

UiO : **Det juridiske fakultet**

Deltakerlignede selskaper og fritaksmetoden

Kandidatnummer: 693

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17 422



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema.....	1
1.2	Avgrensninger.....	3
1.3	Kort om rettskilder.....	3
1.4	Videre fremstilling.....	4
2	BESKATNING AV DELTAKERLIGNEDE SELSKAPER	5
2.1	Deltakerlignede selskaper.....	5
2.2	Krav til selskap.....	8
2.3	Deltakerligning etter «bruttometode» eller «nettometode».....	9
2.4	Konsekvenser av deltakerligning.....	10
2.5	Enklere skatteregler for deltakerlignede selskaper.....	13
3	FRITAKSMETODEN	16
3.1	Subjektsiden (hvilke selskaper som omfattes).....	16
3.1.1	Deltakerlignede selskaper ikke omfattet.....	16
3.1.2	Utenlandske deltakerlignede selskaper.....	18
3.1.3	Betydningen av skattefritaket for utenlandske selskaper.....	28
3.2	Objektsiden (hvilke inntekter som omfattes).....	29
3.2.1	Utgangspunkter.....	29
3.2.2	Utbytte fra aksjeselskap mv.....	30
3.2.3	Gevinst/tap ved realisasjon av eierandel i selskap mv.	32
3.2.4	Begrensninger: avgrensning av fritaksområdet.....	36
3.3	Treprosentregelen.....	44

3.3.1	Utbytte	44
3.3.2	Unntak for utbytte fra konsernselskap.....	45
3.3.3	Utbytte til deltakerlignet selskap	47
3.3.4	Utdeling fra deltakerlignet selskap	48
4	UTDELING FRA DELTAKERLIGNET SELSKAP	49
4.1	Skattefri utdeling.....	49
4.2	Manglende lovlighetskrav	50
5	AVSLUTNING	51
6	LITTERATURLISTE	53

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Det sentrale formålet med avhandlingen er å gjøre rede for fritaksmetodens anvendelse på deltakerlignede selskaper.

Skattereformen av 2004–2006 innførte nye regler for selskapsbeskatning. En av hovedmålsettingene var skattemessig likebehandling av ulike organisasjonsformer. Ved å skattlegge ulike typer virksomhet ut fra de samme grunnprinsippene vil næringslivet organiseres på en mest mulig hensiktsmessig og effektiv måte. Nøytralitet er et grunnleggende hensyn i skatteretten. Utformingen av skattesystemet skal i minst mulig utstrekning påvirke den økonomiske atferden, herunder valg av selskapsform. Så langt særtrekk ved bestemte foretaksformer ikke nødvendigvis gjør særskilte løsninger, bør skattemessig likebehandling være avgjørende.¹

Fritaksmetoden ble innført som ledd i skattereformen av 2004–2006. Fritaksmetoden danner et unntak fra skatteplikten for utbytte og gevinst.² Selskapsaksjonærer fritas for utbytte- og gevinstbeskatning på aksjer, samtidig som det ikke gis fradragrett for tilsvarende tap.³ Fritaket resulterer i en tilnærmet null-sats-sone (med visse unntak) innenfor selskapssektoren.⁴

Formålet er å hindre kjedebehandling av overskuddene i (aksje)selskaper. Kjedebehandling kan gi uheldige insentiver til omorganisering. De skattemessige vurderingene vil kunne overstyre det som ut fra andre betraktninger vil være det mest rasjonelle valg av selskapsstruktur.⁵ Av hensynet til kapitalflyten i næringslivet er det ikke ønskelig om overskuddet i et aksjeselskap skulle bli skattlagt på andre selskapers hånd når overskuddet deles ut som utbytte eller realiseres ved et aksjesalg.⁶ Reglene må således sees i sammenheng med den såkalte aksjonærmodellen for skattlegging av aksjeutbytte og -gevinst hos personlige skattytere. Samlet

¹ Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) pkt.1.1.

² Se sktl. §§ 10-11 og 10-31.

³ Se sktl. § 2-38.

⁴ Gjems-Onstad (2012) s. 627.

⁵ Meld. St.11 (2010-2011) pkt. 9.2.

⁶ Skaar (2012) s.160.

innebærer fritaksmetoden og aksjonærmodellen overordnet sett at inntekten skattlegges én gang i selskapssektoren og én gang når inntektene tilfaller personlig aksjonær.

Eierkjeder kan også involvere selskaper i andre stater. Hva gjelder grenseoverskridende aksjeinvesteringer mellom Norge og andre EØS-stater, forutsetter EØS-avtalen og dens fire friheter at slik aktivitet ikke underlegges restriksjoner sammenlignet med investeringer som ikke er grenseoverskridende. Norge er således forpliktet til skattemessig likebehandling av selskaper hjemmehørende i andre EØS-stater og tilsvarende norske selskaper. Dersom norske selskaper fritas for skatt på aksjeinntekter, må selskaper innenfor EØS også fritas for norsk beskatning. Tilsvarende, dersom inntekter fra norske selskaper er fritatt, må også inntekter fra selskaper innenfor EØS fritas. For å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er aksjeinntekter til og fra EØS-stater omfattet av fritaksmetoden.⁷

Beskatning av selskaper foretas etter to hovedprinsipper,; selskapsligning eller deltakerligning.⁸ Fritaksmetodens subjektside (hvilke selskaper som fritas) omfatter i hovedsak aksjeselskaper og andre selskapslignede innretninger. Fritaksmetodens objektside (hvilke inntekter som fritas) ble av hensynet til skattemessig likebehandling utvidet til også å omfatte deltakerlignede selskaper med virkning fra og med inntektsåret 2006. På objektsiden omfattes altså som hovedregel både eierandeler i selskapslignede og deltakerlignede selskaper. Den skattemessige klassifiseringen for henholdsvis selskapsligning eller deltakerligning er således i praksis avgjørende for om fritaksmetoden kommer til anvendelse. Hvordan utenlandske selskaper klassifiseres, er et komplekst tema. Klassifiseringen vil ofte være forskjellig fra land til land. Dette gir opphav til de såkalte hybridtilfeller, det vil si at selskaper anses som selskapslignet i ett land og som deltakerlignet i et annet land.

I statsbudsjettet for 2015 er det foreslått endringer i skattereglene for deltakerlignede selskaper. Hovedprinsippene i gjeldende ligningsmåte skal videreføres, men innenfor disse rammene foreslås en rekke forenklingstiltak. Endringene skal bl.a bidra til et mer konsekvent regelverk og utjevne forskjellene i skattemessig behandling mellom investeringer i aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper.

⁷ Meld. St.11 (2010-2011) pkt. 9.2.

⁸ Se sktl. § 2-2.

Med bakgrunn i formålet om skattemessig likebehandling, vil fremstillingen forsøke å belyse forskjellene i fritaksmetodens anvendelse på aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper.

Det blir herunder diskutert hvorvidt fritaksmetodens utforming medfører at like investeringer kan gi ulik beskatning avhengig av om de gjøres gjennom aksjeselskap eller deltakerlignet selskap.

1.2 Avgrensninger

Fremstillingen vil ta for seg fritaksmetodens regler for beskatning av gevinst og tap ved realisasjon av aksjer i aksjeselskaper og andeler i deltakerlignede selskaper, samt utdelinger fra slike selskaper. Det avgrenses mot uttak av eierandel.⁹ Gevinst og tap ved realisasjon eller uttak av finansielt instrument med aksjeselskap som underliggende objekt, vil ikke behandles inngående.¹⁰ Begrensninger av fritaksmetodens objektside vil behandles for å illustrere forskjellene mellom aksjeselskap og deltakerlignet selskap som investeringsobjekt.¹¹ Tilgrensende problemstillinger, herunder nærstående aksjer og kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet i EØS, vil ikke bli behandlet.¹²

Fremstillingen vil basere seg på en sammenligning av reglene for deltakerlignede selskaper og aksjeselskaper, det avgrenses mot ulikheter i forhold til andre typer selskapslignede subjekter.

1.3 Kort om rettskilder

Høyesterettspraksis spiller en meget sentral rolle som rettskilde på skatterettens område. Prejudikatsfravik finner imidlertid sted også her.¹³ Av interesse for den videre fremstilling er særlig Høyesteretts dom i Rt. 2012 s. 1380 (Statoil Holding). Dommen er den første hvor Høyesterett tar stilling til hvordan ”tilsvarende” utenlandsk selskap skal forstås under fritaksmetoden, hvilket videre får betydning for vurderingen av utenlandske deltakerlignede selskaper. Dommen gjaldt konkret fritaksmetodens objektside, men den får betydning også på subjektsiden.

Med ligningspraksis siktes til ligningsorganenes avgjørelse av enkeltspørsmål i konkrete

⁹ Se sktl. § 2-38 andre ledd.

¹⁰ Se sktl. § 2-38 andre ledd bokstav c.

¹¹ Se sktl. § 2-38 tredje ledd.

¹² Se sktl. § 2-38 fjerde og femte ledd.

¹³ Zimmer (red.) (2014) s. 47.

saker. Praksisen vil være av avgjørende betydning for forvaltningen selv, men også Høyesterett har tillagt slik praksis atskillig vekt i en rekke dommer i de senere år.¹⁴ Vekten av ligningspraksis vil avhenge av dens varighet, frekvens, og konsistens.¹⁵ Høyesterett har videre i flere dommer lagt større vekt på ligningspraksis i favør av skatteyteren enn i hans disfavør.¹⁶

I tillegg kommer overordnede forvaltningsorganers administrative uttalelser, særlig uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet. Dette er imidlertid ikke «praksis» i streng forstand. Slike uttalelser tillegges avgjørende vekt av forvaltningen selv og kan gjennom praksis få atskillig vekt. Men enkeltstående uttalelser har i seg selv liten vekt. I flere dommer har Høyesterett ikke fulgt Finansdepartementets syn.¹⁷

Skattedirektoratet gir årlig ut Lignings-ABC, som er en håndbok med skatteetaten som adressat. Av forvaltningen oppfattes Ligning-ABC som en instruks, men for domstolene har uttalelsene i seg selv liten vekt men mindre det kan legges til grunn av uttalelsene har gitt grunnlag for en praksis. For domstolene har Ligning-ABC ikke større vekt enn administrative uttalelser ellers.¹⁸

Skattedirektoratet avgir også bindende forhåndsuttalelser om skattemessige konsekvenser av planlagte disposisjoner. Uttalelsene er ikke bindende for skattyteren i den aktuelle saken, men for skatteetaten. Rettskildevekten av slike uttalelser har ikke vært satt på spissen, det antas imidlertid at de ikke kan tillegges større vekt enn administrative uttalelser ellers.¹⁹

Slike administrative uttalelser og praksis vil i det følgende bli behandlet. De slutninger som kan trekkes fra disse kilder, vil imidlertid i seg selv ha beskjeden rettskildevekt.

1.4 Videre fremstilling

For å vurdere fritaksmetodens anvendelse på deltakerlignede selskaper, er det nødvendig å vite hva som kjennetegner disse selskapene. Dette er tema i kapittel 2, hvor hovedreglene om beskatning av deltakerlignede selskaper vil bli behandlet.

¹⁴ Se f.eks. Rt. 1992 s. 1263.

¹⁵ Zimmer (2014) s. 55.

¹⁶ Se f.eks. Rt. 2001 s. 1444.

¹⁷ Se f.eks. Rt. 1990 s. 958.

¹⁸ Se f.eks. Rt. 2005 s. 577.

¹⁹ Zimmer (2014) s. 59.

I kapittel 3 presenteres fritaksmetodens regler. På subjektsiden (hvilke selskaper som omfattes) vil det særlig fokuseres på grensedragningen mellom selskapslignede og deltakerlignede selskaper i utenlandske forhold. På objektsiden (hvilke inntekter som omfattes) vil forskjellene i fritaksmetodens anvendelse på inntekter og tap fra aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper belyses. Herunder vil det vurderes hvorvidt fritaksmetodens utforming medfører at like investeringer kan gi ulik beskatning avhengig av om de gjøres gjennom aksjeselskap eller deltakerlignet selskap.

I kapittel 4 behandles reglene om utdeling fra deltakerlignede selskaper.

En oppsummering avrunder avhandlingen i kapittel 5.

2 Beskatning av deltakerlignede selskaper

2.1 Deltakerlignede selskaper

Hvilke selskaper som skal være selvstendige skattesubjekter, er en del av de vanskelige rettspolitiske spørsmål. Grensen de lege lata har fulgt inndelingen etter selskapstyper som er kjent fra privattretten, der inndelingen er basert på deltakernes heftelse for selskapets gjeld.²⁰ Det avgjørende er om heftelsen er begrenset til deltakernes innskudd (gjerne kalt kapitalselskap), eller om de hefter med hele sin formue (gjerne kalt personselskap).²¹ I relasjon til fritaksmetoden er skillet av avgjørende betydning, da fritaksmetodens subjektside kun omfatter selvstendige skattesubjekter. Også på fritaksmetodens objektside er skillet viktig, idet reglene er ulikt uformet for selskapslignede og deltakerlignede selskaper.

Sktl. § 2-2 trekker opp skillet mellom selskap mv. som er selvstendig skattesubjekt, og som ikke er selvstendig skattesubjekt. Første ledd gir uttrykk for de selvstendige skattesubjekter, dvs. hvilke selskaper mv. som skal selskapslignes, jf. § 10-1 og 10-40, sml. § 2-38. Første ledd er basert på en kasuistisk oppregning, som ikke kan anses uttømmende, jf. første ledd bokstav e. Oppregningen omfatter aksjeselskap og allmennaksjeselskap, sparebank og annet selveiende finansieringsforetak, gjensidig forsikringselskap, samvirkeforetak, statsforetak, interkommunalt selskap, og innretning eller forening under selvstendig bestyrelse, herunder

²⁰ Zimmer (2014) s. 109.

²¹ Woxholth (2014) s. 31.

stiftelser, døds-, konkurs- og administrasjonsbo og allmenningsskasser.

For selskapstyper som faller utenom oppregningen, er det avgjørende kriterium for hvorvidt selskapet regnes som eget skattesubjekt, om deltakernes ansvar for selskapets forpliktelser «er begrenset til selskapets... kapital», jf. sktl. § 2-2 første ledd bokstav e. Dette kriterium, heftelsesformen, vil også være avgjørende for selskaper som er stiftet i henhold til andre lands regler. Hva slags selskap det er tale om i det enkelte tilfelle, må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av selskapsavtalen.²²

Sktl. § 2-2 sjette ledd gir uttrykk for det såkalte «globalinntektsprinsippet». For selskaper som er omfattet av oppregningen i sktl. § 2-2 første ledd og som er hjemmehørende i Norge, omfatter skatteplikten all inntekt og formue uavhengig av om det er her i riket eller utlandet. Et selskap regnes som hjemmehørende her i riket, hvis selskapets ledelse, først og fremst selskapets styre, utøver sine funksjoner i Norge.²³ Hvor selskapet er stiftet, eller hvor aksjonærene er hjemmehørende er således ikke avgjørende.²⁴ Viktige unntak fra skatteplikten følger imidlertid av fritaksmetoden som vil bli nærmere behandlet under pkt. 3 nedenfor.

Selskap som ikke er hjemmehørende i Norge, har ikke alminnelig skatteplikt, men kan ha begrenset plikt etter sktl. § 2-3. Sktl. § 2-3 regulerer uttømmende bestemte inntektsposter som, på bakgrunn av sin tilknytning til Norge, skal beskattes her. Av relevans for den videre behandling er inntekt av virksomhet som drives eller bestyres herfra (filial), jf. sktl. § 2-3 første ledd bokstav b og aksjeutbytte fra norsk selskap til utenlandsk aksjonær, jf. sktl. § 2-3 første ledd bokstav c.

I sktl. § 2-2 andre ledd finner man de ikke-selvstendige skattesubjekter, altså hvilke selskaper mv. som skal deltakerlignes, jf. tredje ledd. Andre ledd inneholder ikke et generelt kriterium tilsvarende det man finner for selvstendige skattesubjekter i første ledd bokstav e, om heftelsesform som forutsetning for deltakerligning. I stedet følger en uttrykkelig oppregning av de selskaper som omfattes. Dette er ansvarlig selskap (ANS), herunder ansvarlig selskap med delt ansvar (DA), kommandittselskap (KS), indre selskap, partrederi og andre selskaper som faller inn under selskapsloven (heretter sel.) § 1-1 første ledd.

²² Zimmer (2014) s. 110.

²³ Se f.eks Rt. 2002 s. 1144.

²⁴ Zimmer (2014) s. 110.

Med ansvarlig selskap siktes det til selskap hvor to eller flere deltakere samlet eller hver for seg har et ubegrenset personlig ansvar for virksomhetens gjeld, jf. sel. § 1-2 første ledd bokstav b. Definisjonen stiller krav i to retninger. Det må foreligge et «selskap», jf. sel. § 1-1 første ledd, og samtlige deltakere må ha et ubegrenset og personlig gjeldsansvar for selskapsforpliktelsene. Hvilke krav som stilles for å kunne anses som «selskap» i sel. § 1-1 første ledds forstand vil behandles nærmere under pkt. 2.2 nedenfor.

De ansvarlige selskapene kan deles inn i to grupper; ANS og DA, definisjonen i sel. § 1-2 første ledd bokstav b omfatter begge disse formene. I et ansvarlig selskap (ANS) har alle deltakerne et ubegrenset personlig ansvar for hele gjelden, dette er også kjent som «solidaransvar». Denne selskapsformen medfører at deltakerne hefter for de samlede selskapsforpliktelsene med hele sin formue, dvs. både sin del av selskapsmassen og andre aktiva. I et selskap med delt ansvar (DA) har deltakerne samlet sett et ubegrenset personlig ansvar for hele gjelden, men hver deltaker hefter bare for sin eierandel, dette er også kjent som «proratarisk ansvar».²⁵ Også ved denne selskapsformen hefter deltakerne med hele sin formue, både sin del av selskapsmassen og andre aktiva, men den enkelte deltaker hefter likevel bare for en brøkdel. Selv om selskapet organiseres som et DA vil ansvaret øke med selskapets gjeld. Det er med andre ord ingen grense for hvor mye den enkelte deltaker kan bli forpliktet til å dekke personlig i sum.

Et kommandittselskap (KS) er et selskap hvor én deltaker har et ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser og én eller flere deltakere har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser, jf. sel. § 1-2 første ledd bokstav d. Selskapsformen er således en hybrid mellom ansvarlig selskap og aksjeselskap, sml. aksjeloven (heretter asl.) § 1-1 andre ledd. Av sel. § 2-1 første ledd bokstav e og f følger det at deltaker med ubegrenset ansvar for kommandittselskapets forpliktelser, betegnes «komplementar», mens deltakere med begrenset ansvar betegnes «kommandittist». I dag er komplementaren svært ofte et aksjeselskap som ofte er stiftet med det formål å være komplementar i kommandittselskapet. Selv om komplementaren etter selskapsloven hefter ubegrenset, er det en vesentlig begrensning i det forhold at heftelsen ikke rekker ut over aksjekapitalen- aksjeselskaper har jo per definisjon begrenset ansvar. I praksis er det ofte slik at komplementarselskapet eies av kommandittistene i det samme kommandittselskapet. Den

²⁵ Woxholth (2014) s. 34.

økonomiske realiteten i komplementarens ubegrensede gjeldsansvar kan således bli ubetydelig og det moderne kommandittselskapet ender opp med likhetstrekk med aksjeselskapene.²⁶

Med indre selskap menes selskap som ikke opptrer som sådant overfor tredjemann, jf. sel. § 1-2 første ledd bokstav c. Det som særpreger de indre selskaper sammenlignet med ANS, er at selskapet utad ikke gir uttrykk for en felles virksomhet, det vesentlige er relasjonen mellom partene.²⁷ Indre selskap er ikke eget rettssubjekt. Rettigheter, forpliktelser og partsstilling må derfor tilordnes deltakerne, jf. sel. § 2-1 andre ledd. Loven gjør imidlertid unntak fra denne «gjennomgående» rettssubjektiviteten for selskapets stille deltakere.

Partrederi er et selskap som driver rederivirksomhet og hvor deltakerne samlet eller hver for seg hefter ubegrenset personlig for rederiets forpliktelser. Som partrederi regnes også sameie i skip som etter avtale mellom sameierne skal brukes til rederivirksomhet for felles regning, jf. sjøloven § 101 første ledd.

2.2 Krav til selskap

De gjeldende skatteregler for deltakerlignede selskaper omfatter ikke bare registrerte selskaper. Reglene får også anvendelse på materielle deltakerlignede selskaper, uavhengig av registrering. Selskaper som ikke er registrert, må imidlertid kunne godtgjøre overfor ligningsmyndighetene at de materielle vilkår er tilstede. Det kan tenkes at aktiviteten i et registrert selskap opphører, men at selskapets registrering består. Spørsmålet blir om registreringen i slike tilfeller skal være avgjørende, eller om det må undersøkes om de materielle vilkårene er oppfylt. Finansdepartementet har uttalt at «det er en klar presumsjon for at registrerte selskaper oppfyller de materielle vilkårene for å være selskap».²⁸

Det avgjørende er om det materielt sett foreligger et «selskap». For at et rettsfelleskap skal kunne sies å være et «selskap» i sel. § 1-1 første ledds forstand, er det krav om at «en økonomisk virksomhet utøves for to eller flere deltakeres felles regning og risiko». Avgjørende er således om det foreligger virksomhet eller passiv kapitalforvaltning.²⁹ I sistnevnte tilfelle foreligger ikke et selskap.³⁰

²⁶ Woxholth (2014) s. 41.

²⁷ Woxholth (2014) s. 43.

²⁸ Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.6.3.

²⁹ Se f.eks. Rt. 1989 s. 296.

³⁰ Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.6.3.

Grensen for når det drives næringsvirksomhet er ikke klar, ofte er det slik at aktiviteten er begrenset i oppstartsfasen, men at den øker etter hvert. På et tidspunkt vil grensen for næringsvirksomhet være overskredet, slik at ansvarlig selskap må anses å foreligge. Skatteloven gir liten veiledning om hvor dette skillet skal trekkes. Avgrensningen følger først om fremst av rettspraksis, ligningspraksis og juridisk teori.³¹

I følge Lignings-ABC må det ved vurderingen av aktiviteten tas hensyn til all aktivitet, både fysisk og ikke-fysisk, for eksempel arbeid med å administrere. Aktiviteten trenger ikke være utøvd av skatteyder selv. Dersom skatteyder har satt bort arbeidet til en selvstendig næringsdrivende, må man vurdere om denne aktiviteten kan tilordnes skatteyder, om den utøves for skatteyers regning og risiko. Aktiviteten må imidlertid være av et slikt omfang og varighet at det ville blitt ansett som virksomhet dersom skatteyder selv hadde stått for aktiviteten.³² Virksomhetsbegrepet behandles ikke nærmere her.

For at virksomheten skal ha økonomisk karakter i selskapslovens forstand, kreves det ikke faktisk overskudd. Det er tilstrekkelig at aktiviteten objektivt sett er *eget* til å frembringe overskudd. At aktiviteten ikke har gitt og ikke forventes å gi overskudd på sikt, er en indikasjon på at den ikke er egnet til å frembringe overskudd.³³

Den økonomiske virksomheten må i følge definisjonen i sel. § 1-1 første ledd første punktum, utøves av «minst to deltakere». Enkeltpersonforetak faller således utenfor selskapsloven. Videre må den økonomiske virksomheten utøves for deltakernes «felles regning og risiko». Referansen knytter seg til ansvarsformen, se pkt. 2.1 ovenfor om de ulike typene.

2.3 Deltakerligning etter «bruttometode» eller «nettometode»

Deltakerligning kan tenkes gjennomført som en “bruttometode” eller en “nettometode”. Ved skattereformen i 1992 fikk deltakerlignede selskaper større selvstendig skatterettslig betydning. Skatteposisjoner og -forpliktelser ble tidligere knyttet direkte til deltakerne. Loven bygget på en bruttometode, hvor hver enkelt av selskapets poster ble fordelt på deltakerne og den nærmere skattemessige vurderingen av posten skulle skje etter deltakerens forhold. Dette innebærer at hvor loven åpnet for en valgmulighet, var det den enkelte deltaker som valgte for sin

³¹ NOU 2005:2 pkt. 6.2.

³² Lignings-ABC (2014) s. 1548 pkt 3.3.2.

³³ Se f.eks. Rt. 1985 s. 319.

andel. I relasjon til regler som satt tidsfrister eller tilla ervervshensikt avgjørende betydning, var deltakerens og ikke selskapets forhold avgjørende. Når en andel i selskapet ble solgt, ble det ansett som salg av skatteyderens andel i hver enkelt gjenstand som selskapet eier, konsekvensen av dette var at erververen fikk ny inngangsverdi på sin andel av de enkelte gjenstander.³⁴

Ved skattereformen i 1992 ble bruttometoden byttet ut med en nettometode. Sktl. § 10-41 gir uttrykk for nettometoden, som innebærer at selskapets inntekt beregnes som om selskapet selv var skattyter, og at det skattemessige overskuddet eller underskuddet deretter fordeles på deltakerne. Selskapets forhold, og ikke deltakernes, er avgjørende for den skattemessige vurderingen av de enkelte poster.

Fordi inntektsberegningen av alle typer deltakerlignede selskaper foretas etter samme nettometode, er det i skatterettslig sammenheng i utgangspunktet uten betydning å skille mellom de ulike selskapsformene. For kommandittister og stille deltakere gjelder det imidlertid regler om fradragsbegrensning.

I det følgende vil begrepet deltakerlignede selskaper referere til selskaper som nettolignes etter skatteloven §§ 10-40 til 10-48.

2.4 Konsekvenser av deltakerligning

Skillet mellom selvstendig skattesubjekt og ikke-selvstendig skattesubjekt får særlig betydning for muligheten for samordning av eiernes inntekt med selskapets inntekt, ansvaret for skatteplikten og tidspunktet for innbetaling av skatten. I relasjon til fritaksmetoden er skillet av avgjørende betydning, da fritaksmetodens subjektside kun omfatter selvstendige skattesubjekter. Som tidligere nevnt, er skillet viktig også på fritaksmetodens objektside, idet reglene er ulikt utformet for selskapslignede og deltakerlignede selskaper.

At et selskap anses som eget skattesubjekt, innebærer at det skal foretas selskapsligning. Selskapet som sådant skattlegges for sine inntekter og gis fradrag for utgifter. Deltakere i selskap som anses som selvstendig skattesubjekt, kan ikke uten særskilt grunnlag kreve fradrag i sine inntekter for den juridiske persons underskudd. Hovedregelen er altså at det ikke skal foretas

³⁴ Zimmer (2014) s. 403.

noen samordning av eiernes og selskapets inntekter og fradragposter. Selskapet kan imidlertid fremføre underskuddet til fradrag i senere års inntekt etter sktl. § 14-6.

For konsernselskaper er stillingen en annen. Utviklingen både nasjonalt og internasjonalt har ført til at enkeltstående selskaper stadig oftere inngår i konsernforhold. Organisatorisk og økonomisk utgjør konsernet en enhet, rettslig sett er de enkelte konsernselskapene selvstendige rettssubjekter.³⁵ Som følge av dette interessefellesskapet selskapene imellom, åpner loven opp for inntektsutjevning mellom selskaper i samme konsern gjennom reglene om konsernbi-drag.³⁶ I det tilfellet et konsern har ett eller flere selskaper med underskudd og ett eller flere selskaper med overskudd, har det en klar interesse i å kunne trekke underskuddet fra overskuddet og på den måten redusere det totale skattepliktige overskuddet i inntektsåret.

Selskaper som ikke anses som eget skattesubjekt, skal deltakerlignes, jf. sktl. § 2-2 tredje ledd. Selskapet fungerer som beregningsenhet, den løpende beskatningen av selskapets overskudd (eventuelt fradrag for underskudd) foretas på eiernes hånd, jf. sktl. §§ 4-40 og 10-40 til 10-45. Deltakere i slike selskap har i dag full samordning av inntektene fra selskapet og øvrige inntekts- og fradragposter, det vil si at underskudd i selskapet kan trekkes fra i deltakerens skattepliktige inntekter fra andre kilder, jf. sktl. § 6-3 første ledd (med visse begrensninger for underskudd fra kommandittselskaper, jf. sktl. § 10-43). Hovedregelen for deltakerlignede selskaper er altså full samordning.

En annen side av prinsippet om deltakerligning er at deltakeren er skattepliktig for sin andel av selskapets inntekt uavhengig av om inntekten er i behold i selskapet eller utbetalt til deltakeren.

Ansvar for skatteplikten påhviler selskapet selv, der de er egne skattesubjekter. For deltakerlignede selskaper er utgangspunktet motsatt. Selskapet har et subsidiært ansvar, det kan holdes ansvarlig der skatten ikke kan innkreves hos deltakeren.³⁷ Ansvarer omfatter bare den skatt som ilignes deltakerne i medhold av sktl. § 2-2 tredje ledd, altså bare den skatt som har sam-

³⁵ Se asl. § 1-3.

³⁶ Se sktl. § 10-2 til 10-4.

³⁷ Skattebetalingsloven § 16-11 (1).

menheng med selskapets formue og inntekt.³⁸ Selskapets subsidiære ansvar omfatter ikke skatt på gevinst ved salg av andel i nettolignet selskap.³⁹

Tidspunktet for innbetaling av skatten er ulik for selskapslignede og deltakerlignede selskaper. Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper mv. er etterskuddspliktige. For de deltakerlignede selskaper er tidspunktet for betaling av skatt avhengig av hvem som er deltaker, siden personlig deltaker er forskuddspliktig mens selskapsdeltaker er etterskuddspliktig.

Det er ingen forskjell mellom skattesatsene ved selskaps- og deltakerligning. I begge tilfeller beregnes det alminnelig inntekt som beskattes med 27 prosent. Tilsvarende skattlegges utdeling fra selskapet til personlig deltaker som utgangspunkt med en sats på 27 prosent (aksjonærmodellen henholdsvis deltakermodellen).⁴⁰

Muligheten for samordning vil kunne være en motivasjon ved valg av selskapsform, noe som illustreres av den hyppige bruken av kommandittselskap de foregående tiårene. I et kommandittselskap har som nevnt, én deltaker ubegrenset ansvar (komplementaren) og én eller flere deltakere begrenset ansvar (kommandittistene), jf. sel. § 1-2 første ledd bokstav e. Selskapsformens popularitet skyldes i stor grad muligheten for ansvarsbegrensning, samtidig som det skal foretas deltakerligning. På grunn av bl.a gunstige avskrivningsregler for enkelte saldo-grupper (f.eks skip) har kommandittselskaper i startfasen kunnet gå et med skattemessig underskudd, som ikke reflekterer et bedriftsøkonomisk underskudd. Deltakerligning medfører at dette underskuddet skal lignes på kommandittistenes hånd, hvorpå det kan trekkes fra i andre kilder med én gang, jf. sktl § 6-3 første ledd. De skattemessige fordelene ved kommandittselskapsformen er med tiden blitt redusert. Ved skattereformen i 1992 ble en rekke av de skatte-kreditene som ga grunnlag for underskuddet i kommandittselskapene, strammet inn. Innføringen av nettometoden til erstatning for bruttometoden innebar at den som erverver andeler i kommandittselskap ikke får en annen stilling enn avhenderen, idet selskapets og ikke deltakerens forhold er avgjørende etter nettometoden.⁴¹

³⁸ Utv. 1987 s. 409.

³⁹ Utv. 1994 s. 547

⁴⁰ Stortingets skattevedtak § 3-3.

⁴¹ Zimmer (2014) s. 109.

2.5 Enklere skatteregler for deltakerlignede selskaper

Skattereglene for deltakerlignede selskaper bidrar til likebehandling av virksomhetsformer, og er prinsipielt godt forankret. Men erfaring viser at reglene er kompliserte, og at det er ønskelig med forenklinger. I evalueringen av skattereformen 2006, viste Finansdepartementet til at deltakerligning i seg selv virker kompliserende, ved at det blir flere skattytere å forholde seg til enn ved selskapsligning.⁴² Skatteoppgjøret kompliseres ytterligere ved reglene om fordeling av skattegrunnlag mellom kommuner, samt reglene om fradragsbegrensning for kommandittister og stille deltakere. Selv om dette ikke var nytt med reformen i 2006, førte de særlige reglene som ble innført for å tilpasse prinsippene for aksjonærbeskatningen til deltakerbeskatningen til et komplekst skattesystem.

Finansdepartementet sendte i mai i år et forslag om forenkling av reglene for deltakerlignede selskaper på høring.⁴³ Hovedformålet er enklere regler, men også at reglene blir bedre tilpasset hverandre. Departementet er av det syn at endringene vil virke forenklende for skattyterne, legge til rette for en mer effektiv ligningsbehandling med mindre risiko for feil og gi et mer konsekvent og samordnet regelverk.⁴⁴

Et av forslagene som fremmes er en innskrenking i adgangen til å samordne andel av selskapsunderskudd mot annen inntekt for kommandittister og stille deltakere, i kombinasjon med en avvikling av fradragsrammen. Etter gjeldende rett gjelder det for kommandittister og stille deltakere en fradragsbegrensning, jf. sktl. § 10-43. Da slike deltakere har et begrenset ansvar, er det nødvendig med regler som sikrer at de ikke får større fradrag enn det de risikerer å tape som deltakere i selskapet. Beregningen av fradragsrammen er meget komplisert. Utgangspunktet er at denne skal gjenspeile hva en kommandittist eller stille deltaker faktisk risikerer å tape av verdier i selskapet. Beregningen må således skje individuelt for den enkelte deltaker hvert år og tilpasses de øvrige reglene for skattlegging av deltakere i deltakerlignede selskaper. Ved å innskrenke adgangen til samordning av underskudd, slik at underskudd i stedet må fremføres mot fremtidig overskudd eller gevinst ved realisasjon av andel, vil det ikke være nødvendig med noen fradragsramme. For enkelte deltakere vil en slik regelendring kunne medføre en betydelig skatteskjerpelse. Prinsipielle forhold, herunder

⁴² Meld. St.11 (2010-2011).

⁴³ Finansdepartementet brev av 15.5.2014.

⁴⁴ Finansdepartementet brev av 15.5.2014, pkt. 1.1.

hensynet til skattemessig nøytralitet og likebehandling, taler etter departementets syn likevel for en slik løsning. Departementet mener det kan stilles spørsmål ved grunnlaget for at kommandittister og stille deltakere skal ha større adgang til direkte inntektssamordning enn andre selskapsdeltakere med begrenset ansvar. For aksjonærer foreligger f.eks ikke en slik samordningsadgang. I tillegg trekker departementet frem forenklingsbehov, ligningsadministrative hensyn og omgåelsesrisiko.⁴⁵

Departementet uttaler at kombinasjonen av ansvarsbegrensning og samordningsadgang for deltakerlignede selskaper vil kunne innebære en omgåelsesfare i ulike sammenhenger. Gjennom et eksempel med skipseiende kommandittselskap illustreres hvordan dagens samordningsadgang kan utnyttes til uheldig skatteplanlegging.⁴⁶

Departementet viser til at de skipseiende kommandittselskap får fradrag for skattemessige avskrivninger selv om fradraget de første årene ofte overstiger verdifallet. De gunstige avskrivningsreglene fører i mange tilfeller til et skattemessig underskudd, til tross for faktisk bedriftsøkonomisk overskudd. Dette underskuddet kan deltakerne fradra i annen alminnelig inntekt. Dersom deltakerne senere selger selskapsandelen, vil gevinsten være skattefri etter fritaksmetoden for deltakere som er aksjeselskap mv.

Departementet uttaler videre at denne kombinasjonen av ansvarsbegrensning som kommandittist, gunstige avskrivninger, inntektssamordning og bruk av fritaksmetoden ved gevinst på andelen, gjør dette til en attraktiv totalpakke.

Departementets eksempel gjelder en begrenset andel av kommandittselskaper, de skipseiende. Likevel går departementet inn for en grunnleggende endring av ligningen av alle kommandittselskaper og stille deltakere. Den uheldige skatteplanleggingen departementet viser til er i stor grad et resultat av avskrivningssatsen på skip. At selskapsdeltaker i kommandittselskap skattefritt kan selge andel, er helt i tråd med formålet bak fritaksmetoden, og må anses som en ønsket og overveid konsekvens. Gevinsten vil uansett bli skattepliktig på et senere tidspunkt, dvs. ved realisasjon eller utdeling utenfor selskapssektoren (personlig skattyter). En latent skattemessig gevinst som følger av at den skattemessige avskrivningen på skip er høyere enn verdifallet, vil komme til beskatning gjennom exit-reglene dersom norsk

⁴⁵ Finansdepartementet brev av 15.5.2014, pkt. 5.

⁴⁶ Finansdepartementet brev av 15.5.2014, pkt. 5.3.2.

deltaker selger til utenlandsk deltaker.⁴⁷ En mulig løsning på den omgåelsesproblematikk departementet skisserer, vil være revurdere satsen for avskrivninger på skip, hvilket representerer en mindre drastisk endring en den foreslåtte.

Etter departementets syn bør innskrenkningen ikke gjelde i andre tilfeller hvor det foreligger en form for innskrenkning av ansvaret for selskapsforpliktelser. Ansvaret i deltakerlignet selskap kan være delt pro rata. En slik ansvarsdeling bør ikke føre til at adgangen til samordning bortfaller, deltakeren vil fortsatt kunne risikere å tape hele sin formue, og det foreligger ingen tilsvarende ansvarsbegrensning som for kommandittister og stille deltakere. Det kan også tenkes bruk av garantiordninger og lignende som begrenser ansvaret i visse sammenhenger. Med mindre ansvarsbegrensningen er så omfattende at deltakeren reelt sett må likestilles med kommandittist, bør det ikke åpnes for å stenge for inntektssamordning i slike tilfeller.

Departementets forslag om å innskrenke adgangen til å samordne andel av selskapsunderskudd mot annen inntekt er altså ment å utjevne forskjellene i den skattemessige behandlingen mellom aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper. Departementet berører imidlertid ikke den viktige forskjell at det mellom aksjeselskaper kan oppnås inntektsutjevning ettersom det kan avgis og mottas konsernbidrag. Deltakerne i et kommandittselskap eller et indre selskap vil ikke kunne oppnå slik inntektsutjevning ettersom det verken kan avgis eller mottas konsernbidrag i deltakerlignede selskaper.

I forslaget uttales at underskudd som ikke er avregnet senest når andelen realiseres, faller bort. Realiseres bare en del av andelen, kan det underskuddet som ikke er avregnet, fremføres i sin helhet. Også her oppstår det en forskjell fra aksjeselskaper, hvor man normalt får en kompensasjon for et fremførbart underskudd som ligger i det selskapet man realiserer aksjer i, fordi erverver normalt kan benytte underskuddet senere, enten i selskapet eller utenfor gjennom konsernbidrag.

Forslaget er videreført i statsbudsjettet for 2015. Flere av høringsinstansene har imidlertid stilt seg negative til forslaget om å oppheve adgangen til samordning av inntekter for kommandittister og stille deltakere. Sammenfatningsvis gis det uttrykk for at forslaget anses lite velfunderet, at det er i strid med grunnleggende prinsipper og har utilsiktede følger. Eksempelene som

⁴⁷ PWC (2014).

gis på tilpasninger mener enkelte anses lite treffende, og at de uansett kan motvirkes med mindre drastiske virkemidler. Den påpekte skatteplanleggingen kan i vel så stor grad sies å være utslag av avskrivningssatsen på skip og en direkte og villet konsekvens av fritaksmetoden. En endring som foreslått vil redusere den skattemessige nøytralitet, hvilket kan føre til at næringslivet kan måtte velge organisasjonsform ut fra skattemessige fremfor bedriftsøkonomiske hensyn. Enkelte mener også at selv om en fjerning av fradragssrammen vil være en forenkling, vil det først og fremst innebære en skatteskjerpelse. Forskjeller mellom aksjonærer og kommandittister kan begrunne den samordningsadgang som foreligger.⁴⁸

3 Fritaksmetoden

3.1 Subjektsiden (hvilke selskaper som omfattes)

3.1.1 Deltakerlignede selskaper ikke omfattet

Subjektspørsmålet gjelder hvilke skattytere som kan oppebære skattefrie inntekter etter fritaksmetoden, og som tilsvarende ikke vil ha fradagsrett for tap.

Ved vurderingen av hvilke subjekter som skal kvalifisere under fritaksmetoden, ble det av Finansdepartementet lagt vekt på forholdet til aksjonærmodellen og det grunnleggende hensyn bak fritaksmetoden. Det ble ansett som sentralt, at inntekter som omfattes av fritaket ikke kan overføres fra selskapssektoren til fysiske personer, uten at det oppstår beskatning av avkastning ut over den risikofrie avkastningen. Som en konsekvens vil det derfor være en generell forutsetning for å omfattes av fritaksmetodens subjektside at videre utdeling til fysisk person beskattes på personens hånd, eventuelt med skjerming etter aksjonærmodellen. I enkelte situasjoner vil denne forutsetningen likevel ikke være avgjørende, for eksempel der hensynet til å motvirke aktive tilpasninger til fritaksmetoden ikke gjør seg gjeldende.⁴⁹

Avgrensningen bygger videre på den forutsetning at bare selvstendige skattesubjekter omfattes og at disse må kunne eie aksjer. Ansvar for subjektets forpliktelser er begrenset til dets kapital (unntak for interkommunale selskaper organisert som DA). Med dette menes at sub-

⁴⁸ Prop. 1 LS (2014-2015) pkt. 4.6.4.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

jektet selv har ansvar for de samlede forpliktelsene.⁵⁰ Fysiske personer er aldri subjekt under fritaksmetoden.⁵¹

Det er imidlertid ikke en forutsetning at subjekter under fritaksmetoden skal ha eiere med rett til overskuddet. Dette ville gi en skattemessig forskjellsbehandling basert på virksomhetsform.⁵²

På denne bakgrunn uttalte Finansdepartementet at «aksjeselskaper er fritaksmetodens kjernesubjekt».⁵³ Hensynet til å oppnå skattemessig likebehandling av virksomheter uavhengig av organisasjonsform, tilsier at også andre juridiske personer som anses som likestilt med aksjeselskaper, omfattes, jf. sktl. § 2-38 første ledd.

Deltakerlignede selskaper er som følger ikke omfattet av fritaksmetodens subjektside.⁵⁴ Av sktl. § 10-41 andre ledd følger det imidlertid at dersom et selskap som nevnt i sktl. § 10-40 første ledd, dvs. deltakerlignet selskap, har inntekter og tap som faller inn under sktl. § 2-38 andre ledd, skal disse ikke inngå i beregningen av den alminnelige inntekt. Inntekter og tap som er omfattet av fritaksmetoden skal altså ikke tas med i den løpende skatteleggingen av selskapets inntekt, i nettoligning (se pkt. 2.3 ovenfor). Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at også deltakerlignet selskap bør omfattes av skattefritaket etter innføringen av deltakermodellen for beskatning av personlig deltaker i deltakerlignet selskap. Skatteplikten inntrer i stedet når utbyttet eller gevinsten før eller senere deles ut til en fysisk person utenfor selskapsfæren.

Gjennom henvisningen i sktl. § 10-41 andre ledd blir resultatet tilsynelatende det samme som om det deltakerlignede selskapet skulle være subjekt etter sktl. § 2-38 første ledd.⁵⁵ Sktl. § 10-41 andre ledd medfører imidlertid ikke full faktisk likestilling mellom deltakerlignede selskaper og aksjeselskaper hva gjelder aksjeinntekter. For deltakerlignede selskaper skal tre prosent av mottatt utbytte inngå i selskapets inntekt også der hvor det deltakerlignede selskapet eier

⁵⁰ Skaar (2012) s. 164.

⁵¹ Zimmer (red) (2014) s. 318.

⁵² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁵³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.9.

⁵⁵ Brudvik (2013) s. 619.

over 90 prosent av aksjene i aksjeselskapet, mens det for aksjeselskaper er gjort unntak for skattekonserner. Treprosentregelen behandles nærmere under pkt. 3.3 nedenfor.

3.1.2 Utenlandske deltakerlignede selskaper

Selskaper «hjemmehørende» i utlandet omfattes som utgangspunkt av fritaksmetodens subjektsside, hvis selskapet «tilsvare» et norsk selskap som faller inn under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav i. Det samme gjelder som utgangspunkt også på fritaksmetodens objektside. I det følgende foretas en felles behandling av «tilsvarende-vurderingen».

Loven gir ikke anvisning på hvilke krav som stilles til de utenlandske selskapsformene for at de skal omfattes, annet at de må være «hjemmehørende» i utlandet og «tilsvare» et norsk subjekt som faller inn under fritaksmetoden subjektsside. De norske selskapstypene som omfattes på objektsiden er som tidligere nevnt selvstendige skattesubjekter. At det relevante sammenligningsgrunnlaget er de norske selskapstypene som omfattes av fritaksmetoden, tilsier at de utenlandske selskapene må anses å være selvstendige skattesubjekter vurdert etter intern norsk rett. Dette er forutsatt i forarbeidene der det uttales at «dersom et utenlandsk selskap ville ha blitt deltakerlignet etter norske regler, jf. skatteloven § 10-40 flg., må det også i forhold til fritaksmetoden legges til grunn at selskapet ikke skal anses som et eget skattesubjekt».⁵⁶

Denne betraktningen er fulgt opp i Finansdepartementets stortingsmelding om evalueringen av skattereformen 2006.⁵⁷ Sammenfatningsvis gis det uttrykk for at hvorvidt en utenlandsk juridisk person skal anses for å tilsvare et norsk selskap mv. som omfattes av fritaksmetoden som subjekt eller investeringsobjekt, må vurderes konkret. Det må foretas en bredere helhetsvurdering, med fokus på de selskapsrettslige, strukturelle og skatterettslige kjennetegn.

Deltakerlignede selskaper er omfattet av fritaksmetodens objektside. Det gjelder imidlertid forskjellige fritaksregler ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap og realisasjon av aksjer i aksjeselskap mv. Det er derfor av betydning å avgjøre om et utenlandsk selskap anses å tilsvare et norsk deltakerlignet selskap eller norsk aksjeselskap mv.

⁵⁶ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁵⁷ Meld. St.11 (2010-2011).

Grensen mellom aksjeselskap og kommandittselskap er i norske forhold normalt enkelt å trekke. Da det stilles krav om minste eierandel for komplementaren, jf. sel. § 3-1 tredje ledd, vil spørsmål om komplementaren har en så begrenset posisjon i selskapet at det i realiteten foreligger et aksjeselskap, neppe oppstå. Som den videre behandling vil vise, kan spørsmålet om deltakerligning imidlertid bli satt på spissen for utenlandske selskaper og det er særlig selskapsformer som ligner på norske kommandittselskaper som skaper flest utfordringer.⁵⁸

I Rt. 2012 s. 1380 (Statoil Holding) var det spørsmål om Statoil Holding AS (tidligere Norsk Hydro Holding AS – NHH) kunne innrømmes fradrag for tap etter investering i et tysk kommandittselskap. Saken gjaldt inntektsåret 2005, og andeler i deltakerlignet selskap kom først inn som kvalifiserende objekt fra inntektsåret 2006. Som følger av dette kunne fradrag bare innrømmes dersom kommandittselskapet ikke kunne anses som et selskap som tilsvarende et norsk aksjeselskap mv. etter sktl. § 2-38 andre ledd. Dommen er den første hvor Høyesterett tar stilling til hvordan «tilsvarende» utenlandsk selskap i sktl. § 2-38 skal forstås. Dommen gjaldt konkret sontringen på fritaksmetodens objektside, men vil tilsvarende ha relevans på subjektsiden.⁵⁹

Bakgrunnen for saken var en omstrukturering i Hydrokonsernet. Norsk Hydro Holding AS (NHH) overdro konserninternt sitt heleide tyske kommandittselskap Norsk Hydro Deutschland GmbH & co. KG (NHD) til Hydro Aluminium AS. Selskapet realiserte derved et tap på i overkant av 1,6 milliarder kroner. Det tyske kommandittselskapet (NHD) var organisert med NHH som kommandittist og Norsk Hydro Deutschland Verwaltung GmbH (HAH) som komplementar. Både kommandittist (NHH) og komplementar (HAH) var heleid av Norsk Hydro Produksjon AS.

Tysk lovgivning åpner for at kommandittselskaper kan organiseres med en kommandittist med 100 prosent eierandel og en komplementar uten eierandel. Komplementaren som har ubegrenset ansvar, kan i likhet med norsk rett, være et selskap med begrenset ansvar. Kommandittisten (NHH) eide 100 prosent av eierandelene i kommandittselskapet (NHD). Selv om NHHs ansvar var begrenset til den innbetalte selskapskapitalen, var den økonomiske eksponeringen betydelig. Komplementarselskapet (HAH) hadde ingen eierandel, men svarte fullt ut for selskapets forpliktelser. HAH hadde videre ingen selvstendig økonomisk interesse i

⁵⁸ Se for eks. Leegaard (2012).

⁵⁹ Se dommens premiss 42 nest siste og siste setning.

selskapet, det hadde ingen rett til over- eller underskudd, inntektene var begrenset til 5 prosent avkastning på egen innbetalt aksjekapital. I tillegg skulle HAH få dekket utgifter pådratt i kommandittselskapets (NHD) interesse. I samsvar med de tyske reglene for kommandittselskap ble NHD representert av HAH, som også hadde den daglige ledelsen av kommandittselskapet. Selskapets styrefunksjoner var også langt på vei tillagt HAH.

NHH krevde fradrag for tapet ved ligningen for 2005. Fradrag ble ikke innrømmet, med den begrunnelse at NHD var å anse som tilsvarende et norsk aksjeselskap. NHD var dermed omfattet av fritaksmetoden og tapet var således ikke fradragsberettiget. Ligningsvedtaket ble påklaget, men skatteklagenemnda fastholdt ligningen. NHH reiste deretter søksmål for Oslo tingrett hvor staten ble gitt medhold. Ved anken for Borgarting lagmannsrett ble selskapet gitt medhold. Retten kom til at NHD ikke var å anse som et selskap tilsvarende et norsk aksjeselskap, og var følgelig ikke omfattet av fritaksmetoden.

Høyesterett slo fast at NHD må anses som et selskap tilsvarende et norsk aksjeselskap, for at realisasjonen av selskapet skal falle inn under fritaksmetoden.⁶⁰

Høyesterett viste til at forarbeidene⁶¹ og Finansdepartementets stortingsmelding⁶² gir klar anvisning på at sammenligningen må gjøres på grunnlag av en klassifisering av det utenlandske selskapet basert på norsk rett. Klassifiseringen må baseres på den faktiske posisjon partene har til selskapet, herunder de involverte parters deltakelse i ledelsen av selskapet, ansvaret for selskapets forpliktelser og deltakelse i over- og underskudd. Avklaringen av partenes posisjon i selskapet må skje med bakgrunn i tysk rett.⁶³

At HAH etter tysk selskapsrett ble ansett som deltaker i NHD, anså Høyesterett ikke som avgjørende. Spørsmålet om hvorvidt HAH var deltaker måtte anses å utgjøre en integrert del av klassifiseringen av selskapet etter norsk rett. Samme standpunkt ble inntatt til ankemotpartens anførsel om at det at NHD var ansett som et transparent (deltakerlignet) selskap etter tysk rett, måtte ha betydning for tilsvarende-vurderingen.⁶⁴

⁶⁰ Se dommens premiss 44.

⁶¹ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁶² Meld. St. 11 (2010-2011).

⁶³ Se dommens premiss 48.

⁶⁴ Se dommens premiss 49 og 50.

Høyesterett viste deretter til EU-domstolens dom i «Aberdeen Property»,⁶⁵ hvor det ble slått fast at de skattemessige forhold i det utenlandske selskaps hjemland ikke kan tjene som grunnlag for å behandle selskapet annerledes enn et tilsvarende selskap i beskatningslandet. Retten uttalte videre at den forståelse som Finansdepartementet la til grunn i sin uttalelse i 2011,⁶⁶ bygger på en riktig forståelse av sktl. § 2-38 andre ledd.⁶⁷ Her bekreftes at det ikke kan kreves at det utenlandske selskapet anses som selvstendig skattesubjekt i sitt hjemland, men at det må være tilstrekkelig å være selskapsrettslig etablert i en EØS-stat.

Forarbeidenes uttalelse om at det må foretas en konkret vurdering også utover den generelle lovregulering i de to land, kunne etter rettens vurdering ikke sees som en oppfordring til å foreta en nærmere vurdering av de økonomiske og styringsmessige realiteter i det utenlandske selskapet. Høyesterett viste til at EU- og EFTA domstolen med det formål å effektivisere kravet til reel likebehandling, har bygget på at reglene må være klare og forutberegnelige. En betydelig tilbakeholdenhet med hensyn til å trekke disse realitetene inn i tilsvarende-vurderingen, må anses å harmonere best med denne praksis. Videre viste retten til at domstolen i flere saker, med særlig henvisning til Rt. 2001 s. 456 Hydro Canada, har påpekt at det enkelte selskap i et konsern må undergis en selvstendig vurdering uavhengig av konserntilknytningen. Dette må også gjelde ved tilsvarende-vurderingen.⁶⁸

Høyesterett avviste med dette en slik bredere helhetsvurdering som det ble lagt opp til i forarbeidene og Finansdepartementets stortingsmelding.⁶⁹

Høyesterett ga deretter uttrykk for at tilsvarende-vurderingen må ta utgangspunkt i den mer prinsipielle avklaringen av grensen mellom ansvarlige selskap og aksjeselskap, som ligger til grunn for selskapsloven og aksjeloven. I forarbeidene til selskapsloven ble det fremhevet at «en som måtte være interessert i en virksomhet ved å ha krav på betaling uten hensyn til om virksomheten går med overskudd ikke er «deltaker» i et selskap. Karakteristisk for selskaps-

⁶⁵ Sak C-303/07.

⁶⁶ Utv. 2011 s. 1494.

⁶⁷ Se dommens premiss 52.

⁶⁸ Se dommens premiss 53 til 56.

⁶⁹ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 og Meld. St.11 (2010-2011).

deltakere er altså at de sitter igjen med «resten» til fordeling, enten resten er positiv eller negativ».⁷⁰

Ved den konkrete tilsvarende-vurderingen konstaterte Høyesterett først at NHH ikke hadde et ubegrenset ansvar, og at dersom komplementaren HAH ikke kunne anses som deltaker, ville NHD etter norsk rett falle inn under definisjonen av aksjeselskap i asl. § 1-1 andre ledd. Retten påpekte at HAH ikke hadde eierandel, ikke andel i over- eller underskudd og heller ikke andel i noen likvidasjonsverdi. Den eneste økonomiske interesse var en fast avkastning på 5 prosent av sin innbetalte egenkapital, et vederlag ubetinget av kommandittselskapets resultat.⁷¹

HAH var en riktignok en nødvendig brikke selskapskonstruksjonen, men hadde ingen egentlig selvstendig økonomisk interesse knyttet til kommandittselskapet. HAH var fullt ut ansvarlig for kommandittselskapets forpliktelser, men ansvaret i seg selv kunne ikke sies å være utslag av en deltakerinteresse. At HAHs egenkapital utgjorde 1/40 dels promille av NHDs egenkapital og at eksponeringen for NHDs forpliktelser først ble effektiv etter at NHDs egenkapital var tapt, var ikke avgjørende for resultatet. Høyesterett konkluderte med at HAH ikke var deltaker i NHD, og at NHD følgelig var omfattet av definisjonen av et norsk aksjeselskap.⁷²

Høyesterett gikk så over til å vurdere hvilken betydning ulikheter i styringsstrukturene til det tyske kommandittselskapet og et norsk aksjeselskap skulle ha for tilsvarende-vurderingen. Retten var av det syn at det som utgangspunkt kan være riktig, i visse tilfeller, å vektlegge ulikheter i styringsstrukturene. Men et slikt moment kan ikke få stor vekt i relasjon til fritaksmetoden, idet skattefritaket ikke er avhengig av noen form for kontroll over det selskap det er investert i. Ved at både kommandittist og komplementar inngikk i samme konsern, hadde Hydrokonsernet full kontroll over kommandittselskapet. I denne situasjon hvor det forelå slik reell kontroll fant retten ikke grunn til å legge stor vekt på ulikheter i styringsstrukturene. Resultatet måtte etter dette bli det samme, HAH kunne heller ikke sees som deltaker når styringsfunksjonen og det ubegrensede ansvaret ble sett i sammenheng.⁷³

⁷⁰ NOU 1980:19 s. 107.

⁷¹ Se dommens premiss 64 til 66.

⁷² Se dommens premiss 67 og 68.

⁷³ Se dommens premiss 69 til 76.

Høyesterett kom etter dette enstemmig til at tapet var omfattet av fritaksmetoden, og således ikke fradragsberettiget. Resultatet samsvarer godt med Finansdepartementets uttalelser i Utv. 1986 s. 459.⁷⁴

Dommen gir viktige avklaringer og presiseringer av rettstilstanden. Høyesterett viste i sin behandling til Finansdepartementets prinsipputtalelse fra 2011 om hvordan fritaksmetoden skal anvendes i de såkalte «hybridtilfeller».⁷⁵ Retten behandlet imidlertid ikke alle sidene av Finansdepartementets uttalelse, på enkelte punkter kan uttalelsen dermed utfylle dommen.

Departementet uttalte at det både i relasjon til tilsvarende kriteriet og hjemmehørende kriteriet er sentralt at selskapet er å anse som et selvstendig skattesubjekt. Er selskapet å anse som skattemessig transparent (deltakerlignet), vil fritaksmetoden i utgangspunktet ikke få anvendelse.

Norske selskaper som er omfattet av fritaksmetoden vil generelt være underlagt skatteplikt i Norge, selv om inntektene av hensyn til å unngå kjedebeskatning fritas for beskatning. Ved vurderingen av de skatterettslige kjennetegn, kan det for selskaper utenfor EØS derfor være relevant å legge vekt på hvorvidt selskapet er fritatt for inntektsskatt i sin hjemstat. Et utenlandsk selskap som på generelt grunnlag er fritatt for inntektsbeskatning i hjemstaten utenfor EØS, vil kunne anses så forskjellig at det ikke kan anses som et selskap som tilsvarer et norsk selskap som kvalifiserer under fritaksmetoden.

Departementet uttalte videre at en slik sonndring ikke kan anvendes på utenlandske selskaper innenfor EØS. De EØS-rettslige prinsippene om de fire friheter setter skranker for hvordan sammenligningen mellom innenlandske og utenlandske selskaper skal foretas. Departementet viste til EU-domstolens dom i «Aberdeen Property»,⁷⁶ og at norske myndigheter på bakgrunn av den ikke kan nekte fritaksmetoden anvendelse på grunnlag selskapets manglende beskatning i hjemstaten innenfor EØS.

Om selskapet utgjør et selvstendig skattesubjekt eller en transparent enhet, er det derimot

⁷⁴ Et dansk kommandittselskap kunne ikke anses som deltakerlignet selskap etter norske skatteregler. Komplementarens ubegrensede og personlige ansvar ikke ble ansett for å ha tilstrekkelig realitet, noe som måtte være en forutsetning for deltakerligning.

⁷⁵ Utv. 2011 s. 1494.

⁷⁶ Sak C-303/07.

grunnlag for å trekke inn i vurderingen. Dette knytter seg til selskapets status som sådant, og ikke den faktiske beskatning. Ved denne avgjørelsen legges norsk rett til grunn. Det avgjørende er om det utenlandske selskapet ville blitt vurdert som et selvstendig skattesubjekt eller om inntektene ville blitt beskattet på deltakernes hånd, dersom det hadde vært etablert under norsk rett, jf. sktl. § 2-2.

Etter norsk rett trekkes grensene for selskapsligning og deltakerligning opp etter ansvarsforholdene i selskapet. Visse selskapsrettslige trekk ved det utenlandske selskapet er altså relevant ved den skatterettslige sammenligningen. Dette medfører at et utenlandsk selskap med en ansvarsform som etter norsk rett vil gi status som selvstendig skattesubjekt vil anses som tilsvarende selskap, selv om det i andre stater bedømmes som en transparent enhet.

Når det gjelder bedømmelsen av hvor selskapet er hjemmehørende, skal dette bedømmes etter den aktuelle andre stats rett. Et selskap som anses som skatterettslig transparent i den annen stat, vil ikke kunne ha status som skatterettslig hjemmehørende der. Det vil være deltakerne i selskapet som anses som skattesubjekter, og disse vil kunne være hjemmehørende både utenfor og innenfor EØS. Dette innebærer at for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse, må den annen stat vurdere selskapet som et selvstendig skattesubjekt hjemmehørende der på bakgrunn av denne statens rettsregler. For selskaper innenfor EØS, er det også i denne sammenheng selskapets status som sådant i denne stat som vil være relevant og ikke hvorvidt det *faktisk* blir beskattet.

Samlet sett innebærer dette at det utenlandske selskap må ha status som selvstendig skattesubjekt både etter norsk og utenlandsk rett for å omfattes av fritaksmetoden. I tilfeller hvor selskapet anses som selvstendig skattesubjekt etter norsk rett, men transparent enhet etter utenlandsk rett, vil fritaksmetoden dermed aldri komme til anvendelse. En slik avgrensning av fritaksmetoden går etter departementets syn lengre enn formålene bak tilsier. Sktl. § 2-38 tredje til femte ledd begrenser fritaksmetodens anvendelse på grenseoverskridende investeringer. Formålet er å motvirke at inntekter som stammer fra lavskatteland utenfor EØS, samt fra porteføljeinvesteringer i normalskatteland utenfor EØS, blir omfattet av fritaksmetoden. Tilsvarende er formålet å hindre at fritaksmetoden får anvendelse på aksjeutbytte som går fra norske selskaper til selskaper utenfor EØS. For å unngå at hybridselskaper aldri vil kunne kvalifisere under fritaksmetoden, bør dette dobbeltkravet i hybridtilfellene etter departementets syn tolkes i tråd med formålene bak begrensningene og fritaksmetodens generelle formål om å hindre kjedebeskatning. Dette gjelder uavhengig av

om det utenlandske selskapet er i gevinst- eller tapsposisjon.

Departementet går derfor inn for at hjemmehørende kriteriet ved *utgående utbytte* (hybridselskap på subjeksiden) skal tolkes slik at man tar i betraktning deltakerne i hybridselskapet. Dersom samtlige av disse kvalifiserer under fritaksmetoden, dvs. utgjør egne skattesubjekter hjemmehørende innenfor EØS, bør utbyttet til hybridselskapet omfattes av fritaksmetoden dersom selskapet er etablert i henhold til de selskapsrettslige regler i en EØS-stat. Er også noen av de bakenforliggende eierselskapene å regne som transparente etter utenlandsk rett, må man gå ytterligere et skritt videre og vurdere om eierne bak disse selskapene er hjemmehørende innenfor EØS.

Ved *inngående aksjeinntekter* (hybridselskap på objektsiden) skal hjemmehørende kriteriet tolkes slik at det anses tilstrekkelig at det utenlandske hybridselskapet er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat, eller eventuelt i et normalskatteland utenfor EØS. Denne forståelsen ble bekreftet av Høyesterett. Etter departementets syn må en slik tolkning imidlertid gjelde på vilkår av at hybridselskapet ikke har aksjeinntekter eller andre typer inntekter fra lavskatteland utenfor EØS. Dersom det aktuelle selskapet er etablert i et normalskatteland utenfor EØS, vil det være et tilleggsvilkår for å oppnå slik avledet hjemmehørende-status, at det norske selskapet som mottar gevinsten eller utdelingen har en eier-/stemmeandel på ti prosent eller mer i det utenlandske selskapet, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstavene b til d. Denne modifikasjonen ble ikke berørt i Høyesteretts avgjørelse.

Finansdepartementet synes i uttalelsen fra 2011 gjennom formålsbetraktninger å justere utgangspunktene for tolkningen av de vilkår som følger av loven. Departementets tolkning må kunne sies å stille seg relativt fritt til lovens ordlyd. På subjeksiden oppstilles det et krav om 100 prosent eierskap innenfor EØS. På objektsiden innfører departementet en slags mellomvariant. Det skal anses tilstrekkelig at et utenlandsk hybridselskap er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat eller et normalskatteland utenfor EØS. Men det skal i vurderingen av hvor selskapet skal anses hjemmehørende legges vekt på hvor selskapets inntekter stammer fra. Dette medfører at et selskap som er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat likevel ikke oppnår slik status hvis det har inntekter fra lavskatteland utenfor EØS, dette gjelder også om inntektene fra slikt land er helt minimale. Sktl. § 2-38 tredje ledd medfører riktignok en begrensning av fritaksmetodens anvendelse på grenseoverskridende investeringer. Dersom selskapet ikke skattlegges overhodet eller skattenivået i selskapets hjemstat er betydelig lavere

enn i Norge, unntas selskapet fra fritaksmetodens objektside da hensynet til å forebygge kjedebeskatning ikke gjør seg gjeldende. Departementet trekker på sin side hybridselskapets inntektstyper inn i *vurderingen av hvor selskapet skal anses «hjemmehørende»*.

Konsekvensen av departementets tolking kan illustreres ved et par eksempler. Et hybridselskap hvor alle deltakerne er skattemessig hjemmehørende i EØS, vil falle utenfor fritaksmetodens subjektside dersom én deltaker med en eierandel på 0,1 prosent flytter selskapets ledelse på styrenivå til Sveits (utenfor EØS), med den konsekvens at dette anses som skattemessig hjemsted for denne deltakeren. Finansdepartementets formålsbetraktninger fører altså til at fritaksmetoden ikke får anvendelse for et hybridselskap som med 99,9 prosent eiere innenfor EØS har investert i f.eks et norsk aksjeselskap. Ved utbytte fra det norske aksjeselskapet må det som konsekvens betales kildeskatt på det hele.⁷⁷ Situasjonen blir den samme på objektsiden. Et hybridselskap som selskapsrettslig er etablert i f.eks Tyskland, faller utenom fritaksmetodens objektside hvis selskapet mottar helt minimale renteinntekter fra et lavskattelend utenfor EØS. De norske investorene i det tyske selskapet må som følger beskattes 27 prosent på mottatt utbytte og gevinst.

Samlet sett kan det sies at departementets tolkning på en måte er utelukkende positiv for skattyterne ved å åpne for å likevel inkludere hybridselskaper i fritaksmetoden. Når det er sagt, medfører de krav departementet stiller for at hybridselskaper skal kunne utlede slik hjemhørende-status, en strengere avgrensning enn den som naturlig følger av ordlyden.

Departementets tolkning av hjemmehørendekriteriet ved hybridselskap på subjektsiden, hvor man legger et transparensynspunkt til grunn, er senere fulgt opp i en prinsipputtalelse fra Skattedirektoratet. Uttalelsen dreier seg om hvorvidt utenlandske investeringsfond og særlig luxembourgsk FCP-fond (Fonds Commun de Placement) er omfattet av fritaksmetoden.⁷⁸ Direktoratet uttalte at dersom andre investeringsfond innenfor EØS er likeartede et FCP, vil disse i utgangspunktet behandles på samme måte. Et FCP-fond anses å være et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett, samtidig som det anses som transparent etter luxembourgsk rett. På bakgrunn av Finansdepartementets uttalelse fra 2011, legger Skattedirektoratet til grunn at FCP-fond er omfattet av fritaksmetoden som subjekt dersom samtlige eiere av fondet kvalifiserer under fritaksmetoden.

⁷⁷ PWC (2013).

⁷⁸ Utv. 2013 s. 1741 SKD.

Skattedirektoratet har i en annen prinsipputtalelse fra 2013 vurdert den skattemessige klassifiseringen av et kanadisk ULC (unlimited liability corporation) etter norsk skattelovgivning, herunder fritaksmetoden. Saken gjaldt om utbytte fra et norsk selskap som ble utdelt til et ULC var skattepliktig etter norsk rett. Det aktuelle ULC'et var eid av et BV (besloten vennootschap- selskapsform tilsvarende norsk aksjeselskap) i Nederland. Under kanadisk rett er ULC klassifisert som et selvstendig skattesubjekt.

Direktoratet vurderte først om ULC'et ville være pliktig til å betale kildeskatt på utbyttet etter sktl. § 2-3 jf. § 10-13. Selskap eller innretning som ikke har skatteplikt etter §§ 2-1 eller 2-2, plikter etter § 2-3 første ledd bokstav c, å svare skatt av utbytte på aksjer etter reglene i § 10-13. Ordlyden er vid, og direktoratet fant den dekkende. Sktl. § 10-13 tillegger skatteplikten til «aksjonær som er hjemmehørende i utlandet». Etter direktoratets syn må begrepet «aksjonær» tolkes ut fra en normal forståelse av ordlyden. Skatteplikten tilligger den skattyter som privatrettslig eier aksjene. Ordlyden åpner ikke for en utvidet fortolkning ut fra andre eventuelle skattemessige hensyn. På vegne av ULC'et ble det anført at det nederlandske BV for skattemessige formål må anses som 100 prosent eier av aksjene i det norske selskapet. Direktoratet var ikke enig. De viste til at ULC'et etter kanadisk klassifisering betraktes som en juridisk enhet som eksisterer uavhengig og selvstendig fra eierne, og dets aktiva tilhører selskapet og ikke dets eiere.

Spørsmålet ble så om ULC'et kunne fritas for skatteplikten gjennom fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 første ledd. Avgjørende ville være om selskapet kunne anses å tilsvare et selskap som omfattes av fritaksmetodens subjektside. Med henvisning til evalueringen av skattereformen 2006,⁷⁹ og Rt. 2012 s. 1380 (Statoil-Holding), uttalte direktoratet at ULC'et etter norsk rett må anses som selvstendig skattesubjekt for å være omfattet.

På bakgrunn av at aksjonærene i et ULC har et personlig ubegrenset ansvar for selskapsforpliktelsene, faller selskapstypen ikke inn under sktl. § 2-2 første ledd. Når vilkåret om begrenset ansvar ikke er oppfylt kan ULC'et ikke behandles som et aksjeselskap. ULC'et var således ikke å anse som et selvstendig skattesubjekt etter norsk rett og var som følger ikke omfattet av fritaksmetodens subjektside.

⁷⁹ Meld. St.11 (2010-2011).

Direktoratet uttalte videre at fritaksmetodens fritak for skatt på aksjeinntekter etter sktl. § 10-13 kun gjelder skattyter som er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i en EØS-stat, jf. sktl. § 2-38 femte ledd. Det er ULC'et som eier av aksjene som må vurderes opp imot fritaksmetoden. Da ULC'et ikke var hjemmehørende i en EØS-stat, ville det i alle tilfeller ikke omfattes av fritaksmetoden som subjekt.

Sammenlignet med uttalelsen om FCP-fond, dreier dette seg om en «omvendt-hybrid». Et ULC anses å være et deltakerlignet skattesubjekt etter norsk rett, samtidig som det anses som selvstendig skattesubjekt etter kanadisk rett. Skattedirektoratet konkluderer med at dette er en type hybrid enhet som ikke omfattes av fritaksmetoden, uten å drøfte nærmere om selskapet kunne anses som en transparent enhet. I uttalelsen om FCP-fond la Skattedirektoratet til grunn at fondet var omfattet av fritaksmetoden som subjekt dersom samtlige eiere av fondet kvalifiserte under fritaksmetoden. Hadde man lagt et slikt transparensynspunkt til grunn også ved bedømmelsen av ULC'et, ville det nederlandske selskapet anses som mottaker av utbyttet og inntekten vært skattefri etter fritaksmetoden.

3.1.3 Betydningen av skattefritaket for utenlandske selskaper

Betydningen av skattefritaket for utenlandske selskaper vil være forskjellig avhengig av om selskapet driver skattepliktig virksomhet (norsk filial), eller ikke. Det foreligger ikke hjemmel for beskatning av aksjegevinst som innvinnes av selskaper som er hjemmehørende i utlandet uten skattepliktig virksomhet her i riket, jf. sktl. § 2-3 første ledd bokstav b. Men ved aksjeutbytte fra norske selskaper, må det imidlertid svares kildeskatt etter sktl. § 10-13. Er selskapet hjemmehørende i annen EØS-stat, fritas selskapet fra plikten til å betale kildeskatt dersom visse vilkår er oppfylt, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav i, jf. sktl. § 2-38 femte ledd. Selskapet må for det første være hjemmehørende i en annen EØS-stat. For det andre må det tilsvare et norsk selskap som faller inn under fritaksmetoden. For det tredje må det være «reelt etablert» og «drive reell økonomisk aktivitet» i den aktuelle EØS-staten på tilsvarende vilkår som fastsatt i sktl. § 10-64 bokstav b. For selskaper som oppfyller disse vilkårene blir skattefritaket fullstendig, idet sktl. § 2-38 sjette ledd om tre prosent inntektsføring av utbytte utenfor skattekonsern ikke henviser til skattesubjektene i sktl. § 2-38 første ledd bokstav i. Treprosentregelen behandles nærmere under pkt. 3.3 nedenfor.

Selskaper hjemmehørende utenfor EØS er ikke gitt fritak fra plikten til å betale kildeskatt gjennom fritaksmetoden. Slike selskaper må derfor svare skatt etter sktl. § 10-13. Tanken er at det bør være aksjonærens hjemstats oppgave å forebygge kjedebeskatning (typisk ved å gi kredit for den norske skatten eller unnta utbytte fra skatteplikt).⁸⁰ Norge har imidlertid inngått skatteavtaler med en rekke land, med det formål å unngå dobbeltbeskatning av grenseoverskridende økonomisk aktivitet og forebygge skatteunndragelse. Dette skjer ved at partene gir avkall på sin skattleggingsrett, for kildeskattens del er det vanlig at skattesatsen begrenses gjennom skatteavtalene.

Selskaper hjemmehørende i utlandet som driver skattepliktig virksomhet her i riket (norsk filial), jf. sktl. § 2-3 første ledd bokstav b, omfattes av fritaksmetoden enten de er hjemmehørende i eller utenfor EØS, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav i.

3.2 Objektsiden (hvilke inntekter som omfattes)

3.2.1 Utgangspunkter

Ved vurderingen av hvilke objekter som skal kvalifisere under fritaksmetoden, ble det av departementet fremhevet at fritaksmetoden bare skal omfatte inntekt som er vunnet direkte ved en kapitalinvestering, typisk utbytte og realisasjonsgevinst på eierandel. Med utbytte menes slik verdioverføring som omfattes av sktl. § 10-11 andre ledd, jf. tredje ledd, såfremt det er tale om en eierandel som er omfattet av fritaksmetoden. Inntekt fra underliggende selskap som ikke er utbytte eller gevinst fra selve eierandelen, men som er innvunnet ved samhandel eller på annet grunnlag, omfattes ikke av fritaksmetoden. Dette gjelder uavhengig av om selve eierforholdet er en forutsetning for eller har vært avgjørende for samhandelen.⁸¹

Videre må det oppstilles et vilkår om at utbytte er lovlig utdelt. Hvorvidt utbytte fra selskaper hjemmehørende i utlandet er lovlig utdelt, må vurderes på bakgrunn av reglene i det aktuelle landet.⁸²

Fritaksmetodens objektside ble av hensynet til skattemessig likebehandling utvidet til også å

⁸⁰ Zimmer (2014) s. 317.

⁸¹ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁸² Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

omfatte deltakerlignede selskaper med virkning fra og med inntektsåret 2006. Reglene er imidlertid ulikt utformet for aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper mht. hvilke inntekter som omfattes.

3.2.2 Utbytte fra aksjeselskap mv.

Etter sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a er utbytte fra selskap aksjeselskap mv. omfattet av fritaksmetoden. Henvisningen til sktl. § 10-11 andre ledd, medfører at også utbytte fra tilsvarende utenlandske selskaper er omfattet.⁸³ For tilsvarende-vurderingen vises til pkt. 3.1.2 ovenfor.

Forutsetningen er at det er tale om lovlig utdelt utbytte. Lovlighetskravet innebærer at selskapet må ha anledning til å foreta utdeling, dette knytter seg de regnskapsrettslige og selskapsrettslige begrensninger, herunder materielle regler og saksbehandlings regler.⁸⁴ Hvorvidt utbytte fra selskaper hjemmehørende i utlandet er lovlig utdelt, må som tidligere nevnt, vurderes på bakgrunn av vedkommende utlands selskapsrett. Som utbytte regnes etter sktl. § 10-11 andre ledd “enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær”. Det må avgrenses mot tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, refusjon og avkastning på fondsobligasjoner.

I de rene norske forhold er det stort sett uproblematisk å avgjøre hvorvidt det dreier seg om lovlig utdelt utbytte. Spørsmålet kan imidlertid bli satt på spissen for utdelinger fra utenlandske selskaper.

I en bindende forhåndsuttale fra Skattedirektoratet i 2012 ble det vurdert om mottatt konsernbidrag fra finsk selskap til norsk filial i Finland etter norsk rett skulle anses som lovlig utdelt utbytte og dermed være fritatt for beskatning etter fritaksmetoden. Med bakgrunn i formålet med innføringen av fritaksmetoden og en sammenligning av hva som kjennetegner overføringer som omfattes av fritaksmetoden og konsernbidrag, ble konsernbidraget ikke ansett som omfattet. Fritaksmetoden har som formål å forhindre kjedebeskatning og er bare ment å fritta inntekt som er vunnet direkte ved kapitalinvesteringer, typisk utbytte og realisasjonsgevinst; verdier som er opparbeidet i selskapet. Skattedirektoratet la til grunn at konsernbidragsord-

⁸³ Se sktl. § 10-10 som angir anvendelsesområde for bestemmelsene om skattlegging av utbytte.

⁸⁴ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

ningen i Finland (som i Norge) var et resultatutjevning sinstrument og bygger på en forutsetning om symmetri, med skatteplikt for mottakerselskapet og fradragsrett for giverselskapet. Av sktl. § 10-3 andre ledd følger det at konsernbidrag ikke regnes som utbytte etter utbytte-reglene i sktl. §§ 10-10 til 10-13. For selskaper som inngår i skattekonsern etter sktl. § 10-4, vil utbytte være skattefritt etter fritaksmetoden. Konsernbidrag er derimot ikke omfattet som kvalifiserende objekt etter sktl. § 2-38 andre ledd. Konsernbidraget fra det finske datterselsk- apet til den norske filial i Finland ble etter dette, ved norsk ligning, ikke ansett omfattet av fritaksmetoden, inntekten måtte dermed beskattes.⁸⁵

Etter bestemmelsen om kildeskatt på utbytte, jf. sktl. § 10-13, er utdelende selskap ansvarlig for å foreta trekk ved utdeling til “utenlandsk aksjonær”. I følge Lignings- ABC skal det alltid trekkes 25 prosent kildeskatt på utbytte til utenlandsk deltakerlignet selskap, fordi det “delta- kerlignede selskapet skattemessig ikke anses som reell eier til utbyttet” og “det utdelende sel- skap ikke er kjent med hvor stor del av utbyttet som skal tilordnes den enkelte deltaker i sel- skapet”.⁸⁶ Den enkelte deltaker som kvalifiserer for skattefrihet, skal deretter, etter søknad, få tilbakebetalt kildeskatten.⁸⁷ I praksis er det likevel store utfordringer knyttet til å få refusjon bl.a som følge av omfattende dokumentasjonskrav.

I Skattedirektoratets uttalelse om den skattemessige klassifiseringen av et kanadisk ULC,⁸⁸ uttales at “skatteplikten etter § 10-13 tilligger den skattyter som privatrettslig eier aksjene”, hvilket innebærer at det skal trekkes kildeskatt ved utdeling til et utenlandsk deltakerlignet selskap også om deltakerne er omfattet av fritaksmetoden. Uttalelsen gjelder antakelig bare spørsmålet om trekk av kildeskatt hos det deltakerlignede selskapet, og ikke hvorvidt deltake- ren i etterkant kan få kildeskatten refundert etter søknad.

Dersom mottakeren av et utbytte er et utenlandsk deltakerlignet selskap (etter norsk klassifise- ring), som er selvstendig skattesubjekt i hjemstaten og gjennom dette er beskyttet av skatteav- tale, må det norske utdelende selskapet trekke kildeskatt i henhold til skatteavtalens eventuelle reduserte satser.

⁸⁵ BFU 02/10.

⁸⁶ Lignings-ABC (2014) s.1418 pkt. 17.3.5.

⁸⁷ Se Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2007 s. 1568.

⁸⁸ Se Utv. 2013 s. 901 SKD, uttalelsen er nærmere behandlet under pkt. 3.1.2 ovenfor.

Utdeling og realisasjon henger tett sammen. Tas det ikke ut utbytte et år, vil den merverdien som blir igjen i selskapet kunne føre til at selskapets verdi stiger, slik at aksjonæren da får en større gevinst ved realisasjonen av aksjene i selskapet. Gevinst/ tap ved realisasjon er også omfattet av fritaksmetoden, se pkt. 3.2.3 nedenfor.

Utdelinger fra deltakerlignet selskap er ikke omfattet av fritaksmetoden, med unntak for treprosentregelen i sktl. § 2-38 sjette ledd, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav b. Treprosentregelen behandles nærmere under pkt. 3.3 nedenfor.

3.2.3 Gevinst/tap ved realisasjon av eierandel i selskap mv.

3.2.3.1 Realisasjon

Av sktl. § 2-38 andre ledd følger det at gevinst og tap ved «realisasjon» av eierandel i selskap er objekt under fritaksmetoden. Skatteplikt og fradragsrett i skatteretten knyttes til nærmere bestemte begivenheter. Før en slik begivenhet inntreffer foreligger bare en inntekts- og tapsmulighet. Realisasjon er betegnelse på et innvinningskriterium som medfører skatteplikt og fradragsrett, jf. sktl. §§ 5-1 og 6-2.

Begrepet «realisasjon» ble innført med skattereformen av 1992, til erstatning for begrepet «avhendelse». Avhendelse forutsatte overføring av eiendomsretten mot vederlag. Innføringen av realisasjonsbegrepet skulle markere at også der eiendomsretten opphører uten eierskifte, omfattes.⁸⁹

Sktl. § 9-2 gir uttrykk for realisasjonsbegrepets innhold. Det følger av ordlyden, «blant annet», at bestemmelsen tar for seg visse sider av realisasjonsbegrepet og i så måte ikke er uttømmende. Av første ledd følger en generell karakteristik, «realisasjon omfatter overføring av eiendomsrett mot vederlag og opphør av eiendomsrett», etterfulgt av en opplisting av forhold som faller inn under karakteristikken. Forskjellen mellom *overføring* og *opphør*, er at sistnevnte gjelder tilfeller hvor eiendomsretten ikke overføres til andre og at da kreves det ik-

⁸⁹ Ot.prp. nr 35 (1990- 1991) pkt. 29.2.3.1.b.

ke at det foreligger vederlag. Hvor eiendomsretten overføres til andre, kreves det at det gis vederlag, hvilket fremgår direkte av lovteksten.

Andre ledd gir uttrykk for forhold som likestilles med realisasjon. I tredje ledd regnes opp en del forhold som faller utenfor begrepet, heller ikke denne listen er uttømmende.

Det sentrale og mest praktiske tilfellet er frivillig salg, jf. sktl. § 9-2 første ledd bokstav a. Etter ordlyden anses også gavesalg som realisasjon. Det er altså ikke krav om fullt vederlag, grensen er i rettspraksis trukket ved symbolske vederlag.⁹⁰

Innenfor selskapsbeskatningen finnes det viktige unntak fra regelen. Skattyteren har etter sktl. § 11-1 flg. mulighet til å velge at fusjon og fisjon av selskaper ikke skal anses som realisasjon. Videre åpner FSFIN §§ 11-20 og 11-21, som er vedtatt med hjemmel i sktl. §§ 11-20 og 11-21, for skattefri omdanning av virksomhet og skattefri overføring av eiendeler mellom konsernselskaper. Sktl. § 9-11 unntar såkalt utlån av aksjer fra realisasjonsbegrepet.

For deltakerlignede selskaper gjelder det visse særskilte unntak. Endring av eierandel ved opptak av ny deltaker mot innskudd mv. skal etter innføringen av deltakermodellen ikke lenger anses som realisasjon.⁹¹

Realisasjon av andelene i selskapet må holdes fra realisasjon av selskapets eiendeler. Salg av alle andelene med direkte oppgjør til deltakerne må behandles som realisasjon av andelene i selskapet. Salg av alle eller deler av selskapets eiendeler med oppgjør til selskapet, må derimot anses som selskapets realisasjon av eiendeler.⁹²

Overdragelse av andel som gave, det være seg vederlagsfritt eller mot symbolsk sum, behandles ikke som realisasjon, jf. § 9-2 tredje ledd. Medfører gaveoverføringen at hele selskapet eies av mottaker regnes det som oppløsning av selskapet, hvilket behandles som realisasjon, jf. sktl § 10-44 første ledd.⁹³

I enkelte tilfeller kan det være uklart om det er eierandel i selskap som overdras, eller andel i et realobjekt som faller utenfor fritaksmetoden. Her vil det være avgjørende om det utøves

⁹⁰ Se f.eks Rt. 2001 s. 282.

⁹¹ Ot.prp nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.10.3.

⁹² Lignings-ABC (2014) s. 319 pkt 2.2.

⁹³ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) pkt. 15.8.8, Utv. 1993 s. 489.

økonomisk virksomhet for felles regning og risiko, jf. sel. § 1-1. I tilfeller hvor det er tale om økonomisk aktivitet uten at kravet til virksomhet er innfridd, foreligger tingsrettslige sameie. Problemstillingen illustreres i Borgarting lagmannsretts dom i Utv. 2013 s. 1272. Saken gjaldt spørsmålet om en gevinst skatterettslig skulle karakteriseres som gevinst ved overdragelse av andel i et selskap eller ved overdragelse av andel i et skip. I tilfelle av overdragelse av andel i et selskap, ville gevinsten være skattefri etter sktl. § 2-38, fritaksmetoden. Ved overdragelse av andel i selve skipet, ville gevinsten være skattepliktig etter sktl. § 5-1, jf. § 5-30. Hovedspørsmålet som ble forelagt retten, var hva som kreves for å konstatere at det foreligger et selskap.

Etter lagmannsrettens syn «forutsetter det at man står overfor en virksomhet, at man må være kommet over terskelen mellom planlegging og påbegynt virksomhet».⁹⁴ Flertallet mente de forberedelser som var gjort, med drøftelser om en mulig felles fremtidig drift, ikke var tilstrekkelig til å etablere selskapsdannelse. Det var blant annet ikke avklart endelig hvordan den nærmere risikofordelingen skulle være. Med henvisning til to eldre dommer,⁹⁵ uttalte flertallet at når ingen av de notoriske kjennetegn på at et selskap er dannet foreligger, som selskapsavtale eller selskapsoppgaver, må det kreves at omstendighetene rundt partenes samarbeid klart tilkjenner at et selskap likevel er dannet. Dersom man ikke legger vekt på fraværet av notoriske kjennetegn, åpner man for tilpasninger i ettertid alt etter hva som vil være skattemessig gunstig. Mindretallet kom under tvil til at kravet til virksomhet var oppfylt. Etter mindretallets syn kunne det forhold at samarbeidet ikke ble formalisert ved at det ble etablert en selskapsavtale, samt den manglende notoritet, ikke være avgjørende. Samarbeidsformen i den aktuelle perioden utgjorde i seg selv reelt sett et deltagerlignet selskap i skattemessig forstand. Vurderingen måtte basere seg på realiteter og ikke formalia.

3.2.3.2 Kvalifiserende eierandeler

Realisasjon av eierandel omfatter for det første eierandel i aksjeselskap mv. eller «tilsvarende» selskap «hjemmehørende» i utlandet, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a. For tilsvarende- vurderingen vises til pkt. 3.1.2 ovenfor.

⁹⁴ Utv. 2013 s. 1272 pkt. 4.

⁹⁵ Rt. 1981 s. 1047 og Rt. 1986 s. 58.

Ved innføringen av deltakermodellen ble fritaksmetodens objektside utvidet til også å omfatte deltakerlignet selskap, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav b. Bakgrunnen er at inntekten bak gevinsten allerede er skattlagt én gang på deltakerens hånd (da den ble opptjent i det deltakerlignede selskapet). En slik endring var av stor praktisk betydning. Uten dette unntaket risikerte man trippelbeskatning. Løpende inntekt ville først beskattes som en del av det deltakerlignede selskapets inntekt, ved realisasjon av andelen ville aksjeselskapet beskattes for gevinsten, til sist ville personlig aksjonær bli beskattet ved utbytte fra aksjeselskapet eller ved realisasjon av aksjen.⁹⁶

Ved å innlemme deltakerlignede selskaper i fritaksmetodens objektside imøtegikk man problemene ved bruk av fritaksmetoden hvor et aksjeselskap realiserer andel i et deltakerlignet selskap som eier aksjer i et annet aksjeselskap. Krav om utskillelse av den delen av realisasjonsgevinsten som skyldes underliggende aksjeverdier, skapte et behov for verdsettelse som ikke er mulig å foreta i praksis.⁹⁷ Løsningen i sktl. § 2-38 andre ledd bokstav b er nå at hele gevinsten unntas beskatning på selskapsdeltakers hånd, uavhengig av om gevinsten gjenspeiler aksjeverdier eller andre verdier i det solgte selskapet. Ved senere utdeling vil gevinsten beskattes hos personlig deltaker gjennom deltakermodellen.

Sktl. § 2-38 andre ledd bokstav b, slik bestemmelsen er utformet i dag, nevner, i motsetning til andre ledd bokstav a, ikke noe om «tilsvarende selskap hjemmehørende i utlandet». Begrepet «hjemmehørende i utlandet» benyttes i skatteloven i betydningen selskap som er skattemessig hjemmehørende i utlandet. Deltakerlignede selskaper er ikke egne skattesubjekter og vil av den grunn ikke anses som skattemessig hjemmehørende noe sted. Det er selskapets deltakere som blir skattlagt for selskapets overskudd, disse er eventuelt å anse som hjemmehørende i Norge eller utlandet.⁹⁸ Av den grunn ble referansen til «tilsvarende selskap hjemmehørende i utlandet» fjernet, da det ble ansett overflødig og misvisende. Fjerningen av referansen skulle ikke innebære noen materielle endringer. I forarbeidene uttales at bestemmelsene i sktl. § 10-40 til 10-48 om skattelegging av deltakerlignede selskaper gjelder uavhengig av om selskapet er stiftet i Norge eller utlandet. Så lenge § 2-38 andre ledd bokstav b og tredje ledd bokstavene e og f inneholder en referanse til § 10-40 skal det ikke være noen tvil om at fri-

⁹⁶ Zimmer (red.) (2014) s. 525.

⁹⁷ NOU 2005:2 pkt. 8.1.

⁹⁸ Prop. 78 L (2011–2012) pkt. 3.3.

taksmetoden gjelder for alle andeler i deltakerlignede selskaper uavhengig av om selskapet er stiftet etter norsk eller utenlandsk lov, og uavhengig av om man er innenfor eller utenfor EØS-området.⁹⁹

Etter sktl. § 2-38 andre ledd bokstav c er realisasjon av finansielt instrument med eierandel i aksjeselskap mv. som underliggende objekt, omfattet som objekt. Finansielle instrumenter med deltakerandel som underliggende objekt er ikke omfattet. Bakgrunnen for dette er at behovet for bruk av finansielle instrumenter i sikringsøyemed ved investering i deltakerlignede selskap er lite i forhold til behovet ved investering i aksjer mv.¹⁰⁰ Sktl. § 9-10 omfatter ikke opsjoner med deltakerandel som underliggende objekt. Slike opsjoner vil derfor kunne være omfattet av fritaksmetoden der det skal foretas en integrert beskatning etter de alminnelige regler. Dersom det finansielle instrumentet ikke er benyttet til sikring, vil det trolig kunne være grunnlag for integrert beskatning med den underliggende selskapsandelen. I sikringstilfellene skal det aldri skje integrert beskatning med det underliggende (sikrede) objekt.¹⁰¹

Uttak er likestilt med realisasjon innenfor fritaksmetoden, jf. sktl § 2-38 andre ledd. Dette innebærer at et aksjeselskap kan dele ut aksjer som utbytte til selskapsaksjonær, uten at det utdelende selskapet blir pliktig til å svare skatt av latent gevinst på aksjen. Det sikrer lik skattemessig behandling med at aksjene selges fra selskapet.¹⁰² Fritaksmetodens objektside omfatter tilsvarende, uttak fra deltakerlignet selskap og uttak av finansielt instrument, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav b og c.

Finansielle instrumenter og uttak behandles ikke nærmere her.

3.2.4 Begrensninger: avgrensning av fritaksområdet

Fritaksmetoden gjelder ikke for gevinst og tap fra selskap som er hjemmehørende i såkalt lavskatteland utenfor EØS, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a. Som lavskatteland regnes land der den effektive skatten på selskapets overskudd er lavere enn 2/3 av hva den ville ha vært

⁹⁹ Prop. 78 L (2011–2012) pkt. 3.3.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr.92 (2004–2005) pkt. 1.8.1.3.

¹⁰¹ Zimmer (red.) (2014) s. 526.

¹⁰² Ot. Prp. Nr. 1 (2004–2005) pkt. 6.5.2.3.

om selskapet hadde vært skattepliktig i Norge, jf. sktl. § 10-63. Finansdepartementet uttalte i Utv. 2010 s.1240 at skatt fastsatt etter sktl. § 2-38 sjette ledd (treprosentregelen) ikke skal medregnes som norsk skatt ved vurderingen av om et selskaps hjemland er lavskatteland.¹⁰³

Begrensningen må sees i lys av hensynet bak fritaksmetoden, unngåelse av kjedebeskatning. Det ville gi en urimelig fordel å gi fritaksmetoden anvendelse hvor skattenivået i selskapets hjemstat er betydelig lavere enn i Norge, da omfanget av kjedebeskatning i slike tilfeller er mye mindre. Uten en slik begrensning vil fritaksmetoden gi skattemessig incitament til å investere i slike lavskatteland fremfor i Norge. Begrensningen er videre viktig for å begrense omgåelse- og tilpasningsmulighetene. En generell anvendelse vil kunne bidra til skadelig skattekonkurranse ved at Norge blir attraktivt som gjennomstrømningsland. Aksjeinntekter fra lavskatteland ville kunne fases gjennom norske holdingselskaper til utenlandske, bakenforliggende eiere.¹⁰⁴

Bestemmelsen angir ingen nedre grense for andelen av aksjene som aksjonæren må eie. Hvor eierandelen er under ti prosent, har bestemmelsen ikke selvstendig betydning for aksjeutbytte og -gevinster ved siden av unntaket sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b til d. Ved realisasjonstap går fradragsretten etter bokstav a lenger enn etter bokstav c. Loven må antakelig forstås slik at fradragsretten etter bokstav a skal ha fortrinn.¹⁰⁵

Begrensningen gjelder lavskatteland utenfor EØS, det er således av betydning om et selskap er "hjemmehørende" i eller utenfor EØS. I Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2006 s. 485 er det lagt til grunn at det avgjørende er om selskapet har alminnelig skatteplikt til vedkommende stat i henhold til dette landets interne rett, inklusive skatteavtaler. Om norsk retts vilkår for at et selskap skal være hjemmehørende der er oppfylt, har altså ikke betydning. Dersom selskapet er alminnelig skattepliktig både i et land innenfor EØS og i et land utenfor EØS, blir det avgjørende hvor selskapet anses som hjemmehørende etter eventuell skatteavtale mellom de to statene. Foreligger det ikke skatteavtale, legger uttalelsen til grunn at selskapet skal an-

¹⁰³ Det samme er lagt til grunn i BFU 26/10.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1.

¹⁰⁵ Zimmer (red.) (2014) s. 336.

ses som hjemmehørende innenfor EØS og at inntekter fra selskapet omfattes av fritaksmetoden.¹⁰⁶

Unntaket gjelder tilsvarende for selskaper som er hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS, hvor selskapet ikke er «reelt etablert» og driver «reell økonomisk aktivitet». Formell registrering innenfor EØS bør ikke være tilstrekkelig til å oppnå fordelene ved fritaksmetoden.¹⁰⁷ Begrensningen i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a, slik bestemmelsen i dag lyder, har sammenheng med endring av sktl. § 10-64 om beskatning av såkalte NOKUS-selskaper, på bakgrunn av EF-domstolens dom i den såkalte “Cadbury Schweppes-saken”.¹⁰⁸ Hva gjelder tapssiden, gjelder det ikke fradragsrett for slike tap, uavhengig av om selskapet anses for å være reelt etablert eller ikke. Dette bruddet på symmetriprinsippet er begrunnet i tilpasningsmuligheter der selskaper går med tap.¹⁰⁹ En regel om fradragsrett for tap kunne føre til at selskapets fysiske eller økonomiske substans ble helt eller delvis fjernet før man realiserte aksjer med tap.

De nevnte begrensninger gjelder tilsvarende for finansielt instrument med slike eierandeler som underliggende objekt, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a.

Videre gjelder det unntak fra fritaksmetoden for såkalte porteføljeaksjer i selskap utenfor EØS. Sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b til d gjør unntak for utbytte (bokstav d) og gevinst/tap (bokstav b og c) ved salg av andeler i selskaper hjemmehørende utenfor EØS, hvor skattyterens andel av andelene er under ti prosent. Hvor skattyteren har en slik andel i aksjene, omfatter unntaket også gevinst og tap på finansielt instrument som har andeler i selskapet som underliggende objekt. Hensynet bak dette unntaket er de dokumentasjonsutfordringene som oppstår ved at skattyter skal godtgjøre at selskapet ikke ligger i et lavskatteland.¹¹⁰ Ved å sammenholde unntaket for porteføljeinvesteringer utenfor EØS med unntaket i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a går det frem at unntaket får praktisk betydning i de tilfeller hvor selskapet er hjemmehørende i et land utenfor EØS som ikke er lavskatteland.¹¹¹

¹⁰⁶ Om hjemmehørendekriteriet, se også Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2011 s. 1494 som er behandlet under pkt. 3.1.2.

¹⁰⁷ Zimmer (2014) s. 316.

¹⁰⁸ Sak C-196/04.

¹⁰⁹ Ot.prp. Nr 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2.

¹¹⁰ Ot.prp nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

¹¹¹ Zimmer (red.) (2014) s. 338.

I tillegg til kravet om ti prosent eierandel, må skattyter ha minst ti prosent av stemmeretten i selskapet. Eier- og stemmerettsvilkåret må være oppfylt i en toårsperiode.

Gevinst vil være omfattet av fritaksmetoden, når skattyteren sammenhengende i de to siste årene frem til tidspunktet for innvinningen har hatt en slik eierandel som nevnt ovenfor, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav b. Med tidspunkt for innvinningen menes her når aksjene er realisert. For utbytte er det tilstrekkelig at vilkåret er oppfylt i en toårsperiode som omfatter tidspunktet for beslutning om utdeling, i motsetning til for gevinst, kreves det altså ikke at toårskravet er oppfylt før dette tidspunktet, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav d. Er vilkåret oppfylt dagen før beslutning om utbytte, er dette tilstrekkelig, forutsatt at aksjene beholdes de påfølgende to år. Er eierkravet oppfylt i toårsperioden, gjelder fritaksmetoden også for utbytte og gevinst på aksjer som ikke har vært eiet i hele toårsperioden.¹¹²

Eksempel:

1. september år 1, erverver skattyter 10 prosent av aksjene i et selskap som er hjemmehørende i et land utenfor EØS (som ikke er et lavskatteland). I juni måned år 2 og år 3 besluttes at utbytte skal utdeles. Skattyter erverver i juni år 3 ytterligere 10 prosent av aksjene i selskapet. 1. september år 3 realiseres alle aksjene. I dette tilfelle faller både utbytte og gevinst inn under fritaksmetoden. Skattyter har oppfylt eierkravet i en periode på to år, og utbyttet for begge år er besluttet utdelt i denne perioden. Gevinsten er omfattet da eierkravet er oppfylt i en periode på to år, forut for realisasjon. Dette gjelder aksjene som ble ervervet i år 1, men også de aksjene som ble ervervet i år 3.

Tap vil være omfattet av fritaksmetoden hvis skattyteren eller hans nærstående på noe tidspunkt de to siste årene frem til oppofrelsestidspunktet har hatt en slik eierandel som nevnt ovenfor, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav c. Med tidspunkt for oppofrelse menes her når aksjene er realisert.

Eksempel:

Ved begynnelsen av år 1, eier skattyter 15 prosent av aksjene i et selskap som er hjemmehørende i et land utenfor EØS (som ikke er et lavskatteland). 1. september år 1 realiseres en del

¹¹² Se Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2007 s. 922.

av aksjene med tap, skattyter beholder en eierandel på 9 prosent. I dette tilfellet faller tapet inn under fritaksmetoden og er således ikke fradragsberettiget, da skattyter på et tidspunkt i løpet av de to siste årene forut for realisasjonen har eid mer enn 10 prosent av aksjene. 2. september år 3, realiseres resten av aksjene også med tap. Dette tapet faller utenfor fritaksmetoden og er således fradragsberettiget, da skattyter hele perioden de siste to årene forut for realisasjonen har eid mindre enn 10 prosent av aksjene.

Eier- og stemmerettvilkåret har til formål å forebygge tilpasninger. Det kan tenkes tilfeller der vilkåret er uoppfylt i et meget kort tidsrom på grunn av misforståelser eller lignende. Loven åpner likevel ikke for å gjøre unntak fra vilkåret.

Gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i boligselskap eller tilsvarende selskap hjemmehørende i utlandet, er ikke omfattet av fritaksmetoden som objekt, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav g. «Boligselskap» er selskap med delt eller begrenset ansvar og med hovedformål å gi andelshaverne bolig eller fritidsbolig i hus eid av selskapet, jf. sktl. § 7-3 andre ledd. Boligselskaper lignedes ikke som selskaper, i stedet lignedes andelshaverne, jf. sktl. § 7-3 første ledd. Begrensningen ble tatt inn i loven i 2010. Formålet var blant annet å hindre at utbyggere tegner andeler i boligselskap og selger andelen videre med skattefri gevinst, da dette ble ansett som et utilsiktet utslag av fritaksmetodens virkeområde. Gevinst ved realisasjon eller uttak av eierandel i borettslag og boligaksjeselskap skyldes verdiøkning i eiertiden, denne blir i alminnelighet styrt av konjunkturavhengige faktorer og annen markedsutvikling som ikke tidligere er blitt skattlagt hos selskapet, eller hos eieren. Fritaksmetodens formål om å hindre kjedebeskatning, men den forutsetning at de underliggende selskapsinntektene er eller kommer til å bli skattlagt, svikter for andeler i boligselskaper. Det ble lagt til grunn at et slikt unntak ville medføre en prinsipielt riktigere skattemessig behandling av slike gevinster og tap, i tillegg til å redusere forskjeller mellom ulike eierformer.¹¹³

Begrensningene i fritaksmetodens anvendelse på utenlandsinvesteringer i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a til d gjelder ikke for andel i deltakerlignet selskap, selv om dette ikke er opplagt etter ordlyden. Fritaksmetodens virkeområde ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap er begrenset av sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e og f, som er utformet etter andre prinsipper enn unntakene for aksjeinntekter. I og med at kravet til eiertid og andel i kvalifiserende aksjer skal oppfylles på selskapets hånd, må skattyterens (deltakerens) eierandel og eiertid

¹¹³ Prop. 1 LS (2010-2011) pkt. 10.4.

være uten betydning for om fritaksmetoden kommer til anvendelse eller ikke ved realisasjon av andelen.¹¹⁴

Bakgrunnen for begrensningen av fritaksområdet for realisasjon av andel i deltakerlignet selskap er at det deltakerlignede selskapet kan eie aksjer mv. i lavskatteland eller ha eierandeler under ti prosent. Om det kvalifiserende subjektet hadde eid disse aksjene direkte, ville de vært omfattet av unntaket i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a til d.

Det gjøres unntak for gevinst for andel i deltakerlignet selskap, dersom selskapets samlede verdier av aksjer mv. som faller utenfor fritaksmetoden (jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstavene a til d), på noe tidspunkt de to siste årene frem til innvinningstidspunktet (realisasjonstidspunktet) har oversteget 10 prosent av selskapets totale verdier av aksjer og andeler, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e. Det spiller ingen rolle hvor det deltakerlignede selskapet er hjemmehørende; det kan være norsk, hjemmehørende i eller utenfor EØS, i normal- eller lavskatteland.¹¹⁵

Eksempel:

Et norsk aksjeselskap eier andeler i et norsk deltakerlignet selskap. Ved begynnelsen av år 1 består 15 prosent av det deltakerlignede selskapets portefølje av aksjer i et selskap som er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS. 1. september år 1 realiserer det norske deltakerlignede selskapet disse aksjene. 1. januar år 2 realiserer det norske aksjeselskapet halvparten av sine andeler i det norske deltakerlignede selskapet med gevinst. Det norske aksjeselskapet er i dette tilfellet skattepliktig for gevinsten ved realisasjonen av andelene i det deltakerlignede selskapet. Mer enn 10 prosent av det deltakerlignede selskapets portefølje har på et tidspunkt i løpet av de to siste årene forut for realisasjonen bestått av aksjer som er unntatt fra fritaksmetodens område i medhold av tredje ledd bokstav a til d. Inntekten fra det deltakerlignede selskapet faller dermed utenfor fritaksmetoden som objekt, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e, jf. andre ledd bokstav b. Aksjeselskapet realiserer 2. september år 3, resten av sine andeler i det deltakerlignede selskapet med gevinst. Aksjeselskapet vil i dette tilfellet være fritatt for beskatning av denne gevinsten, idet den faller innenfor fritaksmetoden som objekt. Det deltakerlignede selskapet har ikke på noe tidspunkt de siste to årene forut for realisasjo-

¹¹⁴ Se Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2007 s.158.

¹¹⁵ Zimmer (red.) (2014) s. 343.

nen eid aksjer som er unntatt fra fritaksmetodens område i medhold av tredje ledd bokstav a til d, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e, jf. andre ledd bokstav b.

Bestemmelsen fikk sin nåværende utforming i 2011. Før endringen i 2011 var det avgjørende om eierkravet var oppfylt på realisasjonstidspunktet. Endringen hadde det formål å hindre de mest opplagte skattetilpasningene.¹¹⁶ Ved innlemmelsen av deltakerlignede selskaper under fritaksmetoden ble det ansett som problematisk å fordele gevinst/tap på andelen på henholdsvis gevinst/tap som gjenspeiler kvalifiserende aksjeverdier i det deltakerlignede selskapet og gevinst/tap som knytter seg til andre verdier i den solgte andelen. Løsningen ble derfor å knytte fritaksmetodens anvendelse til en sjablong, slik at fritaksmetoden bare skulle omfatte realisasjon av andeler i deltakerlignede selskaper hvis verdi av aksjer mv. hjemmehørende i lavskattland og porteføljeaksjer mv. i selskaper hjemmehørende utenfor EØS til sammen ikke oversteg 10 prosent av totale aksjeverdier. Det ble antatt at markedsverdiene på tidspunktet for realisasjonen av andelen burde være avgjørende for verdifastsettelsen.¹¹⁷ Eiere av slike selskaper kunne ved små justeringer i porteføljen rett forut for realisasjonstidspunktet tilpasse seg ut eller inn av fritaksmetodens område, avhengig av om andelen vil utløse gevinst eller tap. I tilfeller der aksjeporteføljen lå nær grensen på 10 prosent, ville selv de minste justeringer være tilstrekkelig til å gi en stor skatteeffekt. Dersom det deltakerlignede selskapet i utgangspunktet ikke eide aksjer, ville det være tilstrekkelig at selskapet kjøpte en aksje som ikke kvalifiserer under fritaksmetoden for å oppnå fradrag for tapet ved realisasjon av eierandelen.¹¹⁸

I sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav f gjøres det unntak for tap på andel i deltakerlignet selskap, dersom selskapets samlede verdier av aksjer mv. som faller utenfor fritaksmetoden (jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstavene a til d), i en sammenhengende periode på to år forut for oppførelsestidspunktet (realisasjonstidspunktet) har oversteget 10 prosent av selskapets totale verdier av aksjer og andeler, jf. sktl. 2-38 tredje ledd bokstav f. I slike tilfeller er tapet altså fradragsberettiget.

Eksempel:

¹¹⁶ Prop. 116 LS (2010-2011) pkt. 4.3.

¹¹⁷ Ot.prp. nr.92 (2004-2005) pkt. 1.8.1.3.

¹¹⁸ Ot.prp. nr.92 (2004-2005) pkt. 1.8.1.3, se også Widerberg (2011).

Et norsk aksjeselskap eier andeler i et norsk deltakerlignet selskap. Ved begynnelsen av år 1 består 9 prosent av det deltakerlignede selskapets aksjeportefølje av aksjer i et selskap som er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS. 1. september år 1, kjøper det deltakerlignede selskapet ytterligere flere aksjer i et selskap som er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS, 15 prosent av det deltakerlignede selskapets portefølje består nå av slike verdier. 1. januar år 2, realiserer det norske aksjeselskapet halvparten av sine andeler i det norske deltakerlignede selskapet med tap. Mer enn 10 prosent av det deltakerlignede selskapets portefølje har ikke i en sammenhengende periode på to år forut for realisasjonen bestått av aksjer som er unntatt fra fritaksmetodens område i medhold av tredje ledd bokstav a til d. Tapet ved realisasjonen av andelene i det deltakerlignede selskapet er i dette tilfellet ikke fradragsberettiget, idet tapet faller innenfor fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav f, jf. andre ledd bokstav b. Aksjeselskapet realiserer 2. september år 3 resten av sine andeler i det deltakerlignede selskapet også med tap. Mer enn 10 prosent av det deltakerlignede selskapets portefølje har nå i en sammenhengende periode på to år forut for realisasjonen bestått av aksjer som er unntatt fra fritaksmetodens område i medhold av tredje ledd bokstav a til d. I dette tilfellet vil tapet ved realisasjonen av andelene i det deltakerlignede selskapet være fradragsberettiget, idet tapet faller utenfor fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav f, jf. andre ledd bokstav b.

Kravet til eiertid er ulikt utformet for gevinst og tap. For gevinst er det tilstrekkelig for å komme utenfor fritaksmetoden at andelen aksjer utenfor fritaksområdet «på noe tidspunkt de to siste årene frem til innvinningstidspunktet» har oversteget 10 prosent av selskapets totale verdier av aksjer mv. For tap kreves det «en periode på to år forut for oppofrelsestidspunktet sammenhengende» har oversteget 10 prosent av selskapets totale verdier av aksjer mv. Det foreligger altså ikke parallellitet (symmetri) mellom gevinst og tap. Dette er tilsvarende den asymmetrien som gjelder mellom behandlingen av gevinster og tap ved realisasjon av porteføljeaksjer utenfor EØS som er direkte eid av et aksjeselskap.

Siden fritaksmetoden gjelder generelt ved realisasjon av andel i utenlandske selskaper, kan det ha betydning å avgjøre om det er realisert andel i aksjeselskap eller deltakerlignet selskap. For å avgjøre hvorvidt aksjene/andelene omfattes av sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a eller b, må det undersøke om vilkårene for deltakerlignet selskap er oppfylt. Unntaket i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e fører til at like investeringer kan gi ulike beskatning avhengig av om de gjøres gjennom et aksjeselskap eller deltakerlignet selskap. Dette kan illustreres gjennom et eksem-

pel: To investeringsselskaper *Invest AS* og *Invest DA*, som begge er hjemmehørende i Norge, investerer i aksjer på Caymanøyene (lavskattelend jf. Fssd. 10-63-2). De to investeringsselskapene eies av *Holding AS 1* og *Holding AS 2*. Ved realisasjon av investeringsselskapene er *Holding AS 1* og *Holdings AS 2* subjekter under fritaksmetoden, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav a. *Invest AS 1* er objekt under fritaksmetoden, gevinst ved realisasjon av dette selskapet er dermed fritatt for skatteplikt etter sktl. 2-38 andre ledd bokstav a. Realisasjon av *Invest DA*, reguleres av sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e. Selskapets aksjeportefølje består 100 prosent av aksjer utenfor fritaksområdet, jf. sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav a, resultatet blir at gevinsten ikke er omfattet av fritaksmetoden og er således skattepliktig.

3.3 Treprosentregelen

3.3.1 Utbytte

Av sktl. § 2-38 sjette ledd første punktum følger at tre prosent av det aksjeutbytte som er skattefritt i medhold av sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a, likevel skal inntektsføres. Bestemmelsen ble innført i 2008, men gjennomgikk store endringer i 2011, da den fikk sin nåværende utforming. Tidligere omfattet bestemmelsen også aksjegevinster og –tap. Treprosentregelen gjorde det nødvendig med oversikt over inngangsverdier på aksjer selv om dette for øvrig ikke hadde noen betydning og ble av forenklingshensyn derfor innskrenket til kun å gjelde utbytte.¹¹⁹ I 2012 ble bestemmelsen utvidet til også å omfatte utdeling fra deltakerlignede selskaper, jf. sktl. § 2-38, sjette ledd bokstav a, andre punktum.

Regelen har sammenheng med fradragreglene. Hovedregelen om fradrag for kostnader følger av sktl. § 6-1. Etter denne bestemmelsen gis det bare fradrag for «kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt». Inntekter som er omfattet av fritaksmetoden er ikke skattepliktige og bestemmelsen hjemler derfor ikke fradrag for kostnader knyttet til slike inntekter. Da det medfører store praktiske problemer å skulle avgjøre om kostnadene stammer fra skattefrie inntekter, ble fradragretten utvidet til å gjelde også eierkostnader tilknyttet inntekter som faller inn under fritaksmetoden, jf. sktl. § 6-24. Bestemmelsen skulle være et avgrenset unntak fra regelen i sktl. § 6-1. Fradragretten ble imidlertid funnet for liberal og ikke godt begrunnet. Unntaket kunne føre til at aksjer eid gjennom eierkjeder skattemessig kom bedre ut enn om aksjene i underliggende selskaper var eid direkte av en personlig

¹¹⁹ Prop. 1 LS (2011-2012) pkt. 14.1 og 14.3.1.

aksjonær. På denne bakgrunn ble det foreslått å inntektsføre en andel, tre prosent, av den skattefrie inntekten. Inntektsføringen ville medføre en form for reversering av de fradragførte kostnadene.¹²⁰ Av hensyn til administrering av regelen ble inntektsføringen gjennomført sjablongmessig. Tre prosent skal altså inntektsføres uavhengig av størrelsen på de faktiske kostnadene som fradragføres, selv om dette ikke vil treffe riktig.

Inntektsføringen utgjør som nevnt som en form for reversering av fradragførte kostnader. Dette tilsier at det i beregningsgrunnlaget for inntektsføringen ikke gis fradrag for en tilsvarende andel av tap ved realisasjon av aksjer og andre eierandeler som omfattes av fritaksmetoden.¹²¹

Den effektive skattesatsen på inntekter som er omfattet av fritaksmetoden blir etter dette 0,81 prosent (27 prosent skatt på tre prosent av utbyttet). I realiteten oppstår det en begrenset kje-debeskatning. Denne rammer særlig strukturer der inntekter fases gjennom flere selskaper. Regelen gjør det også noe mindre fordelaktig å eie aksjer gjennom personlig holdingselskap, 0,81 prosent er likevel ikke store skattebelastningen.

3.3.2 Unntak for utbytte fra konsernselskap

Treprosentregelen gjelder ikke ved utbytte der det mottakende aksjeselskapet eier mer enn 90 prosent av aksjene i datterselskaper og har over 90 prosent av stemmene som kan avgis på generalforsamlingen (gjerne omtalt som “skattekonsern”) jf. sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav c, under henvisning til eierkravene som er oppstilt for konsernbidrag i sktl. § 10-4. Innad i skattekonsern blir det således, for konsernet samlet, lik skattemessig belastning enten en velger utbytte eller konsernbidrag. Hvilken selskapsrettslig form overføringen skjer, bør ikke være avgjørende for om treprosentregelen skal komme til anvendelse eller ikke.¹²²

Sktl. § 2-38 sjette ledd henviser til skatteyttere nevnt i sktl. § 2-38 “første ledd a til h”, og utelukker således utenlandske subjekter (som er nevnt i første ledd bokstav i). Etter sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav b er imidlertid utbytte og utdeling til utenlandske selskaper omfattet av treprosentregelen dersom selskapet er skattepliktig til Norge for inntekt ved filial her. Be-

¹²⁰ Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) pkt. 6.3.

¹²¹ Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) pkt. 6.3, Zimmer (red.) (2014) s .335.

¹²² Prop. 1 LS (2011-2012) pkt. 14.3.3.

grunnelsen for at treprosentregelen også skulle gjelde for utenlandske selskaper med filial i Norge, var at slike selskaper har fradrag i Norge for skattefrie aksjeinntekter.¹²³

Lovens ordlyd tyder på at treprosentregelen også skal anvendes hvor det er inngått skatteavtale og det utenlandske selskapet ikke blir skattepliktig til Norge fordi kravene til fast driftssted ikke er oppfylt. Dette kan imidlertid ikke anses å være forenelig med skatteavtalens fordeling av beskatningsrett.¹²⁴

For å redusere risikoen for uoverensstemmelse med EØS-retten er konsernunntaket gitt anvendelse “på samme vilkår så langt de passer for utbytte mottatt fra selskap mv. hjemmehørende i land innenfor EØS og for utbytte betalt til slikt selskap”, jf. sktl § 2-38, sjette ledd bokstav c, tredje punktum. Skattekonsernunntaket gjelder bare hvis det utenlandske selskapet er “reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der”, jf. sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav c fjerde punktum, jf. § 10-64 bokstav b.

I de rene norske forhold er det for anvendelsen av treprosentregelen ikke avgjørende om inntektsføringen anses som reversering av fradrag for aksjeeierkostander knyttet til skattefrie aksjeutbytter eller som aksjeinntekt. Tre prosent inngår uansett i alminnelig inntekt. Ved inngående aksjeinntekter (utbytte og gevinst som norsk selskap oppebærer på aksjer i utenlandske selskaper) kan derimot klassifikasjonen være av betydning. Kredit for skatt betalt i utlandet på aksjeinntekter (som oftest kildeskatt), kan kun kreves hvis inntekten også er skattlagt i Norge. Uten den særskilte reguleringen i kreditreglene i § 16-20 flg., ville det ha oppstått et spørsmål om skatt etter treprosentregelen skulle anses utlignet på inntekt med utenlandsk eller med norsk kilde. Dette spørsmål er avklart, ved at det eksplisitt er tatt inn i § 16-20 første ledd tredje punktum, at det ikke gis kredit for skatt betalt i utlandet av inntekt som er skattepliktig etter treprosentregelen.

Formålet med treprosentreglen er å tilbakeføre et fradrag som tidligere er gitt i den norske inntekten til aksjonæren, «ein kan derfor hevde at ei inntektsføring som tilbakefører desse frådraga har norsk kjelde».¹²⁵ Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn for reglene om kredit for

¹²³ Prop.1 LS (2011-2012) pkt. 14.3.3.

¹²⁴ Zimmer (red.) (2014) s. 331.

¹²⁵ Ot. Prp. nr. 95 (2008-2009) kap. 7.

underliggende skatt ved skattleggingen av utbytte fra utenlandsk datterselskap, jf. sktl. § 16-30 åttende ledd.

I en nylig avsagt dom tok Høyesterett stilling til om kildeskatt betalt i utlandet gir rett til fradrag i medhold av sktl. § 6-24 om fradragsrett for kostnad som pådras for å erverve inntekt som er skattefri etter fritaksmetoden.¹²⁶ Dommen er avsagt under dissens 3-2.

Retten viste til at Rt. 1928 s. 1158 åpner for at det gis fradrag for kildeskatt betalt i utlandet på aksjeutbytte som også inntektsbeskattes i Norge. Dommen måtte etter flertallets syn forstås slik at den var begrunnet i dobbeltbeskatningssituasjonen. Den måtte anses som en nokså fri tolkning av spesialregelen i det som nå er § 6-15, snarere enn som en regulær anvendelse av hovedregelen, nåværende § 6-1. I motsetning til § 6-1 viser § 6-24 ikke til § 6-15. Forarbeidsuttalelser i tilknytning til § 6-24 kunne ikke forstås slik at bestemmelsen også var ment å gi fradragsrett for kildeskatt.¹²⁷ Om betydningen av treprosentregelen for fradragsretten for kildeskatt, uttalte Høyesterett "jeg kan heller ikke se at innføringen av den sjablongmessige delvise reverseringen av skattefritaket i § 2-38 gjennom den såkalte treprosentregelen i § 2-38 sjette ledd tilsier fradragsrett for kildeskatt. I Ot.prp. nr. 1 (2008- 2009) side 32 der regelen foreslås, blir fradragsretten i § 6-24 igjen begrunnet med symmetri- og avgrensningshensyn, og treprosentregelen begrunnes med at denne fradragsretten egentlig er systemfremmed på generelt grunnlag: "Departementet legger til grunn at kostnader knyttet til skattefrie inntekter prinsipielt sett ikke bør være fradragsberettiget."¹²⁸

Mindretallet forstod Rt. 1928 s. 1158 slik at kildeskatten ble ansett som en utgift til inntekts ervervelse på linje med andre slike kostnader. Forarbeidene til § 6-24 ble videre forstått slik at det var meningen å gjeninnføre den fradragsretten som hadde gjeldt tidligere, inkludert fradrag for kildeskatt. At § 6-24 ikke viste til § 6-15, kunne da ikke ha betydning.¹²⁹

3.3.3 Utbytte til deltakerlignet selskap

Som tidligere nevnt, skal tre prosent av utbytte som mottas av deltakerlignet selskap, skattlegges uavhengig av størrelsen på selskapets eierandel i det utdelende selskapet. Det er med

¹²⁶ Se HR-2014-02162-A.

¹²⁷ Dommens premiss 17 flg.

¹²⁸ Dommens premiss 73.

¹²⁹ Dommens premiss 94 flg.

andre ord ikke gitt tilsvarende unntak fra treprosentregelen for deltakerlignede selskaper som for aksjeselskaper i skattekonsern. Tre prosent av utbyttet som mottas av det deltakerlignede selskap, skal således inngå i den ligning som foretas på deltakernes hånd. Dette gjelder uavhengig av om en eventuell gevinst på eierandelen i det deltakerlignede selskapet hadde vært skattefri under fritaksmetoden (selskapsdeltaker) eller skattepliktig under aksjonærmodellen (personlig deltaker).¹³⁰ Ved flere deltakerlignede selskaper i en eierkjede skal tre prosent inntektsføres i hvert ledd. Lange eierkjeder bestående av deltakerlignede selskaper kan således medføre en langt større skattebelastning sammenlignet med andre typer eierkjeder.

3.3.4 Utdeling fra deltakerlignet selskap

For utdeling fra deltakerlignet selskap til selskapsdeltaker skal også tre prosent av utdelingen anses som skattepliktig inntekt, jf. sktl 2-38 sjette ledd bokstav a andre punktum. For slike utdelinger gjelder det heller ikke noe unntak basert på deltakernes eierandel, så alle utdelinger omfattes av treprosentregelen. For deltakerlignede selskaper er det deltakerne som betaler skatten basert på selskapets nettoresultat etter den såkalte nettoligningen. I realiteten medfører inntektsføringen av tre prosent en dobbeltbeskatning av inntektene deltakeren nettolignes for.

Ved fastsettelsen av inntektsføringen etter treprosentregelen ved utdelinger skal det gjøres fradrag for skatt beregnet ved nettoligningen. Beregningen gjøres på samme måte som ved utdeling til personlig deltakere, jf. sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav a tredje punktum, jf. § 10-42 tredje ledd bokstav a. Dette gir samme løsning som for utdelinger fra aksjeselskap, ved at bare det disponible overskuddet etter at selskapsskatten er betalt kan deles ut som utbytte og gi grunnlag for inntektsføring etter treprosentregelen. Hensynet til likebehandling av aksjeutbytte og utdeling fra deltakerlignet selskap taler for at det bør være samme beregningsgrunnlag også for føring av inntekt etter treprosentregelen.¹³¹

Henvisningen i sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav a, tredje punktum, til sktl. § 10-42 tredje ledd bokstav a innebærer at det skattepliktige beløp utgjør tre prosent av utdelingen, redusert med skatt på andel av overskuddet som selskapsdeltakeren vil være lignet for etter sktl. § 10-41 (deltakerens andel av skattepliktig inntekt fastsatt hos selskapet ganget med deltakerens skattesats på alminnelig inntekt). Det skal ikke gjøres fradrag for skjerming.

¹³⁰ Zimmer (red.) (2014) s. 331.

¹³¹ Prop. 112 L (2011-2012) pkt. 5.2.

Eksempel:

Skattepliktig overskudd år 1	100 000 kr
Utdeling år 1	0 kr
«Uegentlig innskudd»	27 000 kr

Da det ikke foretas noen utdeling år 1, skal skatten på overskuddet anses som «uegentlig innskudd» i år 1

Skattepliktig overskudd år 2	100 000 kr
Utdeling år 2	75 000 kr

Av utdelingen på 75 000 kr i år 2 anses 27 000 kr som tilbakebetaling av tidligere års «uegentlige innskudd». Årets utdeling blir da 48 000 kr (75 000 – 27 000)

Årets utdeling skal før beregningen av sjablonmessig inntektsføring etter treprosentregelen, reduseres med skatten på overskuddet (27 000 kr). Beregningen blir som følger:

$$48\ 000\ \text{kr} - 27\ 000\ \text{kr} = 21\ 000\ \text{kr} \times 3\% = 630\ \text{kr}$$

Utenlandske selskaper med begrenset skatteplikt til Norge etter sktl. § 2-3 første ledd bokstav b som mottar utdeling fra deltakerlignet selskap, skal ta tre prosent av utdelingen til beskatning etter sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav b. Skatteplikten gjelder for utdeling fra deltakerlignet selskap som knytter seg til inntekt som er skattepliktig til Norge.

4 Utdeling fra deltakerlignet selskap

4.1 Skattefri utdeling

For å få tilgang til realiserte aksjegevinster i et deltakerlignet selskap er man ikke avhengig av å realisere sin andel, gevinstene vil i stedet kunne deles ut til deltakerne. Utdeling fra deltakerlignet selskap er, som nevnt, ikke omfattet av fritaksmetoden. Spørsmålet om skatteplikt og fradragsrett må dermed avgjøres på deltakernivå.

Som utdeling fra deltakerlignet selskap regnes «enhver vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til deltaker», jf. sktl. § 10-42 andre ledd. Formuleringen er tilsvarende som for aksjeselskaper mv., jf. sktl. § 10-11. Ved utdelinger fra deltakerlignet selskap er juridiske deltakere fritatt for skatteplikt, med forbehold for tre prosent etter sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav a andre punktum. Dette følger av en antitetisk tolkning av sktl. § 10-42 første ledd, som avgrenser skatteplikten til «personlige deltakere».

Da det ikke foreligger hjemmel for skattlegging av utdeling fra deltakerlignet selskap til selskapsdeltaker, er kretsen som fritas større enn for aksjeselskaper, hvor fritaket følger av fritaksmetoden. Enhver utdeling fra et deltakerlignet selskap vil kunne mottas skattefritt av enhver selskapsdeltaker, mens fritaksmetoden omfatter en begrenset krets av selskapsaksjonærer, og kun utbytte fra selskaper hjemmehørende innenfor fritaksområdet. Ved utdeling til skattesubjekter hjemmehørende her i riket vil kretsen som er subjekt for utdeling fra delterkerlignet selskap og aksjeselskap under fritaksmetoden stort sett sammenfalle. Forskjellen får særlig betydning ved utdeling til utenlandske mottakere. For deltakerlignet selskap medfører den manglende hjemmelen for beskatning av selskapsdeltakere at inntekter som er innvunnet av et norsk deltakerlignet selskap og beskattet etter reglene om nettoligning, vil kunne deles ut til selskaper hjemmehørende i utland, uten noen skatteplikt her i riket, jf. sktl. § 2-3 første ledd bokstav b. For utdeling fra aksjeselskap stiller dette seg annerledes, i det sktl. § 2-38 femte ledd ikke gir fritak for kildeskatt for utenlandske selskaper hjemmehørende utenfor EØS, eller selskaper som er hjemmehørende innenfor EØS, men som ikke er «reelt etablert» eller driver «reell økonomisk virksomhet».

4.2 Manglende lovlighetskrav

Etter ordlyden i sktl. § 10-42 kan det ikke oppstilles et lovlighetskrav tilsvarende det som gjelder for utdeling av aksjeutbytte, jf. sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a. Utgangspunktet er at det ikke foreligger noen begrensning ved utdeling fra ansvarlige selskaper, med unntak av utdeling som åpenbart vil skade kreditorenes interesse, jf. sel. § 2-26 fjerde ledd. Selskapsloven oppstiller ikke regler om utdelingsforbud eller begrensninger som tilsvarer aksjelovgivningens vern av den bundne selskapskapitalen.¹³² At loven ikke stiller krav til at utdeling fra deltakerlignet selskap skal være lovlig, er ansett å spille en mindre rolle da det for deltakerlignede sel-

¹³² Woxholth (2014) s. 264.

skaper er begrensede krav til bunden egenkapital og kreditorinteressene anses tilstrekkelig beskyttet gjennom reglene om personlig og ubegrenset ansvar.¹³³

Skattefritaket for selskapsdeltakere følger som nevnt av en antitetisk tolkning av sktl. § 10-42, heller ikke for utdeling til slike deltakere kan det oppstilles et lovlighetskrav.

Det manglende lovlighetskravet for utdeling fra deltakerlignet selskap gir en forskjell i beskatningen av utbytte fra aksjeselskap og utdeling fra deltakerlignet selskap. Lovlighetskravet i sktl. § 2-38 andre ledd bokstav a, knytter seg som nevnt til regnskapsrettslige og selskapsrettslige begrensninger, herunder materielle regler og saksbehandlingsregler. Er disse regler ikke fulgt, anses utbyttet ikke å være lovlig utdelt. Utbyttet faller dermed utenfor fritaksmetoden og er således skattepliktig. Ansvarlige selskaper står som utgangspunkt fritt til å foreta utdelinger. For kommandittselskaper gjelder imidlertid visse begrensninger som følge av at det i likhet med aksjeselskaper stilles krav til en viss bundet egenkapital.¹³⁴ En utdeling fra et kommandittselskap i strid med utdelingsbegrensningen vil som følge av det manglende lovlighetskravet ikke gi noen skatterettslig virkning. Utdelingen er like fullt skattefri.

5 Avslutning

Det sentrale formålet med avhandlingen var å gjøre rede for fritaksmetodens anvendelse på deltakerlignede selskaper. Deltakerlignede selskaper er ikke omfattet av fritaksmetodens subjektside. Følgene av at dette er langt på vei redusert gjennom regelen i sktl. § 10-41 andre ledd. Bestemmelsen medfører imidlertid ikke full faktisk likestilling mellom deltakerlignede selskaper og aksjeselskaper.

Ved å innlemme deltakerlignede selskaper på fritaksmetodens objektside er det langt på vei oppnådd likebehandling mellom eierandel i aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper som objekt. Det overordnede hensynet til å unngå kjedebeskatning, har medført en begrensning av fritaksmetodens anvendelse på aksjeinntekter fra lavskatteland. For å sikre en lik behandling av slike inntekter enten det investeres gjennom aksjeselskap eller deltakerlignet selskap, legges det i sktl. § 2-38 tredje ledd bokstav e og f, et transparensynspunkt til grunn ved beskat-

¹³³ Gjems-Onstad (2012) s.633.

¹³⁴ Se sel. § 3-16.

ning av aksjeinntekter som innvinnes gjennom deltakerlignede selskaper. Som eksempelet med de to holdingselskapene viser, kan regelen gi urimelige utslag. Regelen medfører at to identiske investeringer vil kunne beskattes ulikt avhengig av om de gjøres gjennom aksjeselskap eller deltakerlignet selskap.¹³⁵

Utbytte fra aksjeselskap er omfattet som objekt under fritaksmetoden, mens utdeling fra deltakerlignet selskap ikke er omfattet. For utdeling fra deltakerlignet selskap til selskapsdeltaker følger skattefriheten således av andre regler enn fritaksmetoden. Kretsen av skattesubjekter som fritas for beskatning på utdeling fra deltakerlignede selskaper, er større enn kretsen som under fritaksmetoden fritas for beskatning på utbytte fra aksjeselskap. En mer nøytral beskatning kunne etter min mening vært oppnådd ved å oppstille en generell hjemmel for beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskaper også ved utdeling til selskapsdeltakere, samtidig som utdeling fra deltakerlignet selskap omfattes som objekt under fritaksmetoden.

¹³⁵ Se pkt. 3.2.4 ovenfor.

6 Litteraturliste

- Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivande 2013*. 36.utg. Bergen, 2013.
- Gjems-Onstad, Ole og Kildal, Tor S. *Skatterett- spørsmål og svar*. 7.utg. Oslo, 2011
- Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 8.utg, Oslo, 2012.
- Skaar, Arvid Aage og Kildal, Tor S. *Bedrifts-skatterett*. 12.utg. Oslo, 2012.
- Woxholth, Geir. *Selskapsrett*. 5 utg. Oslo, 2014.
- Zimmer, Fredrik (red.), i samarbeid med Advokatfirmaet BA-HR DA. *Bedrift, selskap og skatt*. 6. utg. Oslo, 2014.
- Zimmer, Fredrik. *Lærebok i skatterett*. 7.utg. Oslo, 2014.

Lignings-ABC 2014 (skatteetaten)

<http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/Lignings%20ABC%202014.pdf?epslanguage=nb-NO> [sitert 31.10.2014]

Artikler:

Widerberg, Hilde. *Fritaksmetoden og salg av andel i deltakerlignet selskap*. I skatterett 2011 s. 95-99.

Leegaard, Thor og Høgtun, Daniel. L. *Investeringer i utenlandske deltakerlignede selskaper: En skatterettslig hengemyr!*. I: Revisjon og regnskap 2012 nr. 5 s. 61 flg.

Skattedirektoratet. *Høyesteretts dom av 12. september 2012 (Statoil Holding AS) – Skattedirektoratets domskomentarer*. 2012.

http://www.skatteetaten.no/upload/PDFer/Uttalelse_29_okt_2012.pdf?epslanguage=nb-NO [sitert 31.10.2014]

PWC. *Uttalelse om fritaksmetoden og investeringsfond (FCP)*. 2013
<https://www.pwc.no/no/publikasjoner/bank-finans-nyhetsbrev/uttalelse-om-fritaksmetoden-og-investeringsfond.pdf> [sitert 31.10.2014]

PWC. *Forslag om enklere skatteregler for deltakerlignede selskaper*. 2014
<http://accounting.pwc.no/nyheter/enklere-skatteregler> [sitert 31.10.2014]

Lover, forskrifter, forarbeider og høringer:

Norske lover:

- | | |
|------|---|
| 1985 | Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83 |
| 1997 | Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44 |
| 1999 | Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 |
| 2005 | Lov om betaling og innkreving av skatte og avgiftskrav (skattebetalingsloven) av 17. juni 2005 nr. 67 |

Forskrifter:

1999 Forskrift 22. november 1999 nr. 1160 fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14

Forarbeider:

- | | |
|-----------------------------|---|
| NOU 1980: 19 | <i>Lov om selskaper mv.</i> |
| NOU 2003:9 | <i>Skatteutvalget forslag til endringer i skattesystemet.</i> |
| NOU 2005:2 | <i>Uttaksutvalget Skattlegging av personlig næringsdrivende ved utdeling.</i> |
| Ot.prp nr. 35 (1990-1991) | <i>Skattereformen 1992.</i> |
| Innst.O.nr. 125 (2004-2005) | <i>Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivingen mv.</i> |

- Ot.prp.nr 1 (2004-2005) *Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer.*
- Ot.prp. nr. 17 (2004-2005) *Om lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XXII nr. 10a (rådsforordning (EF) nr. 2157/2001) (SE-loven).*
- Ot. prp. nr. 92 (2004-2005) *Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.*
- Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) *Skatte- og avgiftsopplegget 2006 – lovendringer.*
- Ot.prp. nr 1 (2007-2008) *Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.*
- Ot.prp nr. 59 (2007-2008) *Om endringer i skatte- og avgiftslovgivinga mv.*
- Prop. 1 LS (2010-2011) *Skatter, avgifter og toll 2012.*
- Prop. 116 LS (2010-2011) *Endringer i skatte- og avgiftsreglane mv.*
- Prop. 78 L (2011–2012) *Endringer i skatte- og tollovgivningen.*
- Prop. 112 L (2011-2012) *Endringer i skatte-, avgifts- og tollovgivinga.*
- Prop. 1 LS (2014-2015) *Skatter, avgifter og toll 2015.*

Stortingsmeldinger:

- St. meld nr. 29 (2003-2004) *Om skattereform.*
- Meld. St. 11 (2010-2011) *Evaluering av skattereformen 2006*

Høringsnotater:

Enklere skatteregler for deltakerlignede selskaper

Finansdepartementet
brev av 15.5.2014

Storingsvedtak:

Storingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2014 (Stortingets skattevedtak), FOR-2013-12-05-1499 (lovdata)

Administrative uttalelser:

Utv. 1986 s. 459	<i>Ligningsmåten for et dansk kommandittselskap hvor komplementarens innflytelse var meget liten</i>	Finansdepartementet brev av 10.09.1986
Utv. 1987 s. 409	<i>Spørsmål om selskapets subsidiære ansvar for deltakernes skatteforpliktelser etter skatteloven § 31 annet ledd ved fremføring av negativ saldo.</i>	Finansdepartementet brev av 26.6.1987
Utv. 1993 s. 489	<i>Vedrørende omorganisering av kommandittselskap.</i>	Finansdepartementet brev av 15.1.1993
Utv. 1994 s. 547	<i>Selskapets ansvar for skatt ved salg av andel i nettolignet selskap</i>	Finansdepartementet brev av 27.7.1994
Utv. 2005 s. 702	<i>Fritaksmetoden og pensjonskasser.</i>	Finansdepartementet brev av 10.5. 2005
Utv. 2005 s. 1245	<i>Beskatning av utbytte i bygdeallmenninger.</i>	Finansdepartementet brev av 10.5. 2005
Utv. 2006 s. 485	<i>Skatteloven § 2-38 og forholdet til aksjeindeksobligasjoner.</i>	Finansdepartementet brev av 8.9.2005
Utv. 2007 s.158	<i>Fritaksmetoden og DLS – subjektet for eierkrav i selskap utenfor EØS.</i>	Finansdepartementet brev av 8.12.2006
Utv. 2007 s. 922	<i>Fritaksmetoden – Skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b.</i>	Finansdepartementet brev av 10.4.2007

Utv. 2007 s. 1568	<i>Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden</i>	Finansdepartementet brev av 25.9.2007
Utv. 2010 s.1240	<i>Spørsmål knyttet til fritaksmetoden og lavskattelandkriteriet.</i>	Finansdepartementet brev av 5.7.2010
Utv. 2011 s. 1494	<i>Fritaksmetoden og utenlandsk selskap – ulik klassifisering av selskapet etter norsk og utenlandsk rett.</i>	Finansdepartementet brev av 3.11.2011
Utv. 2013 s. 901	<i>Kanadisk ULC og fritaksmetoden.</i>	Skattedirektoratet brev av 10.4.2013
Utv. 2013 s. 1741	<i>Investeringsfond og fritaksmetoden.</i>	Skattedirektoratet brev av 21.10.2013
BFU 02/10	<i>Finsk konsernbidrag gitt til finsk filial av norsk morselskap</i>	Skattedirektoratet 25.01.2010
BFU 26/10	<i>Spørsmål om utbytte fra holdingselskap i UK var omfattet av fritaksmetoden</i>	Skattedirektoratet 2.11.2010

Rettspraksis:

EF-domstolen:

C-319/02	Manninen	sml. 2004 s. I-07477
C-196/04	Cadbury Schweppes	sml. 2006 s. 1-07995
C-303/07	Aberdeen	sml. 2009 s. 1-5145

EFTA- domstolen:

E-1/04 Fokus bank mot Norge REC 2004 s. 15

Høyesterett:

Rt. 1928 s. 1158

Rt. 1981 s. 1047

Rt. 1985 s. 319

Rt. 1986 s. 58

Rt. 1989 s. 296

Rt. 1990 s. 958

Rt. 1992 s. 1263

Rt. 2001 s. 282

Rt. 2001 s. 456

Rt. 2001 s. 1444

Rt. 2002 s. 1144

Rt. 2012 s. 1380

HR-2014-02162-A

Lagmannsrettene:

Utv. 2013 s. 1272 Borgarting