å legge til rette for forretningsmessig

---

<sup>108</sup> Høringsnotat (2010) pkt. 16.5.1

<sup>109</sup> Høringsnotat (2010) pkt. 16.5.3

<sup>110</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.5.1

<sup>111</sup> Se pkt 2

<sup>112</sup> Utv. 2011 s. 1216 pkt. 3.2

begrunnede omorganiseringer, samtidig ivareta hensynet til mindretallsaksjonærene og kreditorene. At de selskapsrettslige bestemmelsene om fusjon er satt som vilkår for skattefritak vil styrke de hensynene og reglene som ligger til grunn for de selskapsrettslige reglene.

Dersom fusjonsskattedirektivet gjaldt også for EØS-statene ville vilkåret vært unødvendig. Men slik er det ikke. Fusjonsskattedirektivet pålegger ikke medlemsstatene å tillate kontinuitet ved gjennomføring av en grenseoverskridende fusjon som involverer selskap hjemmehørende i en EØS-stat. Derfor kan det ikke legges til grunn at EU-stater vil ha regler om kontinuitet ved fusjoner med selskaper hjemmehørende i EØS-stater. Ved fusjon med et overdragende selskap hjemmehørende i EU vil vilkåret kunne sikre at fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet.

Fusjonen vil kunne medføre at eiendeler mister tilknytning til den overtakende stat. At man står overfor like regler om exitbeskatning kan være et argument for at fusjonene kan gjennomføres. Hensynet til symmetri og konsekvens i regelverket har stor betydning i skatteretten. Hensynet sikrer forutberegnelighet i for skattyteren. Et slikt hensyn bør også kunne få betydning ved fastleggelsen av innholdet i sktl. § 11-11 sjette ledd.

På bakgrunn av dette fremstår vilkår om kontinuitet i utlandet, jf. sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum som lite begrunnet og bør etter min oppfatning oppheves. Vilket kan gjøre det i praksis vanskelig eller umulig å gjennomføre en grenseoverskridende fusjon. I tillegg til at det er svakt begrunnet, kan det også tenkes at vilkåret utgjør en restriksjon på etableringsfriheten eller kapitalbevegelsesfriheten i strid med EØS-avtalen.

### 7.2.7 Er kravet om kontinuitetsbehandling i utlandet i strid med EØS-avtalen?

På bakgrunn av det som står ovenfor kan det ikke legges til grunn at et selskap hjemmehørende i en annen EØS-stat kan fusjonere med et norsk overtakende selskap etter sktl. § 11-11 sjette ledd annet punkt. Dette reiser spørsmål om Norges forhold til EØS-avtalen. På selskapsnivå kan det på bakgrunn av *SEVIC*-avgjørelsen slås fast at grenseoverskridende

fusjoner hører til de aktiviteter som medlemsstatene er forpliktet til å respektere i henhold til EØS-avtalens etableringsregler, jf art. 34 jf. 31.<sup>113</sup> På aksjonærnivå kan det på bakgrunn av Baars-avgjørelsen legges til grunn at innehaveren av majoriteten av aksjene i det overtakende selskapet på samme måte er rettighetssubjekt etter etableringsreglene.<sup>114</sup> Hva gjelder andre aksjonærer blir spørsmålet om kravet til kontinuitet utgjør en restriksjon i forhold til reglene om kapitalbevegelsesfrihet.

Kontinuitetskravet i sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum gjør at adgangen til å gjennomføre grenseoverskridende fusjoner er vesentlig begrenset. I de tilfellene reglene for skattefri fusjon avviker fra det kravet til kontinuitet som gjelder Norge vil det ikke være mulig å oppfylle vilkårene for skattefrihet for norske aksjonærer i det overdragende selskapet. Slik det fremgår av punkt 7.1.3 kan det ikke legges til grunn at selskap hjemmehørende i EU kan fusjonere med et Norsk selskap. En kan derfor stille spørsmål om kravet til kontinuitet i utlandet utgjør en restriksjon i strid med selskapers rett til å etablere seg over landegrensene, jf EØS-avtalen art 31, jf 34.

#### 7.2.7.1 Om det foreligger en restriksjon

##### 7.2.7.1.1 *Selskapsnivå*

Spørsmålet er om kravet til kontinuitet i den overdragende stat i sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum utgjør en restriksjon i strid med de fire friheter. For det skal foreligge en restriksjon på de fire friheter må det for det første foreligge en forskjellig behandling av norske og grenseoverskridende transaksjoner.<sup>115</sup> Videre må forskjellsbehandlingen gjøre

---

<sup>113</sup> C-411/03 SEVIC premiss 19.

<sup>114</sup> Se punkt 4.2

<sup>115</sup> C-411/03 SEVIC premiss 22

det umulig eller mindre attraktivt å utøve etableringsfriheten eller kapitalbevegelsesfriheten gjennom grenseoverskridende fusjoner.<sup>116</sup>

Fusjon mellom norske selskaper kan gjennomføres dersom det overdragende selskapet viderefører alle skatteposisjonene på eiendeler, rettigheter og forpliktelser i det overtakende selskapet, jf. sktl. §§ 11-2 og 11-7. Skatteposisjonene samordnes skatteposisjonene gjennom kontinuitetskravet. Kontinuitetskravet leder til at det ikke skal foretas et skattemessig oppgjør ved fusjonen, men i stedet videreføres på det overtakende selskaps hånd. Dersom det overtakende selskapet har eiendeler mv. tilknyttet et fast driftsted i Norge før fusjonen, vil det kunne oppstå spørsmål om skatt. Siden det overdragende selskapet oppløses ved fusjonen skal eiendeler tilknyttet det faste driftstedet anses realisert etter reglene om likvidasjon i den overdragende stat. Sktl. § 11-11 sjette ledd oppstiller unntak fra dette. Kravet til kontinuitet i utlandet gir skattefrihet ved grenseoverskridende fusjoner. Tilsynelatende foreligger det ingen forskjellsbehandling her. Skattefri fusjon kan oppnås dersom vilkår tilsvarende de norske oppfylles. Men det kan ikke legges til grunn at staten har regler om skattemessig kontinuitet i møte med stater hjemmehørende i EØS-landene. Kravet om at fusjonen må skje etter "prinsipper for kontinuitet i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende" kan således ikke oppfylles.<sup>117</sup> Dette innebærer at fusjonen ikke kan gjennomføres med skattefritak for filialen i Norge eller norsk aksjonær i det overdragende selskapet. Noen tilsvarende begrensning foreligger ikke for fusjoner mellom selskaper hjemmehørende i Norge.

Vilkåret om kontinuitet i utlandet jf. sktl. § 11-7 sjette ledd annet punktum innfører en forskjellig behandling av fusjoner, avhengig av om fusjonen gjennomføres nasjonalt eller over landegrensene. Fusjonen vil således utløse skatt på eiendeler mv. tilknyttet filial i Norge av

---

<sup>116</sup> Se f eks C-371/10 National Grid Indus premiss 36: "Det følger likeledes af fast retspraksis, at alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv, skal betragtes som restriktioner på denne frihed."

<sup>117</sup> Se pkt. 7.2.2.2



det overdragende selskapet og for de norske aksjonærene i selskapet, jf. sktl. § 11-11 sjette ledd. Det må kunne legges til grunn at vilkåret vil kunne være egnet til å avholde selskaper fra å fusjonere med norske selskaper. Etter min oppfatning er det lite tvilsomt at vilkåret om kontinuitet i utlandet utgjør en restriksjon i strid med etableringsfriheten jf. EØS-avtalen art 31 og art 34. Restriksjoner på etableringsfriheten kan kun tillates dersom de er begrunnet i et av EU-domstolens aksepterte tvingende allmenne hensyn. Videre må restriksjonen være egnet til å oppnå formålet og ikke gå ut over det som er nødvendig for å oppnå formålet.<sup>118</sup>

#### 7.2.7.1.2 Aksjonærnivå

Spørsmålet her er om kravet til kontinuitet i utlandet jf. sktl § 11-11 sjette ledd annet punktum utgjør en restriksjon på kapitalbevegelsesfriheten jf. EØS-avtalen art. 40 eller persons rett til å etablere seg over landegrensene, jf EØS-avtalens art. 31.<sup>119</sup> Utgangspunktet er at det ikke skal foreligge noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer i EU- eller EØS-område, jf. EØS-avtalens art. 40.

Det første spørsmålet er om det foreligger en forskjellig behandling av norske aksjonærer i et norsk overdragende selskap sammenlignet med norske aksjonærer i et selskap som deltar i en grenseoverskridende fusjon. Ved fusjoner mellom norske selskaper vil ikke fusjonen utløse beskatning for aksjonærene i det overtakende selskapet, jf. sktl. §§ 11-2 og 11-7 fjerde ledd. Ved *grenseoverskridende fusjoner* med norsk overtakende selskap vil det på samme måte som på selskapsnivå ikke kunne legges til grunn at kravet til kontinuitet i utlandet kan oppfylles. Fusjonen medfører da beskatning av de aksjonærene i det overdragende selskapet som er skattepliktig til Norge, jf. sktl. § 2-1 først og niende ledd. Det må kunne legges til grunn at vilkåret om kontinuitet i utlandet vil kunne gjøre det mindre attraktivt å utøve etablerings- eller kapitalbevegelsesfriheten gjennom grenseoverskridende

---

<sup>118</sup> C-411/03 SEVIC premiss 23

<sup>119</sup> Om forholdet mellom EØS-avtalen art. 31 og art. 40 se punkt 3.2 ovenfor.

fusjoner. Restriksjoner kan kun tillates dersom de er begrunnet i et av EU-domstolens aksepterte tvingende allmenne hensyn. Videre må restriksjonen være egnet til å oppnå formålet og ikke gå ut over det som er nødvendig for å oppnå formålet.

Det bør ikke stilles vilkår om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå som vilkår for skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå. Tilstrekkelig til å verne om det norske skattefundamentet å kun oppstille krav om at skatteposisjonene på aksjene videreføres på vederlagsaksjene i det norske overtakende selskapet. Da er norske hensyn skattehensyn ivaretatt.

#### 7.2.7.1.3 Kan restriksjonen rettfærdiggjøres?

Begrunnelsen for kravet om kontinuitet i utlandet er uklart, jf punkt 7.2.6. Reglene i sktl. § 11-11 skal legge til rette for grenseoverskridende fusjoner, samtidig skal reglene også ivareta hensynet til det norske skattefundamentet.<sup>120</sup> Hensynet til beskyttelse av det norske skattefundamentet står svakere når det overtakende selskapet er norsk enn når det norske selskapet er overdragende. Dette er fordi ingen eiendeler mv. står i fare for å miste tilknytning til Norge beskatningsområde. Imidlertid har EF-domstolen konsekvent avvist at hensynet til å opprettholde nasjonale skattefundamenter kan berettigge inngrep i en av de grunnleggende friheter.<sup>121</sup> I *FOKUS*-avgjørelsen slo EFTA-domstolen fast at det samme gjelder i EØS-retten. Å "forhindre en reduksjon av skattinntekter ... utgjør et rent økonomisk behov og kan ikke anses som et tvingende allment hensyn. En restriksjon på utøvelsen av en grunnleggende frihet kan derfor ikke rettfærdiggjøres på dette grunnlaget."<sup>122</sup> Hensynet til beskyttelse av skattefundamentet tilhører således ikke til de tvingende allmenne hensynene som kan begrunne restriksjoner på de fire friheter.

---

<sup>120</sup> Prp. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.1.2 og kap. 2 ovenfor.

<sup>121</sup> C-264/96, ICI premiss 25, 28, Bullen (2005) s. 497 flg.

<sup>122</sup> E-1/04 Fokus, premiss 33

Hensynet til rettferdig fordeling av beskatningskompetansen mellom medlemsstatene er blitt akseptert av EU-domstolen. Hensynet bygger på statenes rett til å beskatte inntekter som er oppstått innenfor statens beskatningsområde. I sakene for EU-domstolen hvor hensynet har vært anført, gjelder som regel rettferdiggjørelse av regler som avskjærer underkudd oppstått i en medlemsstat fradratt i inntekt i en annen medlemsstat innenfor konsernforhold<sup>123</sup> Vilkåret om kontinuitet i utlandet kan, slik jeg ser det, neppe bringe fordelingen av beskatningskompetansen mellom statene i ubalanse.

Etter min oppfatning kan kravet til kontinuitet i utlandet ikke begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Vilkåret om at fusjonen må gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende i sktl. § 11-11 sjette ledd annet punkt, vil kunne utgjøre en restriksjon i strid med EØS-avtalen.

### **7.3 Fusjon i utlandet mellom selskaper som har norske aksjonærer eller filial i Norge.**

#### **7.3.1 Innledning**

Det kan tenkes at fusjon mellom selskaper hjemmehørende i utlandet kan få betydning i Norge. Det overdragende selskapet kan være begrenset skattepliktig til Norge, typisk gjennom en filial, eller ha aksjonærer hjemmehørende i Norge. Uten skattefritak for grenseoverskridende fusjoner ville fusjonen medført realisasjonsbeskatning for aksjonærer som er skattepliktige til Norge og har aksjer i det overdragende selskapet. Fusjonen medfører at det overdragende selskapet skal anses opphørt i forbindelse med fusjonen, og eiendeler, rettigheter og forpliktelser tilknyttet det faste driftstedet vil anses realisert. En eventuell gevinst knyttet til driftstedet vil bli skattepliktig til Norge, jf sktl. § 2-3 første ledd b. Unntak gjelder inntekten fullt ut er unntatt fra beskatning i Norge ved skattavtale. For norske

---

<sup>123</sup> Se f eks, C-446/03 Marks & Spencer premiss 40

aksjonær i det overdragende selskapet er gevinst ved realisasjon av selskapsandel skattepliktig etter sktl. § 2-1 niende ledd. Aksjonærer bosatt i Norge som realiserer aksjer i selskap hjemmehørende i utlandet, er skattepliktig til Norge for aksjegevinst, jf. sktl § 10-31 først ledd og annet ledd jf. § 10-30 tredje ledd.

Sktl. § 11-11 femte ledd oppstiller unntak fra disse reglene og innfører skattefritak for norske aksjonærer i det overdragende selskapet, og for filialer i Norge av det overdragende selskapet. Etter sktl. § 11-11 femte ledd kan fusjon mellom selskaper i utlandet gjennomføres uten skattelegging av norske aksjonærer eller selskap som har filial mv i Norge eller som på annen måte er begrenset skattepliktig til Norge. Vilkårene er at ”transaksjonen gjennomføres i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskap er hjemmehørende og etter de prinsipper som følger av sktl. § 11-7.”

I tillegg er det derfor et vilkår for full skattefrihet at eiendelene mv forblir innenfor norsk beskatningsområde etter fusjonen. Eiendeler mv. som tas ut skal skattelegges ved utflyttingen, jf. sktl. § 9-14.

### 7.3.2 Selskapsnivå

For det første er det et vilkår for full skattefrihet for filialen at transaksjonen må gjennomføres ”i samsvar med prinsipper for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskaper er hjemmehørende.” Vilkåret er sammenfallende med krevet til kontinuitet i utlandet i sktl. § 11-11 sjette ledd annet punktum, og må antakelig forstås på samme måte. Dette innebærer at det kreves full kontinuitet på både aksjonærnivå- og selskapsnivå, se punkt 7.2.1.2. Dette er også lagt til grunn i tolkningsuttalelsen: ”Bestemmelsen innebærer at fusjon og fisjon i utlandet må gjennomføres med skattemessig kontinuitet på både aksjonær- og selskapsnivå, for at transaksjonen skal være skattefri for

norske aksjonærer og for det overdragende selskaps eventuelle eiendeler mv. som befinner seg innenfor både før og etter fusjonen.”<sup>124</sup>

På selskapsnivå betyr dette at skatteposisjonene fastsatt etter den overdragende stats skatteformål skal videreføres uendret ved fusjonen. Et slikt krav til kontinuitet i utlandet vil antakelig kunne oppfylles dersom begge selskapene er hjemmehørende i EU-området. Fusjonsskattedirektivet pålegger statene å gi regler om skattnøytrale fusjoner mellom medlemsstatene. Men dersom et av selskapene er hjemmehørende i andre *EØS-land* (dvs. Island eller Liechtenstein), er det tvilsomt om kravet til kontinuitet i utlandet kan oppfylles. På samme måte som for fusjoner med norsk overtakende selskap, kan det ikke legges til grunn at EU-statene har regler om skattemessig kontinuitet ved fusjoner med selskaper hjemmehørende i EØS-området. EU-statene er ikke forpliktet etter fusjonsskattedirektivet til å ha skattefritaksregler ved fusjoner med selskaper hjemmehørende utenfor EU-området.

Videre skal den utenlandske fusjonen skje ”etter de prinsipper som følger av § 11-7.” Bestemmelsen slår fast at kontinuitetsprinsippet også gjelder for det overdragende selskaps filial i Norge. Det følger av sktl. § 11-7 første ledd at det "overtakende selskap (skal) videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres." Etter min oppfatning krever ordlyden at det overtakende selskapet skal overta skatteposisjonene til det overdragende selskapet uendret. Dette vil være både norske og utenlandske skatteposisjoner. Et slikt kontinuitetskrav kan være utfordrende å håndtere. I praksis vil partene være henvist til å følge reglene i den overdragende stat. I de tilfellene hvor kravet til skattemessig kontinuitet avviker fra til skattemessig kontinuitet som gjelder i Norge vil det ikke være mulig å oppfylle vilkårene for skattefrihet.

Dersom det overdragende selskapet har eiendeler, mv. knyttet til norsk beskatningsområde, gjelder skatteloven § 11-11 tredje ledd om uttaksbeskatning tilsvarende. Fusjonen kan fortsatt gjennomføres skattefritt. For fullt skattefritak er det vilkår at ikke eiendeler mv. i det

---

<sup>124</sup> Utv. 2011 s. 1216 punkt 3.4

overdragende selskap tas ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med fusjonen. Skattefritaket omfatter ikke eiendeler, rettigheter og forpliktelser tilknyttet Norge som tas ut av norske beskatningsområde, jf sktl. §§ 9-14 og 14-27. Dersom eiendelene tas ut av norsk beskatningsområde i forbindelse med fusjonen, har det lite for seg å oppfylle vilkårene for skattefrihet i sktl. § 11-11 femte ledd. Dette forutsetter at det ikke er norske aksjonærer i det overdragende selskapet som har behov for skattefrihet.

### 7.3.3 Aksjonærnivå

Når to selskaper hjemmehørende i utlandet fusjonerer vil denne transaksjonen i utgangspunktet medføre realisasjonsbeskatning for aksjonærer som er skattepliktig til Norge, og som har aksjer i det overdragende selskapet. Etter sktl. § 11-11 femte ledd kan fusjon gjennomføres med skattefritak også for aksjonærene. For det første må ”transaksjonen gjennomføres i samsvar med prinsippene for skattemessig kontinuitet for slike transaksjoner i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende”. Etter ordlyden er det vilkår om skattemessig kontinuitet både på aksjonær- og selskapsnivå ved fusjon i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende. Dette er også lagt til grunn i forarbeider.<sup>125</sup> Henvisningen til kontinuitet i den overdragende stat innebærer at også stilles krav til kontinuitet for *utenlandske aksjonærer* i det overdragende selskapet. Dersom det overdragende og det overtakende selskapet er hjemmehørende i samme stat vil dette kravet til kontinuitet antakelig kunne oppfylles for aksjonær i det overdragende selskapet. Men dersom det overdragende selskapet er hjemmehørende i to forskjellige stater, blir det problematisk. EU-statene er ikke forpliktet etter fusjonsskattedirektivet til å ha skattefritaksregler ved fusjoner med selskaper hjemmehørende utenfor EU-området. Dersom skatteposisjonen på aksjene i det overdragende selskapet ikke videreføres uforandret ved fusjonen, vil ikke kontinuitetskravet kunne oppfylles slik det er oppstilt i sktl. § 11-11 femte ledd. Ordlyden, forarbeider og tolkningsuttalet krever imidlertid full kontinuitet på aksjonærnivå i utlandet.

---

<sup>125</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt. 8.5.5.1

I tillegg er det vilkår om at fusjonen må gjennomføres "etter de prinsipper som følger av § 11-7." Det følger av bestemmelsens fjerde ledd at "samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt for skattyters vederlag i form av aksjer settes lik skattyters samlede inngangsverdi og ervervstidspunkt for aksjer i det overdragende selskap." For aksjonærer i det overdragende selskapet skattepliktig til Norge etter sktl. § 2-1 vil vilkåret kunne oppfylles. Skatteposisjonene overføres på vederlagsaksjene i det overtakende selskapet.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det samme skal legges til grunn for utenlandske aksjonærer i det overdragende selskapet. Imidlertid er det lite trolig at dette er tilsiktet. Spørsmålet er ikke nærmere behandlet i forarbeider. I tilknytning til det tilsvarende vilkåret i sktl. § 11-11 sjette ledd, står det i forarbeider at "Kontinuitetsprinsippet er imidlertid bare relevant for skatteposisjoner som eksisterer for norske skatteformål før fusjonen gjennomføres."<sup>126</sup> Utenlandske skatteposisjoner er ikke relevant for sktl. § 11-7. Vilkaeret må på denne bakgrunn antakelig forstås på samme måte som fusjoner etter sktl. § 11-11 sjette ledd som gjelder fusjon mellom norsk overtakende selskap og utenlandsk overdragende selskap med norske aksjonærer, se punkt. 7.2.5. For utenlandske aksjonærer i det overdragende selskapet gjelder imidlertid kravet til kontinuitet i den overdragende stat, jf. sktl. § 11-11 femte ledd første punktum.

Den norske aksjonæren må godtgjøre overfor myndighetene at samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt (og øvrige skatteposisjoner) på aksjene i det utenlandske selskapet overføres på vederlagsaksjene i det overtakende selskapet, og transaksjonen gjennomføres etter de prinsipper som følger av § 11-7 i den staten hvor fusjonen gjennomføres.

---

<sup>126</sup> Prop. 78 L (2010-2011) pkt 8.5.2

## 8 Avslutning

Reglene for skattefritak ved grenseoverskridende fusjoner reiser en rekke utfordringer. Tilsynelatende ser det ut til at lovgiver har åpnet opp for grenseoverskridende fusjoner på tilnærmet like vilkår som for nasjonale fusjoner. Men med det foreliggende rettskildebildet, viser det seg at vilkårene på enkelte områder er strenge. En kan kanskje driste seg til å si at grenseoverskridende fusjon med skattefritak tilhører unntakene: Hovedregelen er at grenseoverskridende fusjoner utløser beskatning. Da kan virke som om lovgiver tok "munnen for full" da reglene ble vedtatt. Lovteksten og ordlyden er vid og det hele blir en øvelse i å innskrenke anvendelsesområde for å få reglene til å passe til formålet med bestemmelsen; n å åpne for grenseoverskridende fusjoner. Et eksempel på dette er kravet til kontinuitet for utenlandske aksjonærer i det norske overdragende selskapet, jf. pkt 7.1.4.

På spørsmålet om Norge har lyktes å bringe de norske reglene i samsvar med EØS-retten, må svaret, etter min oppfatning, være nei. Slik gjennomgangen har vist, kan det foreligge brudd på EØS-avtalen på en rekke punkter. Det er naturlig å stille spørsmålet om ikke reglene bør endres. Etter min mening bør kravet til kontinuitet i utlandet, jf sktl. § 11-11 sjette ledd oppheves. Kravet ikke særlig godt begrunnet og medfører at grenseoverskridende fusjoner med norsk overtakende selskap i praksis ikke kan gjennomføres med skattefritak.

Loven har også latt et praktisk viktig område stå igjen uregulert. Det kan tenkes at et norsk selskap har en filial i en  *tredje* stat og foretar en fusjon med et overtakende selskap hjemmehørende i utlandet. Den dobbeltbeskatningen som oppstår kunne vært unngått med en særskilt regulering i lovteksten. Fusjonsskattedirektivet har regler om dette og det ble foreslått i Advokatforeningens høringsuttalelse,<sup>127</sup> men ikke nærmere vurdert av lovgiver.

---

<sup>127</sup> Advokatforeningens høringsuttalelse pkt. VI 5.



## 9 Litteraturliste

### 9.1 Bøker

- Andenæs *Mads Henry; Andenæs; Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, 2007*
- Bullen *Andreas Bullen; EU, EØS og skatt, 2005*
- Damgaard *Sanne Neve Damgaard; EU-selskabs og skatterettens betydning for selskabers gjennomførelse af grænseoverskridende omstrukturering, 2012*
- Giertsen *Johan Giertsen, Fusjoner og fisjoner, 1999*
- Gjems-Onstad *Ole Gjems-Onstad; Norsk bedriftskatterett, 2013*
- Gjems-Onstad *Ole Gjems-Onstad; Praktisk internasjonal skatterett, 2014*
- Hagstrøm *Viggo Hagstrøm; Obligasjonsrett, 2003*
- Naas m.fl. *Henning Naas, Christian Bruusgaard, Kristine Ilstad og Christians Svensen; Norsk internasjonal skatterett, 2011*
- Sejersted m.fl. *Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Stein Foyn, Olav Kolstad; EØS-rett, 2004*

Zimmer	<i>Frederik Zimmer</i> ; Lærebok i skatterett, 2009
Zimmer	<i>Frederik Zimmer</i> ; Internasjonal inntektsskatterett 2009
Zimmer/BAHR	<i>Frederik Zimmer i samarbeid med BAHR</i> ; Bedrift, selskap og skatt, 2010

## 9.2 Artikler

Talmo	<i>Frode Talmo, Ole Andreas Dimmen</i> ; Betydningen av at lovlighetskravet er opphevet, 2012
Walby	<i>Lars Hallvard Walby</i> ; Skattefri omorganisering mv. over landegrensene Del I og II, 2011

## 9.3 Internettsider

www.lovdata.no	<i>Asle Aarbakke, Gudmund Knudsen, Jan Skåre, Magnus Aarbakke, Tone Ofstad</i> ; Aksjeloven og allmennaksjeloven, kommentarutgave, 2012
www.skattetaten.no	<i>Kari Rønning</i> ; Selskaper som flytter over landegrensene - hva utløser realisasjonsbeskatning?
www.skattetaten.no	Ligningens ABC
www.regjeringen.no	
www.idunn.no	

## **10 Øvrige kilder**

### **10.1 Lovregister**

Aksjeloven	Lov av 13. juni 1997 nr. 44
Allmennaksjeloven	Lov av 13. juni 1997 nr. 45
EØS-loven	Lov av 27. november 1992 nr. 109
Skatteloven	Lov av 26. mars 1999 nr. 14

### **10.2 Forarbeider**

Aksjeloven	Ot.prp nr. 86 (1997-1998) Ot.prp nr. 71 (1995-1996)
Skatteloven	Prop. 78 L (2010-2011). Prop. 112 L (2011-2012)
Høringnotat: Skatteloven	Høringsnotat - om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet, 18. januar 2010
Advokatforeningens høringsuttalelse	Høringsuttalelse - utkast til regler om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet mv.

### **10.3 Rettspraksis**

Norske domstoler:

Rt. 2005 s. 86

Rt. 2002 s. 1144

EU-domstolen:

C-123/11, *A Oy*

C-411/03 *SEVIC*

C-251/98 *Baars*

C-371/10 National Grid Indus

C-264/96, *ICI*

C-446/03 Marks & Spencer

EFTA-domstolen:

E-1/04 *Fokus Bank*

**10.4 EU-direktiver**

Fusjonsskattedirektivet

Direktiv 2009/133/EC

Selskapsdirektivet

Direktiv 2005/56 EF

**10.5 Andre uttalelser**

Utv. 2012 s. 1216

Finansdepartementets tolkningsuttalelse 19. august  
2011