

**Finansdepartementet 18. januar 2010**

## **Høringsnotat - om skattemessig behandling av omorganisering og omdanning av virksomhet**

- **lovregulering av visse former for grenseoverskridende omorganisering og omdanning**
- **opphevelse av kravet til selskapsrettslig og regnskapsrettslig lovlig gjennomføring av fusjon og fisjon**
- **modernisering av fritakshjemmelen i skatteloven § 11-22**
- **endring av lojalitetsklausulen i skatteloven § 14-90**

DEL I INNLEDNING, SAMMENDRAG OG GJELDENE RETT .....	8
1. Innledning og sammendrag.....	8
1.1 Innledning .....	8
1.2 Sammendrag .....	8
2. Begrepsavklaring .....	13
3. Kort om gjeldende rett .....	14
3.1 Fusjon og fisjon .....	14
3.2 Omdanning – endring av selskapsform .....	15
3.3 Vedtak om fritak .....	15
4. Utenlandsk rett .....	16
4.1 Noen andre lands skatteregler ved omorganisering .....	16
4.1.1 Danmark.....	16
4.1.2 Sverige .....	16
4.1.3 Finland .....	17
4.1.4 Tyskland.....	17
4.2 EU/EØS-regler om omorganisering og omdanning .....	18
DEL II TIDLIGERE UTREDNINGER OG PRINSIPIELLE UTGANGSPUNKTER.....	19
5. Hovedprinsipper og behovet for regler om skattefri omorganisering.....	19
5.1 Tidligere utredninger mv. ....	19
5.1.1 NOU 1989: 14 Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform..	19
5.1.2 Ot.prp. nr. 71 (1995-96) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper ..	21
5.1.3 St.meld. nr. 16 (1997-98) Finansdepartementets praksis i saker etter lov av 9. juni 1961 nr. 16 (Omdanningsloven).....	23
5.1.4 NOU 2003: 9 Skatteutvalget .....	25
5.1.5 St.meld. nr. 29 (2003-2004) Om skattereform .....	26
5.2 Departementets utgangspunkter for nye regler om skattemessig behandling av omorganisering .....	26
5.2.1 Innledning .....	26
5.2.2 Generelt om behovet for særregler for omorganisering.....	27
5.2.3 Særlig om betydningen av skattereformen 2004-2006 .....	27

5.2.4	Behovet for regler om skattefrihet ved omorganiseringer .....	28
DEL III	KONTINUITET.....	29
6.	Generelt om kontinuitet .....	29
7.	Kontinuitet og skatteposisjoner.....	29
8.	Kontinuitetsprinsippet og regnskapsreglene .....	30
8.1	Fusjon og fisjon .....	30
8.2	Annen omdanning etter skatteloven kapittel 11 .....	31
9.	Kontinuitet på eiersiden .....	32
9.1	Eierkontinuitet og vederlagsbestemmelser .....	32
9.2	Aksjer og andeler som vederlag .....	33
9.3	Tilleggsvederlag .....	33
9.3.1	Maksimalgrensen for tilleggsvederlag.....	33
9.3.2	Beregning av tilleggsvederlag.....	35
9.3.3	Skattlegging av tilleggsvederlag.....	36
9.4	Kontinuitet på eiersiden - oppsummering .....	36
10.	Kontinuitet med hensyn til virksomhet.....	37
10.1	Innledning .....	37
10.2	Virksomhetskrav ved fusjon og fisjon .....	37
10.2.1	Utviklingen frem mot gjeldende rett.....	37
10.2.2	Nærmere om virksomhetskrav etter gjeldende rett.....	40
10.2.3	Virksomhetskrav og forslag til nye regler .....	42
10.3	Virksomhet ved omdanning etter skatteloven §§ 11-20 til 11-22.....	42
10.3.1	Virksomhetskrav etter gjeldende rett .....	42
10.3.2	Virksomhetskrav og forslag til nye regler .....	44
DEL IV	FUSJON OG FISJON .....	44
11.	Vurdering av kravet til lovlig selskaps- og regnskapsrettslig gjennomføring av fusjon og fisjon i skatteloven § 11-1 annet ledd .....	44
11.1	Innledning .....	44
11.2	Gjeldende rett.....	44
11.3	Departementets vurderinger og forslag.....	45
12.	Trekantfusjoner .....	48
12.1	Innledning .....	48
12.2	Gjeldende rett.....	49
12.3	Departementets vurderinger.....	50

12.3.1	Innledning .....	50
12.3.2	Skattemessig behandling av fusjonsfordringen .....	50
12.3.3	Realisasjon og innfrielse av fordringen .....	51
DEL V	OMDANNING – ENDRING AV SELSKAPSFORM.....	52
13.	Området for skattefri omdanning etter gjeldende rett.....	52
14.	Departementets vurderinger og forslag.....	54
14.1	Innledning .....	54
14.2	Skattemessig kontinuitet .....	54
14.3	Samordningsadgang .....	55
14.4	Eierkontinuitet.....	55
14.5	Selskapsrettslige forhold.....	56
14.6	Nærmere om ulike selskapsformer .....	57
14.6.1	Aksjeselskaper .....	57
14.6.2	Deltakerlignede selskaper .....	57
14.6.3	Andre selskapslignede selskaper.....	58
14.6.4	Enkeltpersonforetak .....	60
14.7	Virksomhetskrav ved omdanning .....	60
15.	Nærmere om departementets forslag .....	61
15.1	Anvendelsesområdet for skattefri omdanning .....	61
15.2	Overføring av virksomhet, eiendeler og gjeld .....	61
15.3	Kontantvederlag og eierkontinuitet.....	61
DEL VI	SÆRLIG OM INTERNASJONALE FORHOLD .....	62
16.	Grenseoverskridende fusjon og fisjon .....	62
16.1	Gjeldende norsk intern-rett .....	62
16.1.1	Utgangspunkt – beskatning etter de alminnelige regler for realisasjon.....	62
16.1.2	Unntak – skatteloven § 11-11 annet ledd .....	64
16.1.3	Unntak - skatteloven § 11-22 – fritakspraksis .....	64
16.1.4	Selskapsrett .....	66
16.2	Skatteavtaler .....	67
16.3	EU/EØS-rett .....	67
16.3.1	EUs fusjonsskattedirektiv .....	68
16.3.2	EUs 10. selskapsdirektiv om grenseoverskridende fusjoner.....	69
16.3.3	EF-domstolens praksis .....	70
16.4	Utenlandsk rett .....	70

16.4.1	Danmark.....	71
16.4.2	Sverige .....	72
16.4.3	Finland .....	72
16.4.4	Tyskland.....	72
16.5	Departementets vurderinger og forslag.....	72
16.5.1	Grenseoverskridende fusjon og fisjon av aksjeselskap og allmennaksjeselskap .....	72
16.5.2	Grenseoverskridende fusjon og fisjon av selskap som er skattemessig likestilt med aksjeselskap og av deltakerlignede selskap .....	81
16.5.3	Fusjon og fisjon i utlandet med norske aksjonærer eller filial i Norge	82
17.	Grenseoverskridende omorganisering .....	84
17.1	Gjeldende rett.....	85
17.1.1	Skatteloven § 11-20 – endring av foretaks/selskapsform .....	85
17.1.2	Skatteloven § 11-22 – fritakspraksis .....	86
17.1.3	Selskapsrett .....	87
17.2	Departementets vurderinger og forslag.....	88
17.2.1	Innledning .....	88
17.2.2	Omdanning i utlandet med norske deltakere .....	88
17.2.3	Overføring av virksomhet i norsk selskaps filial i utlandet til aksjeselskap i samme stat.....	89
17.2.4	Overføring av virksomhet i norsk filial av utlandsk selskap til norsk aksjeselskap.....	92
17.2.5	Annen grenseoverskridende omorganisering.....	94
18.	SE-selskap og SCE-foretak.....	96
18.1	SE-loven og SCE-loven .....	97
18.1.1	Stiftelse ved fusjon.....	97
18.1.2	Stiftelse ved omdanning.....	98
18.1.3	Endring av registrert hovedkontor fra en stat til en annen.....	98
18.2	Skattemessig regulering av SE-selskap og SCE-foretak .....	99
18.2.1	Skatteloven.....	99
18.2.2	Skatteloven § 11-22 – fritakspraksis .....	101
18.2.3	EU/EØS-rett .....	101
18.2.4	Utenlandsk rett .....	102
18.3	Departementets vurderinger og forslag.....	102
DEL VII	INDIVIDUELLE VEDTAK OM SKATTEFRI OMORGANISERING	104

19.	Innledning .....	104
20.	Gjeldende rett.....	105
20.1	Lovens vilkår for skattefritak.....	105
20.1.1	Fritaksadgang kun for ”inntekt ved realisasjon” .....	105
20.1.2	Gevinst ved realisasjon av fast eiendom, virksomhet og aksjer og andeler i selskaper lignet etter § 10-40.....	106
20.1.3	Omleggingen må være foretatt med sikte på å gjøre virksomheten mer rasjonell og effektiv.....	106
20.1.4	Skattefritak kan bare gis når omstendighetene i særlig grad taler for det og det er påtakelig at fritak eller nedsettelse vil lette omorganiseringen eller omleggingen .....	107
20.2	Individuelle betingelser for skattefritak.....	107
20.3	Departementets fritakspraksis etter § 11-22 i noen typetilfeller .....	108
20.3.1	Innledning .....	108
20.3.2	Salg av aksjer, eiendom og virksomhet mot vederlag hovedsakelig i form av eierandeler (aksjer og selskapsandeler) i det overtakende selskapet .....	109
20.3.3	Salg av aksjer, eiendom og virksomhet mot vederlag i kontanter .....	110
20.3.4	Omdanning.....	110
21.	Nærmere om behovet for en supplerende fritaksregel.....	111
21.1	Fusjon og fisjon.....	111
21.2	Realisasjon av aksjer og selskapsandeler.....	112
21.3	Omdanning.....	113
21.3.1	Nasjonale omdanninger .....	113
21.3.2	Internasjonale omdanninger.....	113
21.4	Overdragelse av virksomhet/driftsmidler .....	113
22.	Departementets vurdering og forslag.....	114
	<b>DEL VIII LOJALITETSVURDERING.....</b>	<b>116</b>
23	Skattemotiverte transaksjoner.....	116
23.1	Innledning og omtale av gjeldende rett.....	116
23.2	Lojalitetsvurdering og overføring av skatteposisjoner .....	118
23.3	Departementets vurderinger og forslag.....	119
23.3.1	Behovet for en særskilt avskjærings- eller lojalitetsbestemmelse .....	119
23.3.2	Avskjæringsbestemmelse eller lojalitetsstandard? .....	121
23.3.3	Klargjøring av vilkårene for avskjæring - særlig om virksomhet.....	122
	<b>DEL IX ADMINISTRATIVE OG ØKONOMISKE KONSEKVENSER.....</b>	<b>125</b>
24.	Administrative konsekvenser.....	125

25.	Økonomiske konsekvenser .....	126
25.1	Provenymessige konsekvenser.....	126
25.2	Administrative økonomiske konsekvenser .....	126
DEL X	LOV- OG FORSKRIFTSENDRINGER .....	126

# DEL I INNLEDNING, SAMMENDRAG OG GJELDENE RETT

## 1. Innledning og sammendrag

### 1.1 Innledning

I dette høringsnotatet legges det frem forslag om en rekke endringer knyttet til skattereglene ved omorganisering av selskaper og næringsvirksomhet. Begrunnelsen for forslagene er flere. For det første er det ønskelig med tilpasning av skattereglene til endrede selskapsregler om fusjon og fisjon over landegrensene, for europeisk selskap (SE-selskap) og europeisk samvirkeforetak (SCE-foretak). For det andre er det ønskelig å redusere antallet søknader om skattefritak etter skatteloven §§ 11-21 og 11-22 ved å lovregulere de skattemessige vilkårene ved ulike typer omorganiseringer og omdanninger. Videre er det ønskelig å presisere innholdet av fritakshjemmelen i skatteloven § 11-22 og den lovfestede lojalitetsbestemmelsen i skatteloven § 14-90.

Forslagene i notatet vil skape større grad av forutsigbarhet om de skattemessige virkningene av ulike former for omorganisering.

Det tas sikte på at de endringene som foreslås ikke skal svekke skatteprovenyet.

### 1.2 Sammendrag

**I del I** forklares enkelte sentrale begreper og det redegjøres kort for gjeldende rett ved fusjon og fisjon, omdanning og individuelle søknader om skattefritak ved omorganisering. Det gis en kortfattet oversikt over skattereglene ved omorganisering i noen andre land og for EU/EØS-regler om den selskapsrettslige og skattemessige behandlingen av omorganisering over landegrensene.

**I del II** redegjøres det for tidligere utredninger, stortingsmeldinger og proposisjoner som behandler skattespørsmål knyttet til omorganisering av selskaper eller næringsvirksomhet.

**I del III** drøftes kontinuitetsprinsippet, som er et sentralt prinsipp ved skattefri omorganisering. Fraværet av realisasjonsbeskatning ved skattefri omorganisering gjør det nødvendig å ha som utgangspunkt at skattemessige verdier mv. skal videreføres uendret (kontinuitetsprinsippet). Spørsmål om forholdet til kontinuitetsprinsippet reiser seg på fire hovedområder:

- Kontinuitet med hensyn til skatteposisjoner
- Regnskapsmessig behandling
- Kontinuitet på eiersiden
- Kontinuitet med hensyn til den utøvde virksomheten.

Disse fire hovedområdene behandles med utgangspunkt i gjeldende rett. Det drøftes hvilket endringsbehov det er i de aktuelle bestemmelsene. Det foreslås mindre endringer i ordlyden i skatteloven §§ 10-20 og 10-22 for å klargjøre at kravet om skattemessig kontinuitet omfatter både inngangsverdi og ervervstidspunkt. For øvrig foreslås det ikke endringer med hensyn til

skattemessig kontinuitet, regnskapsmessig kontinuitet og kontinuitet på eiersiden. Når det gjelder kontinuitet med hensyn til virksomhet foreslås en klargjøring, ved at det som utgangspunkt skal gjelde et krav om at det utøves virksomhet før og etter transaksjonen. Det vises til nærmere omtale av virksomhetskravet i forbindelse med del VIII Lojalitetsvurdering.

**I del IV, kapittel 11,** drøftes det om det fortsatt bør være krav til selskapsrettslig og regnskapsrettslig lovlig gjennomføring for at en fusjon eller fisjon skal kunne skje skattefritt.

Etter gjeldende rett er det krav om lovlig selskapsrettslig og regnskapsrettslig gjennomføring for at en fusjon eller fisjon skal være skattefri etter skatteloven kapittel 11. Departementet har uttalt at man ikke har innvendinger mot at det i forhold til lovlig selskapsrettslig gjennomføring blir praktisert et vesentlighetskriterium.

Det foreslås i høringsnotatet at kravet til selskapsrettslig og regnskapsrettslig gjennomføring oppheves. Det vil imidlertid fortsatt være krav til hvilke former for fusjon og fisjon som kan tillates gjennomført skattefritt.

I kapittel 12 behandles fusjoner og fisjoner der aksjonærene i det overdragende selskap ikke mottar vederlagsaksjer i det overtakende selskap, men i dette selskapets morselskap (trekantfusjoner og -fisjoner). Skattelovens regler for fusjoner og fisjoner er ikke utformet med tanke på slike trepartstransaksjoner, og i kapittel 12 vurderes enkelte tilpasninger av reglene.

Det foreslås å presisere at skattemessig verdi på fusjonsfordringen, når trekantfusjonen eller -fisjonen gjennomføres etter fordringsmodellen, skal tilsvare skattemessig verdi av den egenkapital som overføres ved trekantfusjonen eller -fisjonen. Videre foreslås det å presisere at gevinst er skattepliktig og tap er fradragsberettiget når morselskapet realiserer fordringen, og at tap er fradragsberettiget og eventuell gevinst skattepliktig for datterselskapet ved innfrielse av fordringen. Gevinst kan etter forslaget føres på gevinst- og tapskonto, og tap må føres på gevinst- og tapskonto. Se forslag til nytt annet og tredje ledd i skatteloven § 11-7.

**I del V** drøftes om det bør lovreguleres at flere selskaps- eller foretakstyper enn i dag kan endre organisasjonsform uten umiddelbar beskatning av foretaket og dets eiere.

Det konkluderes med at anvendelsesområdet for skattefri omdanning etter skatteloven § 11-20, jf. skattelovforskriften § 11-20 (Skattemessig omdanning av virksomhet), bør utvides til å gjelde omdanning til aksjeselskap/allmennaksjeselskap for statsforetak, interkommunalt selskap, samvirkeforetak og selskap med begrenset ansvar (BA). I sammenheng med dette, vurderes det enkelte endringer i skattelovforskriften § 11-20.

**I del VI** behandles særlige spørsmål om internasjonale forhold.

I kapittel 16 drøftes behovet for skatteregler for grenseoverskridende fusjon og fisjon mv. Etter skatteloven § 11-1 annet ledd, kommer bestemmelsene om skattefri fusjon og fisjon bare til anvendelse når alle selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i Norge. De alminnelige regler om inntektsbeskatning kommer således til anvendelse ved fusjon mellom et selskap

hjemmehørende i Norge og et selskap hjemmehørende i utlandet, samt fusjon og fisjon av selskap hjemmehørende i utlandet med norske deltakere, jf. skatteloven § 11-1 første ledd.

For å oppnå skattefrihet ved tilfeller av grenseoverskridende omorganiseringer må det i dag søkes om skattefritak etter skatteloven § 11-22.

Det er nå vedtatt endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven som gir adgang til å gjennomføre fusjon og fisjon over landegrensene innenfor EØS. Det foreslås at det også åpnes for at slike grenseoverskridende fusjoner og fisjoner, på nærmere bestemte vilkår, kan gjennomføres uten umiddelbar skattemessig virkning for selskapene og deres deltakere.

Det foreslås videre, for tilfeller som omfatter selskaper hjemmehørende utenfor EØS, at et norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap skal kunne gjennomføre en fusjonslignende transaksjon, uten at det medfører beskatning av selskapene og aksjonærene. Forutsetningen er at transaksjonen skjer etter de prinsipper og vilkår som gjelder for skattefrie fusjoner etter gjeldende rett. Det åpnes således for at det kan gjennomføres aksjebytte og konserndannelse over landegrensene med selskaper hjemmehørende utenfor EØS, men likevel ikke såkalt filialisering. Det åpnes heller ikke for at man kan gjennomføre grenseoverskridende fisjonslignende transaksjoner. Det vil ikke være anledning til å gjennomføre skattefrie omorganisering mellom selskaper hjemmehørende i Norge og selskaper hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS.

Det blir ikke foreslått at selskaper som etter norsk rett skattemessig er likestilt med aksjeselskaper, skal kunne fusjonere skattefritt med tilsvarende utenlandsk selskap med begrenset ansvar. Bakgrunnen for dette er at det mangler selskapsrettslige regler for gjennomføring av slike omstruktureringer. Heller ikke for deltakerlignede selskaper foreligger det forpliktelser til å etablere regler for gjennomføring av skattefrie grenseoverskridende fusjonslignende transaksjoner, da det også på dette område mangler felles selskapsrettslige regler. Det foreligger heller ikke fritakspraksis etter skatteloven § 11-22 som tilsier at det er behov for slike skatteregler.

Det blir også foreslått skattefrihet ved fusjon og fisjon i utlandet av selskaper med norske aksjonærer. Likeledes foreslås det at fusjon eller fisjon av utenlandske selskaper med filial i Norge skal kunne gjennomføres uten at virksomheten i filialen anses realisert.

I kapittel 17 behandles skattespørsmål knyttet til grenseoverskridende omdanning. Etter skattelovforskriften § 11-20 flg. kan flere ulike foretaksformer og selskapstyper omdannes til aksjeselskap uten at det utløser realisasjonsbeskatning. Forutsetningen er imidlertid at det nystiftede aksjeselskapet er hjemmehørende i Norge. Dette medfører at omdanning fra et norsk enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap til et utenlandsk selskap ikke er omfattet av skattelovforskriften. Det samme gjelder omdanning fra en utenlandsk selskapslignet foretaksform til en annen. Omdanning fra utenlandsk selskap til norsk selskap vil heller ikke kunne gjennomføres skattefritt med mindre det i selskapet er deltakere som er skattepliktige til Norge. Et norsk deltakerlignet selskap med utenlandske deltakere vil også kunne omdannes skattefritt. Omdanning fra norsk filial av utenlandsk selskap til norsk aksjeselskap er ikke

omfattet av skattelovforskriften. Det samme gjelder omdanning av norsk selskaps filial i utlandet til utenlandsk selskap og omdanning av norsk aksjeselskap til filial av utenlandsk selskap (som ledd i fusjon). I disse tilfellene skal det således også gjennomføres en beskatning av virksomheten i Norge etter de alminnelige regler.

I tilfeller hvor grenseoverskridende omdanning ikke har kunnet gjennomføres skattefritt, har departementet i enkelte tilfeller fattet vedtak om skattefri omdanning etter skatteloven § 11-22. Slike samtykker gis vanligvis på samme vilkår som følger av skattelovforskriften.

Departementet har også truffet vedtak om skattefritak i saker hvor virksomhet i en filial i Norge av et utenlandsk selskap overføres til et norsk aksjeselskap. I tilfeller hvor filialen tilhører et selskap som er hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med, har departementet uttalt at skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelse gir grunnlag for en viss utvidet anvendelse av reglene om skattefri overføring av eiendeler mellom selskaper i skatteloven § 11-21. Dette innebærer at overføring av virksomhet fra norsk filial av utenlandsk selskap kan overføres til nystiftet norsk selskap uten beskatning. I disse tilfellene har således skatteloven § 11-21 vært anvendt direkte. Departementet vil ikke foreslå noen utvidelse av skattefritaket slik at også selskaper hjemmehørende i stater som Norge ikke har skatteavtale med, også kan gjennomføre en slik omdanning.

Det foreslås ikke rett til fritak for realisasjonsbeskatning for deltakere med alminnelig skatteplikt til Norge, som deltar i et selskap hjemmehørende i utlandet som omdannes fra en selskapsform til en annen, selv om omdanningen skjer med skattemessig kontinuitet. Det har i praksis ikke vist seg å være særlig behov for en slik regel og for deltakere som er omfattet av fritaksmetoden vil det allerede foreligge fritak for realisasjonsbeskatning for selskapsandeler.

Det foreslås at skatteloven § 11-21 og de utfyllende bestemmelsene i skattelovforskriften § 11-21 (skattefri overføring av eiendeler mellom selskaper) utvides til også å omfatte omdanning av et norsk selskaps filial i utlandet til aksjeselskap i samme stat, men ikke i tilfeller hvor filialen ligger i et lavskatteland utenfor EØS. Vilkårene i skattelovforskriften om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå lar seg ikke overføre til de grenseoverskridende tilfellene. Det foreslås at vilkåret om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå, som er stilt i fritakspraksis, videreføres. Det vil fremgå av skattelovforskriften § 11-21 at skattefritak ved overføring fra filial i utlandet til heleid, nystiftet datterselskap i utlandet, er betinget av at inngangsverdien på vederlagsaksjene settes lik inngangsverdien på de overførte eiendelene. Ved konsernbrudd foreslås at den fritatte gevinsten tas til beskatning. Det foreslås også at den fritatte gevinsten skal komme til beskatning hvis det norske morselskapet mister sin alminnelige skatteplikt til Norge.

Det blir ikke foreslått særskilte regler for at det skattefritt skal være anledning til å omdanne et utenlandsk datterselskap til filial. Det foreslås heller ikke særskilte regler som fritar for realisasjonsbeskatning når et utenlandsk selskap omdanner sitt datterselskap i Norge til en filial i Norge. Det foreslås utvidelse av anvendelsesområdet for skattelovforskriften § 11-21 slik at bestemmelsen også kommer til anvendelse for overføringer mellom utenlandske selskaper som driver virksomhet i Norge gjennom filial her når selskapene er hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med.

I kapittel 18 behandles SE-selskap og SCE-foretak. Etter gjeldende rett innebærer stiftelse av SE-selskap/SCE-foretak ved fusjon og flytting av SE-selskap/SCE-foretak til en annen EØS-stat at det skal gjennomføres inntektsbeskatning i henhold til de alminnelige reglene i skatteloven. Innføringen av selskapsregler for slike transaksjoner skaper behov for en særlig skattemessig regulering. Samtidig er det i slike tilfeller viktig å verne om norske skattegrunnlag. Stiftelse av et SE-selskap eller et SCE-foretak ved fusjon mellom et allmennaksjeselskap/samvirkeforetak hjemmehørende i Norge og ett eller flere tilsvarende selskap/foretak hjemmehørende i annen EØS-stat vil etter departementets mening kunne gjennomføres etter de samme prinsipper og vilkår som er foreslått ved alminnelige, grenseoverskridende fusjoner.

Det foreslås at bestemmelsene i skatteloven kapittel 11 skal gjelde tilsvarende så langt de passer ved flytting av SE-selskap og SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor til en annen EØS-stat. Dette innebærer at flyttingen ikke skal innebære beskatning av selskapet eller aksjonærene når virksomhet med tilknyttede eiendeler og gjeld overføres med skattemessig kontinuitet til en filial i Norge av SE-selskapet/SCE-foretaket. Stiftelse av SE-selskap eller SCE-foretak ved omdanning fra henholdsvis allmennaksjeselskap eller samvirkeforetak, er ikke ansett som realisasjon etter gjeldende rett, og vil derfor ikke utløse beskatning av selskapet eller aksjonærene, på tilsvarende måte som ved omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap.

**I del VII** drøftes hvorvidt det, i tillegg til de generelle reglene om skattefrihet ved omorganiseringer, fortsatt bør være en supplerende hjemmel som åpner for skattefritak etter søknad på individuelt grunnlag, jf skatteloven § 11-22. På bakgrunn av at det fortsatt kan være tilfeller som ikke er regulert av slike generelle fritaksregler, og der skattereglene dermed vil kunne hindre omorganiseringer som er bedrifts- og samfunnsøkonomisk hensiktsmessige, konkluderes det med at gjeldende fritaksordning videreføres, men at kravene til skattefritak skal innskjerpes i forhold til gjeldende praksis. Den gjeldende ordlyd gir allerede uttrykk for et strengt krav, jf. formuleringen ”når omstendighetene i særlig grad taler for det”. Men i praksis er dette kravet blitt praktisert mer liberalt. For å gi et lovmessig grunnlag for og markering av en innskjerpet praktisering av kravet til skattefritak etter skatteloven § 11-22, foreslår departementet at vilkåret omformuleres, og at det kun skal innvilges skattefritak *når særlige grunner taler for det*.

I tillegg til de krav som allerede kan utledes av bestemmelsen og praksis i tilknytning til denne, medfører dette at departementets samtykkeadgang ikke skal brukes uten at det foreligger vektige økonomiske hensyn samt tungtveiende hensyn til skattemessig likebehandling. I den utstrekning det finnes andre generelle fritaksregler som kan få anvendelse på transaksjonen, vil det ikke være grunnlag for samtykke til fritak på individuell basis.. Fritakshjemmelen skal heller ikke få anvendelse på transaksjonsformer som etter sin art er regulert i generelle fritaksregler, men hvor det konkrete tilfellet ikke oppfyller de nærmere vilkårene. Det legges imidlertid opp til en videreføring av dagens praksis når det gjelder omdanning av kredittforeninger, gjensidige forsikringsselskaper og sparebanker.

**I del VIII** drøftes hvorvidt det bør være en spesiell lojalitetsstandard eller avskjæringsbestemmelse i tilknytning til reglene om skattefri omorganisering. Det er en risiko for at reglene om skattefri omorganisering utnyttes i transaksjoner som

ikke har som hovedformål å gi virksomheten optimale organisatoriske rammer, men hvor hovedformålet er å overføre skatteposisjoner mellom skattytere. I slike tilfelle bidrar ikke transaksjonen til å oppfylle formålet med skattefri omorganisering.

Etter gjeldende rett gjelder en egen avskjæringsbestemmelse for fusjon og fisjon mv., jf. skatteloven § 14-90. Etter denne bestemmelsen avskjæres skatteposisjoner ved fusjon og fisjon når ”utnyttelse av skatteposisjoner er det overveiende motiv for transaksjonen”. Selv om avskjæringsbestemmelsen får anvendelse, vil transaksjonen fortsatt kunne gjennomføres uten å utløse realisasjonsbeskatning. Men de aktuelle skatteposisjonene kan ikke overføres uendret ved transaksjonen.

Behovet for å ha en slik avskjæringsbestemmelse drøftes og det konkluderes med at det fortsatt bør være en slik bestemmelse. Anvendelsesområdet for bestemmelsen bør imidlertid utvides slik at den gjelder ved alle typer omorganiseringer, ikke bare fusjon og fisjon. Videre drøftes om relevante kriterier ved vurderingen av om transaksjonen er skattemotivert, bør fremgå klarere av lov- og forskriftstekstene. I den forbindelse drøftes særlig fordeler og ulemper ved å regelfeste et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet/aktivitet. Det konkluderes med at det bør oppstilles et slikt krav, med visse spesifiserte unntak.

## **2. Begrepsavklaring**

Høringsnotatet tar opp forslag om regler for den skattemessige behandlingen av visse omdanninger og omorganiseringer. Dette er i dag dels regulert i skatteloven kapittel 11 med tilhørende forskrifter og dels fastlagt gjennom domstols- og administrativ praksis. Med omdanning menes først og fremst tilfeller hvor en virksomhet foretar skifte av foretaks- eller selskapsform. Omdanning blir imidlertid også brukt om ulike selskapsrettslige omorganiseringer. Dette belyses blant annet ved at overskriften til skatteloven kapittel 11 er ”omdanning”, mens kapittelet i tillegg til regler om skattemessig konsekvenser av endring av foretaks- eller selskapsform også har regler om skattefri fusjon og fisjon (og regler om overføring av eiendeler mellom selskaper, men disse reglene skal ikke behandles her). En fusjon (sammenslåing) eller fisjon (deling) innebærer at et aksjeselskap eller deltakerlignet selskap overfører eller fordeler sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet aksjeselskap eller deltakerlignet selskap. Selskapet har med andre ord samme selskapsform etter fusjonen eller fisjonen, og det er derfor kun gjennomført en omorganisering og ingen omdanning i begrepets egentlige forstand. Når det i skatteloven kapittel 11 benyttes overskriften ”omdanning” menes det således omdanninger i vid forstand.

Departementet vil ved gjennomgang av reglene i den videre fremstilling skille mellom fusjon og fisjon på den ene side og omdanning i egentlig forstand på den annen side. Som overordnet betegnelse på fusjon og fisjon og omdanning i egentlig forstand, benyttes ”omorganisering”.

En tilsvarende endring av betegnelser foreslås i skatteloven, ved at overskriften til lovens kapittel 11 foreslås endret fra ”Omdanning” til ”Omorganisering”. Deloverskriften til bestemmelsene om fusjon og fisjon av selskaper (§§ 11-1 til 11-11) foreslås ikke endret, mens overskriften til de resterende bestemmelsene i

lovens kapittel 11 (§§ 11-20 til 11-22) foreslås endret fra ”Annen omdanning” til ”Omdanning”.

### **3. Kort om gjeldende rett**

Omorganiseringer vil ofte utløse beskatning etter skattelovens alminnelig regler. Det skatterettslige utgangspunkt er at overføring av verdier fra et skattesubjekt til et annet utløser beskatning etter de alminnelige regler om realisasjon, utbytte eller uttak, med mindre det er tale om en gaveoverføring. For at skattereglene ikke skal hindre en organisasjonsstruktur som er bedrifts- og samfunnsøkonomisk hensiktsmessig og ønskelig, finnes det imidlertid regler om unntak fra beskatning ved omorganisering. Slike regler er gitt i skatteloven med tilhørende forskriftsbestemmelser, men følger også av domstolspraksis og administrativ praksis. Det gjennomgående vilkåret for skattefrihet er at omorganiseringen eller omdanningen skjer med skattemessig kontinuitet.

#### **3.1 Fusjon og fisjon**

Reglene om den skattemessige behandlingen av fusjon og fisjon er gitt i skatteloven §§ 11-1 til 11-11. En fusjon av et selskap er en sammenslåing hvor ett eller flere overdragende selskaper overdrar alle sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet selskap og deretter oppløses. Det overtakende selskap kan være nystiftet eller et eksisterende selskap. En fisjon av et selskap er en deling av selskapet, hvor selskapet overdrar alle eller deler av sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til ett eller flere andre selskaper, og deretter eventuelt oppløses. I henhold til § 11-1 skal enhver transaksjon som skjer i forbindelse med en fusjon eller fisjon behandles etter de alminnelige regler i skatteloven med mindre fusjonen eller fisjonen gjennomføres i samsvar med de fritak og begrensninger som følger av reglene i kapittel 11.

Aksjeselskap, herunder likestilte selskap, og deltakerlignede selskap som er hjemmehørende i Norge kan, hvis nærmere vilkår er oppfylt, gjennomføre en fusjon eller fisjon med et annet selskap med samme selskapsform uten at dette utløser beskatning. Etter skatteloven § 11-2 første ledd kan aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper fusjonere skattefritt. Departementet legger til grunn at SE-selskap ikke kan gjennomføre en skattefri fusjon etter denne bestemmelsen uten at dette positivt reguleres.

Vilkår for å gjennomføre en skattefri fusjon eller fisjon er for det første at fusjonen eller fisjonen gjennomføres på lovlig måte i forhold til selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler. Dette innebærer at fusjonen eller fisjonen må gjennomføres etter reglene i henholdsvis aksjeloven/allmennaksjeloven eller selskapsloven og reglene i regnskapsloven. Selv om det ved gjennomføringen av fusjonen eller fisjonen skulle forekomme avvik fra vilkårene i selskapslovgivningen, vil fusjonen eller fisjonen likevel etter omstendighetene kunne anses som skattefri.

For det andre må fusjons- eller fusionsvederlaget bestå i aksjer eller andeler i det overtakende selskapet, eventuelt med et tilleggsvederlag som ikke kan overstige

20 pst. av det samlede vederlagets omsetningsverdi. Tilleggsvederlaget beskattes etter de alminnelige regler om utbytte, uttak eller gevinst.

For det tredje er det et grunnleggende vilkår for skattefrihet at fusjonen eller fisjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet på både selskaps- og eiernivå. Dette innebærer at det overtakende selskap må videreføre de skattemessige verdiene og ervervstidspunktene for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres. Videre må inngangsverdien og ervervstidspunktet for vederlagsaksjene eller -andelene ved fusjonen eller fisjonen settes lik inngangsverdien og ervervstidspunktet for de aksjene eller andelene som er avstått i det overdragende selskapet.

Reglene om fusjon og fisjon i skatteloven § 11-1 flg. gjelder bare når selskapene som deltar er hjemmehørende i Norge. Hvis for eksempel et aksjeselskap hjemmehørende i Norge fusjoneres inn i et selskap hjemmehørende i utlandet, skal det derfor foretas en beskatning etter de alminnelige reglene. Departementet kan imidlertid gi dispensasjon fra realisasjonsbeskatningen på eiernivå, men denne adgangen er lite benyttet.

### **3.2 Omdanning – endring av selskapsform**

Skatteloven § 11-20, jf. skattelovforskriften §§ 11-20-1 flg., regulerer i hvilke tilfeller og på hvilke vilkår skattefri omdanning kan finne sted. Etter disse bestemmelsene kan virksomheten i et enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap overføres til et aksjeselskap, uten at innehaveren/deltakeren anses å ha realisert næringsvirksomheten. En slik omdanning innebærer at det etableres et aksjeselskap ved at den igangværende virksomhet overdras til aksjeselskapet. Reglene skal, så langt de passer, gjelde tilsvarende ved omdanning av enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap.

Det sentrale vilkåret knyttet til den skattefrie omdanningen er at det nystiftede aksjeselskapet trer inn i de skatteposisjoner som knytter seg til den overførte virksomheten på omdanningstidspunktet. Dette betyr at omdanningen må skje med ligningsmessig kontinuitet. Det er videre krav om kontinuitet på eiernivå, ved at den tidligere eier av enkeltpersonforetaket må tegne minst 80 pst. av aksjekapitalen og inneha et tilsvarende antall av stemmerettighetene i selskapet. De resterende inntil 20 pst. må tegnes av arvinger eller andre med særlig tilknytning til virksomheten (for eksempel ansatte). Dette gjelder ikke ved omdanning av deltakerlignet selskap til aksjeselskap, hvor det kreves full eierkontinuitet.

Det kan ikke gjennomføres en skattefri omdanning fra et aksjeselskap til et deltakerlignet selskap eller et enkeltpersonforetak, eller fra et deltakerlignet selskap til et enkeltpersonforetak.

### **3.3 Vedtak om fritak**

For omorganiseringer som ikke faller inn under reglene om skattefri fusjon og fisjon og skattefri omdanning, kan skatteloven § 11-22 gi mulighet til å omorganisere uten skattemessige konsekvenser. Skatteloven § 11-22 gir departementet hjemmel til å dispensere på individuelt grunnlag for enkelte av

skattelovgivningens alminnelige regler for skatteplikt, ved at det gis fritak for beskatning eller nedsettelse av den skattepliktige gevinsten. Vilkår for fritak ved slik realisasjon er at realisasjonen er ledd i en omorganisering eller omlegging av næringsvirksomhet med sikte på å få denne mer rasjonell og effektiv, og at det er påtakelig at fritaket vil lette omorganiseringen eller omleggingen. Det oppstilles ikke noe vilkår om eiermessig kontinuitet for slike vedtak.

#### **4. Utenlandsk rett**

Flere land i Europa har regler om skattemessige konsekvenser av fusjon og fisjon og endring av selskapsform, som til dels tilsvarer de norske reglene. Videre er det vedtatt et eget fusjonsskattedirektiv innen EU.

##### **4.1 Noen andre lands skatteregler ved omorganisering**

###### **4.1.1 Danmark**

En fusjon eller fisjon mellom aksjeselskaper kan i henhold til fusjonsskatteloven gjennomføres uten beskatning hvis enkelte vilkår er oppfylt. For det første kan vederlaget bare bestå i aksjer i det overtakende selskapet. Partene kan selv avgjøre fordelingen mellom aksjevederlag og kontantoppgjør. I tillegg må fusjonen eller fisjonen følge de selskapsrettslige regler i henhold til dato for gjennomføring og innlevering av dokumentasjon. Når disse vilkårene er oppfylt vil ikke de overførte eiendeler og rettigheter anses som realisert, og det gjennomføres således ingen gevinstbeskatning. Det overtakende selskapet overtar da de skattemessige posisjonene, det vil si at skattefrihet forutsetter kontinuitet på selskapsnivå. Dette gjelder imidlertid ikke fremførbare underskudd, som faller bort i både det overdragende og det overtakende selskapet etter fusjonen eller fisjonen. Det er videre kontinuitet på eiernivå, ved at inngangsverdien på vederlagsaksjene settes lik inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskapet.

Danmark har ikke særlige regler om skattemessige konsekvenser av endring av selskaps- eller foretaksform.

###### **4.1.2 Sverige**

I henhold til inntektsskatteloven vil gjennomføringen av kvalifiserte fusjoner og fisjoner ikke utløse beskatning for det overdragende selskapet. En kvalifisert fusjon eller fisjon kan gjennomføres av aksjeselskap, bankaksjeselskap og forsikringsaksjeselskap. En fusjon eller fisjon er kvalifisert når det overtakende selskapet overtar en skattepliktig næringsvirksomhet fra det overdragende selskapet, og fusjons- eller fisjonsvederlaget bare betales til andre aksjonærer i det overdragende selskapet, når det overtakende selskapet ikke eier samtlige aksjer i det overdragende selskapet forut for fusjonen eller fisjonen. Det overtakende selskapet overtar de overførte eiendeler, rettigheter og forpliktelser med skattemessig kontinuitet. Det overtakende selskapet kan imidlertid velge å benytte en høyere avskrivningsverdi på de overførte driftsmidlene, hvis differansen tas til inntekt i fusjons- eller fisjonsåret, eventuelt fordeles over dette og de to påfølgende årene. Det overtakende selskapet overtar det overdragende selskapets

eventuelle fremførbare underskudd. Ved en kvalifisert fusjon eller fisjon blir det ikke gjennomført noen skattlegging på eiernivå.

Heller ikke Sverige har særlige regler om skattemessige konsekvenser av endring av selskaps- eller foretaksform.

#### **4.1.3 Finland**

En fusjon eller fisjon kan gjennomføres skattefritt mellom aksjeselskaper etter reglene i den finske selskapsskatteloven når det overdragende selskapets eiendeler, forpliktelser og rettigheter overføres til det overtakende selskapet med de verdier som følger av det overdragende selskapets regnskap. Fremførbare underskudd i det overdragende selskapet kan overføres til det overtakende selskapet på visse vilkår. Fusjons- eller fusionsvederlaget kan i tillegg til aksjer i det overtakende selskapet omfatte kontanter tilsvarende inntil 10 pst. av omsetningsverdien av vederlagsaksjene. En fusjon eller fisjon som gjennomføres etter disse reglene medfører som hovedregel ingen skattemessige konsekvenser på eiernivå. Dette gjelder imidlertid ikke hvis aksjonærene har mottatt vederlag utover aksjer i det overdragende selskapet. I disse tilfellene skal aksjene i det overdragende selskapet anses som realisert.

I henhold til den finske inntektsskatteloven kan enkeltpersonforetak og ansvarlige selskap omdannes til aksjeselskap uten at dette utløser beskatning av urealiserte gevinster. Vilkåret er at eiendelene overføres til et nystiftet selskap til skattemessige verdier. Det er videre krav om kontinuitet på eiernivå, ved at eieren i enkeltpersonforetaket eller eierne i det ansvarlige selskapet blir aksjonærer i det nystiftede selskapet. Etter at omdanningen er gjennomført kan andre personer bli aksjonærer. Omdanning fra aksjeselskap til enkeltpersonforetak eller ansvarlig selskap kan ikke gjennomføres skattefritt.

#### **4.1.4 Tyskland**

En fusjon eller fisjon kan gjennomføres mellom aksjeselskaper uten at det innebærer beskatning av det overdragende selskapets eiendeler hvis de overførte eiendelene blir gjenstand for inntektsskatt i det overtakende selskapet, og det ikke blir betalt noe annet vederlag for fusjonen eller fisjonene enn aksjer i det overtakende selskapet. Etter fusjonen eller fisjonen skal det overtakende selskapet benytte det overdragende selskapets skattemessige posisjoner knyttet til de overførte eiendelene. Hvis fusjons- eller fusionsvederlaget omfatter annet enn aksjer i det overtakende selskapet, for eksempel kontanter, kan fusjonen eller fisjonen kun gjennomføres skattefritt opp til verdien av det øvrige vederlaget. Fremførbare underskudd i det overdragende selskapet kan overføres til det overtakende selskapet til utligning av overskudd i inntil fem år etter fusjonen eller fisjonen. For eierne av det overdragende selskap skal den bokførte verdien på aksjene i det overdragende selskapet overføres til vederlagsaksjene. Hvis det er betalt annet vederlag enn aksjer i det overtakende selskapet, vil det bli beregnet en eventuell skattepliktig inntekt for aksjonærene.

Et ansvarlig selskap kan omdannes til et aksjeselskap uten at det blir gjennomført beskatning hvis alle eiendeler overføres til et aksjeselskap (nystiftet

eller eksisterende) mot at det overtakende selskapet utsteder nye aksjer til eierne i det ansvarlige selskapet. Det er videre et krav for skattefrihet at de overførte eiendeler videreføres med skattemessig kontinuitet. Omdanning av et aksjeselskap til et ansvarlig selskap kan gjennomføres skattefritt etter de samme reglene.

## **4.2 EU/EØS-regler om omorganisering og omdanning**

EU har gitt et eget fusjonsskattedirektiv (direktiv 90/434/EEC av 23. juli 1990) som omhandler beskatning av grenseoverskridende fusjon, fisjon, partiell fisjon, overføring av eiendeler, aksjebytte og flytting av SE-selskap og SCE-foretaks sete. Direktivet er gitt for å hindre at transaksjoner mellom selskaper hjemmehørende i ulike medlemsstater blir behandlet mindre fordelaktig enn tilsvarende transaksjoner mellom selskaper hjemmehørende i samme medlemsstat. Direktivet skal således ivareta det særlige hensyn til skattemessig nøytralitet som gjør seg gjeldende når en grenseoverskridende omorganisering som nevnt ovenfor gjennomføres innenfor det europeiske fellesskapet.

Direktivet innebærer en felles beskatningsordning som sikrer at grenseoverskridende transaksjoner kan gjennomføres uten umiddelbar beskatning på både selskaps- og eiernivå. Samtidig skal direktivet sikre de finansielle interesser i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende. Medlemsstatene kan derfor kreve at fritak for umiddelbar beskatning er betinget av at eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres fra det overdragende selskapet videreføres i en filial av det overtakende selskapet i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende, og til de skattemessige verdier som hadde vært gjeldende for det overdragende selskapet om fusjonen eller fisjonen ikke hadde funnet sted. Videre må de skattemessige verdier knyttet til aksjene i det overdragende selskap overføres til vederlagsaksjene i det overtakende selskapet.

De ulike medlemslandene i EU har inkorporert fusjonsskattedirektivet i sine interne regler, med enkelte modifiseringer. Norge er som EØS-stat ikke forpliktet til å inkorporere fusjonsskattedirektivet.

EU har vedtatt det 10. selskapsdirektiv om grenseoverskridende fusjon av selskaper med begrenset ansvar (direktiv 05/56/EF av 26. oktober 2005). Direktivet ble implementert av Norge med virkning fra 15. desember 2007, jf. endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven mv. av 21. desember 2007 nr. 129. Det er nå selskapsrettslig anledning til å gjennomføre en grenseoverskridende fusjon og fisjon innenfor EØS-området. I tillegg kan europeisk selskap (SE-selskap) og europeisk samvirkeforetak (SCE-foretak) stiftes ved fusjon eller omdanning av selskap/foretak hjemmehørende i ulike medlemsstater, samt flytte hovedkontor innenfor EØS-området, i henhold til SE-forordningen (rådsforordning EF nr. 2157/2001) og SCE-forordningen (rådsforordning EF nr. 1435/2003). Disse forordningene skal være inkorporert av medlemsstatene i EU/EØS. For Norges del følger dette av SE-loven (lov 1. april 2005 nr. 14) og SCE-loven (lov 30. juni 2006 nr. 50).

## **DEL II TIDLIGERE UTREDNINGER OG PRINSIPIELLE UTGANGSPUNKTER**

### **5. Hovedprinsipper og behovet for regler om skattefri omorganisering**

Den skattemessige behandlingen av virksomheter som omdannes og omstruktureres har vært oppe til vurdering ved flere anledninger, både i utredninger og ved behandling av lovforslag. I dette kapitlet oppsummeres de sentrale momenter og hensyn som ble anført for forslagene, og hva departementet har lagt til grunn for vurderingene og anbefalingene i dette høringsutkastet.

#### **5.1 Tidligere utredninger mv.**

##### **5.1.1 NOU 1989: 14 Bedrifts- og kapitalbeskatningen – en skisse til reform**

Aarbakkegruppen la frem sin utredning om endringer i bedrifts- og kapitalbeskatning i NOU 1989: 14. Utvalget utredet ”forslag til endringer av det samlede system for beskatning av bedrifter og kapital, inklusive formuesbeskatning og avgifter på bruk av ressurser i produksjonen” (punkt 1.2.1).

Aarbakkegruppen pekte på at gjeldende rett for omorganiseringer var beheftet med flere problemer. En vesentlig svakhet var at reglene var uklare, bl.a. fordi de ikke var lovfestede. Videre kunne reglene utnyttes til å omgå den alminnelige skatteplikten ved avhendelse, herunder (de nå opphevede) reglene om skatteplikt ved betydelig aksjesalg/selgende gruppe.

Aarbakkegruppen la til grunn at et velfungerende skattesystem for bedrifts- og kapitalinntektsbeskatning i utgangspunktet bør ivareta to grunnleggende hensyn; fiskale behov og effektiv ressursbruk i bedriftene. Med dette utgangspunktet oppstilte gruppen bl.a. følgende fire prinsipper for slik beskatning:

- Nøytralitet, ved at alle inntekter av ulike typer kapital skattlegges med samme effektive skattesats.

- Symmetri, ved at inntekter med tilhørende utgifter behandles på samme måte (periodisering og skatte-/fradragverdi).

- Kontinuitet, ved at virksomhetens eller kapitalens skattemessige stilling ikke skal endres ved omdanninger, herunder fusjon/fisjon, eller gaveoverføringer/arvefall.

- Samordning, ved at underskudd i én bedrift kan fradras i en annen bedrift eller kapitalinntekt hos eierne.

Gruppen mente at reglene om beskatningen av virksomhet burde være nøytrale mht. måten virksomheten organiseres, at skattekreditter skulle fjernes og at aksjegevinster skulle bli skattepliktig uansett eiertid. På denne bakgrunn mente gruppen at omdanning/omstrukturering av virksomheter, som kan være ønskelig av både bedrifts- og samfunnsøkonomiske hensyn, i prinsippet bør kunne skje uten umiddelbare skattekonsekvenser for selskap/deltakere. Gruppen foreslo videre at

det skulle være adgang til underskuddsfremføring etter sammenslåing av selskaper.

Forslagene nedenfor gjelder direkte aksjeselskap, men ble foreslått også gitt anvendelse for sparebanker, gjensidige forsikringsselskaper, kreditorforeninger mv.

#### - Fusjon

Gruppen foreslo lovfesting av gjeldende praksis, samt utvidelse ved at også fusjon med datteraksjeselskap mot vederlag fra morselskapet ble omfattet. Etter dette skulle følgende sammenslåinger kunne gjennomføres uten umiddelbar beskatning:

- Fusjon av AS ved opptak
- Fusjon av AS ved nydannelse
- Fusjon mellom mor og heleid datter, med oppgjør i aksjer i mor
- Fusjon med datter, med oppgjør i aksjer i mor

Gruppen mente at det ikke bør gjelde et vilkår om videreføring av virksomhet. Dette ble begrunnet med at det kan være gode grunner til å avvikle en virksomhet for å bruke kapitalen til ny virksomhet sammen med et annet selskap. Et virksomhetsvilkår vil hemme slik utvikling, og kan dessuten omgås ved å vente med å avvikle virksomheten til etter at fusjonen er gjennomført, eller ved å starte den nye virksomheten (også) i det overdragende selskapet før fusjonen. Praktiseringen av et virksomhetskrav ble videre ansett å være meget problematisk, jf. bl.a. forholdet til holdingselskap, som normalt ikke anses å drive virksomhet. Gruppen viste også til at virksomhetsvilkåret tidligere var begrunnet i ønsket om å unngå overføring av rene skatteposisjoner, men at utvalgets forslag til avvikling av de fleste skattekredittene ville redusere dette problemet vesentlig.

Gruppen foreslo også at det skulle være adgang til *fremføring av underskudd* etter sammenslåing, bl.a. av hensyn til effektiv bruk av ressurser (unngå insitammenter til fortsatt drift av underskuddsselskap).

#### - Fisjon

Også for deling av selskaper foreslo gruppen lovfesting av gjeldende rett med noen utvidelser. Følgende delinger ble under gitte vilkår foreslått akseptert som skattefrie:

- Deling ved overføring av eiendeler, gjeld og skatteposisjoner til ett eller flere nystiftede norske AS
- Deling ved overføring av eiendeler mv. til ett eller flere eksisterende norske AS
- Deling ved oppløsning av overførende AS med overføring av eiendeler mv. til to eller flere nye/eksisterende AS
- Deling ved overføring av eiendeler mv. til ett eller flere nystiftede datterselskap

Den dagjeldende praksis med å kreve at samtlige aksjonærer i det fradelte selskapet skal ha vært aksjonærer i det overdragende selskap ble foreslått avviklet, da det ved deling etterfulgt av fusjon var mulig å oppnå samme eierstruktur uten at det utløste

beskatning. Videre ble det foreslått å åpne for å utfisjonere et heleid datterselskap uten umiddelbar beskatning, da (en eventuell etterfølgende) sammenslåing av morselskap og heleid datter kunne skje uten skattekonsekvenser.

#### *- Internasjonale forhold*

Gruppen begrenset sine anbefalinger til norske omorganiseringer, men viste til det (den gang) foreslåtte fusjonsdirektivet for EF-området, og at man når slike regler ble vedtatt burde ta stilling til om det bør vedtas nye regler til avløsning av de dagjeldende reglene som utløste beskatning ved omorganiseringer over landgrensene.

#### *- Omdanning fra en eierform til en annen*

Gruppen foreslo å lovfeste adgang til omdanning fra enkeltpersonforetak, ansvarlig selskap og kommandittselskap mv. til aksjeselskap uten umiddelbare skattekonsekvenser. Det foreslo også at de motsatte transaksjonene kunne gjennomføres uten umiddelbare skattekonsekvenser. Forutsetningen var at det i alle tilfeller gjennomføres med kontinuitet mht. ligningsmessige verdier.

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

I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) fremmet Finansdepartementet forslag til regler som lovfestet den skattemessige behandlingen av fusjon og fisjon av selskaper.

Bakgrunnen for dette, var at Aarbakkegruppens forslag til lovfesting av gjeldende rett for fusjon og fisjon av selskaper ikke ble fremmet i forbindelse med skattereformen 1992. Dette skyldtes blant annet at løsningen i stor grad ville være avhengig av det generelle rammeverket rundt beskatning av aksjeselskaper og aksjonærer. Etter at dette rammeverket var etablert gjennom 1992-reformen, ble det i 1995 sendt ut et høringsforslag om skattefri fusjon og fisjon. Utkastet var basert på ulovfestet rett, innenfor rammene av de selskapsrettslige reglene for fusjon og fisjon, og i tillegg tilsvarende omorganiseringer i utlandet, samt en lojalitetsstandard.

Departementet viste i proposisjonen til at effektivitetshensyn tilsier at det i rimelig utstrekning bør være unntak fra det skatterettslige utgangspunkt om realisasjonsbeskatning for omorganiseringer i form av fusjon og fisjon. Rammene for fritaket må settes slik at man ivaretar praktiske hensyn og forhindrer misbruk.

#### *- Fusjon*

Departementet la til grunn at de fusjonene som ble godtatt selskapsrettslig, herunder også på ulovfestet grunnlag, i utgangspunktet også skulle kunne gjennomføres uten umiddelbar beskatning. I forhold til de gjeldende reglene om beskatning, ville dette utgangspunktet medføre en utvidelse, da det gjennom den forutgående revisjonen av aksjelovgivningen var åpnet for flere fusjonsformer enn tidligere. Departementet foreslo å åpne for en slik utvidelse av skattefritaket for fusjon mellom et utenforstående selskap og et datterselskap i et konsern mot vederlagsaksjer i konsernets morselskap. Derimot ble det foreslått å ikke åpne for skattefri fusjon mellom utenforstående selskap og et datterselskap, mot vederlagsaksjer i et annet datterselskap i konsernet. Begrunnelsen for dette var at slike fusjoner medfører brudd

på eierkontinuiteten, og at skattefrihet da ville kunne bidra til å svekke utgangspunktet om beskatning ved realisasjon av eiendeler.

#### - *Fisjon*

Også for fisjoner ble det foreslått en kodifisering av gjeldende skattefritakspraksis. I tillegg ble det foreslått skattefritak for *fisjon med oppløsning av det overdragende selskap*, siden oppløsningen ikke medfører noen skattemessige fordeler for aksjonærene. Videre ble det foreslått skattefritak for *fisjon med overføring til eksisterende selskap*, selv om dette samlet sett kan føre til et visst brudd på eierkontinuiteten. Begrunnelsen var at man kunne oppnå det samme resultatet (skattefritt) gjennom en kombinasjon med fisjon og fusjon, og at det derfor bør åpnes for dette i situasjoner der vilkårene for både fisjon og fusjon er tilstede. Skattefritak for *overføring til nystiftet datterselskap* ble derimot ikke foreslått. Det ble vist til at gjeldende regler om konserninterne overføringer – uten overføring av skatteposisjoner – var tilstrekkelig. Et ev. skattefritak som også omfattet overføring av skatteposisjoner, forutsatte en bredere gjennomgang av problemene knyttet til konserninterne overføringer. Heller ikke *likvidasjon av holdingselskap* ble foreslått gjort skattefritt. Det faktum at selskapsaksjonærer kunne oppnå en slik naturaldeling gjennom fisjon og fusjon, begrunnet ikke at også fysiske aksjonærer skulle kunne oppnå skattefritak gjennom en slik utvidelse. Det ble også vist til at holdingselskap ofte ikke vil oppfylle kravet til virksomhet, og derved uansett ha falt utenfor gjeldende skattefritak.

Ovennevnte forslag omfattet, foruten aksjeselskap, likeartede selskaper som nevnt i den gjeldende selskapsskatteloven § 1-1, herunder bl.a. samvirkeforetak og sparebanker. Videre ble det foreslått at deltakerlignede selskaper og nettolignede sameier kunne fusjoneres og fisjoneres skattefritt etter de samme prinsipper som for aksjeselskaper.

Departementet foreslo å opprettholde skattefritak for fusjoner og fisjoner som omfatter utenlandsk registrerte selskaper som er hjemmehørende i og skattepliktige til Norge, men ikke for utenlandske selskaper som kun har tilknytning til Norge gjennom et fast driftssted her. Fusjoner og fisjoner over landegrensene ble heller ikke foreslått omfattet av skattefritaket, da det – som i tilfellene med fast driftssted – er relativt lite praktisk og representerer en fare for tap av skattefundamenter. Heller ikke fusjoner og fisjoner mellom selskaper hjemmehørende i utlandet ble foreslått omfattet av det lovfestede skattefritaket – bl.a. på grunn av praktiske problemer med å kontrollere om transaksjonene blir gjennomført i samsvar med prinsippene som ligger til grunn for fusjoner og fisjoner etter norsk lovgivning.

#### - *Kontinuitet og lojalitetsstandard*

Departementet viste til at hensynet til effektivitet tilsier at bedriftsøkonomisk hensiktsmessige omorganiseringer bør kunne skje skattefritt, gitt at de gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Et slikt unntak fra realisasjonsbeskatning må imidlertid ikke gå lengre enn nødvendig og rimelig for å ivareta næringslivets omstillingsbehov, og ikke omfatte omorganiseringer som i hovedsak er skattemessig motiverte.

I denne forbindelse vurderte departementet ulike mekanismer som kunne bidra til avgrensning av skattefritaket. Etter å ha forkastet innføring av et absolutt virksomhetsvilkår, herunder videreføring etter fusjon, og en generell lojalitetsstandard, falt departementet ned på et forslag om en særlig avskjæringsregel for fradragsposisjoner uten tilknytning til bestemte aktiva. Denne avskjæringsregelen skulle fungere som et supplement til den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

### **5.1.3 St.meld. nr. 16 (1997-98) Finansdepartementets praksis i saker etter lov av 9. juni 1961 nr. 16 (Omdanningsloven)**

I St.meld. nr. 16 ble det gitt en generell orientering om reglene i omdanningsloven og en gjennomgang av Kongens/departementets praksis etter loven, fra 1970-tallet og frem til og med 1997. (Bestemmelsene i omdanningsloven ble inkorporert i 1999-skatteloven §§ 11-20 - 11-22.)

Bakgrunnen for omdanningsloven var et ønske om å avhjelpe situasjoner der rasjonalisering/effektivisering av næringsvirksomhet ellers kunne bli forhindret på grunn av de generelle reglene om gevinstbeskatning mv. Loven åpnet for lempninger i de skattemessige virkningene som fulgte av de generelle skattereglene, herunder i første omgang bl.a. bestemmelsene om ”selgende gruppe”.

I 1966 ble det gitt en ny orientering, der departementet konkluderte med at den individuelle lempningsordningen burde videreføres, til tross for at den er arbeidskrevende og fører med seg vanskelige skjønnsmessige vurderinger, fordi praksis viser behov for differensierte løsninger som vanskelig kan nedfelles i generelle regler.

I 1972 ble lempningsadgangen utvidet til å omfatte også salg av næringsaksjer og salg som var skattepliktige etter aksjegevinstskatteloven. Lempning ble dels gitt generelt gjennom generelle fritak i forskrift, og dels gjennom enkeltvedtak knyttet til den konkrete transaksjon.

I 1979 ble det gitt hjemmel til å lempe også skatleggingen av strukturrasjonaliseringstilskudd (tilskudd ved nedlegginger som skulle legge til rette for forsvarlig drift av gjenværende virksomheter).

I 1990 fikk departementet hjemmel til å gi generelle fritaksbestemmelser for ”... transaksjoner mellom skattesubjekter som har samme eiere, når skatteposisjonene for eierfellesskapet som helhet ikke endres.” Det ble også gitt hjemmel til å fastsette forskrift om skattefri omdanning av personlig eiet næringsvirksomhet til aksjeselskap mv. Slike forskriftsbestemmelser ble gitt i 1991, i hhv. ”konsernforskriften” og ”omdanningsforskriften”.

I 1993 ble forskriftshjemmelen for overføringer mellom skattesubjekter med hovedsakelig samme bakenforliggende eiere utvidet, og gitt anvendelse også for deltakerlignede selskaper. Det ble gitt forskrift om fritak i slike situasjoner med virkning fra inntektsåret 1992.

### *Departementets vurderinger*

Departementet uttalte generelt at området for skattefrie transaksjoner mellom personer og selskaper ikke bør utvides. I tilfeller som faller utenfor konsernforskriften måtte det derfor holdes fast på utgangspunktet om ordinær realisasjonsbeskatning, mens det fortsatt burde kunne gjøres konkrete unntak der det foreligger kvalifiserte næringsmessige behov for lemping ved nasjonale transaksjoner.

#### *- Omorganisering innen konsern*

Departementet pekte på forenklingene for visse konserninterne overføringer fra 1989, hvoretter det ikke lenger gjaldt krav om påvisning av effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekter for å innvilge lempning, og den stadige utvidelsen av adgangen til skattefri overføring av næringsaktiva i konsern, jf. konsernforskriften.

Departementet tok opp spørsmålet om å utvide konsernforskriftens anvendelsesområde til også å omfatte overføringer fra virksomheter med andre selskapsformer enn aksjeselskap. Under henvisning til at en eventuell utvidelse burde ses i sammenheng med en utredning av adgangen til foreta skattefri omdanning fra en selskapsform til en annen, og at omfanget av lempningssaker var begrenset, ble det konkludert med å videreføre ordningen med lempning etter søknad.

Det ble for øvrig påpekt at det var behov for en gjennomgang av reglene i konsernforskriftens § 6, for å unngå at skattefri gevinst i et overdragende selskap ved overføring av en eiendel blant annet kunne deles ut til aksjonærene uten umiddelbar beskatning.

#### *- Realisasjon til ekstern kjøper*

Departementet viste til at de moderate skattesatsene som etter 1992 kom til anvendelse på realisasjonsvederlag som regel ikke ville innebære noe hinder for nødvendige transaksjoner for effektivisering mv. Det ble imidlertid antydnet at realisasjon der vederlaget er i form av eierandeler i kjøperselskapet (aksjebytte), eller selger på annen måte benyttet vederlaget til å bli eier i selskapet/konsernet som fikk tilført eiendelene, kunne tilsi lempning. Det ble derved ikke foreslått endringer i reglene, til tross for de anviste et komplisert skjønn.

#### *- Skattefri omdanning av virksomhet*

Departementet viste til en utredning av en generell utvidelse av anvendelsesområdet for reglene om skattefri omdanning av virksomhet, og tok på den bakgrunn ikke stilling til om det bør være generelle regler for omdanning av kredittforeninger, andre foretakstyper som lignes som aksjeselskap og skattepliktige foreninger/stiftelser.

Departementet uttalte imidlertid generelt at området for skattefrie transaksjoner mellom personer og selskaper ikke burde utvides. I tilfeller som faller utenfor konsernforskriften måtte det derfor holdes fast på utgangspunktet om ordinær realisasjonsbeskatning, men det burde fortsatt kunne gjøres konkrete unntak der det forelå kvalifiserte næringsmessige behov for lemping ved nasjonale transaksjoner.

#### - Skattefri fusjon og fisjon

Det ble påpekt (fortsatt) behov for lempning i forbindelse med fusjoner mellom *ulikeartede* selskaper og for fusjon/fisjon av selskaper som er *likestilt* med aksjeselskap, og at dagjeldende regelverk ivaretok dette behovet.

#### - Grenseoverskridende transaksjoner

De generelle skattefritaksreglenes begrensninger til nasjonale transaksjoner innebar at departementet mente at det forelå behov for lempningsadgang for grenseoverskridende transaksjoner, typisk fusjonslignende transaksjoner over landegrensene og mellom selskaper i utlandet. I tillegg til å varsle en vurdering av mulighetene for en forenkling av vilkårene for skattefritak for norske aksjonærer i slike tilfeller, presiserte departementet at det ikke burde legges avgjørende vekt på effektiviseringsvilkåret i omdanningsloven avsnitt II. Videre ble det pekt på behovet for en klargjøring av hjemmelen for skattefri omdanning av filial av utenlandsk selskap til aksjeselskap og motsatt, samt vilkårene for omdanning av foretak der deltakerne kun har begrenset skatteplikt til Norge. Andre endringer i retning av generelle skattefritak for disposisjoner i forhold til utenlandske skattytere ble ikke ansett hensiktsmessig, og heller ikke påkrevd av hensyn til forpliktelsene etter EØS-avtalen.

### 5.1.4 NOU 2003: 9 Skatteutvalget

INOU 2003: 9, gjennomførte Skatteutvalget en bred vurdering av skatte- og avgiftssystemet og de underliggende prinsipper, og fremmet på bakgrunn av dette forslag til endringer i skatte- og avgiftsregelverket, med hovedfokus på inntekts- og formuesbeskatningen.

Utviklingen etter den gjennomgripende prinsipielle inntektsskattereformen i 1992 hadde ført til økte motiver for og muligheter til tilpasninger til delingsmodellen. Dette medførte samfunnmessig uheldig ressursbruk til tilpasninger for å spare skatt, som også svekket inntektsutjevningen gjennom beskatningen. Videre hadde økt internasjonalisering, herunder bl.a. kapitalmobilitet og internasjonale forpliktelser, synliggjort et behov for å vurdere endringer som tok hensyn til denne utviklingen.

Skatteutvalgets mandat oppstilte flere grunnleggende mål og prinsipper som utgangspunkt for utvalgets arbeid med å utarbeide forslag til endringer som ivaretar ovennevnte utfordringer. Det ble bl.a. vist til at skatte- og avgiftsreglene må underbygge effektiv ressursutnyttelse, være enkle og tilpasset internasjonal mobilitet.

Skatteutvalget la til grunn at effektiv ressursbruk er av stor betydning for samfunnet, og inntok derfor som et generelt og grunnleggende utgangspunkt at skatte- og avgiftssystemet i minst mulig grad bør vri ressursbruken.

Ut fra dette fastholdt utvalget et nøytralitetsprinsipp for inntektsbeskatningen av næringsvirksomhet, som bl.a. innebærer skattemessig likebehandling av ulike organisasjons- og eierformer. Dette prinsippet skulle også gjelde i internasjonale forhold.

### - Skatteutvalgets vurderinger og anbefalinger

Skatteutvalget behandlet spørsmålet om omorganisering av selskaper over landegrensene særskilt.

Utvalget viste til de ulemper som gjeldende regler innebærer for norske skattytere i forbindelse med omorganiseringer over landegrensene. Det uttalte at det er viktig at omorganiseringer over landegrensene kan skje etter så klare regler som mulig.

For fusjon/fisjon mv. bør reglene være mest mulig like de reglene som følger av fusjonsskattedirektivet i EU (Council Directive 90/434/EEC), og omfatte selskaper hjemmehørende i alle EØS-stater. I den utstrekning hensynet til det norske skattefundamentet kan ivaretas på en fornuftig måte, bør reglene gis anvendelse også på omorganiseringer som omfatter selskaper hjemmehørende i stater utenfor EØS-området.

På den annen side presiserte utvalget viktigheten av at reglene utformes slik at skattyterne ikke kan oppnå bedre vilkår ved transaksjoner over landegrensene enn ved transaksjoner i Norge.

Fusjonsskattedirektivet har ikke bestemmelser om skattefrihet på aksjonærnivå for fusjon/fisjon av selskaper som er hjemmehørende i andre land enn der aksjonæren er bosatt. Under henvisning til lempningspraksis etter skatteloven § 11-22 i slike tilfeller, hvor lempning er innrømmet når fusjonen/fisjonen er gjennomført i *hovedsak etter norske regler*, foreslo utvalget at skattefrihet bør lovfestes for de tilfellene der omorganiseringen skjer i *samsvar med de prinsippene* som ligger til grunn for de norske skattereglene. Herunder krav til kontinuitet på de skattemessige verdiene av vederlagsaksjene, og at de reelle verdiene i selskapene blir fordelt slik at forholdet mellom skattemessig inngangsverdi på aksjene og de reelle verdiene ikke blir endret for de norske aksjonærene/deltakerne.

#### **5.1.5 St.meld. nr. 29 (2003-2004) Om skatterreform**

I St.meld. nr. 29 (2003-2004) Om skatterreform redegjorde regjeringen for sine vurderinger og forslag til endringer på bakgrunn av NOU 2003:9 Skatteutvalget.

Regjeringen viste til Skatteutvalgets syn på hvilke hovedprinsipper som bør legges til grunn, herunder de grunnleggende prinsippene bak skattereformen av 1992 (bl.a. likebehandling, nøytralitet og symmetri), og uttalte at den ville bygge videre på disse prinsippene.

### **5.2 Departementets utgangspunkter for nye regler om skattemessig behandling av omorganiseringer**

#### **5.2.1 Innledning**

De grunnleggende prinsippene om nøytralitet, symmetri, kontinuitet og samordning, som ble lagt til grunn for skattereformen av 1992, har vært førende også for de vesentligste endringer som har vært gjennomført siden.

Departementet har også lagt disse prinsippene til grunn som utgangspunkt for arbeidet med dette høringsnotatet. Departementet har likevel funnet grunn til å drøfte enkelte sider av disse prinsippene nærmere, jf. del III.

### **5.2.2 Generelt om behovet for særregler for omorganisering**

I forbindelse med omorganisering, herunder særlig ved omstrukturering, vil det normalt overføres verdier fra et rettssubjekt til et annet. Dette utløser i utgangspunktet beskatning etter de alminnelige regler for realisasjon, utbytte og uttak. Unntak fra slik beskatning krever særskilt begrunnelse, og særskilt regulering.

Over tid vil det kunne være slik at en virksomhet ut fra bedriftsøkonomiske hensyn bør endre den selskapsmessige struktur. Samtidig må det legges til grunn at eventuelle skattemessige konsekvenser som følge av en strukturell endring i mange tilfeller blir tillagt betydelig vekt av beslutningstakerne. Uten unntak fra normal realisasjonsbeskatning mv., kan en ellers lønnsom omorganisering bli mindre lønnsom, eller endog ulønnsom, etter skatt. Realisasjonsbeskatning ved omorganisering kan således bryte med målet om at skattereglene ikke skal være til hinder for effektiv ressursbruk.

Behovet for å legge til rette for at virksomhetene organiseres på en samfunns- og bedriftsøkonomisk optimal måte også over tid, tilsier derfor at det bør være unntak fra skatteregler som ellers vil kunne hemme slike endringer. Som en konsekvens av internasjonaliseringen av økonomien er det også et økende behov for skattemessig nøytralitet ved omorganiseringer som omfatter enheter også utenfor Norge, jf. bl.a. Skatteutvalget i NOU 2003: 9 pkt. 7.2.

For å ivareta hensynet til nøytralitet, vil unntak/utsettelse av beskatning i slike tilfeller måtte bygge på en forutsetning om kontinuitet.

### **5.2.3 Særlig om betydningen av skattereformen 2004-2006**

Gjennom skattereformen 2004-2006 ble det innført en fritaksmetode for gevinst- og utbyttebeskatningen i selskapssektoren og skjermingsmetoder for beskatningen av gevinster/utbytter til personlige selskapseiere. Dette har hatt stor betydning (innenfor metodenes anvendelsesområde) for behovet for lempingsmekanismer i forbindelse med omorganiseringer, jf. nedenfor.

Fritaksmetoden innebærer at selskapsaksjonærer som hovedregel fritas fra beskatning av aksjeinntekter i form av gevinst og utbytte på aksjer, mens tilsvarende tap ikke er fradragsberettiget. Metoden forhindrer dermed kjedebeskatning innenfor sitt virkeområde. Slik kjedebeskatning førte tidligere bl.a. til at enkelte uønskede omorganiseringer, som var bedriftsøkonomisk og samfunnsmessig ulønnsomme før skatt, ble gjennomført fordi de var bedriftsøkonomisk lønnsomme etter skatt.

Subjektene for metoden er bl.a. aksjeselskap, selskap som skattemessig er likestilt med aksjeselskap, offentlig eide selskap, foreninger og tilsvarende utenlandske innretninger. Personlige aksjonærer omfattes derimot ikke, slik at avkastningen ekstrabeskattes ved eventuell videre utdeling til personlige aksjonærer mv. som omfattes av skjermingsmetoden for aksjonærer.

På objektsiden omfattes aksjegevinster og -utbytter fra aksjeselskap mv. hjemmehørende i EØS. Gevinst og utbytte fra aksjeselskap mv. hjemmehørende utenfor EØS omfattes som objekt såfremt skattyteren eier andelene i selskapet som en direkte investering (minimum 10 pst. av AK/stemmerett uavbrutt i 2 år forut for realisasjon/utdeling) og selskapet ikke er hjemmehørende i et lavskatteland. Gevinster ved realisasjon av driftsmidler for øvrig omfattes ikke, og vil derfor i utgangspunktet utløse skatteplikt på vanlig måte. (Dersom driftsmidlene som skal realiseres først utfisjonerer til et eget selskap, som kan skje uten realisasjonsbeskatning etter skatteloven. §§ 11-4 flg., vil gevinsten ved den etterfølgende realisasjon av dette selskapet – og dermed driftsmidlene – være omfattet av fritaksmetoden.)

Fritaksmetoden gir innenfor sitt anvendelsesområde mulighet for å gjennomføre enkelte skattefrie omorganiseringer som tidligere utløste skatteplikt, eller hvor skattefritak forutsatte særskilte lempningsvedtak. Dette gjelder bl.a. følgende tilfeller:

1. Omdanning av eierform i utlandet for aksjeselskap mv. (selskapsformer som er subjekt under fritaksmetoden,)
2. Selskapsaksjonærers overdragelse/bytte av kvalifiserende aksjer/selskapsandeler i utlandet (unntatt porteføljeinvesteringer utenfor EØS og investeringer i lavskatteland utenfor EØS)
3. Fusjoner over landegrensene og i utlandet med kvalifiserende norske andelseiere (unntatt porteføljeinvesteringer utenfor EØS og investeringer i lavskatteland utenfor EØS)
4. Fisjon av kvalifiserende utenlandske selskap med norske selskapsandelseiere

#### **5.2.4 Behovet for regler om skattefrihet ved omorganiseringer**

Fritaksmetodens begrensninger, både på subjekt- og objektsiden, innebærer imidlertid at en rekke transaksjoner faller utenfor metodens anvendelsesområde. Dette gjelder praktisk viktige transaksjoner, som eksempelvis omdanning til/fra aksjeselskap og trekantfusjoner/-fisjoner samt overføring av andre driftsmidler.

Når virksomheten er eiet helt eller delvis av fysiske personer og/eller transaksjonene omfatter andre driftsmidler/instrumenter enn aksjer mv., vil det således fortsatt være behov for andre mekanismer for å oppnå skattemessig nøytralitet ved slike transaksjoner.

Gjennomgangen foran har vist at fritaksmetoden ivaretar nøytralitetsprinsippet i større grad enn etter tidligere regler, og at det derfor er mindre behov for særskilte regler om utsatt skatt ved omorganiseringer. Det er likevel fortsatt en rekke praktisk viktige omorganiseringstilfeller som faller utenfor de lovfestede reglene om utsatt beskatning eller fritaksmetoden.

I arbeidet med forbedringer av regelverket for omorganiseringer, tar departementet utgangspunkt i de grunnleggende prinsippene som har vært førende for de to siste skattereformene. I tillegg er det et mål å øke forutberegneligheten ved at vilkårene for utsatt beskatning skal fremgå direkte av lov/forskrift for flest mulig av de praktisk viktige formene for omorganisering, slik at omfanget av saker

der det må søkes om individuelle skattefritak begrenses så langt det anses forsvarlig.

## **DEL III KONTINUITET**

### **6. Generelt om kontinuitet**

Kontinuitetsprinsippet er sentralt ved skattefri omorganisering og omdanning. Hovedpoenget i reglene om skattefri omorganisering/omdanning er at de organisatoriske rammene for virksomheten skal kunne endres uten at det utløser realisasjonsbeskatning. Fraværet av realisasjonsbeskatning gjør det nødvendig å ha et utgangspunkt om at skattemessige verdier mv. skal videreføres uendret (kontinuitetsprinsippet).

Spørsmålet om forholdet til kontinuitetsprinsippet reiser seg på fire hovedområder:

- Kontinuitet med hensyn til skatteposisjoner
- Regnskapsmessig behandling
- Kontinuitet på eiersiden
- Kontinuitet med hensyn til den utøvde virksomheten

Videre i del III behandles disse fire hovedområdene med utgangspunkt i gjeldende rett. Det drøftes hvilket mulig endringsbehov det er i reglene på de ulike områdene.

### **7. Kontinuitet og skatteposisjoner**

Kravet om skattemessig kontinuitet er sentralt i reglene om skattefri omorganisering/omdanning. Skattefrihet ved slike transaksjoner innebærer ikke noe varig skattefritak, men en utsettelse av beskatningen til det finner sted en etterfølgende begivenhet som gir grunnlag for realisasjonsbeskatning. Skattemessig kontinuitet er derfor en direkte systemkonsekvens av at det ikke gjennomføres noen realisasjonsbeskatning.

Kravet om skattemessig kontinuitet fremgår av skatteloven § 11-7 (fusjon og fisjon) og av skatteloven § 11-20 annet ledd (tradisjonell omdanning). Når det i § 11-20 annet ledd heter at ”skatteposisjoner knyttet til virksomheten overføres uendret til selskapet”, omfatter dette både inngangsverdi og ervervstidspunkt. I § 11-7 fremgår det direkte at kravet om skattemessig kontinuitet omfatter både inngangsverdi og ervervstidspunkt.

På ett punkt er det grunnlag for en mindre justering i lovtekstene med hensyn til skattemessig kontinuitet. I gjeldende bestemmelser om omdanning fremgår det ikke klart at skattemessig kontinuitet omfatter både inngangsverdi og ervervstidspunkt. I departementets forslag til nye lovbestemmelser om omdanning er det presisert at skattemessig kontinuitet omfatter begge disse sidene. Det vises til forslag til endringer i skatteloven §§ 11-20 og 11-22.

## 8. Kontinuitetsprinsippet og regnskapsreglene

### 8.1 Fusjon og fisjon

Etter den tidligere ulovfestede praksis om skattefrie fusjoner ble det stilt krav om at fusjon måtte gjennomføres med regnskapsmessig kontinuitet. Også i forhold til de sivilrettslige reglene (jf. aksjeloven av 1976 kapittel 14) ble det antatt å gjelde et krav om regnskapsmessig kontinuitet.

I NOU 1995: 30 foreslo imidlertid regnskapslovutvalget at visse fusjoner skulle gjennomføres etter transaksjonsprinsippet, noe som innebærer regnskapsmessig diskontinuitet. Etter transaksjonsprinsippet skal fusjonen regnes som en faktisk gjennomført transaksjon som medfører ny regnskapsmessig verdsettelse, basert på virkelige verdier på fusjonstidspunktet. Overføringen av det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser behandles som et kapitalinnskudd i det overtakende selskapet.

Behandling av fusjoner etter transaksjonsprinsippet er nå hovedregelen etter regnskapsloven av 1998. Denne hovedregelen kommer til uttrykk i regnskapsloven § 5-14 første punktum som lyder:

”Fusjon skal regnskapsføres som egenkapitaltransaksjon med overdratte eiendeler og gjeld som tingsinnskudd i det overtakende foretaket.”

Unntaksvis skal fusjonen regnskapsmessig behandles etter kontinuitetsprinsippet. Det følger av forarbeidene til regnskapsloven at ved enkelte fusjoner skal balanseførte verdier videreføres, såkalt kontinuitetsgjennomskjæring. Anvendelsen av kontinuitetsgjennomskjæring er forutsatt nærmere utviklet gjennom god regnskapsskikk, jf. Ot.prp. nr. 43 (1998-99) s. 13.

Regnskapsmessig kontinuitet skal alltid benyttes ved fusjon ved stiftelse av nytt foretak (følger av regnskapsloven § 5-14 annet punktum) og kan benyttes ved fusjon og fisjon av små foretak (følger av regnskapsloven § 5-16). Begrepet ”små foretak” er i regnskapsloven § 1-6 definert som selskap som på balansedagen ikke overskrider grensene for to av følgende tre vilkår:

- salgsinntekt: 60 millioner kroner,
- balansesum: 30 millioner kroner,
- gjennomsnittlig antall ansatte i regnskapsåret: 50 årsverk.

Som en følge av at disse endringene i regnskapsreglene er det ikke stilt krav om regnskapsmessig kontinuitet i reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner i skatteloven kapittel 11.

Regnskapsmessig behandling av fusjon er nærmere behandlet i Norsk Regnskapsstandard 9 (NRS 9).

EU vedtok den 7. juni 2002 at fra og med 1. januar 2005, skal alle børsnoterte foretak i EU som utsteder konsernregnskap, bruke regnskapsstandardene til IASB (International Accounting Standards Board). Som følge av EØS-rettslige forpliktelser, er IFRS-standardene er også innført i Norge. Når det gjelder fusjon er den aktuelle standarden IFRS 3 (International Financial Reporting Standards 3). Ved å gjennomføre dette oppnås harmonisering av regnskapsstandarder i Europa, samt en harmonisering mot amerikanske standarder.

Den regnskapsmessige behandlingen av fisjon er i mindre grad direkte regulert enn tilsvarende for fusjon, og må i større grad utledes av generelle regnskapsprinsipper. Langt på vei skjer den regnskapsmessige behandlingen av fisioner på tilsvarende måte som ved fusjoner.

## **8.2 Annen omdanning etter skatteloven kapittel 11**

Omdanning etter skatteloven § 11-20 behandles regnskapsmessig på følgende måte:

I motsetning til ved fusjon og fisjon er det ikke lovbestemmelser i regnskapsloven som direkte gir anvisning på regnskapsmessig gjennomføring. I stedet må mer alminnelige bestemmelser og prinsipper trekkes inn.

Regnskapsløsningen ved omdanning har vært omdiskutert, men gjeldende rett synes å kunne oppsummeres slik:

Omdanning fra enkeltpersonforetak til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap innebærer ikke skifte av eierskap og kontroll. Derfor skal en slik omdanning *ikke* anses som en transaksjon som skal følge hovedprinsippet i regnskapsloven om regnskapsføring etter verdiene på transaksjonstidspunktet (transaksjonsprinsippet). I stedet foretas en såkalt kontinuitetsgjennomskjæring, dvs. tilfellet anses ikke som noen "reell transaksjon", men i stedet som en begivenhet som baseres på regnskapsmessig kontinuitet. Det gjelder uten hensyn til om det dreier seg om en skattepliktig eller skattefri omdanning.

Et unntak fra dette utgangspunktet gjelder når den tidligere og omdannede enheten ikke var regnskapspliktig. Enkeltpersonforetak har som hovedregel kun regnskapsplikt dersom foretaket i året har hatt eiendeler med verdi over 20 millioner kroner eller et gjennomsnittlig antall ansatte høyere enn 20 årsverk. Da må det være utslagsgivende også i forhold til regnskapsføringen at aksjeloven §§ 2-7 tredje punktum og 10-12 første ledd krever at aksjeinnskudd skal føres til virkelig verdi.

Den fremgangsmåten som er omtalt foran ved omdanning fra enkeltpersonforetak til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, kan antakelig også legges til grunn for andre omdanninger etter skatteloven § 11-20.

Ved konserninterne overføringer etter skatteloven § 11-21 blir regnskapsføringen forskjellig avhengig av om det overføres enkeltstående eiendeler eller en hel virksomhet/deler av denne mellom enheter med samme underliggende eierskap og kontroll. Ved overføring av enkeltstående eiendeler skal transaksjonen som utgangspunkt rapporteres som transaksjon i regnskapsåret med ny verdimåling. Overføres derimot hel virksomhet eller del av denne mellom enheter med samme underliggende eierskap og kontroll, skal kontinuitetsmetoden anvendes, og det oppstår ingen regnskapsmessig fortjeneste.

Det fremgår av fremstillingen foran at det ikke gjelder noe krav om regnskapsmessig kontinuitet ved skattefri omdanning. Regnskapsføringen kan skje etter et kontinuitetsprinsipp, men kan også skje etter virkelige verdier på transaksjonstidspunktet.

Departementet foreslår ikke endringer i reglene om hvordan fusjon, fisjon og omdanning skal gjennomføres regnskapsmessig.

## **9. Kontinuitet på eiersiden**

### **9.1 Eierkontinuitet og vederlagsbestemmelser**

Eierkontinuitet ved fusjon og fisjon ivaretas gjennom reglene om vederlag ved fusjon og fisjon. Lovens utgangspunkt er at vederlag til aksjonærer/andelshavere ved fusjon og fisjon skal være samme type andeler som vedkommende hadde i det eller de overdratte selskap. Men det er i tillegg en viss adgang til å gi vederlag i annen form, det vil si i kontanter eller på annen måte ("tilleggsvederlag").

Eierkontinuiteten ivaretas først og fremst gjennom de begrensningene som er fastsatt mht. størrelsen på tilleggsvederlaget.

I skatteloven følger det av bestemmelsene om fusjon og fisjon av deltakerlignede selskaper at tilleggsvederlaget maksimalt kan utgjøre 20 pst. av det samlede vederlaget ved fusjonen og fisjonen, jf. skatteloven §§ 11-3 og 11-4. Noen tilsvarende begrensning av tilleggsvederlagets størrelse er ikke direkte fastsatt i skattelovens bestemmelser om fusjon og fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, men begrensningen følger indirekte av henvisningen til fusjons- og fisjonsbestemmelsene i aksjelovgivningen. For aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper gjelder begrensningen m.a.o. også sivilrettslig, og skattelovens bestemmelser er en tilslutning til de sivilrettslige bestemmelsene om dette.

Forholdet mellom vederlag i aksjer/andeler og vederlag som gis på annen måte (kontanter eller annet) må således ikke overstige 80:20. Forholdet 80:20 er basert på det totale vederlaget som alle aksjonærer eller andelshavere mottar, og gjelder ikke for den enkelte aksjonær/andelshaver. Det er sikker rett at det er adgang til såkalt "skjevdeling", dvs. at noen andelshavere helt eller delvis innløses. Dersom noen av deltakerne skal utløses, vil også kontantvederlaget til disse regnes med i de 20 pst. Grensen for tilleggsvederlag gjelder m.a.o. ikke kun i forhold til de aksjonærene som fortsetter som aksjonærer i det overtakende selskapet, men også i forhold til de som kjøpes ut helt. Slik sett sikrer kravet om maksimalt 20 pst. tilleggsvederlag stor grad av kontinuitet blant eiergruppen som helhet.

Ved skattefri omdanning av virksomhet etter § 11-20, ivaretas eierkontinuiteten gjennom en egen bestemmelse i Finansdepartementets samleforskrift til skatteloven § 11-20-9. Etter denne bestemmelsen må den tidligere personlige eier av et enkeltpersonforetak, eventuelt sammen med ektefelle, tegne minst 80 pst. av aksjekapitalen i det nye selskapet og inneha en tilsvarende andel av stemmeretter. Inntil 20 pst. av aksjene med tilsvarende stemmerett kan tegnes av eierens arvinger eller andre med særlig tilknytning til virksomhet. Det vises til nærmere omtale av disse bestemmelsene i punkt 14.4.

Etter praksis for skattefritak etter skatteloven § 11-22 ved realisasjon som ledd i rasjonalisering av virksomhet, blir grensen for tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon benyttet tilsvarende. Det vil si at det kan fritas så langt kontantvederlaget ved realisasjonen ikke overstiger 20 pst. av det totale vederlaget.

Kontantvederlaget skattlegges på ordinær måte. Det vises til nærmere omtale av fritakspraksis etter skatteloven § 11-22 i punkt 20.3.3.

## **9.2 Aksjer og andeler som vederlag**

Det følger av bestemmelsene i skatteloven om skattefri fusjon og fisjon at minst 80 pst. av fusjons- eller fusionsvederlaget skal gis i form av aksjer eller selskapsandeler. Et spørsmål i denne forbindelse er om det må stilles nærmere krav til aksjens eller andelens art for å oppfylle vederlagsbestemmelsene.

For *aksjer* blir det spørsmål om vederlagsaksjene skal ha tilsvarende rettigheter som aksjene i det overdragende selskapet. Dersom det var flere aksjeklasser i det overdragende selskapet med forskjellige rettigheter, vil det ofte være tilsvarende aksjeklasser i det overtakende selskapet. Men det er neppe grunnlag for å oppstille noe nærmere krav om at vederlagsaksjene må ha tilsvarende rettigheter som aksjene i det overdragende selskapet. Rettighetene til en aksje kan endres fortløpende gjennom vedtektsendringer i selskapet, uten at det anses som en realisasjon (selv om det vil kunne påvirke aksjeverdien). Det er derfor ingen grunn til at en endring av rettigheter i tilknytning til en fusjon eller fisjon skal stenge for skattefri gjennomføring.

For andel i deltakerlignet selskap oppstår først og fremst spørsmålet om vederlagsandelen må være i samme type selskap. Skatteloven § 11-5 om skattefri fisjon av deltakerlignet selskap tillater skattefri overdragelse ”til annet selskap med samme selskaps- og ansvarsform”. Begrensingen til samme selskaps- og ansvarsform har ikke så stor betydning fordi ligningspraksis godtar at et deltakerlignet selskap skifter ansvarsform uten at dette anses som realisasjon, jf. Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1993 side 490. I Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1996 side 817 er det godtatt omdanning fra KS til DA med samme eiere, uten at dette utløser realisasjonsbeskatning. Ut i fra en sammenhengsfortolkning bør dette innebære at det tilsvarende kan gis andeler i et deltakerlignet selskap med annen ansvars- eller selskapsform som vederlag ved fusjon eller fisjon.

Departementet foreslår ikke endringer med hensyn til hva slags aksjer eller andeler det kan gis vederlag i ved fusjon eller fisjon.

## **9.3 Tilleggsvederlag**

### **9.3.1 Maksimalgrensen for tilleggsvederlag**

I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) er det gitt følgende begrunnelse for hvorfor man skattemessig har valgt samme maksimalgrense for tilleggsvederlag som den sivilrettslige (og ikke stilt et strengere krav til eierkontinuitet):

”Av hensyn til bytteforholdet mellom aksjene i overdragende og overtakende selskap skal gå opp, er det et praktisk behov for å kunne yte tilleggsvederlag. Selv om utdeling av tilleggsvederlag ved fusjon innebærer et brudd på prinsippet om full eierkontinuitet, foreslår departementet derfor at gjeldende praksis på dette punktet bør videreføres. En foreslår også at ordningen skal gjelde tilsvarende ved fisjon. Ved at adgangen til å yte tilleggsvederlag

begrenses til inntil 20 pst av det samlede vederlags omsetningsverdi, må hensynet til at det skal foreligge eiermessig kontinuitet anses tilstrekkelig ivaretatt.”

I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) vises det til den 20-pst. grensen som fulgte av aksjeloven av 1976. Forut for vedtakelsen av de nye aksjelovene fra 1997 ble de sivilrettslige grensene for tilleggsvederlag nærmere vurdert. Aksjelovutvalget gikk i NOU 1996: 3 inn for at hele vederlaget kunne ytes som kontanter (jf. side 83-84). Justisdepartementet la imidlertid avgjørende vekt på at skatterettslige hensyn tilsier eierkontinuitet og en maksimalbegrensning mht. tilleggsvederlagets størrelse. Man valgte derfor å videreføre den gamle grensen på 20 pst.

Internasjonal praksis gir liten veiledning om hva som kan være en hensiktsmessig grense (sivilrettslig og skatterettslig). I enkelte stater, blant annet Danmark, Finland og Sverige, er det sivilrettslig full avtalefrihet mht. hvordan vederlaget skal gis (i kontanter, aksjer eller på annen måte uten nærmere bindinger). På den annen side finnes stater med strengere regler enn i Norge. Eksempelvis kan kontantvederlaget etter tysk sivilrett ikke overstige 10 pst. av samlet pålydende verdi til vederlagsaksjene (og altså ikke av samlet markedsverdi). Etter EUs fusjonsdirektiv er også grensen 10 pst. av samlet pålydende.

Departementet vil ikke foreslå endringer i de skatterettslige prosentvise grensene for tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon av aksjeselskaper.

Når det gjelder prosentgrensene ved fusjon og fisjon av deltakerlignede selskaper, gjør enkelte andre hensyn seg gjeldende enn for aksjeselskaper. Skatterettslig gjelder reglene om maksimalt 20 pst. tilleggsvederlag også for slike selskaper (jf. skatteloven § 11-3 om fusjon og § 11-5 om fisjon). Noen tilsvarende grense er ikke oppstilt sivilrettslig, fordi selskapsloven ikke har regler om fusjon og fisjon av deltakerlignede selskaper. I forhold til deltakerlignede selskaper er det mindre behov for regler om tilleggsvederlag. Det er fordi andeler i deltakerlignede selskaper ikke har noen bestemt nominell verdi målt i kroner, men er prosentvise eierandeler. Det er derfor ikke behov for tilleggsvederlag for å få bytteforholdet til å gå opp.

I tillegg til dette kommer at det er visse praktiske problemer knyttet til regler om tilleggsvederlagets størrelse, og som kan tilsi at slike regler ikke bør gis i større utstrekning enn strengt nødvendig. Problemene er knyttet til at noe som reelt sett er et tilleggsvederlag kan forsøkes fremstilt som noe som skjer uavhengig av fusjonen/fisjonen. Utbetalinger fra selskapet kan fremstå som noe som ville ha funnet sted uavhengig av fusjonen eller fisjonen. Det samme kan være tilfelle med salg av andel (både ved salg før fusjonen og ved og salg av fusjonsvederlaget kort etter fusjonen). Problemet eksisterer også i aksjeselskaper, men er kanskje større i deltakerlignede selskaper fordi utbetalinger fra selskapet til deltakerne er mindre gjennomregulert og formalisert enn i aksjeselskaper. Avgjørende blir om utbetalingen eller salget mest sannsynlig fremstår som en del av fusjons-/fusjonsplanen eller ikke, og om selskapene tok hensyn til utbetalingene da bytteforholdet ble fastsatt. Denne avgjørelsen kan imidlertid være vanskelig i praksis. For aksjeselskaper drøfter Johan Giertsen problemstillingen i sin bok ”Fusjon og fisjon”, Bergen 1999, på side 128 flg.

De påpekte hensynene har likevel underordnet betydning i forhold til prinsippet om eierkontinuitet som betingelse for skattefritak. Det hensyn at eierne ikke i stor grad bør kunne omsette verdiene i selskapet til kontanter ved en skattefri fusjon/fisjon gjør seg like sterkt gjeldende for deltakerlignede selskaper som for aksjeselskaper. Også nøytralitetshensyn tilsier at reglene om tilleggsvederlag bør være like for forskjellige selskapstyper.

Departementet vil derfor heller ikke foreslå endringer i reglene om tilleggsvederlagets størrelse for deltakerlignede selskaper.

### 9.3.2 Beregning av tilleggsvederlag

Etter aksjelovene må tilleggsvederlaget ikke overstige ”20 prosent av det samlede vederlaget”. Skatteloven bruker tilsvarende formuleringer. Med ”det samlede vederlaget” siktes til summen av verdien vederlagsaksjer og tilleggsvederlaget. Verdsettelsen av vederlagsaksjene reiser for det første spørsmål om verdsettelsestidspunkt og for det annet om verdsettelsesnormen.

Når det gjelder verdsettelsestidspunktet gir verken lovtekster eller forarbeider særlige holdepunkter. Tre mulige verdsettelsestidspunkter kan tenkes:

- styrenes undertegning av fusjons- eller fisjonsplanen
- tidspunktet for godkjenning av generalforsamlingen
- ikrafttredelsen

Verdsettelsestidspunktet er behandlet i juridisk teori. I Johan Giertsen Fusjon og fisjon, Bergen 1999, s 123, drøftes spørsmålet om verdsettelsestidspunktet slik:

”For å oppnå harmoni mellom hensynet til en forsvarlig behandling, som tilsier at verdsettelsen må knyttes til inngåelse av planen, og behovet for å unngå at tillegget på ytetiden overstiger 20%, er det nærliggende å legge inngåelsen av planen til grunn, men slik at selskapene må være avskåret fra å iverksette fusjonen eller fisjonen hvis verdiene endres etter dette tidspunktet slik at tillegget vil overstige 20%. Det overtakende selskapet skal melde til Foretaksregisteret at en fusjon eller fisjon kan tre i kraft (asl. § 13-16/asal. § 13-17 begges første ledd første pkt., jfr. § 14-8). Dette selskapet må anses avskåret fra å kunne melde ikrafttreden hvis tilleggsvederlaget på dette tidspunkt vil overstige 20 %.”

Departementet legger til grunn at det som her er anført om verdsettelsestidspunktet er uttrykk for gjeldende rett. Den skatterettslige begrensningen til 20 pst. tilleggsvederlag bygger som nevnt på den sivilrettslige begrensningen, og det er etter departementets vurdering ingen grunn til at spørsmålet om verdsettelsestidspunkt skal løses på annen måte i skatterettslig sammenheng. Denne løsningen med hensyn til verdsettelsestidspunkt bør etter departementets vurdering også gjelde tilsvarende i forhold til deltakerlignede selskaper, hvor det ikke finnes sivilrettslige regler om tilleggsvederlag.

Når det gjelder verdsettelsesnormen kan verdsettelsen enten baseres på vederlagsaksjenes/-andelens omsetningsverdi eller på bokførte verdier. Heller ikke på dette punktet gir lovteksten til aksjelovene eller forarbeidene til disse særlige holdepunkter. Forarbeidene til skattelovens bestemmelser gir imidlertid visse holdepunkter. I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) side 37 legges det til grunn at tillegget selskapsrettslig må verdsettes etter ”aksjenes og det øvrige vederlags omsetningsverdi”. Denne løsningen må fortsatt anses som gjeldende rett. For ikke

børsnoterte aksjer/andeler kan verdsettelsen baseres på selskapets substans- eller avkastningsverdi, eller på annet grunnlag. Departementet går ikke nærmere inn på dette spørsmålet.

Departementet foreslår ingen endringer med hensyn til det som her er anført om verdsettelsestidspunktet og -normen.

### **9.3.3 Skattlegging av tilleggsvederlag**

Etter skatteloven § 11-6 første ledd er det kun vederlag i form av aksjer eller andeler som er skattefritt, mens tilleggsvederlag er skattepliktig. Skatteplikten for tilleggsvederlaget er et utslag av at dette isolert sett representerer diskontinuitet. Hvordan beskatningen skjer, vil avhenge av om tilleggsvederlaget gis forholdsmessig likt til alle andelshaverne eller ulikt (skjevdeling). Ved forholdsmessig lik utdeling til aksjonærer vil vederlaget anses som en vederlagsfri overføring fra selskapet, og oppfylle utbyttedefinisjonen i skatteloven § 10-11 annet ledd. Det skjer altså en ordinær utbyttebeskatning ved forholdsmessig lik utdeling av tilleggsvederlaget.

Når en deltaker får færre vederlagsaksjer enn bytteforholdet skulle tilsi og et større tilleggsvederlag enn de andre aksjonærene, vil det være grunnlag for å se dette som en delvis realisasjon som utløser gevinstbeskatning eller tapsfradrag. At det skal skje en realisasjonsbeskatning i slike tilfeller følger av alminnelige skatterettslige prinsipper og kommer til uttrykk blant annet i Lignings-ABC 2008/09 side 567. Som realisasjonsvederlag for aksjene anses den del av tilleggsvederlaget som overstiger tilleggsvederlag som de øvrige aksjonærene får. Antall realiserte aksjer fastsettes til differansen mellom faktisk mottatte aksjer og det antall aksjer aksjonæren skulle ha hatt etter korrekt bytteforhold.

Departementet legger til grunn at beskatningen av tilleggsvederlag i deltakerlignede selskaper skal skje etter tilsvarende prinsipper.

Ved skattlegging av tilleggsvederlag oppstår spørsmålet om forholdet til skjermingsmetoden og til fritaksmetoden. Både skjermingsmetoden og fritaksmetoden vil anvendes på vanlig måte i forhold til slikt tilleggsvederlag, ut i fra klassifiseringen som enten utbytte eller realisasjonsvederlag. Skjerming overføres fra andelene i det overdragende selskapet til andelene i det overtakende selskapet, med bruk av faktortall som fastsettes på vanlig måte. Skjerming for de andelene som anses realisert, bortfaller etter hovedregelen om bortfall av skjerming etter realisasjon, og kan ikke overføres til de andelene som skal videreføres.

## **9.4 Kontinuitet på eiersiden - oppsummering**

Departementet foreslår ikke endringer i reglene om tilleggsvederlag eller i andre regler som har sammenheng med kontinuitet på eiersiden.

## **10. Kontinuitet med hensyn til virksomhet**

### **10.1 Innledning**

Et sentralt tema ved skattefrie omorganiseringer har vært og er virksomhetskontinuitet. Det vil si et krav om at det må foreligge kontinuitet med hensyn til virksomhet, i den forstand at det må foreligge virksomhet forut for omdanningen som videreføres etter omdanningen. Hvorvidt det bør oppstilles et slikt krav har først og fremst vært diskutert i forhold til fusjoner og fisjoner, men spørsmålet er også sentralt i forhold til andre typer omorganiseringer, jf. begrunnelsen for skattefrie omorganiseringer.

Spørsmålet om det skal kreves kontinuitet med hensyn til virksomhet ble inngående behandlet i forbindelse med lovfesting av reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner. Behandlingen av virksomhetskravet i tilknytning til lovfesting belyser innholdet i gjeldende regler, og er et hensiktsmessig utgangspunkt for videre rettspolitiske drøftelser omkring et slikt krav. Innledningsvis i dette punktet vil det derfor bli gitt et sammendrag av virksomhetskravets utvikling frem mot gjeldende regler.

### **10.2 Virksomhetskrav ved fusjon og fisjon**

#### **10.2.1 Utviklingen frem mot gjeldende rett**

##### *A. Tidligere ulovfestet rett*

Skattebestemmelsene om fusjon og fisjon av selskaper ble lovfestet ved lov av 20. desember 1996 nr. 101, og gitt virkning fra og med inntektsåret 1997. Før dette kunne fusjoner og fisjoner gjennomføres skattefritt på nærmere vilkår, etter ulovfestet praksis. Denne retts- og ligningspraksisen gjaldt i det vesentlige aksjeselskaper.

Etter denne tidligere ulovfestede rett var det diskutert hvorvidt det gjaldt et vilkår om at det overdragende selskapet drev virksomhet før fusjonen, og at denne virksomheten skulle videreføres etter fusjonen. I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) legges det til grunn at det gjaldt et virksomhetskrav etter tidligere rett:

”Gjeldende rett antas å kreve at virksomheten må videreføres for at vilkårene for en skattefri fusjon kan anses oppfylt. Det nærmere innholdet i kravet er imidlertid uklart.”

I proposisjonen vises det til at dette virksomhetskravet har et annet innhold enn skatterettens ordinære virksomhetsbegrep, og det vises i proposisjonen til følgende beskrivelse av virksomhetskravet ved fusjon i St.meld. nr. 48 (1989-90):

”I tillegg stilles det i praksis et vilkår om at de fusjonerende selskaper må drive virksomhet. . . F.eks. kan det oppstå tvil der det ene selskapet har lagt ned vesentlige deler av sin virksomhet før fusjonen, men fortsatt driver deler av virksomheten på fusjonstidspunktet. Kravet om at virksomheten må føres videre i det sammensluttede selskap kan neppe trekkes så langt at virksomheten må fortsette i sin opprinnelige form, eller at den på et senere tidspunkt ikke kan legges ned. Også her kan det oppstå vanskelige grensespørsmål.”

Dette kravet om virksomhet ble supplert av den ulovfestede gjennomskjæringsbestemmelsen og en særskilt lovbestemmelse i skatteloven § 53 første ledd, som avskar fremføringsadgangen for underskudd ved skattemotiverte fusjoner.

*B. Høringsutkast av 14. mars 1995*

Departementet sendte 14. mars 1995 ut et høringsutkast om skatteregler for fusjon og fisjon av aksjeselskaper, likestilte selskaper og deltakerlignede selskaper. I høringsutkastet konkluderer departementet med at en skattefri fusjon eller fisjon fortsatt må omfatte reelt mer enn at skatteposisjoner overføres.

I utkastet ble det særskilt drøftet om det skulle oppstilles et absolutt virksomhetskrav. Det ble vist til at det kunne være nærliggende å oppstille et slikt krav ut i fra hensynene bak reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner, men at det også kan reises mange innvendinger mot et absolutt slikt krav. Innvendinger som ble trukket frem var:

Et virksomhetskrav kan gi uheldige vridningseffekter. Et slikt krav kan innebære at videreføring av virksomhet som ikke er lønnsom før skatt blir lønnsom etter skatt, og kan derfor hemme nedleggelse av ulønnsom virksomhet.

Ved uenighet på eiersiden kan det være behov for å fisjonere ut til et selskap som ikke viderefører aktiviteten i det overdragende selskapet.

Det kan være behov for å omorganisere holdingselskaper og andre selskaper uten egen aktivitet i forbindelse med opprydding i konsernstrukturer, noe som vil gagne virksomheten i konsernet.

Det er problemer knyttet til utformingen av kravet, og det alminnelige skatterettslige virksomhetsbegrepet er lite egnet til et slikt formål. Det må foreligge en viss kontinuitet mht virksomhetens omfang og art, og det må foreligge en viss varighet. Lovteknisk er det vanskelig å utforme slike kriterier på en hensiktsmessig måte.

Det er problemer knyttet til håndhevelsen. Det vil si problemer med å fastslå innholdet i kravet i konkrete saker og problemet med å bringe faktum på det rene. I realiteten vil man være prisgitt regnskapsopplysninger og opplysninger fra selskapets ledelse og organer. En overprøving forutsetter detaljkunnskaper om den enkelte bransje som ligningsmyndighetene ofte ikke har.

Konklusjonen ble derfor at det ikke burde oppstilles et absolutt virksomhetskrav.

I stedet ble det i høringsutkastet foreslått en lojalitetsstandard hvor videreføring av virksomhet skulle være et sentralt moment, men altså ikke ubetinget avgjørende. Etter lojalitetsstandarden skulle også andre hensyn tas i betraktning, og ved lojalitetsvurderingen skulle også størrelsen på de opparbeidede skatteposisjonene trekkes inn. Andre relevante momenter ville kunne være arbeidskontrakter før og etter omorganiseringen, leiekontrakter, bruttoinntekter de siste årene, insolvens mv.

I utkastet ble følgende lovtekst foreslått:

”Reglene i dette kapittel kommer ikke til anvendelse dersom det er sannsynlig at en transaksjon hovedsakelig tilsikter skattemessige fordeler for noen av partene.”

I høringsrunden hadde mange instanser innvendinger mot den foreslåtte lojalitetsstandard. Men de fleste høringsinstansene var enige i at det ikke burde lovfestes et virksomhetskrav.

Skattedirektoratet fremholdt at hensynet til praktisering tilsier mest mulig objektive kriterier. Direktoratet uttalte at det kunne fremstå som uklart om den foreslåtte standarden gikk lenger enn det som følger av den ulovfestede gjennomskjæringsstandard, og at det var vanskelig å se hvilke spesifikke momenter som skulle vektlegges. I stedet ønsket direktoratet at man lovfestet et virksomhetskrav.

### *C. Vurderinger og forslag i Ot.prp. nr. 71 (1995-96)*

I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) ble et absolutt virksomhetskrav nærmere drøftet. Det ble i vist til de samme mothensynene som var anført i høringsutkastet, og som er omtalt foran. Konklusjonen i proposisjonen ble at det ikke burde gjelde noe absolutt virksomhetskrav.

I proposisjonen drøftes særskilt en lojalitetsstandard som foreslått i høringsutkastet, dvs. en generell standard som innebærer at hele grunnlaget for skattefri omorganisering bortfaller om standarden ikke anses oppfylt. Det ble vist til Skattedirektoratets høringsuttalelse om at det er behov for retningslinjer for hvilke typetilfeller som er ment å falle utenfor reglene om skattemessig fusjon og fisjon. Departementet uttalte at det ikke er mulig å angi slike typetilfeller. Slike retningslinjer må i tilfelle utvikles gjennom praksis.

I tillegg ble det i proposisjonen vist til Skattedirektoratets uttalelse om at det er uheldig og unødvendig å lovfeste en lojalitetsstandard som bygger på det samme som den ulovfestede standarden. Det konkluderes med at en slik standard ikke bør innføres:

”Departementet har etter en nærmere vurdering kommet til at det ikke bør lovfestes en lojalitetsstandard som foreslått i høringsutkastet for fusjon og fisjon av selskaper, som har samme virkningen som den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Denne ulovfestede regel vil foreløpig bestå for rent eller nær rent skattemotiverte transaksjoner.”

I proposisjonen ble det i stedet lagt opp til en særskilt avskjæringsregel for visse fradragssposisjoner:

”I forhold til skattefritak for selve fusjonen eller fisjonen er det akseptabelt å ha så strenge vilkår som den ulovfestede gjennomskjæringsregel inneholder, for å kunne gripe inn mot misbruk. Men departementet finner behov for å kunne gripe noe lettere inn på et begrenset område, nemlig når det gjelder de 3 hovedformer for fradragssposisjoner uten tilknytning til bestemte aktiva. ...

Det må imidlertid anses som misbruk dersom utsiktene til fradragsutnyttelse er et overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen, dvs. at de vanlige bedriftsøkonomiske hensyn ikke er hovedbegrunnelsen. Det er denne misbruksfaren som begrunner de særlige avskjæringsregler for fradragssposisjonene.”

I proposisjonen vises det til at viktige hensyn ved den ligningsmessige vurderingen vil kunne være om fusjonen eller fisjonen er et hensiktsmessig bidrag til den løpende driften. Nærmere bestemt skal det legges vekt på

”- om fusjonen eller fisjonen legger til rette for en ikke ubetydelig samlet driftsforbedring, uten hensyn til eksistensen av fradragssposisjonen,

- om selskapet med fradragssposisjonen kan anses å bidra positivt til denne driftsforbedring,
- om dette bidraget er større enn den antatt økte fradragsutnyttelse som fusjonen eller fisjonen kan medføre,
- om driftsforbedringen skyldes aktiv næringsdrift og ikke bare omplassert passiv kapitalavkastning.”

Det uttales for øvrig at formålet med avskjæringsbestemmelsen ikke er ”at den skal brukes i noe særlig omfang, men at den skal styre fusjons- og fisjonspraksis inn i samfunnsøkonomisk gode løsninger, der oppnåelse av skattefordeler i høyden blir et underordnet tilleggsmoment for eierne.”

I proposisjonen er det forutsatt at den foreslåtte avskjæringsbestemmelsen lettere skal kunne anvendes enn den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Avskjæringsbestemmelsen forutsettes å kunne anvendes selv om en viss forretningsmessig begrunnelse kan gis, dersom skattemotivet knyttet til fradragutnyttelse bedømmes å være av større betydning. Til gjengjeld er rettsvirkningen begrenset til å avskjære fradragssposisjonen, mens fusjonen og fisjonen for øvrig godtas uten å utløse realisasjonsbeskatning.

Avskjæringsbestemmelsen ble vedtatt som foreslått i proposisjonen. I skatteloven 1999 ble den plassert i § 11-7 fjerde ledd og hadde følgende ordlyd:

”Retten til å videreføre skatteposisjon i form av underskudd, negativ saldo på gevinst- og tapskonto eller tom positiv saldo faller bort dersom det er sannsynlig at utnyttelse av slik posisjon er det overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen.”

I forbindelse med skattereformen 2004-2006 og innføring av skjermingsmetoden og fritaksmetoden, ble avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 11-7 fjerde ledd opphevet. Den ble avløst av den videre, mer generelle bestemmelsen i skatteloven § 14-90 som har følgende ordlyd:

”... Når et slikt selskap mv. er part i fusjon eller fisjon eller får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon, og det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen, skal posisjonen

- a. falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller
- b. inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd dersom den representerer en skatteforpliktelse.”

### **10.2.2 Nærmere om virksomhetskrav etter gjeldende rett**

Det fremgår tydelig av Ot.prp. nr. 71 (1995-96) at det ikke skal gjelde noe absolutt virksomhetskrav ved fusjoner og fisjoner. Spørsmålet blir i hvilken grad virksomhet før og etter transaksjonen skal være et moment i forhold avskjæringsregelen, og hvilken vekt det i tilfelle skal legges på virksomhet.

I tilknytning til drøftelsen i proposisjonen av den særlige avskjæringsregelen, er virksomhet i liten grad trukket direkte frem som et moment ved vurderingen. I drøftelsen av alternativet med en lojalitetsstandard fremgår det derimot av høringsutkastet at videreføring av virksomhet skal være et sentralt (men altså ikke absolutt) vilkår. Spørsmålet er om valget av avskjæringsregelen innebærer at

virksomhet blir et mindre sentralt moment enn det ville vært med en lojalitetsstandard.

Selv om virksomhet i liten grad nevnes direkte i proposisjonsteksten som et sentralt moment, fremgår det forutsetningsvis at virksomhet skal ha betydning. For det første er omtalen av ulike situasjoner først og fremst knyttet til om omorganiseringen vil innebære en ”driftsforbedring”, noe som må forutsette en form for virksomhet før og etter. For det annet fremgår det klart av både proposisjons- og lovtekst at en vil avskjære tilfeller hvor utnyttelse av skatteposisjoner er det sentrale. Utenom de særlige tilfellene som nevnes nedenfor, må det være en presumsjon for at en omorganisering er skattmotivert når det foreligger skatteposisjoner som vil kunne utnyttes i et selskap, men ingen virksomhet. Omorganiseringer av ”tomme” eller ”døde” selskaper vil det være nærliggende å se som salg av skatteposisjoner, som vil bli rammet av avskjæringsbestemmelsen.

I drøftelsen av et virksomhetskrav i forarbeidene, er det lagt til grunn at et eventuelt slikt krav ikke bør stenge for overføring av skatteposisjoner i blant annet i følgende tilfeller:

- Oppryddinger i konsernstrukturer mv. hvor rene holdingselskaper mv. skal kunne omorganiseres uten bortfall av skatteposisjoner. Men det overordnede synspunktet i slike tilfeller er at den totale virksomheten i konsernet blir bedre organisert. Videreføring av virksomhet ligger til grunn for skattefritaket også i disse tilfellene, men sett i en større sammenheng.
- Fisjoner som følge av generasjonsskifte og/eller uenighet på eiersiden. Her skal det godtas at det skilles ut et selskap som ikke viderefører noe av virksomheten fra det overdragende selskapet. Men bakgrunnen er at virksomheten fra det overdragende selskapet skal videreføres med mer omforente eiere i et annet selskap, og således gi bedre rammebetingelser for driften. Også i dette tilfellet ligger derfor videreføring av virksomhet til grunn for skattefritaket, sett i en videre sammenheng.

Et spørsmål for seg er om det bør være grunnlag for å gjennomføre skattefrie omdanning hvor det på et gitt tidspunkt ikke drives noen produksjon, men hvor selskapet har lokaler, produksjonsutstyr og varemerker etc. i tillegg til skatteposisjonene. Dersom det er på det rene at produksjonen (av varer eller tjenester) er varig nedlagt, svikter den tradisjonelle begrunnelsen for å gjennomføre omorganiseringer skattefritt. Selv om produksjonsmidlene kan utnyttes i annen liknende virksomhet, er det reelt sett et ordinært kjøp av driftsmidler mv. som finner sted, og ingen endring for å oppnå bedre rammebetingelser for den tidligere virksomheten. At kjøpet ikke bare omfatter skatteposisjoner, men også driftsmidler mv., har i seg selv liten betydning.

Hvorvidt det i en eller annen form foreligger videreføring av virksomhet, må med andre ord tillegges stor vekt ved vurderingen av om en omorganisering er bedriftsøkonomisk motivert, med vekt på andre forhold enn skatt. Også i forhold til den gjeldende avskjæringsbestemmelsen må virksomhet anses for å være et sentralt moment.

### 10.2.3 Virksomhetskrav og forslag til nye regler

Som det fremgår av drøftelsen foran, er det en rekke motstridende hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet ved skattefri fusjon og fisjon. Departementet foreslår at det skal fremgå tydeligere av regelverket at det som utgangspunkt forutsettes virksomhetskontinuitet for å unngå avskjæring eller beskatning av skatteposisjoner. Det vises til nærmere drøftelse av dette spørsmålet i del VIII om lojalitetsstandard/avskjæringsbestemmelse.

## 10.3 Virksomhet ved omdanning etter skatteloven §§ 11-20 til 11-22

### 10.3.1 Virksomhetskrav etter gjeldende rett

#### A. § 11-20

Det følger direkte av lovteksten i skatteloven § 11-20 at det er "virksomhet" som skal overdras. Det vanlige virksomhetskravet etter skatteloven må være oppfylt for det overdragende foretaket. Hvis det overdragende foretaket kun har inntekter fra passiv kapitalforvaltning, vil skattefri omdanning ikke kunne finne sted.

Lovteksten i § 11-20 stiller kun direkte krav om at det er virksomhet som skal overføres i første ledd a ("personlig eid virksomhet") og b ("virksomhet drevet av kommune, fylkeskommune eller interkommunalt selskap"). Et krav om virksomhet er ikke direkte oppstilt i bokstav c som omfatter overføring av enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap. I forhold til bokstav c følger det imidlertid av de alminnelige definisjonene på henholdsvis enkeltpersonforetak og selskap at det må utøves virksomhet.

Når det gjelder det overtakende foretaket forutsetter skattelovforskriften § 11-20-2 at det skal overta virksomheten til det omdannede foretaket.

#### B. § 11-21

Finansdepartementet har i brev av 11. mars 2003 til Skattedirektoratet (Utv. 2003 side 576) uttalt følgende vedrørende § 11-21 og utøvelse av virksomhet:

"Helt siden 1961-loven ble innført, har det vært en forutsetning at reglene skal anvendes ved omstrukturering av næringsvirksomhet. Det vises blant annet til Ot.prp. nr. 30 (1960-61) om bakgrunnen for at reglene ble innført, og senere redegjørelse for reglene i henholdsvis Ot.prp. nr. 52 (1989-90) og St.meld. nr. 16 (1997-98).

Etter departementets oppfatning er et minstekrav etter skattelovforskriften § 11-21 at det drives næringsvirksomhet innen konsernet. Det innebærer at den som for eksempel etablerer et aksjeselskapskonsern for å organisere sin private formue, ikke kan påberope seg forskriften ved overføring mellom konsernselskapene.

Spørsmålet er om det i tillegg er et absolutt krav at det drives virksomhet i skattemessig forstand i de konsernselskapene som er involvert i den aktuelle transaksjonen. Departementet antar det kan tenkes tilfeller der det ikke bør oppstilles et slikt absolutt krav. Det kan typisk gjelde ved overføring til eller fra holdingselskaper, dvs. konsernselskaper som bare eller i det vesentlige eier finansaktiva.

I praksis har det antakelig ikke vært vurdert om hvert enkelt av de involverte selskapene må anses å drive virksomhet i skattelovens forstand, dersom det er tale om et konsern som samlet sett utvilsomt driver næring.

Hvorvidt det er tilstrekkelig at et annet selskap i konsernet, som ikke er direkte part i transaksjonen, driver næringsvirksomhet, må etter departementets oppfatning vurderes konkret. Utover ovennevnte utgangspunkter, har departementet hittil ikke hatt anledning til å gå nærmere inn på typetilfeller.”

### C. § 11-22

Etter § 11-22 følger virksomhetskravet direkte av lovteksten. Etter paragrafens første ledd gis fritak eller nedsettelse ved realisasjon ”når realisasjonen er ledd i omorganisering eller omlegging av virksomhet med sikte på å gjøre den mer rasjonell og effektiv”.

I St.meld nr. 16 (1997-98) uttales følgende i tilknytning til denne bestemmelsen og virksomhet:

”[”Virksomhet”] har blitt tolket slik at det må dreie seg om overføring av det alt vesentlig av den aktuelle virksomhet. Begrepet forutsetter at det dreier seg om omorganisering av næringsvirksomheten. Overføring av andeler i kommandittselskaper eller andre deltakerlignede selskaper som driver virksomhet, vil være omfattet. Oppløsning av tingsrettslig sameie som nettolignes etter selskapskatteloven § 6-1 nr 2 og som pr definisjon ikke driver næringsvirksomhet, faller på den andre side utenfor lovens virkeområde...

Den aktuelle effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekt må vurderes i forhold til den virksomhet som drives i det foretak de skatteutløsende transaksjoner knytter seg til. Effektene må vedrøre denne virksomhets fremtidige vekst og inntjeningspotensiale. Typiske forhold vil være utvikling av kompetanse og produktivitet, utvidelse av markedsandeler mv.

Eventuelle effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekter knyttet til selgers gjenværende virksomhet er ikke ansett relevant. Typisk vil her være at overdrager får likvide midler til rasjonalisering av restvirksomheten.”

### D. Oppsummering

Også i forhold til omdanningsreglene i skattelovene §§ 11-20 til 11-22 har det stor betydning om det utøves virksomhet eller ikke ved omdanningen. Disse lovbestemmelsene viser gjennomgående til skattelovens alminnelige virksomhetsbegrep, slik dette tradisjonelt har vært lagt til grunn ved avgrensningen mot passiv kapitalforvaltning og i andre sammenhenger. Departementet viser til at det virksomhetsbegrepet som det har vært aktuelt å vurdere i forhold til reglene om fusjon og fisjon, har hatt et noe annet innhold enn skattelovens alminnelige virksomhetsbegrep, se nærmere omtale i punkt 10.2.1. Vurderingene av om det foreligger kontinuitet med hensyn til virksomhet, kan derfor ha hatt noe forskjellig karakter i de to regelsettene.

### **10.3.2 Virksomhetskrav og forslag til nye regler**

Departementet foreslår at det fortsatt skal gjelde et absolutt krav om utøvelse av virksomhet (i tradisjonell forstand) i de tilfellene det gjelder et slikt krav etter gjeldende rett, jf. punkt 10.3.1.

For øvrig vil departementet påpeke at mange av de samme prinsipielle hensynene gjør seg gjeldende når et virksomhetskrav vurderes i forhold til fusjon og fisjon og omdanning i tradisjonell forstand. Som det fremgår av drøftelsen i punkt 10.2, er det en rekke motstridende hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet ved skattefri omorganisering. Departementet foreslår at skal fremgå tydeligere av regelverket at det som utgangspunkt forutsettes virksomhetskontinuitet for å unngå avskjæring eller beskatning av skatteposisjoner. Det vises til nærmere drøftelse av dette spørsmålet i del VIII om lojalitetsstandard/avskjæringsbestemmelse.

## **DEL IV FUSJON OG FISJON**

### **11. Vurdering av kravet til lovlig selskaps- og regnskapsrettslig gjennomføring av fusjon og fisjon i skatteloven § 11-1 annet ledd**

#### **11.1 Innledning**

I skatteloven § 11-1 annet ledd er det forutsatt at fusjon eller fisjon skal være lovlig gjennomført etter selskapslovgivningen. I utgangspunktet vil konsekvensen av ikke å oppfylle dette kravet være at fusjonen eller fisjonen ikke kan gjennomføres skattefritt. Det stilles også krav om at fusjon og fisjon må være lovlig gjennomført etter regnskapsrettslige regler for å kunne gjennomføres skattefritt.

I dette kapitlet vurderes det om det fortsatt skal gjelde krav til lovlig selskapsrettslig og regnskapsrettslig gjennomføring for at en fusjon eller fisjon skal kunne gjennomføres skattefritt.

#### **11.2 Gjeldende rett**

Skatteloven § 11-1 annet ledd bestemmer at de fritak og begrensninger i alminnelige bestemmelser om skatteplikt, som følger av skattelovens bestemmelser om skattefrie fusjoner og fisjoner, bare gjelder dersom fusjonen eller fisjonen gjennomføres på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler. I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) er det i merknadene til utkastet til selskapsskatteloven § 8-1 på s 70 (nå skatteloven § 11-1) uttalt:

”Bare fusjoner og fisjoner som er gjennomført i henhold til gjeldende norske selskaps- og regnskapsrettslige regler, er omfattet av bestemmelsene i kapittel 8. Transaksjoner som er nødvendige for å gjennomføre f eks en fisjon, må være innenfor de lovlige rammer som er fastsatt i nevnte lovverk. Overholdes ikke disse bestemmelsene, skal transaksjonene

skattemessig vurderes uavhengig av de lempninger og fritak som kapittel 8 gir. De alminnelige skatteregler kommer da til anvendelse på transaksjonene. Det vises til punktene 2.6 og 4.13.”

I utgangspunktet er konsekvensene av at kravet til lovlig gjennomføring ikke oppfylles, at transaksjonen utløser beskatning så vel på selskapsnivå som på aksjonærnivå.

Departementet har i et brev til Skattedirektoratet av 9. april 2003 avgitt en uttalelse om vilkåret om at fusjon og fisjon må være gjennomført på lovlig måte etter selskapsrettslige regler. Uttalelsen ble avgitt på bakgrunn av at det overfor departementet hadde vært reist spørsmål om ethvert brudd på vilkårene for skattefri fusjon eller fisjon medfører at gjennomføring av transaksjonen ikke kan skje uten beskatning. Departementet uttalte at i påvente av en gjennomgang av regelverket hadde man ikke noen innvendinger mot at det ble praktisert et vesentlighetskriterium.

Departementet bemerket at i forhold til kravet til lovlig gjennomføring etter selskapslovgivningen, vil heller ikke ethvert avvik fra selskapslovgivningen medføre at transaksjonen ikke kan anses som en skattefri fusjon eller fisjon.

Departementet antok at vurderingen av om en feil ved den selskapsrettslige gjennomføringen av en fusjon eller fisjon var av en slik karakter at den innebar at fusjonen eller fisjonen måtte anses skattepliktig, burde ta utgangspunkt i hensynene bak reglene om skattefri fusjon og fisjon. De sentrale hensynene som ble omtalt i Ot.prp. nr. 71 (1995-96) var kravet til fusjons- og fisjonsmåter, regnskapsmessig behandling, skattemessig kontinuitet for selskap og aksjonær og tilleggsvederlag. Det ble videre uttalt at i forhold til selskapsrettslige saksbehandlingsregler, ville brudd på slike regler normalt ikke få skattemessig betydning med mindre særlige skattemessige hensyn tilsier noe annet.

I forhold til kravet til lovlig regnskapsmessig gjennomføring vil det være avgjørende at transaksjonen er gjennomført i samsvar med de bestemmelser som regulerer slike transaksjoner i regnskapsloven og i gjeldende regnskapsstandarder. Regnskapsmessig gjennomføring etter transaksjonsprinsippet er det formelle utgangspunktet etter regnskapslovgivningen. Den regnskapsmessige behandlingen skal da gjennomføres som et oppkjøp. Etter transaksjonsprinsippet skal fusjonen eller fisjonen gjennomføres i henhold til reelle markedsmessige verdier. Regnskapslovgivningen tillater regnskapsmessig kontinuitet dersom det er tale om omorganisering av eksisterende eierinteresser eller ved fusjon og fisjon av små foretak. I praksis vil fusjon og fisjon regnskapsmessig ofte gjennomføres i samsvar med kontinuitetsprinsippet. Det vises til nærmere omtale av regnskapsmessig gjennomføring under kapittel 8.

### **11.3 Departementets vurderinger og forslag**

Gjeldende ordlyd i skatteloven § 11-1 annet ledd gir uttrykk for et strengt selskapsrettslig og regnskapsrettslig lovlighetskrav. Uriktig selskapsrettslig eller regnskapsrettslig gjennomføring av en fusjon eller fisjon, vil kunne ha som konsekvens at fusjonen eller fisjonen ikke kan gjennomføres skattefritt.

Departementet uttalte imidlertid i brev av 9. april 2003, at når det gjaldt etterlevelse av selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler, hadde man ikke innvendinger mot at det ble praktisert et vesentlighetskriterium.

Når det gjelder selskapsrettslige saksbehandlingsregler spesielt, uttalte departementet i ovennevnte brev blant annet følgende:

”(..) disse normalt ikke være begrunnet ut fra skatterettslige hensyn. Brudd på slike saksbehandlingsregler vil derfor ofte, ut fra en skatterettslig synsvinkel, fremstå som mindre vesentlige. Departementet antar derfor at brudd på slike regler normalt ikke bør få skatterettslig betydning med mindre særlige skattemessige hensyn tilsier noe annet. Departementet legger imidlertid til grunn at en forutsetning for at slike feil ikke skal få innvirkning på den skattemessige behandlingen av fusjonen eller fisjonen må være at feilen ikke er av en slik karakter at den kunne medført ugyldighet dersom den ble påberopt.”

Brudd på selskapsrettslige saksbehandlingsregler vil således bare få konsekvenser for den skattemessige behandlingen av fusjonene eller fisjonen, dersom feilen er av en slik art at den kunne medført ugyldighet om den ble påberopt. Innholdet i uttalelsen er også meddelt skatteetaten ved at den er inntatt i Lignings-ABC, se siste utgave for 2008/09 på side 560-562. For skattemyndighetene vil vurderingen av om en feil ved den selskapsrettslige gjennomføringen skal få konsekvenser for skattefriheten ved en fusjon eller fisjon, kunne lede til en rekke kompliserte vurderinger.

Skatteloven §§ 11-2 og 11-4 bestemmer at henholdsvis fusjon og fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper kan gjennomføres skattefritt når den følger reglene i henholdsvis kapittel 13 og 14 i aksjeloven og tilsvarende i allmennaksjeloven. Det er i § 11-2 og § 11-4 gjort unntak fra adgang til skattefrihet for visse fusjons- og fisjonsformer. For aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper gir henvisningen til fusjons- og fisjonsreglene i aksjelovene trygghet for at de vesentligste selskapsrettslige regler når det gjelder lovlige fusjons- og fisjonsformer er oppfylt.

For andre selskapstyper enn aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, hvor det mangler selskapsrettslig regulering av fusjon og fisjon, er det mer usikkert hva som ligger i henvisningen til lovlig selskapsrettslig gjennomføring. For disse selskapene gjelder at fusjon og fisjon skal gjennomføres ved bruk av anerkjente selskapsrettslig mekanismer som eierskifte, nystiftelse og oppløsning og avvikling.

Kravet om lovlig gjennomføring har størst betydning når det gjelder fusjons- og fisjonstyper, skattemessig kontinuitet for selskaper og aksjonærer, samt tilleggsvederlag. Skatteloven angir i § 11-2 første ledd hvilke fusjonsmåter som kan gjennomføres skattefritt for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. I § 11-2 annet ledd er det regler for fusjon av to eller flere samvirkeforetak. Selskaper og sammenslutninger som er likestilt med aksjeselskaper etter bestemmelsene i § 10-1 kan etter § 11-2 tredje ledd fusjoneres uten skattlegging etter de samme prinsipper som gjelder for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Det er gitt tilsvarende regler for fisjon for aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper, samvirkeforetak og likestilte selskaper i henholdsvis § 11-4 første, annet og tredje ledd. Regler for fusjon av deltakerlignede selskaper er gitt i § 11-3 og for fisjon av slike selskaper i § 11-5. Bestemmelsene i §§ 11-2 til 11-5 regulerer hvordan fusjon og fisjon skal gjennomføres for å kunne skje uten at skatteplikt utløses. Disse

reglene fastsetter også at det ikke kan ytes tilleggsvederlag som går utover 20 pst. av det totale vederlaget. Kravet til skattemessig kontinuitet for selskap og aksjonær ved fusjon og fisjon følger av skatteloven § 11-7.

Alle de krav departementet vurderte som vesentlige for at en fusjon eller fisjon skulle kunne gjennomføres skattefritt, er regulert i andre bestemmelser enn § 11-1 annet ledd hvor lovlighetskravet i dag finnes. Det er således dobbel hjemmel for de fleste av de krav til gjennomføring av skattefrie fusjoner og fisjoner som departementet la til grunn som vesentlige.

Det er ikke åpenbart at ligningsmyndighetene bør foreta vurderinger av forhold ved gjennomføringen av en fusjon eller fisjon som primært er fastsatt av andre hensyn enn skattemessige, eller eventuelt for å ivareta interessene for private parter. Det kan derfor reises spørsmål ved hensiktsmessigheten av å knytte rettsvirkninger til streng etterlevelse av selskapsregler for at en fusjon eller fisjon skal kunne gjennomføres skattefritt. Spesielt gjelder dette dersom hensikten ikke er å kreve absolutt etterlevelse, men er begrenset til å praktisere et vesentlighetskriterium. Konsekvensen av å fjerne kravet til lovlig selskapsrettslig gjennomføring av en fusjon eller fisjon, vil være at transaksjonen må legges til grunn i forhold til skattereglene, med mindre den etter selskapslovgivningen er ugyldig. Det vil kunne oppfattes som uforholdsmessig at mindre feil ved gjennomføringen av en fusjon eller fisjon skal utløse beskatning både på selskaps- og aksjonærnivå. Aksjonærer vil ofte ikke kunne påvirke gjennomføringen av transaksjonen. Det kan i slike tilfeller virke lite rimelig at aksjonærer som ikke har kunnet påvirke utfallet av transaksjonen, likevel må bære konsekvensene i form av beskatning. For selskapsaksjonærer under fritaksmetoden vil sanksjoner i form av skattlegging dessuten heller ikke ha effekt. Ulikebehandling av personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer når det gjelder skattemessige sanksjoner på brudd på fusjons- og fisjonsreglene, vil være uheldig.

Departementet foreslår derfor at feil ved gjennomføringen av en fusjon eller fisjon ikke bør få innvirkning på den skattemessige behandlingen av transaksjonen med mindre den nektes registrert eller er i strid med de øvrige krav som fremgår av skatteloven kapittel 11.

Når det gjelder kravet til lovlig regnskapsmessig gjennomføring i skatteloven § 11-1 annet ledd, er utgangspunktet at fusjonen eller fisjonen også i forhold til dette kravet må være gjennomført fullt ut i samsvar med gjeldende bestemmelser i regnskapslovgivningen og regnskapsstandarder. Dersom kravene til lovlig regnskapsmessig gjennomføring ikke er oppfylt, og de feil som er gjort ikke er uvesentlige, vil utgangspunktet etter gjeldende rett være at de alminnelige skattereglene knyttet til en skattepliktig realisasjon kommer til anvendelse. Det er således på det rene at anvendelse av feil regnskapsprinsipp kan lede til at fusjonen eller fisjonen ikke kan gjennomføres skattefritt.

At mindre avvik fra bestemmelsene i regnskapsloven/ regnskapsstandarder skal lede til at hele transaksjonen ikke kan skje skattefritt, kan virke lite rimelig. Det naturlige virkemiddel ved feil i den regnskapsmessige gjennomføringen er at den regnskapsmessige feilen rettes. Etter regnskapsloven § 4-3 annet ledd skal vesentlige feil føres mot egenkapitalen. Med vesentlige feil skal forstås feil som, dersom de ikke blir rettet opp, vil gi et uriktig inntrykk av virksomhetens økonomiske status eller resultat. Mindre feil skal resultatføres som ekstraordinære

kostnader/inntekter, jf. NRS nr. 5 pkt. 3.5. Små foretak kan resultatføre alle endringer av regnskapsprinsipp og korrigerende av feil i tidligere årsregnskap, jf. regnskapsloven § 4-3 siste ledd.

Det er skattemessig uten betydning om en fusjon eller fisjon regnskapsmessig gjennomføres etter transaksjonsmetoden eller kontinuitetsmetoden. Begge metodene er tillatt, men det er de faktiske forhold i den enkelte transaksjon som avgjør hvilket prinsipp som skal anvendes.

Departementets brev av 9. april 2003 har også på dette området avklart at det gjelder et vesentlighetskriterium. Dette betyr at feil ved anvendelsen av regnskapsreglene ikke får betydning for skattefriheten for fusjonen eller fisjonen med mindre feilen må bedømmes som vesentlig.

Det kan reises spørsmål ved om det er hensiktsmessig at ligningsmyndighetene skal føre kontroll med om regnskapsprinsippene er anvendt korrekt ved gjennomføring av en fusjon eller fisjon. Det er ikke åpenbart at det er rimelig å knytte absolutte skattemessige rettsvirkninger til etterlevelse av regnskapsrettslige regler ved gjennomføring av en fusjon eller fisjon. Det sentrale for ligningsmyndighetene ved slike transaksjoner, er å kontrollere at de vilkår som skatteloven selv stiller opp, blant annet kravene til lovlige fusjonsmåter og om skattemessig kontinuitet, er oppfylt. At anvendelse av uriktig regnskapsprinsipp kan påvirke muligheten til å utbetale utbytte, er i seg selv ikke et egentlig skattemessig problem. Både transaksjonsprinsippet og kontinuitetsprinsippet er tillatt, avhengig av de faktiske forhold ved den enkelte transaksjon. Spørsmålet om anvendelse av korrekt regnskapsprinsipp vil være et mer vesentlig spørsmål for selskapenes eiere og for dets kreditorer enn for skattemyndighetene.

Etter departementets syn bør det derfor ikke videreføres et krav i skatteloven om at fusjon eller fisjon for å være skattefri må gjennomføres på lovlig måte etter regnskapsrettslige regler. Dette kravet foreslås derfor opphevet. Det vises til utkast til endring av skatteloven § 11-1 annet ledd.

Dersom det gjennomføres transaksjoner i strid med de gjeldende krav til lojalitet, vil transaksjonen kunne settes til side eller utnyttelse av skatteposisjoner avskjæres. Det vises til nærmere omtale av dette under del VIII.

## **12. Trekantfusjoner**

### **12.1 Innledning**

Konsernfusjoner og -fusjoner kjennetegnes ved at aksjonærene i det overdragende selskap ikke mottar vederlagsaksjer i det overtakende selskap, men i et selskap som tilhører samme konsern som det overtakende selskap. Konsernfusjoner reguleres av aksjeloven og allmennaksjeloven § 13-2 annet ledd, mens konsernfusjoner reguleres av aksjeloven og allmennaksjeloven § 14-2 tredje ledd.

Konsernfusjoner og -fusjoner kan gjennomføres uten beskatning såfremt aksjonærene i det overdragende selskap mottar vederlagsaksjer i det overtakende selskaps morselskap, jf. skatteloven § 11-2 første ledd. Slike konsernfusjoner og -fusjoner omtales i det følgende som trekantfusjoner og -fusjoner. Dersom

aksjonærene i det overdragende selskap mottar aksjer i et annet konsernselskap enn morselskapet til det overtakende selskap, kan konsernfusjonen eller -fisjonen ikke gjennomføres med skattefritak, jf. skatteloven § 11-2 første ledd annet pkt. Den følgende fremstillingen omhandler kun trekantfusjoner og -fisjoner.

Trekantfusjoner og -fisjoner kan gjennomføres etter den såkalte fordringsmodellen. Dette innebærer at det overtakende selskap utsteder en fordring som tilsvarer egenkapitalen som det overtakende selskap tilføres ved fusjonen eller fisjonen, jf. aksjeloven og allmennaksjeloven § 13-2 annet ledd annet pkt. og § 14-2 tredje ledd annet pkt. Denne fordringen benyttes som aksjeinnskudd for aksjene som utstedes i det overtakende selskaps morselskap.

Etter aksjeloven og allmennaksjeloven er det ikke et obligatorisk krav at fordringsmodellen skal benyttes ved konsernfusjoner, jf. uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 6. september 2000, og Aarbakke m.fl., Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer, annen utgave, s. 792.. Forhøyelse av aksjekapitalen kan i stedet skje ved at morselskapet benytter egne aksjer som fusjonsvederlag, eller ved en fondsemisjon. Det siste er mindre praktisk da det etter regnskapsloven ikke er adgang til å skrive opp verdien av aksjene i datterselskapet. I det følgende omtales kun trekantfusjoner og -fisjoner etter fordringsmodellen.

Til forskjell fra ordinære topartsfusjoner og -fisjoner, hvor den aktuelle transaksjonen som regel kun involverer to parter (overdragende og overtakende selskap), vil en trekantfusjon og -fisjon i tillegg involvere overtakende selskaps morselskap. Skattelovens regler om fusjoner og fisjoner er ikke utformet med tanke på slike trepartstransaksjoner. Det er derfor nødvendig å foreta visse tilpasninger av reglene. I punkt 3 nedenfor vurderes slike tilpasninger i reglene om skattemessig behandling av fusjoner og fisjoner.

## **12.2 Gjeldende rett**

På aksjonærnivå reiser ikke trekantfusjoner og -fisjoner etter fordringsmodellen spesielle problemstillinger i forhold til vilkåret om skattemessig kontinuitet, sammenlignet med kontinuitetsvilkåret ved ordinære topartsfusjoner og -fisjoner. Skatteposisjoner knyttet til aksjene i det overdragende selskap, skal videreføres på vederlagsaksjene som tildeles i overtakende selskaps morselskap.

På selskapsnivå skal overtakende selskap, på samme måte som ved topartsfusjoner og -fisjoner, videreføre skattemessige verdier og ervervstidspunkter for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres, jf. skatteloven § 11-7.

Ved trekantfusjoner oppstår det i tillegg et spørsmål om hvordan fusjonsfordringen som etableres mellom det overtakende selskapet og dette selskapets morselskap, skal behandles skattemessig. Dette er ikke særskilt regulert i § 11-7, men må løses på bakgrunn av de grunnleggende forutsetningene om skattemessig kontinuitet som reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner bygger på.

I forbindelse med behandlingen av søknader om skattefritak ved konvertering av fusjonsfordringer til aksjekapital, har departementet lagt til grunn at skattemessig verdi på fusjonsfordringen tilsvarer skattemessig verdi av den egenkapital som

overføres ved trekantfusjonen eller -fisjonen. Dette tilsvarer den egenkapitalstørrelsen som beregnes på bakgrunn av de skattemessige verdier av eiendeler og gjeldsposter, dvs. de skattemessige nettoverdier som overføres til det overtakende selskap. Beløpsmessig vil den skattemessige egenkapitalen som overføres tilsvare den regnskapsmessige egenkapitalen som overføres, med fradrag for beregnet egenkapitalandel av eventuelle netto positive midlertidige forskjeller som overføres til, eventuelt etableres hos, det overtakende selskap.

Departementet har videre lagt til grunn at det er skatteplikt for gevinst og fradragsrett for tap ved realisasjon av fusjons- og fisjonsfordringer som utstedes av overtakende datterselskap ved trekantfusjoner og -fisjoner etter fordringsmodellen, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 1 (2001-2002) pkt. 17.3 og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) punkt 33.3. Dette gjelder også motsvarende for gevinst eller tap på fusjonsfordringen hos debitorselskapet.

## **12.3 Departementets vurderinger**

### **12.3.1 Innledning**

Ved trekantfusjoner og -fisjoner oppstår det særlige problemstillinger i forhold til kravet om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå. Kontinuitetsprinsippet innebærer blant annet at det ikke skal etableres nye og bedre skatteposisjoner enn det enkelte selskap hadde før fusjonen eller fisjonen. Kontinuitetsprinsippet i skatteloven § 11-7 første ledd er imidlertid utformet med tanke på at det vil være to parter ved fusjonen eller fisjonen; det overdragende og det overtakende selskap. Skatteposisjonene fra det overdragende selskap skal videreføres i det overtakende selskap.

Ved trekantfusjoner og -fisjoner er det imidlertid tre parter, ettersom det erverves aksjer i et annet selskap enn det overtakende selskap, nærmere bestemt i det overtakende selskaps morselskap. Ved slike trepartstransaksjoner må utgangspunktet være at det overtakende selskap og det overtakende selskaps morselskap samlet sett skal stå i samme skattemessige stilling som overtakende selskap ved topartstransaksjoner.

### **12.3.2 Skattemessig behandling av fusjonsfordringen**

Ved trekantfusjoner og fisjoner overføres det overdragende selskapets eiendeler og gjeld til det overtakende selskap. Samtidig utstedes det en fordring til morselskapet basert på den regnskapsmessige nettoverdien av det som overføres fra det overdragende til det overtakende selskapet. Etableringen av fordringen medfører at den regnskapsmessige egenkapitalen i det overtakende selskapet forblir uendret, idet de verdier som det overtakende selskapet har fått tilført ved fusjonen eller fisjonen, motsvares av den gjelden som etableres til morselskapet. Egenkapitaløkningen skjer i stedet i morselskapet.

Dersom den regnskapsmessige verdien av eiendelene som ble overført ved fusjonen eller fisjonen er høyere enn den skattemessige verdien, vil den ubeskattede kapitalen som overføres til det overtakende selskapet reflekteres i morselskapets fordring på det overtakende datterselskapet. Som nevnt ovenfor

under punkt 2.3 har departementet lagt til grunn at skattemessig verdi på fordringen tilsvarer skattemessig verdi av den egenkapital som overføres ved trekantfusjonen eller -fisjonen. Dette sikrer at den ubeskattede kapitalen i datterselskapet som reflekteres i fordringen, ikke kan deles ut fra morselskapet uten at dette gir grunnlag for korreksjonsinntekt. Dette sikrer skattemessig kontinuitet og likebehandling med topartsfusjoner og -fisjoner. Etter departementets syn kan det være grunn til å presisere denne forutsetningen i skatteloven § 11-7.

Hensynet til skattemessig kontinuitet og likebehandling med topartsfusjoner og -fisjoner skulle tilsi at den skattemessige verdien av fusjons- eller fisjonsfordringen endret seg i takt med endringene i midlertidige forskjeller på de eiendelene i datterselskapet som ble overført ved fusjonen eller fisjonen. Det ville i så fall være nødvendig å holde oversikt over de skattemessige verdier på eiendeler i datterselskapet som ble overført ved fusjonen eller fisjonen, og senere realisasjon av disse eiendelene. Dette vil komplisere regelverket, og kan særlig være problematisk i tilfeller der aksjene i datterselskapet realiser og konserntilknytningen opphører. Det foreslås derfor ikke en slik løpende regulering av den skattemessige verdien på fordringen.

Det vises til forslag til nytt annet ledd i skatteloven § 11-7 annet ledd.

### **12.3.3 Realisasjon og innfrielse av fordringen**

Fordringen kan, umiddelbart etter fusjonen eller fisjonen eller senere, innfris eller konverteres til aksjekapital. Det kan også tenkes at fordringen overdras til tredjemann. Departementet foreslår å lovfeste at gevinst eller tap ved realisasjon og innfrielse av fusjons- og fisjonsfordringer vil være skattepliktig/fradragsberettiget for morselskapet. Videre foreslås det å lovfeste at tap eller gevinst som følge av at fordringen innfris til en annen verdi enn skattemessig verdi, medfører fradragsrett eller skatteplikt for datterselskapet. Dette er i tråd med den rettsoppfatningen departementet har lagt til grunn tidligere, jf. ovenfor.

Gevinst/tap ved realisasjon av fordringen utgjør differansen mellom fordringens salgssum fratrukket den skattemessige verdien av fordringen. Ved delvis innfrielse av fordringen, vil gevinsten utgjøre nedbetalingsbeløpet, i den grad nedbetalingsbeløpet sammen med eventuelt tidligere nedbetalinger, overstiger fordringens skattemessige verdi. Når gevinsten ved realisasjonen eller innfrielsen inntektsføres, vil de midlertidige forskjellene i morselskapet bli opphevet, og det vil ikke lenger være grunnlag for korreksjonsinntekt ved en eventuell utdeling.

I datterselskapet vil innfrielse av fordringen føre til tilsvarende tapsfradrag, eventuelt gevinstbeskatning hvis de skattemessige verdier er høyere enn regnskapsmessige verdier. Fradragsføring av tap medfører at de skattereduserende midlertidige forskjellene knyttet til fordringen vil bli utlignet. De midlertidige forskjellene på de verdier som ble overført ved fusjonen eller fisjonen vil ikke bli påvirket av innfrielsen.

Skattebelastningen i morselskapet som følge av realisasjonen vil bli utlignet ved at et tilsvarende tap vil være fradragsberettiget for datterselskapet. Når selskapene tilhører et skattekonsern, vil en beskatning og fradragsføring samme år normalt ha

liten reell betydning. Konsernets totale skattebelastning i det aktuelle inntektsåret vil normalt ikke bli påvirket av inntekts- og fradragsføringen. En slik beskatning og tilhørende fradragsføring vil ikke reelt sett medføre noen beskatning av ubeskattede verdier.

En beskatning og tilhørende fradragsføring i datterselskapet i innfrielsesåret, vil kunne føre til at de midlertidige forskjellene kan deles ut uten korreksjonsinntektsberegning. Denne effekten bør etter departementets vurdering nøytraliseres.

Tempoet i utligningen av de midlertidige forskjellene knyttet til eiendelen som er overført til datterselskapet til datterselskapet i forbindelse med fusjonen eller fisjonen vil variere. Blant annet vil det ha betydning hva forskjellene består i. I noen tilfeller vil forskjellen bli utlignet allerede året etter, mens det i andre tilfeller tar lengre tid. Etter departementets oppfatning bør en av forenklingshensyn ha en ensartet måte å inntektsføre gevinsten og fradragsføre tapet på. Det foreslås derfor at morselskapet får anledning til å føre gevinsten på gevinst- og tapskontoen. Tilsvarende tap hos datterselskapet må føres på gevinst- og tapskontoen. Når morselskapet og datterselskapet ses under ett, vil skatteplikten i morselskapet bli utlignet av fradragsføringen i datterselskapet. Korreksjonsinntekt vil oppstå hvis det foretas utdelinger av ubeskattet kapital før gevinsten på fordringen er tatt til beskatning.

Fradragsføringen av tap i datterselskapet forutsetter at fordringen innfris eller konverteres til aksjekapital. Hvis fordringen overdras til tredjemann, vil det ikke oppstå noe tap i datterselskapet før fordringen innfris overfor tredjemann.

Ovennevnte innebærer at de positive midlertidige forskjellene knyttet til de overførte driftsmidlene må utlignes for at skattyter skal få tilgang til de overførte merverdiene uten at det utløser korreksjonsinntekt. Morselskapet kan velge å ta gevinsten til beskatning umiddelbart. Selskapet vil da kunne unngå korreksjonsinntekt ved utdelingen. Fradragsføringen i datterselskapet vil imidlertid skje over gevinst- og tapskontoen.

Det vises til forslag til nytt tredje ledd i skatteloven § 11-7 annet og tredje ledd.

## **DEL V      OMDANNING – ENDRING AV SELSKAPSFORM**

### **13.    Området for skattefrie omdanning etter gjeldende rett**

Med omdanning (i egentlig forstand) menes en endring av juridisk organisasjonsform der virksomhet og tilhørende eiendeler og gjeld overdras til et nytt selskap eller foretak med en annen organisasjonsform enn det opprinnelige foretaket, mot et vederlag som hovedsakelig består i eierandeler i den nye enheten.

I utgangspunktet vil overdragelse av virksomhet og eiendeler til et nytt rettssubjekt være å anse som skattepliktig realisasjon av eiendelene. I tilfeller hvor omdanningen forutsetter likvidasjon av et eksisterende selskap, vil omdanningen normalt også medføre at eierandelene anses realisert, og at skatteposisjoner må gjøres opp.

Det er likevel ikke alle *selskapsendringer* som behandles som realisasjon. I praksis er det lagt til grunn at følgende omdanninger kan skje med skattemessig kontinuitet:

- fra kommandittselskap til ansvarlig selskap med delt ansvar
- fra kommandittselskap til indre selskap,
- fra andelslag til aksjeselskap

Skattemessig kontinuitet innebærer at det overtakende selskap overtar det overdragende selskaps skattemessige verdier på eiendeler, at skatteposisjoner videreføres uendret, samt at eierne overfører sine skattemessige inngangsverdier til nye eierandeler.

Omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap, samt fra allmennaksjeselskap til det europeiske SE-selskap innebærer ikke at selskapet oppløses eller at det opprettes en ny juridisk person. Dette anses derfor ikke som skattemessig realisasjon.

I tillegg til dette er departementet i skatteloven § 11-20 gitt fullmakt til å gi forskrifter om skattefri omdanning av næringsvirksomhet i nærmere angitte tilfeller. Bestemmelser om dette er tatt inn i skattelovforskriften § 11-20.

Etter skattelovforskriften § 11-20-1 kan enkeltpersonforetak, deltakerlignet selskap og kommunalt eller fylkeskommunalt kraftforetak omdannes skattefritt til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Bestemmelsene i skattelovforskriften § 11-20-1 gjelder også tilsvarende så langt de passer for omdanning fra enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap. Utenfor disse tilfellene må det eventuelt søkes om fritak etter skatteloven § 11-22 for å gjennomføre omdanning uten umiddelbar beskatning.

Som hovedregel er fritak etter skattelovforskriften § 11-20-1 begrenset til omdanning som innebærer endring av organisasjonsform *til* aksjeselskap. Unntak gjelder likevel for overgang fra enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap.

Forskriften åpner heller ikke for skattefri omdanning til aksjeselskap fra annet selskapslignet selskap. Dermed kan ikke sparebanker, gjensidig forsikringsselskap, statsforetak osv. omdannes skattefritt til aksjeselskap uten forutgående vedtak om skattefritak etter skatteloven § 11-22.

I skattefritakspraksis er det ingen eksempler på saker der det er truffet vedtak om omdanning fra aksjeselskap til andre selskapsformer. Derimot finnes det noen saker som gjelder omdanning fra annen selskapslignet enhet til aksjeselskap. I skattefritakspraksis frem til St.meld. nr. 16 (1997-1998), ble det rapportert om 14 tilfeller, som bl.a. gjaldt kredittforeninger (5), andelslag (3<sup>1</sup>), gjensidige forsikringsselskaper (1), samt flere saker som gjaldt søknad om omdanning av foreninger til aksjeselskap. Etter dette er det behandlet et fåtall saker i året, herunder omdanning til aksjeselskap for stiftelse, gjensidig selskap, statsforetak og sparebank.

Omdanningsadgangen etter skattelovforskriften § 11-20 gjelder for overgang til aksjeselskap ”stiftet i samsvar med reglene i aksjeloven eller allmennaksjeloven”.

---

<sup>1</sup> I disse sakene ble det ikke ansett nødvendig med vedtak om fritak ettersom omorganiseringen kunne gjennomføres uten beskatning etter gjeldende rett, jf. uttalelse FIN Utv. 93/500.

Det nye selskapet må således være et norsk aksjeselskap. Dette utelukker omdanning fra norsk enkeltpersonforetak og deltakerlignet selskap til utenlandsk selskap. Videre utelukkes omdanning fra en type utenlandsk enhet til en annen.

Omdanning fra utenlandsk selskap til norsk selskap vil også som hovedregel falle utenfor forskriften. Unntak gjelder for utenlandsk deltakerlignet selskap med deltakere som er skattepliktig til Norge. På grunn av deltakernes skatteplikt til Norge, vil dette være et "deltakerlignet selskap som nevnt i skatteloven § 10-40 første ledd". Tilsvarende vil et norsk deltakerlignet selskap med utenlandske deltakere være omfattet av anvendelsesområdet for omdanningsreglene. Det vises for øvrig til kapittel 17 for nærmere omtale av grenseoverskridende tilfeller.

## **14. Departementets vurderinger og forslag**

### **14.1 Innledning**

Det er et spørsmål om en bør lovregulere at flere selskaps- eller foretakstyper enn i dag kan endre organisasjonsform uten umiddelbar beskatning av foretaket og dets eiere.

Det grunnleggende hensyn at skattereglene ikke bør være til hinder for bedriftsøkonomisk hensiktsmessige omorganiseringer, kan tale for en vid adgang til å foreta skattefri omdanning, jf. kapittel 5. En utvidelse av omdanningsinstituttet kan også redusere behovet for en skattefritakshjemmel, og kan dermed innebære administrative besparelser.

Departementets søknadsbehandling i tilknytning til skattefritaksbestemmelsen i skatteloven § 11-22 sier en del om næringslivets behov for å kunne omdanne til eller fra bestemte selskapsformer. Ved vurderingen av en mulig utvidelse av det lovfestede anvendelsesområdet for omdanningsreglene bør det legges vekt på om det er påvist et behov for fritaksregler gjennom praksis.

En vurdering av anvendelsesområdet for omdanningsinstituttet må videre ta behørig hensyn til skattemessige, selskapsrettslige og faktiske forskjeller mellom de ulike foretaksformene. I det følgende drøftes enkelte generelle prinsipper for regler om skattefri omdanning.

### **14.2 Skattemessig kontinuitet**

Reglene for skattefri omdanning i skattelovforskriften § 11-20 forutsetter at omdanning gjennomføres med skattemessig kontinuitet med hensyn til:

- skatteposisjoner (§ 11-20-2)
- skattemessig "innbetalt kapital" (§ 11-20-3)
- inngangsverdi og ervervstidspunkt for eiendeler som overføres (§ 11-20-6)
- inngangsverdi for vederlagsaksjer eller -andeler (§ 11-20-3)

Tilsvarende krav oppstilles ved vedtak om skattefri omdanning i henhold til skatteloven § 11-22, og ved skattefri fusjon og fisjon etter skatteloven § 11-1 flg.

Ved en eventuell utvidelse av området for skattefri omdanning, er det et sentralt hensyn at omdanning kan skje med skattemessig kontinuitet etter tilsvarende prinsipper. I mange omdanningstilfeller vil dette ikke være problematisk. Skattemessige posisjoner og inngangsverdier på eiendeler kan videreføres til det nye selskapet, og eierne kan overføre sine inngangsverdier til de nye aksjene.

Særlige spørsmål kan likevel reise seg ved omdanning som innebærer overføring av eierandeler til selveiende stiftelser og lignende, som er fritatt for skatteplikt. Dette vil for eksempel gjelde ved omdanning av sparebank til aksjeselskap, der alle aksjer som ikke utstedes ved ombytting av egenkapitalbevis, skal overføres til en stiftelse. For å sikre skattemessig kontinuitet i denne situasjonen, vil det være behov for vilkår som medfører at realisasjon av aksjer på stiftelsens hånd utløser beskatning av de fritatte gevinster. I skattefritakspraksis er dette løst ved at det beregnes en realisasjonsgevinst ved omdanningen, som kommer forholdsmessig til beskatning på det omdannede selskaps hånd dersom stiftelsen realiserer aksjer, jf. nærmere i punkt 14.6.3.

### **14.3 Samordningsadgang**

Etter gjeldende rett er det anledning til å omdanne med skattemessig kontinuitet fra enkeltpersonforetak, kommunalt kraftforetak og deltakerlignet selskap til aksjeselskap/allmennaksjeselskap, samt fra enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap. Et fellestrekk ved disse tilfellene er at overføring av virksomhet til et selskap ikke fører til at skatteposisjoner kommer nærmere en personlig skattyter enn de var før omdanningen. Ved overgang fra enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap til aksjeselskap, vil omdanningen tvert imot føre til at eventuelle skatteposisjoner lukkes inn i ett selskap som skal lignes selvstendig, og den personlige aksjonæren vil som hovedregel ikke ha anledning til å samordne selskapets underskudd eller fradragsposter med inntekt innenfor sin egen økonomi. Ved omdanning fra enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap vil den personlige skattyteren fortsatt ha anledning til å utnytte skatteposisjoner som er opparbeidet i virksomheten, men ikke i større grad enn tidligere.

På samme måte vil omdanning etter gjeldende regler heller ikke føre til at den personlige skattyteren gjennom en skattefri transaksjon kommer nærmere de ubeskattede midler og aktiva som ligger i virksomheten. Foretaksformuen vil i alle disse tilfellene overføres til et selskap som er et eget rettssubjekt, og som etter selskaps- og regnskapsrettslige regler behandles atskilt fra den personlige skattyterens egen økonomi. Omdanning i samsvar med skattelovforskriften vil dermed ikke kunne gi privatpersoner større rådighet over virksomhetens kapital.

Av hensyn til sammenhengen i systemet, mener departementet at det bør holdes fast på prinsippet om at omdanning ikke skal kunne føre personlig skattytere nærmere en foretaksformue og/eller skatteposisjoner som er opparbeidet i en organisasjonsform som utgjør et eget skattesubjekt.

### **14.4 Eierkontinuitet**

Omdanning etter skattelovforskriften §§ 11-20-1 flg. innebærer en ombytting av eiendeler fra næringseiendeler til aksjer i aksjeselskap eller andeler i deltakerlignet

selskap. Skattyter vil i hovedsak eie det samme etter omdanningen som tidligere, men i en annen juridisk form. Ved omdanning fra enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap til aksjeselskap, er det et vilkår at den tidligere innehaver av foretaket tegner minst 80 pst. av aksjene i selskapet, jf. skattelovforskriften § 11-20-9. De resterende 20 pst. kan tegnes av eierens arvinger eller andre med særlig tilknytning til virksomheten (ansatte). Kravet er strengere enn det selskapsrettslige kravet til eierkontinuitet som gjelder ved fusjon og fisjon etter aksjeloven (og etter skatteloven for deltakerlignede selskaper), fordi det også stiller krav om hvem som kan komme inn på eiersiden i det omdannede selskapet. Ved omdanning av selskaper som allerede er egne skattesubjekter, er det i skattefritakspraksis stilt krav om full eiermessig kontinuitet. Dette er også kravet for de tilfeller hvor omdanning etter ulovfestet praksis ikke er ansett for å utløse realisasjonsbeskatning, herunder omdanning av andelslag til aksjeselskap.

Eiermessig kontinuitet bør fortsatt være et grunnleggende vilkår for skattefrie omdanning. Den nærmere gjennomføring av dette er beskrevet i kapittel 15.

Ved en eventuell utvidelse av anvendelsesområdet for gjeldende forskriftsregulering, vil dette kravet reise få problemer for foretaksformer som har privatrettslige eiere i egentlig forstand, herunder bl.a. selskap med begrenset ansvar (BA) og statsforetak. Det er mer problematisk for sammenslutninger som ikke har tradisjonelle eierandeler, men har andelshavere eller interessenter med en klar økonomisk og rettslig interesse i foretaket. Som eksempel på det sistnevnte kan nevnes medlemmer i samvirkeforetak, forsikringstakere/kunder i et gjensidig forsikringsselskap og eiere av grunnfondsbevis i sparebanker.

Vanskeligst vil et krav om eiermessig kontinuitet være å oppfylle i sammenslutninger som ikke har egentlige privatrettslige eiere, og hvor det heller ikke finnes medlemmer med en økonomisk interesse i foretaket. Eksempel på dette er selveiende stiftelser og foreninger som ikke tjener medlemmenes økonomiske interesser. I disse tilfellene er det problematisk å konstruere eiermessig kontinuitet. Normalt vil heller ikke økonomisk virksomhet være det vesentligste i slike organisasjoner, og hensynene bak fritaksreglene gjør seg ikke gjeldende i samme grad.

## **14.5 Selskapsrettslige forhold**

Selskapslovgivningen inneholder i liten grad spesifikke bestemmelser om omdanning fra en selskapsform til en annen. Ett unntak fra dette er finansieringsvirksomhetsloven kapittel 2c, del III som har regler om omdanning av gjensidige forsikringsselskap, kredittforening og sparebank til aksjeselskap og allmennaksjeselskap. I ny lov om samvirkeforetak kapittel 11 er det gitt regler om omdanning av samvirkeforetak til aksjeselskap/allmennaksjeselskap, jf. Ot.prp. nr. 21 (2006-2007).

I mangel av selskapsrettslig lovregulering vil omdanning vanligvis skje ved oppløsning av et eksisterende foretak etter de regler som gjelder for dette, og samtidig eller umiddelbart etterfølgende stiftelse av et nytt selskap med tilhørende overføring av aktiva og passiva i samsvar med de selskapsrettslige regler for den nye selskapsformen. Verken ved omdanning etter skattelovforskriften § 11-20-1 eller ved omdanning etter individuell søknad om skattefritak, har det reist

særskilte problemer at det ikke finnes selskapsrettslige lovregler for selve omdanningen. Det er derfor tilstrekkelig at omdanning gjennomføres på lovlig måte etter de regler som gjelder for oppløsning av den gamle og etablering av den nye enheten.

Skattelovforskriften inneholder enkelte supplerende regler som stiller krav til privatrettslig gjennomføring av omdanning etter forskriften. Etter skattelovforskriften er det selskapsrettslige krav til:

- Stiftelse av nytt selskap, jf. skattelovforskriften § 11-20-3 første og annet ledd,
- Selskapskapitalens størrelse (§ 11-20-3 tredje ledd), og
- Eiermessig kontinuitet (§ 11-20-9) i det nystiftede selskapet.

Det bør være en forutsetning for skattefri omdanning at det kan oppstilles tilsvarende vilkår i forhold til andre selskapsformer på grunnlag av lovbestemt selskapsrett. Dette vil utelukke omdanning til organisasjonsformer som ikke er lovregulert.

## **14.6 Nærmere om ulike selskapsformer**

### **14.6.1 Aksjeselskaper**

Utover allmennaksjeselskap og SE-selskap kan et aksjeselskap tenkes omdannet til følgende organisasjonsformer:

- Enkeltpersonforetak
- Deltakerlignet selskap (ansvarlig selskap, kommandittselskap, indre selskap)
- Annen selskapslignet selskap eller sammenslutning

En overgang fra aksjeselskap til enkeltpersonforetak vil gi den personlige skattyter en mer direkte råderett over selskapets formue. Det vil også til en viss grad være tilfelle ved overgang fra aksjeselskap til deltakerlignet selskap. Omdanning med skattemessig kontinuitet fra aksjeselskap til enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap vil videre innebære en overføring av skatteposisjoner fra selskapssektoren til personlige skattytere. Departementet ser ingen grunn til at omdanningsreglene bør åpne for dette, og har heller ikke registrert behov for skattefritak ved slike omdanninger i praksis.

I praksis har det heller ikke vært vedtak om omdanning fra aksjeselskap til annen selskapslignet enhet. Det er heller ikke på annen måte påvist behov i næringslivet for generelle skattefritaksregler ved slik omdanning. Departementet vil derfor ikke foreslå en utvidelse av skattelovforskriften til å gjelde for denne typen omdanning.

### **14.6.2 Deltakerlignede selskaper**

Omdanning fra deltakerlignet selskap til aksjeselskap kan gjennomføres uten beskatning etter skattelovforskriften § 11-20-1. Det er et spørsmål om det også bør være adgang til å omdanne fra deltakerlignet selskap til annen selskapslignet enhet enn aksjeselskap, samt til enkeltpersonforetak.

En omdanning fra deltakerlignet selskap til enkeltpersonforetak må nødvendigvis innebære en oppløsning av selskapet og opprettelse av flere enkeltpersonforetak ved en naturaldeling av selskapets virksomhet og midler. Som følge av at selskapet har vært deltakerlignet, vil en omdanning med skattemessig kontinuitet ikke medføre endringer for skatteposisjoner som allerede er tilordnet deltakerne. Derimot vil en slik omdanning føre til at deltakerne får direkte råderett over hver sin del av selskapets nettoformue. Etter departementets oppfatning er dette en form for tilbakeføring av midler fra selskapssektoren til deltakerne som ikke bør kunne skje uten beskatning.

Omdanning fra deltakerlignet selskap til selskapslignet enhet, vil for deltakerne på den annen side normalt innebære at det blir større økonomisk og rettslig avstand mellom dem selv og selskapet. En slik omdanning vil derfor ikke føre til at deltakerne får lettere tilgang til selskapets midler enn tidligere. Samtidig vil en omdanning med skattemessig kontinuitet medføre at eksisterende skatteposisjoner blir overført til selskapssektoren og ikke lenger kan samordnes med deltakerens egen økonomi. I hovedinnhold er dette det samme som skjer ved skattefri omdanning fra deltakerlignet selskap til aksjeselskap.

På samme måte som ved omdanning fra aksjeselskap til annen selskapslignet enhet, har det imidlertid ikke vært noen saker i skattefritakspraksis etter skatteloven § 11-22 som gjelder omdanning fra deltakerlignet selskap til annet selskapslignet enhet. Ut fra departementets erfaringsgrunnlag er det dermed ikke påvist behov i næringslivet for å kunne gjennomføre denne typen omdanning. Den varierende selskapsrettslige reguleringen av de aktuelle selskapstypene tilsier heller ikke at det gis generelle regler om omdanning i disse tilfellene.

### **14.6.3 Andre selskapslignede selskaper**

#### *A. Generelt*

Gruppen ”andre selskapslignede selskap” favner mange og ulike organisasjonsformer med varierende selskapsrettslig regulering. Blant selskaper som selskapslignes etter skatteloven § 2-2 første ledd finnes sparebanker, gjensidige forsikringselskaper, samvirkeforetak, stiftelser, diverse foreninger, statsforetak og interkommunale selskaper etc. I tillegg til de selskapsformene som er positivt oppregnet i skatteloven § 2-2 første ledd, skal det også foretas selskapsligning av andre selskaper og sammenslutninger som noen eier formuesandeler i eller mottar inntektsandeler fra, når selskapet har begrenset ansvar. Når det gjelder norsk filial av utenlandsk selskap, vises til punkt 17.2.4.

Denne gruppen har lite til felles ut over at de alle anses som egne skattesubjekter. Vanligvis vil selskapsformen tjene ett eller flere spesielle organisasjons- eller næringsmessig formål. Det medfører at det sjelden vil være aktuelt å omdanne fra en type selskapslignet enhet til en annen. På den annen side er det ikke sjelden spørsmål om å omdanne denne typen foretak til aksjeselskap.

Når omdanning til aksjeselskap allerede tillates for enkeltpersonforetak og deltakerlignet selskap, er det færre betenkeligheter med en utvidelse av anvendelsesområdet til andre selskapsformer som allerede er selskapslignet. Forutsetningen er imidlertid at omdanning kan gjennomføres med eiermessig

kontinuitet. Dette forutsetter at det rettslig ligger til rette for at eierne eller deltakernes rettslige og økonomiske interesser i foretaket kan omdannes til aksjer. Etter departementets oppfatning er dette ikke tilfelle i stiftelser uten eiere, og heller ikke i foreninger som ikke tjener medlemmenes økonomiske interesser som for eksempel idrettsforeninger. I slike organisasjoner vil det dessuten sjelden drives virksomhet i større utstrekning (dog med visse unntak, bl.a. innenfor profesjonell idrett). I foretak hvor det ikke finnes eiere i egentlig forstand, men hvor medlemmer eller interessenter har en klar økonomisk interesse som kan omgjøres til eierandeler etter det rettslige grunnlaget for foretaket, bør det derimot være adgang til å omdanne til aksjeselskap på nærmere vilkår.

Det er et spørsmål om utvidelsen av omdanningsreglens anvendelsesområde mot denne selskapsgruppen bør være generell eller om det bør være en kasuistisk bestemmelse av selskapsformene som kan tillates omdannet til aksjeselskap uten beskatning. Med en kasuistisk regel kan enkelte selskapsformer hvor det foreligger behov for omdanning, falle utenfor. På den annen side er det problematisk å utforme generelle kriterier blant annet for eierkontinuitet som er anvendelig for en så uensartet gruppe. Skattefritakspraksis etter skatteloven § 11-22 har dessuten gitt en viss oversikt over behovet for omdanning for disse tilfellene.

I praksis har det særlig vist seg å være behov for skattefritaksregler ved omdanning av kredittforeninger, gjensidige forsikringsselskaper, sparebanker, statsforetak og interkommunale selskaper. Felles for alle disse selskapsformene er at det foreligger en selskapsrettslig regulering av foretaksformen og at det finnes eiere eller andre med en økonomisk interesse i foretaket. Om gjensidige forsikringsselskaper og sparebanker, se nærmere nedenfor.

Det bør derfor gis regler om skattefri omdanning i disse tilfellene etter hovedsakelig de samme prinsipper som gjelder ved omdanning etter skattelovforskriften § 11-20. Disse reglene bør også gis anvendelse for omdanning av samvirkelag til aksjeselskap. I punkt 15.2 flg. vurderes hvilke endringer i forskriften som vil være nødvendig ved denne utvidelsen av anvendelsesområdet.

Departementet mener at det ikke er grunnlag for å foreslå generelle regler om omdanning fra annet selskapslignet selskap til deltakerlignet selskap. Vurderingen er her den samme som ved omdanning fra aksjeselskap til deltakerlignet selskap, jf. punkt 14.6.1.

#### *B. Finansinstitusjoner*

Finansvirksomhetsloven kapittel 2c, del III inneholder selskapsrettslige regler om omdanning av kredittforening, gjensidig forsikringsselskap og sparebank til aksjeselskap. Omdanning skjer ved at finansinstitusjonens aktiva og passiva i sin helhet overføres til et nystiftet aksjeselskap eller allmennaksjeselskap.

Ved omdanning av gjensidig forsikringsselskap og kredittforening skal aksjene i det nye selskapet i utgangspunktet overføres til en nyopprettet finansstiftelse, jf. finansieringsvirksomhetsloven § 2c-14. Kongen kan samtykke til at aksjene fordeles blant foretakets kunder ut fra kundeforholdts art, omfang og varighet. Sparebanker kan derimot bare omdannes ved overføring av aksjer til nyopprettet finansstiftelse, i tillegg til aksjer som tilordnes eiere av egenkapitalbevis.

I skattefritakspraksis er kravet til Eiermessig kontinuitet ansett oppfylt for finansinstitusjoner som er omdannet etter finansieringsvirksomhetsloven kapittel 2c, del III. For eiere av egenkapitalbevis (tidligere grunnfondseiere) i sparebanker kreves det at skattemessig inngangsverdi for eksisterende egenkapitalbevis overføres til de nye aksjene. I gjensidige forsikringsselskap og kredittforeninger hvor aksjer i det omdannede selskap delvis utstedes til kunder, er det i fritakspraksis stilt vilkår om at skattemessig inngangsverdi på de nye aksjene settes lik kundens innbetalte egenkapitalinnskudd.

I de tilfeller hvor aksjer overføres til en finansstiftelse vil det ikke finnes en skattemessig inngangsverdi som kan videreføres for de nye aksjene. I fritakspraksis er kravet om skattemessig kontinuitet løst ved et vilkår om at realisasjon av aksjer fra stiftelsen skal utløse en forholdsmessig realisasjonsbeskatning av den fritatte gevinst på det omdannede selskapets hånd. Denne gevinsten skal beregnes og rapporteres på omdanningstidspunktet, men vil ikke komme til beskatning før stiftelsen eventuelt realiserer aksjer. Motstykket til realisasjonsbeskatning er at selskapet kan oppskrive skattemessig verdi på eiendelene tilsvarende det beskattede beløp.

Departementet foreslår ikke generelle skatteregler om skattefri omdanning av finansinstitusjoner som følger den lovbestemte fremgangsmåten for omdanning i finansieringsvirksomhetsloven kapittel 2c, del III. Gjeldende praksis med søknad om skattefritak på vilkår etter skatteloven § 11-22 videreføres som i dag.

#### **14.6.4 Enkeltpersonforetak**

Etter gjeldende rett kan enkeltpersonforetak omdannes til aksjeselskap og til deltakerlignet selskap uten beskatning. Det kan ikke ses noen praktiske behov eller grunner for at enkeltpersonforetak i tillegg skal kunne omdannes skattefritt til annen selskapslignet enhet. De (innenlandske) selskapsformene av denne typen retter seg utelukkende mot spesielle virksomheter eller rettssubjekter, og de fremstår ikke som alternative organisasjonsformer for personlig næringsutøvelse. Personlige virksomhetsutøveres behov for endring av organisasjonsform må anses tilstrekkelig ivaretatt ved at det finnes muligheter for skattefri omdanning til aksjeselskap og deltakerlignet selskap.

#### **14.7 Virksomhetskrav ved omdanning**

Etter gjeldende rett er det et krav om at det drives virksomhet i foretak som omdannes etter reglene om skattefri omdanning. Dette er en sentral del av begrunnelsen for disse reglene, og det foreslås ingen endringer av dette vilkåret.

I tillegg vil avskjæringsbestemmelsen som foreslås i kapittel 23 også få anvendelse for omdanning av selskaper. Det innebærer at manglende videreføring av virksomhet etter en omdanning kan medføre plikt til å inntektsføre skatteposisjoner til inntektsføring og bortfall av rett til å utnytte skatteposisjoner til fradragsføring. Det vises til kapittel 23.

## **15. Nærmere om departementets forslag**

### **15.1 Anvendelsesområdet for skattefri omdanning**

Det foreslås at anvendelsesområdet for skattefri omdanning etter skatteloven § 11-20, jf. skattelovforskriften § 11-20, utvides til å gjelde omdanning til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap fra følgende selskapsformer:

- statsforetak
- interkommunalt selskap (IKS)
- samvirkeforetak

Det vises til forslag til endring av skatteloven § 11-20.

### **15.2 Overføring av virksomhet, eiendeler og gjeld**

Vilkårene for skattefri omdanning i skattelovforskriften § 11-20 er utviklet på bakgrunn av situasjonen ved omdanning av enkeltpersonforetak til aksjeselskap og deltakerlignet selskap. Dette gjør at forskriften har enkelte bestemmelser som forutsetter at det overdragende rettssubjekt fortsatt vil eksistere etter at omdanningen er gjennomført. Det gjelder i første rekke bestemmelsen om hvilke eiendeler som ikke må overdras til nytt selskap i skattelovforskriften § 11-20-5 annet til femte ledd. Disse bestemmelsene er ikke egnet ved omdanning fra en type selskapslignet selskap til en annen, der det overdragende selskap skal avvikles i forbindelse med omdanningen.

Det foreslås derfor at skattelovforskriften endres for disse tilfellene, ved at det stilles krav om at virksomhet, eiendeler og gjeld i sin helhet overføres til nytt selskap. Videre bør det kreves at det opprinnelige selskapet/foretaket avvikles etter de privatrettslige regler som gjelder for den aktuelle foretaksformen. I den grad det foreligger privatrettslige eller andre rettslige hindringer for en slik overføring av aktiva og passiva, eller for oppløsning, bør det ikke være mulig å gjennomføre en skattefri omdanning etter forskriften.

For omdanning av enkeltpersonforetak og kommunalt kraftforetak foreslås det derimot ingen endringer på dette punkt.

### **15.3 Kontantvederlag og eierkontinuitet**

Skattelovforskriften oppstiller ingen absolutt begrensning på størrelsen av kontantvederlaget ved omdanningen. Den eneste begrensningen av dette ligger i at det nye selskapet må stiftes med en positiv skattemessig egenkapital som minst er like stor som minimum aksjeinnskudd etter aksjeloven, jf. skattelovforskriften § 11-20-3. Dersom det omdannede foretak har en skattemessig egenkapital som overstiger minstekravet til aksjekapital etter aksjeloven, kan dermed overskytende egenkapital tas ut av eieren i forbindelse med omdanningen. Innehaver av enkeltpersonforetak kan ikke beskattes for dette uttaket av kontantvederlaget, men det vil redusere inngangsverdien på aksjene i det omdannede selskap tilsvarende.

Ved fusjon og fisjon følger det av aksjeloven at det maksimalt kan være et kontantvederlag på 20 pst. av det samlede vederlag ved transaksjonen. I skattefritakspraksis er det også lagt til grunn et krav om maksimalt 20 pst.

kontantvederlag for at det skal gis fritak i enkeltvedtak etter skatteloven § 11-22, jf. punkt 20.3.3. I fusjons- og fisjonstilfellene er dette samtidig et krav om minst 80 pst. eierkontinuitet.

Tidligere var det også et vilkår for skattefri omdanning etter skattelovforskriften at aksjonærene eide aksjene i 10 år etter omdanningen. Dette hadde sammenheng med den opphevede regelen i aksjegevinstskatteloven om at aksjegevinster var skattefrie når aksjonæren hadde eid aksjer i 3 år. Ved innføring av alminnelig skatteplikt ved realisasjon av aksjer, ble 10-årsregelen i forskriften opphevet.

Det er ingen grunn til at reglene om kontantvederlag og eierkontinuitet skal være mer liberale ved omdanning av selskaper enn ved andre former for omorganisering. På den annen side er det heller ingen hensyn som taler for at reglene på dette punkt skal være strengere. Det foreslås derfor at det gis regler i skattelovforskriften §§ 11-20 flg. om at vederlaget ved omdanning skal være aksjer i det overtakende selskap, med et kontantvederlag som ikke skal overstige 20 pst. av det totale vederlag. Dette innebærer også et krav om minst 80 pst. eierkontinuitet ved omdanning, som er i samsvar med det som gjelder ved omdanning av enkeltpersonforetak og deltakerlignet selskap. Samtidig foreslås det opphevelse av gjeldende regler om at det kun er arving og ansatte til innehaver av enkeltpersonforetak og deltaker i deltakerlignet selskap som kan tegne aksjer i forbindelse med omdanningen. Dette vil føre til likebehandling mellom enkeltpersonforetak/deltakerlignet selskap og andre foretaksformer. Videre foreslås det at skattefritaket ved omdanning ikke skal omfatte annet vederlag til eiere eller rettighetshavere i det overdragende selskap enn aksjer og eierandeler i det omdannede selskap. For innehaver av enkeltpersonforetak, som allerede er personlig eier av virksomheten, foreslås det likevel ingen endring på dette punkt.

## **DEL VI SÆRLIG OM INTERNASJONALE FORHOLD**

### **16. Grenseoverskridende fusjon og fisjon**

I det følgende behandles de skattemessige konsekvensene av grenseoverskridende fusjoner og fisjoner. Først gis en redegjørelse for gjeldende rett knyttet til grenseoverskridende fusjoner og fisjoner, herunder hovedregelen om realisasjonsbeskatning, unntak i loven og etter fritakspraksis og hvilke begrensninger som følger av de selskapsrettslige regler. Dernest redegjøres det for hvordan beskatning av grenseoverskridende fusjoner og fisjoner er regulert i EU/EØS-retten og i utenlandsk rett. Til slutt behandles behovet for endringer i de norske skattereglene på området.

#### **16.1 Gjeldende norsk intern-rett**

##### **16.1.1 Utgangspunkt – beskatning etter de alminnelige regler for realisasjon**

Selskapsrettslig og bedriftsøkonomisk kan det være ønskelig å gjennomføre selskapsomorganiseringer med virkning over landegrensene. Dette gjelder for eksempel omorganisering av selskaper hjemmehørende i forskjellige stater. Videre vil

omorganisering av selskaper hjemmehørende i en stat kunne ha virkning for aksjonærer/deltakere bosatt eller hjemmehørende i en annen stat.

Etter skatteloven § 11-1 annet ledd, kommer bestemmelsene om skattefri fusjon og fisjon bare til anvendelse når alle selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i Norge. Dette innebærer at de alminnelige regler om inntektsbeskatning kommer til anvendelse ved fusjon mellom et selskap hjemmehørende i Norge og et selskap hjemmehørende i utlandet, samt fusjon og fisjon av selskap hjemmehørende i utlandet med norske deltakere, jf. skatteloven § 11-1 første ledd.

Begrensningen til selskap hjemmehørende i Norge skal forstås slik at det ikke er et krav om at selskapet må være stiftet og registrert i Norge, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 5.2, hvor det sies at selskaper som er stiftet og registrert i utlandet, men som er skattemessig hjemmehørende i Norge er omfattet av reglene om skattefri fusjon og fisjon. Departementet har videre uttalt i Utv. 1997 s.1093 at selskap registrert i utlandet, men som er hjemmehørende i Norge, kan fusjonere skattefritt med et annet utenlandsk selskap hjemmehørende i Norge, eller et norsk selskap hjemmehørende i Norge, såfremt fusjonen gjennomføres lovlig etter de prinsipper som følger av aksjeloven, og er i samsvar med selskapslovgivningen i den stat det utenlandske selskapet er stiftet. I uttalelsen er det tatt forbehold for de tilfeller hvor det utenlandsregistrerte selskapet er det overtakende selskapet, slik at det ikke er avklart om slike fusjoner kan skje skattefritt. Selskap som har begrenset skatteplikt til Norge på grunn av fast driftssted i Norge, jf. skatteloven § 2-3 første ledd b, er ikke omfattet av reglene om skattefri fusjon og fisjon.

En fusjon vil ha virkninger over landegrensene når et selskap hjemmehørende i Norge fusjonerer med et selskap hjemmehørende i utlandet. Skattemessig vil det ha betydning om det norske selskapet er det overdragende eller det overtakende selskapet i fusjonen. Dersom det overtakende selskapet er utenlandsk, utløser fusjonen beskatning både for det overdragende selskapet (det norske) og for aksjonærene i dette etter de alminnelige regler om realisasjon, likvidasjon, uttak eller utbytte. Innføringen av fritaksmetoden vil imidlertid kunne medføre at selskapsaksjonærer fritas for beskatning. Hvis det norske selskapet er det overtakende, utløser ikke fusjonen beskatning av det norske selskapet. Det utenlandske selskapet kan imidlertid bli realisasjonsbeskattet i Norge dersom det har begrenset skatteplikt hit. I tillegg må det gjennomføres en realisasjonsbeskatning for eventuelle aksjonærer i det overdragende selskapet som har alminnelig skatteplikt til Norge, og som ikke er omfattet av fritaksmetoden.

En fusjon mellom utenlandske selskaper vil videre kunne ha grenseoverskridende virkninger når det overdragende selskapet har aksjonærer/deltakere med alminnelig skatteplikt til Norge, og når det overdragende selskapet har et fast driftssted i Norge. Etersom reglene om skattefri fusjon bare gjelder når alle selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i Norge, vil en fusjon av utenlandske selskaper innebære realisasjonsbeskatning for eventuelle norske personlige aksjonærer/deltakere i det overdragende selskapet, selv om det er skattefrihet på eiernivå etter de interne reglene i den staten fusjonen gjennomføres. For norske selskapsaksjonærer/-deltakere vil beskatningen avhenge av om fusjonen skjer innenfor eller utenfor EØS-området, det vil si om fritaksmetoden kommer til anvendelse eller ikke.

Videre vil en fusjon mellom utenlandske selskaper, hvor det overdragende selskapet har en filial i Norge, innebære at det skal gjennomføres inntektsbeskatning av virksomheten i Norge, og av eiendeler og gjeld knyttet til denne.

Også en fisjon av et utenlandsk selskap kan ha skattemessige konsekvenser for norske eiere i det fisjonerte selskapet, på tilsvarende måte som ved fusjon mellom to eller flere utenlandske selskaper.

En fisjon med overføring fra det overdragende selskapet til et eksisterende selskap kan gjennomføres lovlig etter (allmenn)aksjeloven kapittel 14. Det er derfor også adgang til å gjennomføre en slik fisjon uten at beskatning utløses, såfremt selskapene som deltar i fisjonen er hjemmehørende i Norge og de øvrige vilkår for skattefri fusjon er oppfylt. En slik grenseoverskridende fisjon vil ha skattemessige konsekvenser hvis det overdragende eller overtakende selskapet er hjemmehørende i utlandet. En fisjon vil også få skattemessige konsekvenser hvis et selskap i Norge fisjonerer, og ett eller flere av de overtakende selskapene er hjemmehørende i utlandet. Hvis man gjennomfører en grenseoverskridende fisjon, innebærer det at det skal foretas en realisasjonsbeskatning av selskap og deltakere i henhold til de alminnelige regler i skatteloven.

### **16.1.2 Unntak – skatteloven § 11-11 annet ledd**

Et unntak fra hovedregelen om beskatning av grenseoverskridende fusjoner og fisjoner etter de alminnelige regler følger av skatteloven § 11-11 annet ledd. Finansdepartementet kan i henhold til § 11-11 annet ledd gi dispensasjon fra realisasjonsbeskatningen og sette nærmere vilkår for dette når et selskap hjemmehørende i Norge blir fusjonert med et utenlandsk selskap. Det følger av Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) jf. Ot.prp. nr. 70 (1976-1977) at dette er en dispensasjonsadgang for de tilfeller hvor fusjonen innebærer at skatteplikten til Norge opprettholdes, det vil si at det norske selskapet er det overtakende selskapet i fusjonen.

Departementet uttaler i St.meld. nr. 16 (1997-1998) at det er uklart om dispensasjonsbestemmelsen omfatter både beskatning av aksjonærene og av selskapet. Det er imidlertid i ulike sammenhenger lagt til grunn at bestemmelsen kun gir departementet adgang til å gi dispensasjon fra beskatning på eiernivå.

Dispensasjonsadgangen er ikke blitt benyttet. Til tross for at dispensasjonshjemmelen ikke hadde blitt benyttet da reglene om skattefri fusjon og fisjon ble lovfestet i 1997, ble bestemmelsen likevel videreført. Dette ble begrunnet med at denne etter ordlyden hadde et videre anvendelsesområde enn skatteloven § 11-22, og således kunne få anvendelse også i andre tilfelle enn der man ved omorganiseringen tok sikte på å gjøre virksomheten mer rasjonell og effektiv, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 5.3.5.

### **16.1.3 Unntak - skatteloven § 11-22 – fritakspraksis**

Som nevnt ovenfor i kapittel 13, kan man med hjemmel i skatteloven § 11-22 søke om skattefritak ved realisasjon som ledd i rasjonalisering av virksomhet.

Fordi det har manglet selskapsrettslig regulering for fusjon mellom et norsk og et utenlandsk selskap, har det i en rekke tilfeller de senere år vært gjennomført fusjonslignende sammenslutninger over landegrensene ved at aksjer i norske selskaper er overført til utenlandske selskaper mot vederlag i aksjer i det utenlandske selskapet, såkalt konserndannelse med utenlandsk morselskap. Her blir det norske selskapet et heleid datterselskap av det utenlandske selskapet. Overdragelse av aksjer i norsk selskap i bytte mot aksjer i et utenlandsk selskap vil være skattepliktig realisasjon for norske aksjonærer etter skatteloven § 10-31.

Før innføringen av fritaksmetoden var det i disse sakene behov for skattefritak for overdragende part, enten dette var en privat aksjonær eller en selskapsaksjonær. Etter innføringen av fritaksmetoden i selskapssektoren vil det ikke lenger være behov for en særskilt fritakshjemmel ved overføring av aksjer og eierandeler i norsk eller utenlandsk selskap som er omfattet av fritaksmetoden. Hvis den overdragende part er personlig aksjonær, kan det fortsatt være behov for skattefritak. Det samme gjelder transaksjoner der det realiseres andre typer objekter enn de som omfattes av fritaksmetoden. Vilkår for skattefritak er at den overdragende norske part viderefører skattemessige inngangsverdier mv. på de overførte aksjene som inngangsverdi på vederlagsaksjene i det utenlandske selskapet. Det er videre stilt krav om det må skje en reell integrasjon mellom selskapene som deltar i konserndannelsen. I tillegg er det satt vilkår for å trygge det norske skattefundamentet. Et standardvilkår er at gevinst ved senere realisasjon av mottatte vederlagsaksjer i det utenlandske selskapet er skattepliktig til Norge, uten fradrag for eventuell skatt i utlandet. Videre er det satt vilkår om at vederlagsaksjene skal anses realisert hvis aksjonærens alminnelige skatteplikt til Norge opphører etter skatteloven, eller denne skal anses bosatt/hjemmehørende i en annen stat i henhold til skatteavtale.

Fusjon av selskap hjemmehørende i ulike stater har i en del tilfeller også vært gjennomført ved såkalt ”filialisering”. Departementet har samtykket i skattefritak der en ”fusjonerer” et norsk selskap med et utenlandsk, med det utenlandske selskapet som det overtakende, og hvor virksomheten i det norske overdragende selskapet videreføres i en norsk filial av det utenlandske selskapet. Dette gjennomføres ved at det norske selskapet likvideres, og at aksjonærene i dette skyter likvidasjonsutbyttet inn i det utenlandske selskaper med aksjer i det utenlandske selskapet som vederlag. Det er gitt skattefritak for den gevinst overføringen ellers ville utløse for både det likviderte selskapet og for aksjonærene. Det er stilt vilkår om at det utenlandske selskapet viderefører skattemessige inngangsverdier og avskrivningsgrunnlag for de eiendeler og den virksomhet som videreføres i den norske filialen. Filialen skal videre tre inn i de skattemessige forpliktelsene som er knyttet til de overdratte eiendelene. Dersom hele eller deler av virksomheten i Norge blir videreført på en slik måte at den ikke lenger er løpende skattepliktig til Norge, er det satt som vilkår at denne delen av virksomheten blir gjenstand for et skattemessig gevinstoppgjør. Reglene i skattelovforskriften § 11-21-7 om sikkerhetsstillelse er gitt tilsvarende anvendelse. Slik ”filialisering” som ledd i en grenseoverskridende fusjon er blitt omtalt som omdanning, se nærmere om dette under punkt 17.1.2.

Departementet har også i en del tilfeller innrømmet skattefritak for norske aksjonærer i utenlandske selskaper som fusjoneres eller fisjoneres, og som mottar vederlagsaksjer i det omorganiserte selskapet. Etter innføringen av fritaksmetoden

i selskapssektoren, vil det bare være behov for særskilt skattefritak i de tilfellene der det er personlige norske aksjonærer i det overdragende selskapet. Vilkår for fritak vil være at skattemessig inngangsverdi mv. på de innløste aksjer skal videreføres på tildelte vederlagsaksjer ved fusjonen/fisjonen og at tilbakebetaling av aksjekapital fra det overtakende selskap utover dette beløp, skal behandles som utbytte (skattemessig eierkontinuitet). Videre forutsettes at fusjonen/fisjonen gjennomføres i samsvar med reglene for skattefrie fusjoner og fisjoner mellom norske selskaper. I tillegg er det satt som vilkår, for å sikre norsk beskatningsrett for gevinsten innvunnet ved transaksjonen, at den fritatte gevinsten faller til beskatning hvis aksjonæren ikke lenger anses skattemessig bosatt i Norge.

Det har også blitt innvilget skattefritak i tilfeller hvor norske aksjonærer, som var skattepliktige til Norge, deltok i bytte av aksjer i utenlandske selskaper. I disse sakene overførte den norske aksjonæren sine aksjer i et utenlandsk selskap til et annet utenlandsk selskap mot vederlag i aksjer. Skattefritak ble gitt på vilkår om at skattemessig inngangsverdi på de overførte aksjene ble videreført på vederlagsaksjene, og at gevinst ved senere realisasjon av disse aksjene var skattepliktig til Norge, uten fradrag for eventuell skatt betalt i utlandet. I tillegg er det stilt vilkår om at det skjer en reell integrasjon mellom selskapene som deltar i aksjebyttet.

#### **16.1.4 Selskapsrett**

Reglene om skattefri fusjon og fisjon forutsetter at transaksjonen gjennomføres på lovlig måte i henhold til de selskapsrettslige regler (se nærmere under kapittel 11). Aksjelovgivningen gjelder imidlertid ikke for selskaper som er stiftet og registrert i utlandet. Dette innebærer at fusjon og fisjon som omfatter utenlandske selskaper i utgangspunktet ikke kan gjennomføres lovlig i henhold til aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 13 og 14. Betydningen av lovlighetskravet ved fusjon mellom utenlandsk selskap hjemmehørende i Norge med et norsk selskap eller et annet utenlandsk selskap hjemmehørende i Norge er det nærmere redegjort for under punkt 16.1.1.

EUs forordning om SE-selskaper (rådsforordning EF nr. 2157/2001) og EUs forordning om SCE-foretak (rådsforordning EF nr. 1435/2003) er gjort til norsk lov gjennom SE-loven (lov 1. april 2005 nr. 14) og SCE-loven (lov 30. juni 2006 nr. 50). I henhold til forordningene kan SE-selskap (europeiske selskap) og SCE-foretak (europeiske samvirkeforetak) blant annet stiftes ved fusjon av to eller flere aksjeselskap med hovedkontor i ulike medlemsstater. SE-loven og SCE-loven har således selskapsrettslige regler om grenseoverskridende fusjoner. Se nærmere om dette under kapittel 18.

EU har vedtatt det 10. selskapsdirektiv om grenseoverskridende fusjoner innenfor EU/EØS (direktiv 05/56/EF av 26. oktober 2005). Dette er implementert av Norge med virkning fra 15. desember 2007, jf. endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven mv. av 21. desember 2007 nr. 129. Innholdet i direktivet, implementeringen av dette og betydningen for norske skatteregler, er nærmere omtalt under punkt 16.3.2 og 16.5.

## 16.2 Skatteavtaler

Skatteavtalene gjelder personer bosatt i en av statene som er part i den aktuelle skatteavtalen. Skatteavtalene gir rett til en viss likebehandling når en person bosatt i den ene staten driver forretningsvirksomhet i den andre avtalestaten gjennom filial. Spørsmålet er derfor om diskrimineringsbestemmelsene i skatteavtalene gjelder der en omorganisering innebærer at en juridisk person opphører å være bosatt i en av avtalestatene eller der en filial opphører å eksistere.

Ot.prp. nr. 71 (1995-96) bygger på at en avgrensning av reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner til selskaper som er skattemessig hjemmehørende i Norge, ikke er i strid med skatteavtalenes diskrimineringsforbud. Det uttales i avsnitt 5.2.2 uttrykkelig at det ikke er grunnlag for å hevde at det er diskriminerende at et utenlandsk selskap med fast driftssted i Norge ikke kan fusjoneres skattefritt med et annet utenlandsk selskap med fast driftssted her.

Skatteavtalenes diskrimineringsforbud er snevre. Likevel har det i enkelte land forekommet domstolsavgjørelser som har strukket i forbudet. Som et resultat av slike tendenser satte OECD ned en arbeidsgruppe som i 2007 leverte en rapport, *Application and interpretation of Article 24 (non-discrimination)*.<sup>2</sup> Etter høring ble resultatet av arbeidsgrupperapporten inkorporert i kommentarene til 2008-utgaven av OECD-modellen for skatteavtaler.

Ettersom arbeidsgruppen bare skulle foreslå endringer i kommentarene til OECD-modellen, har den ikke behandlet problemstillinger der en løsning ville nødvendiggjøre endringer i selve modellen. I vedlegget til rapporten listes disse problemstillingene opp. En av problemstillingene omfatter grenseoverskridende omorganiseringer.

Departementet legger etter dette til grunn at skatteavtalene ikke legger føringer for utformingen av reglene som drøftes i dette høringsnotatet.

## 16.3 EU/EØS-rett

Generelt inneholder ikke EØS-avtalen regler om skatte- og avgiftsharmonisering. Den direkte beskatningen hører under medlemsstatenes kompetanse. EØS-avtalens generelle regler om de fire friheter har imidlertid betydning både for innholdet i og praktiseringen av statenes interne skatteregler. Hvis de nasjonale skatteregler har slike konsekvenser at interne forhold blir mer fordelaktig behandlet enn grenseoverskridende forhold, kan det innebære at de nasjonale reglene er i strid med EØS-avtalen.

Skattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon på selskaps- og eiernivå er som nevnt begrenset til fusjoner og fisjoner hvor alle selskaper som deltar i transaksjonen er hjemmehørende i Norge. Gjennomføring av grenseoverskridende fusjoner og fisjoner vil derfor medføre full realisasjonsbeskatning etter de alminnelige regler i skatteloven.

---

<sup>2</sup> Rapporten finnes på [www.oecd.org/document/54/0,3343,en\\_2649\\_33747\\_38516150\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/54/0,3343,en_2649_33747_38516150_1_1_1_1,00.html).

### 16.3.1 EUs fusjonsskattedirektiv

EU har vedtatt et eget direktiv (direktiv 90/434/EEC av 23. juli 1990) som omhandler den skattemessige behandlingen av ulike transaksjoner (fusjon, fisjon, partiell fisjon, overføring av virksomhet, aksjebytte og flytting av et SE-selskap eller SCE-foretaks sete) mellom selskaper hjemmehørende i ulike medlemsstater. Direktivet er gitt for å hindre at transaksjoner mellom selskaper hjemmehørende i ulike medlemsstater blir behandlet mindre fordelaktig enn tilsvarende transaksjoner mellom selskaper hjemmehørende i samme medlemsstat. Direktivet skal således ivareta det særlige hensyn til skattemessig nøytralitet som gjør seg gjeldende når en grenseoverskridende omorganisering som nevnt ovenfor gjennomføres innenfor det europeiske fellesskapet.

Direktivet gir rammer for en felles beskatningsordning som sikrer at grenseoverskridende fusjoner og fisjoner (samt partiell fisjon, overføring av virksomhet, aksjebytte og flytting av sete) ikke medfører umiddelbar beskatning, samtidig som de provenymessige interesser i de medlemsstater hvor det overdragende eller overtakende selskapet er hjemmehørende skal ivaretas.

Utsatt beskatning er betinget av at transaksjonen gjennomføres med kontinuitet på selskapsnivå og at skattefundamentene i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende ivaretas. Dette gjennomføres ved at verdiene i det overdragende selskapet skal overføres til et fast driftssted av det overtakende selskapet, beliggende i den medlemsstat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende. Dette sikrer at en senere realisasjon blir beskattet i den stat hvor det overdragende selskapet var hjemmehørende. Kravet til kontinuitet på selskapsnivå innebærer videre at det overtakende selskapet skal videreføre de skattemessige verdiene av de overførte eiendeler og gjeld etter de regler som ville vært gjeldende for det overdragende selskapet om transaksjonen ikke hadde funnet sted. Hvis det overtakende selskapet, i henhold til reglene i den medlemsstat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende, kan velge å beregne de skattemessige verdier på de overførte eiendeler eller gjeld på annen måte enn det som ville vært gjeldende for det overdragende selskapet dersom transaksjonen ikke hadde funnet sted, skal skattefriheten ikke komme til anvendelse for eiendeler og gjeld hvor denne valgmuligheten er benyttet. Hvis den interne lovgivningen i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende har særlige regler for utnyttelse av skattekreditter og ubenyttede tapsfradrag ved interne transaksjoner, skal disse reglene gjelde tilsvarende for det faste driftsstedet av det overtakende selskapet.

Utstedelsen av aksjer eller andeler i det overtakende selskapet til deltakere i det overdragende selskapet, som vederlag for aksjer eller andeler i det overdragende selskapet, skal i henhold til direktivet ikke medføre beskatning. Dette forutsetter at deltakerne ikke benytter en høyere skattemessig verdi på vederlagsaksjene eller -andelene, enn det som de overførte aksjer eller andeler hadde på tidspunktet for transaksjonen. Kravet om skattemessig kontinuitet på eiernivå er ikke til hinder for at medlemsstatene kan beskatte gevinster ved etterfølgende realisasjon av vederlagsaksjene eller -andelene på samme måte som hadde vært gjeldende ved realisasjon av de overførte aksjer eller andeler. Hvis selskapsdeltakeren, i henhold til lovgivningen i den medlemsstat hvor hun eller han er hjemmehørende eller bosatt, kan velge en annen beskatning enn det som følger av å benytte den verdi

som de overførte aksjer eller andeler hadde på transaksjonstidspunktet, gjelder ikke skattefritaket for de vederlagsaksjer eller andeler hvor denne valgmuligheten er benyttet. Skattefrihet for selskapsdeltakerne er ikke til hinder for at medlemsstatene beskatter et eventuelt kontant tilleggsvederlag som mottas i forbindelse med transaksjonen.

Medlemsstatene kan bestemme at reglene i direktivet ikke skal komme til anvendelse hvis hovedformålet eller et av hovedformålene med transaksjonen er skatteunndragelse eller skatteunngåelse. Hvis transaksjonen ikke foretas på bakgrunn av gyldige forretningsmessige hensyn, herunder omstrukturering eller rasjonalisering av de selskaper som deltar i transaksjonen, har det formodningen for seg at hovedformålet eller et av hovedformålene med transaksjonen er skatteunndragelse eller skatteunngåelse.

Fusjonsskattedirektivet er ikke en del av EØS-avtalen. Norge er derfor ikke forpliktet til å implementere direktivet i norsk rett. Departementet legger imidlertid til grunn at norske reglene vil være i overensstemmelse med forpliktelsene etter EØS-avtalen dersom de holder seg innenfor de reglene som gjelder innen EU.

### **16.3.2 EUs 10. selskapsdirektiv om grenseoverskridende fusjoner**

EU har vedtatt det 10. selskapsdirektiv om grenseoverskridende fusjon av selskap med begrenset ansvar. Formålet med direktivet er å sikre det indre markeds gjennomføring og funksjon. For å oppfylle dette, følger det av direktivet at medlemsstatenes lovgivning skal muliggjøre grenseoverskridende fusjon av et selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i medlemsstaten med et selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i en annen medlemsstat, når de berørte medlemsstaters nasjonale lovgivning tillater fusjon av slike selskapsformer. Alle selskaper som deltar i en grenseoverskridende fusjon, skal i henhold til direktivet være underlagt de regler i nasjonal rett som gjelder ved en intern fusjon.

Medlemsstatene er forpliktet til å implementere direktivet i den nasjonale lovgivningen. Dette omfatter også Norge som EØS-stat. Justisdepartementet la 21. september 2007 frem forslag til selskapsrettslige regler for fusjon og fisjon over landegrensene, jf. Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) Om lov om endringer i aksjeloven, allmennaksjeloven og enkelte andre lover (fusjon og fisjon over landegrensene). Endringene er vedtatt med ikrafttredelse fra 15. desember 2007, jf. endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven mv. av 21. desember 2007 nr. 129.

Aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, herunder SE-selskap, forretningsbanker, forsikringsaksjeselskap, forsikringsallmennaksjeselskap og verdipapirforetak som er organisert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, kan nå fusjonere med ett eller flere utenlandske selskaper med begrenset ansvar som er hjemmehørende i en annen EØS-stat. Det er en betingelse for gjennomføringen av den grenseoverskridende fusjonen at det eller de utenlandske selskapene har en selskapsform som etter sin stats lovgivning svarer til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Departementet går i det følgende ikke nærmere inn på de selskapsrettslige reglene som er vedtatt i aksjeloven og allmennaksjeloven.

I tillegg til implementeringen av fusjonsselskapsdirektivet, er det også gitt regler om grenseoverskridende fisjoner, for å oppfylle Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Det vises til nærmere redegjørelse for dette under punkt 16.4.3.

Implementeringen av direktivet innebærer at grenseoverskridende fusjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er norsk selskapsrett. I tillegg er det vedtatt regler om grenseoverskridende fisjoner. Dette nødvendiggjør korresponderende regler for de skattemessige virkningene av slike fusjoner og fisjoner for selskaper som er hjemmehørende i Norge og for norske aksjonærer, for å unngå at de norske skattereglene setter hinder for den selskapsrettslige muligheten til å fusjonere og fisjonere over landegrensene, se nærmere under punkt 16.5.

### **16.3.3 EF-domstolens praksis**

EF-domstolen har i Sevic-dommen (C-411/03) behandlet problemstilling om grenseoverskridende fusjoner. Saken gjaldt et tysk selskap (tilsvarende norsk AS) som ønsket å fusjonere med et Luxemburg-selskap, hvor det sistnevnte var det overdragende selskapet. Tysk lovgivning forutsatte at kun tyske selskaper kunne være parter i en fusjon, og tyske myndigheter nektet derfor å registrere fusjonen. Domstolen konkluderte med at fellesskapsrettens regler om fri etableringsrett beskytter selskapers adgang til å foreta en grenseoverskridende fusjon. En medlemsstat kan således ikke nekte registrering av en grenseoverskridende fusjon når de nasjonale regler hadde tillatt slik registrering hvis selskapene som deltok i fusjonen hadde vært hjemmehørende i medlemsstaten.

Domstolens konklusjon i Sevic-dommen innebærer at EU-traktatens/EØS-avtalens generelle regler om de fire friheter setter begrensninger for den nasjonale lovgivning når det gjelder adgangen til å nekte registrering av grenseoverskridende fusjoner, uavhengig av vedtagelsen og implementeringen av fusjonsselskapsdirektivet.

Når EF-domstolens praksis forutsetter at medlemsstatene må tillate registrering av en grenseoverskridende fusjon på samme måte som en intern fusjon, vil mangel av korresponderende skatteregler kunne innebære en restriksjon på den selskapsrettslige adgangen til å gjennomføre en grenseoverskridende fusjon.

Sevic-dommen omfatter kun grenseoverskridende fusjon, men nærheten mellom fusjon og fisjon kan innebære at etableringsfriheten også setter begrensninger i medlemsstatens mulighet til å ha nasjonal lovgivning som medfører innskrenkning i anledningen til å gjennomføre grenseoverskridende fisjoner. I proposisjonen foreslås det derfor at det skal innføres en hjemmel for fisjon over landegrensene, slik at de norske reglene stemmer overens med EØS-retten. Det vises til nærmere omtale i Ot. prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 3.1.4 på side 13 flg. I henhold til lovforslaget kan aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper fisjonere slik at de overtakende selskapene blir hjemmehørende i en eller flere andre EØS-stater, når lovgivningen, som de øvrige deltakende selskapene er eller skal være underlagt, ikke er til hinder for å gjennomføre en fisjon over landegrensene.

## **16.4 Utenlandsk rett**

Fusjonsselskapsdirektivet er vedtatt å skulle være implementert i den enkelte medlemsstat med virkning fra 15. desember 2007. Medlemsstatene i EU og EØS skal således ha selskapsregler for grenseoverskridende fusjoner mellom selskap

med begrenset ansvar. Før dette hadde fusjonsskattedirektivet begrenset betydning (med forbehold for de begrensninger og føringer Sevic-dommen setter på den nasjonale selskapslovgivningen). For etablering av SE-selskap eller SCE-foretak ved fusjon, se nærmere under kapittel 18.

#### **16.4.1 Danmark**

Den danske "fusjonsskatteloven" omfatter også grenseoverskridende fusjoner. Anvendelsen av reglene om skattefri fusjon forutsetter imidlertid godkjenning fra skattemyndighetene. Beskatningen avhenger av hvor selskapet er hjemmehørende og om selskapet er det overdragende eller det overtakende selskapet i fusjonen. Dansk selskapsrett omfatter etter gjeldende rett ikke grenseoverskridende fusjoner, med unntak for de tilfeller hvor et SE-selskap eller et SCE-foretak blir stiftet i forbindelse med en grenseoverskridende fusjon.

En fusjon mellom et dansk selskap og et utenlandsk selskap innenfor EU-området, hvor det sistnevnte er det overdragende, følger reglene for fusjon mellom to danske selskaper. Utsatt beskatning kommer imidlertid bare til anvendelse på eiendeler og gjeld i det utenlandske selskapet som overføres til det danske selskapet. Andre eiendeler skal beskattes etter de alminnelige regler. Eiendeler som i forbindelse med fusjonen er overført fra det utenlandske selskapet til et fast driftssted i utlandet av det danske selskapet, skal anses ervervet til markedsverdi på tidspunktet for fusjonen.

En fusjon mellom to utenlandske selskaper innenfor EU følger reglene for fusjon mellom to danske selskaper. Utsatt beskatning kommer imidlertid bare til anvendelse på eiendeler og gjeld i det overdragende selskapet som overføres til det overtakende selskapets faste driftssted i Danmark eller som er knyttet til fast eiendom i Danmark. Gevinst og tap på andre eiendeler og gjeld skal beskattes etter de alminnelige regler. Tilsvarende gjelder når et dansk selskap fusjonerer med et utenlandsk selskap innenfor EU, og det danske selskapet er det overdragende selskapet.

Hvis et dansk selskap fusjonerer med et utenlandsk selskap utenfor EU, og det danske selskapet er det overdragende, kommer reglene om skattefri fusjon på eiernivå til anvendelse for deltakerne i det overdragende selskapet. Det overdragende selskapet beskattes etter de alminnelige regler om likvidasjonsbeskatning.

Ved en fusjon mellom to utenlandske selskaper utenfor EU kan reglene om skattefri fusjon på eiernivå komme til anvendelse etter tillatelse fra skattemyndighetene.

Hvis et utenlandsk selskap fusjonerer, er utsatt beskatning betinget av at eiendeler og gjeld overføres til et selskap hjemmehørende i Danmark eller til et fast driftssted i Danmark av et utenlandsk selskap. Øvrige eiendeler og gjeld beskattes etter de alminnelige regler når det overdragende selskapet opphører i forbindelse med fusjonen. Eiendeler og gjeld som overføres til et fast driftssted i utlandet av et dansk selskap, skal anses ervervet til markedsverdi på tidspunktet for overføringen.

### **16.4.2 Sverige**

Den svenske skatteloven er tilpasset fusjonsskattedirektivet. Reglene omfatter aksjeselskaper, bankaksjeselskaper og forsikringsaksjeselskaper. Flere av de regulerte transaksjonene kan imidlertid ikke gjennomføres i henhold til selskapsretten.

En grenseoverskridende fusjon skal ikke medføre beskatning av det overdragende selskapet eller gi rett til fradrag for tap. Det overtakende selskapet skal inngå i det overdragende selskaps skatteposisjoner, med unntak for enkelte reserver som skal beskattes av det overtakende selskapet ved fusjonen. Utsatt beskatning av grenseoverskridende fusjoner forutsetter at eiendeler og gjeld overføres til et fast driftssted i Sverige som ikke er fritatt for beskatning.

### **16.4.3 Finland**

Fusjonsskattedirektivet er implementert i finsk skatterett. Det innebærer at skattereglene knyttet til nasjonale fusjoner og fisjoner også omfatter grenseoverskridende fusjoner og fisjoner innenfor EU. Finsk selskapsrett tillater imidlertid ikke grenseoverskridende fusjoner og fisjoner. Reglene om skattefri fusjon og fisjon kommer ikke til anvendelse hvis hovedformålet eller ett av hovedformålene med fusjonen eller fisjonen er skatteunngåelse.

### **16.4.4 Tyskland**

Tyskland har vedtatt regler om skattemessige konsekvenser av grenseoverskridende omorganiseringer. Reglene trådte i kraft med virkning fra 13. desember 2006. Reglene innebærer at grenseoverskridende omorganiseringer ikke skal utløse beskatning, såfremt Tyskland ikke mister beskatningsretten til de overførte eiendeler og gjeld. Hvis alle eiendeler og gjeld overføres til et fast driftssted i Tyskland, er omorganiseringen skattefri.

## **16.5 Departementets vurderinger og forslag**

Fusjon og fisjon over landegrensene er en type transaksjoner som kan være ønskelige og nødvendige for en god utvikling av bedrifter med internasjonal orientering. Dette har også gitt seg utslag i fritakspraksis.

Som nevnt ovenfor i kapittel 5, bør skattereglene ikke være unødig til hinder for ellers samfunnsmessig ønskelige nasjonale fusjoner og fisjoner. Tilsvarende hensyn gjør seg også gjeldende når en fusjon eller fisjon skjer på tvers av landegrensene. Idet følgende vurderes behovet for endringer i norske regler for beskatning av selskaper og aksjonærer ved grenseoverskridende fusjon og fisjon.

### **16.5.1 Grenseoverskridende fusjon og fisjon av aksjeselskap og allmennaksjeselskap**

Nedenfor vurderes de skattemessige konsekvensene av fusjon og fisjon som gjennomføres mellom aksjeselskap og allmennaksjeselskap hjemmehørende i ulike stater. Fusjon og fisjon av selskap hjemmehørende i utlandet med norske aksjonærer behandles i punkt 16.5.3. Ved vurderingen av behovet for endringer i skattereglene på

området, sondres det mellom transaksjoner som gjennomføres innenfor EØS-området, og transaksjoner som omfatter selskaper som er hjemmehørende utenfor EØS-området.

#### *A. Innenfor EØS-området*

Implementeringen av fusjonsselskapsdirektivet innebærer at grenseoverskridende fusjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er blitt norsk selskapsrett. Implementeringen gjør det ønskelig med korresponderende regler for de skattemessige virkningene av slike fusjoner for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper som er hjemmehørende i Norge og for norske aksjonærer.

Det er videre, på bakgrunn av EF-domstolens avgjørelse i Sevic-saken, vedtatt selskapsrettslige regler for grenseoverskridende fisjoner. Når det legges til grunn at EØS-avtalen og etableringsfriheten krever at det skal kunne gjennomføres en grenseoverskridende fisjon selskapsrettslig, vil norske skatteregler som innebærer en skranke på muligheten for å gjennomføre en slik fisjon kunne anses å være i strid med EØS-avtalen.

På denne bakgrunn mener departementet at det er hensiktsmessig med også en skattemessig regulering av fusjoner og fisjoner mellom selskaper som er hjemmehørende i ulike medlemsstater innenfor EØS-området. Dette nødvendiggjør først og fremst endringer i skatteloven § 11-1 annet ledd, hvor det fremgår at fritakene og begrensningene i kapittel 11 kun gjelder når alle selskapene som deltar i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i Norge. I tillegg kan det være behov for endringer i de øvrige vilkårene som gjelder ved gjennomføring av skattefrie interne fusjoner og fisjoner. I stedet for å tilpasse de gjeldende bestemmelsene i kapittel 11 til de grenseoverskridende tilfellene, foreslår departementet at den skattemessige reguleringen av fusjon og fisjon over landegrensene reguleres i en ny paragraf i skatteloven § 11-11, og at dette fremgår av skatteloven § 11-1 annet ledd. Det vises til nærmere redegjørelse nedenfor, samt forslag til nytt annet punktum i skatteloven § 11-1 annet ledd.

Skattefrihet ved grenseoverskridende fusjoner og fisjoner kan medføre tilpasningsmuligheter og fare for tap av skattefundamenter. Ved vurderingen av hvilke vilkår som bør settes for at en grenseoverskridende fusjon eller fisjon kan gjennomføres uten skattlegging av selskapene og aksjonærene, bør det ses hen til fusjonsskattedirektivet og de rettigheter og begrensninger som gjelder for EU-landene. Fusjonsskattedirektivet er, som nevnt ovenfor under punkt 16.3.1, ikke norsk rett i henhold til EØS-avtalen, men departementet legger til grunn at de norske reglene vil være i overensstemmelse med forpliktelsene etter EØS-avtalen dersom de utformes i tråd med det som gjelder innad i EU.

Fusjon mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper hjemmehørende i ulike medlemsstater er regulert i kapittel 13 i henholdsvis aksjeloven og allmennaksjeloven. Det innebærer at grenseoverskridende fusjoner med aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper kan gjennomføres lovlig i henhold til de selskapsrettslige reglene. Dette betyr at kravet som følger av skatteloven § 11-2 for interne fusjoner, om at transaksjonen skal gjennomføres etter de rammer som følger av aksjeloven og allmennaksjeloven, er oppfylt når den grenseoverskridende fusjonen gjennomføres i samsvar med reglene i kapittel 13 i aksjeloven eller kapittel 13 i allmennaksjeloven. Departementet foreslår at dette

kommer til uttrykk i skatteloven § 11-11 første ledd første punktum, på tilsvarende måte som det følger av skatteloven § 11-2 første ledd for interne fusjoner. Reglene i aksjeloven og allmennaksjeloven gjelder tilsvarende for de øvrige selskapsformene som er omfattet av fusjonsselskapsdirektivet (SE-selskaper, forretningsbanker, forsikringsaksjeselskaper, forsikringsallmennaksjeselskaper og verdipapirforetak som organiseres som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap), slik at det ikke er nødvendig med noen særlig henvisning til disse lovene i skatteloven § 11-11.

Justisdepartementet la i proposisjonen til grunn at det ikke skulle åpnes for å gjennomføre trekantfusjoner over landegrensene. Departementet vil derfor ikke gi regler som innebærer at trekantfusjoner kan gjennomføres over landegrensene uten beskatning av selskapene og aksjonærene.

I henhold til reglene i skatteloven kapittel 11, forutsetter gjennomføring av en skattefri intern fusjon at det er full skattemessig kontinuitet på både selskaps- og eiernivå, jf. skatteloven § 11-7. Dette er et grunnleggende prinsipp som bør gjelde like strengt ved grenseoverskridende fusjoner som ved fusjoner mellom norske selskaper. Det følger også av fusjonsskattedirektivet at gjennomføring av en grenseoverskridende fusjon forutsetter at det er full skattemessig kontinuitet på selskaps- og eiernivå.

Gjennomføringen av kravet til skattemessig kontinuitet må imidlertid tilpasses i de grenseoverskridende tilfellene, på grunn av faren for tap av norske skattefundamenter. Det bør ikke stilles strengere vilkår for gjennomføringen av grenseoverskridende transaksjoner enn for tilsvarende interne transaksjoner. Ved vurderingen av hvordan Norge kan sikre skattefundamentet ved grenseoverskridende fusjoner, kan det skilles mellom de tilfeller der det norske selskapet er det overdragende selskapet i fusjonen og de tilfeller der det norske selskapet er det overtakende selskapet i fusjonen, ettersom det kan være forskjellige hensyn som spiller inn i de ulike tilfellene.

Det er spesielt viktig for Norge å ha effektive regler som sikrer det norske skattefundamentet der det norske selskapet er det overdragende selskapet i fusjonen. Når det overtakende selskapet er utenlandsk, og ikke har skatteplikt til Norge som hjemmehørende her, utløser fusjonen beskatning både for det overdragende selskapet (det norske) og for aksjonærene i dette, etter de alminnelige regler om realisasjon, likvidasjon, uttak eller utbytte. Fusjonen vil således innebære at eiendeler og gjeld med tilhørende skattemessige verdier i det overdragende selskapet flyttes til utlandet, og at det overdragende selskapets skatteplikt til Norge bortfaller.

Etter fusjonsskattedirektivet er det anledning for medlemsstatene å ta hensyn til sine interesser i å beskytte skattefundamentet. Det følger av direktivet at medlemsstatene kan sette som vilkår for å gjennomføre den grenseoverskridende fusjonen, at de skattemessige verdier og eiendeler og gjeld knyttet til det overdragende selskapet videreføres av det overtakende selskapet i en filial i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende. Når fusjonsskattedirektivet gir EU-statene anledning til å sette et slikt vilkår for gjennomføring av en grenseoverskridende fusjon, må Norge kunne legge seg på samme linje, uten at det kan anses å være i strid med forpliktelsene i EØS-avtalen. Et slikt vilkår vil innebære at eiendeler, rettigheter og forpliktelser i det overdragende norske selskapet videreføres med skattemessig

kontinuitet i den norske filialen av det utenlandske overtakende selskapet. Det overtakende selskapet blir derfor begrenset skattepliktig til Norge for den overførte virksomheten. På denne måten blir Norges beskatningsrett opprettholdt.

Etter fusjonsskattedirektivet kan medlemsstatene fritt velge om enkelte skatteposisjoner skal kunne overføres til filialen av det overtakende selskapet i forbindelse med fusjonen eller ikke. Dette gjelder blant annet fremførbart underskudd. Medlemsstatene kan således i utgangspunktet nekte overdragelse av fremførbare underskudd fra det overdragende selskapet til filialen av det overtakende selskapet. Det følger imidlertid av artikkel 6 i direktivet at medlemsstater som åpner for overføring av fremførbart underskudd ved interne fusjoner, må åpne for en tilsvarende rett til overføring i de grenseoverskridende tilfellene. Etter norsk rett, kan fremførbare underskudd i det overdragende selskapet overføres til det overtakende selskapet i forbindelse med en fusjon mellom norske selskaper. Norge er ikke forpliktet etter fusjonsskattedirektivet. Men dersom man regulerer adgangen til overføring av fremførbart overskudd i samsvar med de prinsipper som gjelder etter fusjonsskattedirektivet, legges det til grunn at det ikke vil foreligge noe brudd på Norges EØS-forpliktelser. Departementet foreslår derfor at det skal være tilsvarende rett til å overføre skatteposisjoner ved grenseoverskridende fusjoner, som ved interne fusjoner. En videreføring av retten til å fremføre tidligere års underskudd kan imidlertid ha liten effekt når filialens inntekt tas til beskatning i det overtakende selskaps hjemstat, og det gis kredit i utlandet for skatt betalt for virksomheten i Norge (hvor underskuddet er fremført i filialens inntekt og således har redusert skattegrunnlaget og dermed kreditfradraget).

En fusjon over landegrensene hvor det overtakende selskapet er norsk og det overdragende selskapet er utenlandsk, utløser ikke beskatning for det norske selskapet. Det utenlandske, overdragende selskapet kan imidlertid bli skattepliktig til Norge dersom det har begrenset skatteplikt hit, for eksempel via en filial. I tillegg må det gjennomføres en realisasjonsbeskatning for eventuelle aksjonærer i det utenlandske, overdragende selskapet som har alminnelig skatteplikt til Norge. Departementet mener at det kan åpnes for at man i slike tilfeller kan gjennomføre fusjonen uten skattemessige virkninger for selskapene og dets aksjonærer, uten at man knytter ytterligere vilkår til skattefritaket enn de som allerede følger ved interne fusjoner. Dette er begrunnet i at Norge vil opprettholde sin beskatningsrett når det overtakende selskapet er hjemmehørende i Norge. Hensynet til fare for tap av norsk skattefundament gjør seg således ikke gjeldende ved grenseoverskridende fusjoner hvor det norske selskapet er det overtakende selskapet.

Skatteloven § 11-7 annet ledd forutsetter at det også er kontinuitet på eiernivå for at fusjonen kan gjennomføres skattefritt. Det innebærer at aksjonærene i det overdragende selskapet skal videreføre de skattemessige verdier og ervervstidspunkter på de overførte aksjene til vederlagsaksjene. Dette er også lagt til grunn i fusjonsskattedirektivet som forutsetning for skattefrihet for aksjonærene. Departementet kan ikke se at det er særlige hensyn som gjør seg gjeldende i de grenseoverskridende tilfellene, og foreslår derfor at det samme prinsippet legges til grunn ved grenseoverskridende fusjoner som ved interne fusjoner. Skattefrihet ved fusjonen er imidlertid ikke til hinder for at Norge kan beskatte gevinster ved senere realisasjon av vederlagsaksjene, slik som ved realisasjon av aksjene i det overdragende selskapet.

Forslaget om innføring av skattefritak ved gjennomføring av grenseoverskridende fusjoner medfører et behov for særlige regler om opplysningsplikt for aksjonærer i utenlandske selskaper som er skattepliktige til Norge. Dette skal sikre at norske myndigheter får opplysninger om transaksjonen og således kan foreta den nødvendige kontrollen med at fusjonen er gjennomført i samsvar med kravene i skatteloven. Slike regler om opplysningsplikt kan gis i forskrift med hjemmel skatteloven § 11-11.

På bakgrunn av det ovenstående foreslår departementet at § 11-7 skal gjelde tilsvarende ved grenseoverskridende fusjoner, slik at det må være skattemessig kontinuitet på både selskaps- og eiernivå for at den grenseoverskridende fusjonen kan gjennomføres skattefritt. Hvis det overtakende selskapet er hjemmehørende i en annen EØS-stat, forutsetter imidlertid skattefritaket at de eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres fra det overdragende selskapet i forbindelse med fusjonen, videreføres i en filial i Norge av det overtakende selskapet og med skattemessig kontinuitet. Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 første ledd annet punktum og fjerde ledd.

Endringene i aksjeloven (§ 13-25 jf. allmennaksjeloven § 13-25 annet ledd nr 1) og allmennaksjeloven (§ 13-15 annet ledd nr. 1) med virkning fra 15. desember 2007 innebærer at aksjeloven og allmennaksjelovens alminnelige begrensning i § 13-2 første ledd nr. 2, om at et eventuelt vederlag til aksjonærene i annet enn aksjer i det overtakende selskapet ikke kan overstige 20 pst. av det samlede vederlaget, ikke skal gjelde ved grenseoverskridende fusjoner. Forutsetningen for dette er at det etter lovgivningen som et av de deltakende selskapene er underlagt, er adgang til å gjennomføre fusjon med et tillegg til vederlag i aksjer som overstiger 20 pst. av det samlede vederlaget. I henhold til skatteloven kapittel 11, kan tilleggsvederlaget ved en intern fusjon ikke overstige 20 pst. av det samlede vederlaget for at fusjonen skal anses skattefri. Når det er åpnet for at det i grenseoverskridende tilfeller gis skattefritak selv om tilleggsvederlaget overstiger 20 pst., slik det er vedtatt selskapsrettslig, vil de grenseoverskridende tilfellene stilles overfor bedre vilkår, enn interne fusjoner. En begrensning til 20 pst. også i de grenseoverskridende tilfellene, synes derfor å ikke innebære en diskriminering av de internasjonale tilfellene i forhold til de nasjonale. Det kan innvendes at når det er åpnet for at dette kan gjennomføres selskapsrettslig, vil manglende korrespondanse i skattereglene kunne innebære en restriksjon på den selskapsrettslige muligheten til å fusjonere. Det er likevel opp til selskapene å fastsette størrelsen på tilleggsvederlaget, og de står derfor fritt til å velge et tilleggsvederlag i samsvar med kravene i skatteloven, slik at fusjonen kan gjennomføres skattefritt, selv om man selskapsrettslig kan ha et høyere tilleggsvederlag. Videre kan det være andre EØS-stater som tillater et så høyt tilleggsvederlag at man risikerer at reglene om skattefri fusjon benyttes i tilfeller hvor transaksjonen i realiteten er et salg av selskapet og ingen omorganisering. Hvis tilleggsvederlaget gir preg av at transaksjonen i realiteten er et salg, kan man riktignok benytte lojalitetsstandarden i skatteloven § 14-90. Dette er imidlertid en streng norm med vanskelige og skjønnsmessige grensedragninger, og det kan derfor knytte seg usikkerhet til når det er grunnlag for å anvende bestemmelsen. Departementet foreslår på denne bakgrunn at muligheten til å ha et tilleggsvederlag som overstiger 20 pst. ikke legges til grunn skatterettslig. Det innebærer at man ved grenseoverskridende fusjoner, hvor tilleggsvederlaget

overstiger 20 pst., ikke kan anvende reglene om skattefri fusjon i skatteloven § 11-11, og således skal beskattes etter de alminnelige regler i skatteloven. Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 første ledd første punktum.

Skatteloven kapittel 11 oppstiller også andre vilkår knyttet til gjennomføringen av en intern skattefri fusjon. For det første følger det av skatteloven § 11-6 at skattefritaket kun omfatter vederlag i aksjer i selskap som inngår i fusjonen. Eventuelt tilleggsvederlag skal derfor beskattes etter de alminnelige regler. Dette prinsippet er også lagt til grunn i fusjonsskattedirektivet. Videre følger det av skatteloven § 11-9 at det overdragende selskapet skal oppløses og avvikles i henhold til aksjeloven eller allmennaksjelovens bestemmelser. Skatteloven § 11-10 regulerer virkningstidspunktet for fusjonen. Departementet foreslår at disse bestemmelsene skal gjelde tilsvarende ved grenseoverskridende fusjoner så langt de passer. Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 første ledd annet punktum.

I fusjonsskattedirektivet er det gitt egne regler for tilfeller hvor hovedformålet, eller ett av hovedformålene, med transaksjonen er skatteunndragelse eller skatteunngåelse. I slike tilfeller står medlemsstatene fritt i å bestemme om reglene om skattefri fusjon skal komme til anvendelse eller ikke. Departementet mener at det bør være en felles lojalitetsvurdering i interne og grenseoverskridende transaksjoner. Det forelås derfor ingen særlig avskjæringsbestemmelse for grenseoverskridende fusjoner i tråd med fusjonsskattedirektivet. Det vises til nærmere drøftelse av lojalitetsvurderingen under del VIII.

Fisjon av aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper hjemmehørende i Norge, hvor de overtakende selskapene blir hjemmehørende i en eller flere EØS-stater, er nå regulert i kapittel 14 i henholdsvis aksjeloven og allmennaksjeloven. Dette innebærer at grenseoverskride fisjoner av aksjeselskap og allmennaksjeselskap fra 15. desember 2007 har kunnet gjennomføres lovlig i henhold til de selskapsrettslige reglene. Dette innebærer videre at kravet som følger av skatteloven § 11-4 for interne fusjoner, om at transaksjonen skal gjennomføres etter de rammer som følger av aksjeloven og allmennaksjeloven, er oppfylt når den grenseoverskridende fisjonen gjennomføres i samsvar med reglene i kapittel 14 i aksjeloven eller kapittel 14 i allmennaksjeloven. Departementet foreslår at dette kommer til uttrykk i skatteloven § 11-11 annet ledd første punktum, på tilsvarende måte som det følger av skatteloven § 11-4 første ledd for interne fisjoner.

Som ved interne fusjoner, er det i henhold til skatteloven § 11-7 krav om at det er full skattemessig kontinuitet på både selskaps- og eiernivå for at et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap kan fisjoneres uten beskatning av selskapet og aksjonærene. Dette bør gjelde tilsvarende ved grenseoverskridende fisjoner som ved fisjoner av norske selskaper. Også ved fisjon følger det av fusjonsskattedirektivet at skattefrihet forutsetter at det er full skattemessig kontinuitet på selskaps- og eiernivå. Kravet til skattemessig kontinuitet og hensynet til vern av det norske skattefundamentet, kan etter departementets mening ivaretas på tilsvarende måte ved grenseoverskridende fisjoner, som foreslått for grenseoverskridende fusjoner. Departementet viser derfor til vurderingene og forslagene knyttet til grenseoverskridende fusjoner ovenfor, både når det gjelder kontinuitet på selskapsnivå og på eiernivå.

I tillegg til skatteloven § 11-7, regulerer skatteloven § 11-8 også skattemessig kontinuitet ved å fastsette fordelingen av aksjekapital og skatteposisjoner ved

fisjon. Det følger av denne bestemmelsens første ledd at nominell og innbetalt aksjekapital i det overdragende selskapet skal fordeles i samme forhold som nettoverdiene fordeles mellom de overtakende selskapene. Videre er fordelingen av skatteposisjoner, avhengig av om de er knyttet til overførte eiendeler og gjeld eller ikke, regulert i tredje og fjerde ledd. Departementet kan ikke se at det er noen særlige hensyn som tilsier at det er behov for å tilpasse skatteloven § 11-8 til de grenseoverskridende tilfellene, og foreslår derfor at skatteloven § 11-8 skal gjelde tilsvarende så langt det passer ved grenseoverskridende fusjon av aksjeselskap og allmennaksjeselskap.

Som redegjort for ovenfor, kan tilleggsvederlaget overstige 20 pst. av det samlede vederlaget ved grenseoverskridende fusjoner, når lovgivningen i en av statene hvor selskapene som deltar i fusjonen er hjemmehørende, åpner for dette. Forslaget har sin bakgrunn i fusjonsselskapsdirektivet. En tilsvarende mulighet for høyere tilleggsvederlag gjelder ikke ved grenseoverskridende fisjoner, ettersom fusjonsselskapsdirektivet ikke kommer til anvendelse ved fisjoner og det derfor ikke foreligger en tilsvarende plikt til å tillate høyere tilleggsvederlag enn 20 pst. Departementet foreslår at dette legges til grunn også skatterettslig. Kravet om at tilleggsvederlaget ikke kan overstige 20 pst. av det samlede vederlaget for at fisjonen kan gjennomføres uten beskatning vil fremgå av henvisningen til aksjeloven og allmennaksjeloven kapittel 14 i forslaget til skatteloven § 11-11 annet ledd, på samme måte som det fremgår av henvisningen til aksjeloven og allmennaksjeloven i skatteloven § 11-4 første ledd for interne fisjoner.

Skatteloven kapittel 11 oppstiller også andre vilkår knyttet til gjennomføringen av en intern skattefri fisjon, i likhet med skattefrie fusjoner. Dette gjelder skatteloven §§ 11-6, 11-9 og 11-10. Det vises til nærmere omtale av disse bestemmelsene ovenfor under grenseoverskridende fusjoner. Departementet foreslår at disse bestemmelsene skal gjelde tilsvarende ved grenseoverskridende fisjoner så langt de passer.

Som ved grenseoverskridende fusjoner foreslås det ikke en særlig lojalitetsklausul for grenseoverskridende fisjoner. Den alminnelige lojalitetsstandard som følger av skatteloven § 14-90, se nærmere under kapittel 27, skal derfor gjelde tilsvarende i de grenseoverskridende tilfellene.

Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 annet ledd, jf. fjerde ledd.

#### *B. Utenfor EØS-området*

Fusjonsselskapsdirektivet er ikke til hinder for at medlemsstatene i sin nasjonale lovgivning gir regler om fusjon med selskap hjemmehørende utenfor EØS-området. På bakgrunn av vanskeligheter knyttet til gjennomføring av en fusjon med selskaper utenfor EØS-området, har Justisdepartementet ikke foreslått at det skal gis selskapsregler om at norske selskaper kan fusjonere med selskap hjemmehørende utenfor EØS-området.

Selv om grenseoverskridende fusjoner med selskap hjemmehørende utenfor EØS-området ikke er selskapsrettslig regulert, kan det være ønskelig å gjennomføre en fusjonslignende transaksjon over landegrensene også utenfor EØS. Spørsmålet blir da om skattereglene skal være til hinder for gjennomføringen av en slik transaksjon.

Behovet for å gjennomføre transaksjoner på tvers av landegrensene har kommet til uttrykk gjennom fritakspraksis. Ettersom et norsk selskap selskapsrettslig ikke kan fusjonere med et utenlandsk selskap, har selskapene i stedet benyttet andre transaksjonsformer for å oppnå samme resultat som ved en fusjon. Som redegjort for under punkt 16.1.3, har departementet i flere tilfeller, på nærmere bestemte vilkår, innvilget søknad om fritak for realisasjonsbeskatning når et norsk selskap har inngått i en såkalt konserndannelse i utlandet (aksjebytte). I tillegg har det blitt fritatt for realisasjonsbeskatning for både selskapet og aksjonærene når et selskap hjemmehørende i Norge har ”fusjonert” med et utenlandsk selskap ved såkalt ”filialisering” (overføring av eiendeler mot vederlag i aksjer).

Når departementet i stor grad har innvilget søknad om skattefritak i slike fusjonslignende tilfeller, kan det vært hensiktsmessig å gi regler som åpner for at norske selskaper kan ”fusjonere” med et utenlandsk selskap hjemmehørende utenfor EØS-området uten at det medfører beskatning for selskapet og aksjonærene. Dette vil gjøre at norske selskaper som ønsker å gjennomføre en fusjonslignende transaksjon med et utenlandsk selskap hjemmehørende utenfor EØS får anledning til å gjøre det uten å måtte søke om skattefritak først.

Departementet har tidligere vurdert om det skulle innføres regler om skattefrie fusjoner mellom selskap hjemmehørende i henholdsvis Norge og utlandet, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 5.3. Det ble her påpekt at skattefrihet ved fusjon mellom et selskap hjemmehørende i Norge med et selskap hjemmehørende i utlandet ville innebære en reell fare for tap av norske skattefundamenter, ved at norske selskapers tilknytning og skatteplikt til Norge opphører ved fusjonen. Det ble videre pekt på at det aktuelle behovet for slike regler var begrenset, ettersom dispensasjonshjemmelen i skatteloven § 11-11 annet ledd (tidligere § 54 annet ledd) enda ikke hadde vært benyttet.

Hensyn til vern av norske provenyinteresser gjør seg gjeldende også i dag. Innføring av rett til skattefrie ”fusjon” med selskap hjemmehørende utenfor EØS-området, gjør det nødvendig å innføre særlige vilkår for å ivareta hensynet til å sikre norske provenyinteresser. Slike vilkår er gitt i vedtakene om skattefritak, se nærmere under punkt 16.1.3. Departementet har også foreslått vilkår for gjennomføring av grenseoverskridende fusjon innenfor EØS-området som skal sikre norsk beskatningsrett, jf. departementets vurderinger og forslag ovenfor. Disse vilkårene for skattefritak er i stor grad sammenfallende med vilkårene som er satt i fritakspraksis, og hensynet til tap av skattefundament må anses ivaretatt gjennom disse. Vilkåret i fritakspraksis om at den fritatte gevinsten kommer til beskatning hvis (den personlige) aksjonæren mister sin skattemessige tilknytning til Norge, må anses ivaretatt gjennom de vedtatte reglene om utflyttingsskatt i skatteloven § 10-70.

På denne bakgrunn foreslår departementet at et norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap skal kunne gjennomføre en fusjonslignende transaksjon med et eller flere utenlandske selskaper hjemmehørende utenfor EØS-området uten at det medfører beskatning av selskapene og aksjonærene, forutsatt at transaksjonen skjer etter de prinsipper og vilkår som gjelder for skattefrie fusjoner i den stat hvor det overtakende selskapet er hjemmehørende. Det er imidlertid ikke alle transaksjoner som det er ønskelig at norske selskaper skal kunne benytte uten

beskatning. Det er derfor nødvendig med en nærmere vurdering av hvilke fusjonslignende transaksjoner som kan gjennomføres uten umiddelbar beskatning.

I fritakspraksis har man innrømmet fritak for beskatning både ved konserndannelse i utlandet (aksjebytte) og ved filialiseringstilfellene (overdragelse av virksomhet og eiendeler mot vederlag i aksjer). Gjennomføringen av sammenslåing ved et aksjebytte innebærer at aksjonærene i det norske selskapet overfører samtlige aksjer til det utenlandske selskapet, og mottar aksjer i det utenlandske selskapet som vederlag. Skattefritak i slike tilfeller vil innebære at aksjonærene blir fritatt for beskatning ved overføring av sine aksjer i det norske selskapet (allerede fritak for selskapsaksjonærer etter fritaksmetoden), forutsatt at de skattemessige verdiene knyttet til de overførte aksjene videreføres på de utenlandske vederlagsaksjene. Det vil i slike tilfeller ikke bli tale om noen beskatning av det norske selskapet, da dette vil fortsette sin virksomhet i Norge på tilsvarende måte som før gjennomføringen av aksjebyttet, bare underlagt et utenlandsk morselskap. Det vil derfor ikke være behov for noe vilkår om at det skal etableres en filial i Norge i forbindelse med transaksjonen (tilsvarende følger også av fusjonsskattedirektivet).

Sammenslåingen kan som nevnt også tenkes gjennomført ved overføring av eiendeler og virksomhet mot aksjer. Det norske selskapet vil da likvideres, samtidig som virksomheten, eiendelene, rettigheter og forpliktelser i det likviderte selskapet blir overført til et utenlandsk selskap, mot at aksjonærene i det norske selskapet får aksjer i det utenlandske selskapet som vederlag. Skattefritak innebærer at det er fritak på selskapsnivå for likvidasjonsbeskatning av selskapet, og på aksjonærnivå for realisasjon av aksjene i det likviderte selskapet og overføringen av likvidasjonsutbyttet fra aksjonærene til det utenlandske selskapet (dette vil imidlertid skje samtidig, og det vil derfor ikke være noen gevinst knyttet til de overførte eiendelene mv., ettersom utgangsverdien på disse skal settes lik inngangsverdien på vederlagsaksjene). For å verne om norske provenyinteresser, må et eventuelt skattefritak i slike tilfeller forutsette at den overførte virksomheten med tilknyttede eiendeler og gjeld videreføres med skattemessig kontinuitet i en filial i Norge.

Den vesentligste forskjellen mellom de to transaksjonstypene, er at det norske selskapet ikke opphører i forbindelse med et aksjebytte, i motsetning til ved overføring av virksomhet eller eiendeler mot aksjer. Selv om man har som vilkår for skattefritak i det siste tilfellet at virksomheten og de skattemessige verdier overføres med kontinuitet til en filial i Norge, vil norske myndigheter stå i en svakere posisjon overfor en norsk filial av utenlandsk selskap enn norsk datterselskap av utenlandsk morselskap. Det kan også være ønskelig for utenlandske selskaper å etablere seg i Norge ved en filial fremfor et datterselskap, da det er færre vilkår og formaliteter knyttet til en filial enn et aksjeselskap, samtidig som selskapet kan utnytte et eventuelt underskudd i filialen. Flere hensyn taler således for å begrense etableringen av filialer av utenlandske selskaper i Norge i forbindelse med omorganiseringer. Departementet foreslår derfor at det kun åpnes for at aksjeselskap og allmennaksjeselskap hjemmehørende i Norge kan "fusjonere" med et eller flere utenlandsk selskap hjemmehørende utenfor EØS, når dette skjer ved at aksjonærene i det norske selskapet overfører samtlige av sine aksjer til det eller de utenlandske selskapene og mottar aksjer i det eller de utenlandske selskapene som vederlag (aksjebytte). Det vil etter dette heller ikke

være aktuelt å søke om skattefritak i de såkalte filialiseringstilfellene. Slik filialisering vil imidlertid kunne gjennomføres som ledd i en fusjon innenfor EØS-området, jf. departementets forslag ovenfor.

Skattefri "fusjon" mellom selskap hjemmehørende i Norge og selskap hjemmehørende utenfor EØS-området kan etter departementets mening ikke gjelde generelt. Departementet mener at det ikke bør åpnes for at et norsk selskap kan "fusjonere" skattefritt med et selskap hjemmehørende i et lavskatteland, jf. skatteloven § 10-63. Dette gjelder selv om transaksjonen innebærer at det norske selskapet opprettholdes. Dette er begrunnet i at departementet ikke ønsker å bidra til å etablere virksomhet i stater med lav eller ingen selskapsbeskatning.

Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 femte ledd.

Mangelen på selskapsrettslig regulering av grenseoverskridende fusjoner utenfor EØS-området innebærer som nevnt at omorganiseringen i stedet må gjennomføres ved et aksjebytte. Men selv om det i de grenseoverskridende tilfellene skal åpnes for at en slik transaksjon kan gjennomføres skattefritt, vil ikke departementet gi tilsvarende skattefritak hvis norske selskaper /aksjonærer gjennomfører et aksjebytte i Norge. Norske selskaper og aksjonærer er derfor henvist til å gjennomføre en fusjon etter reglene i aksjeloven og allmennaksjeloven hvis transaksjonen skal anses skattefri.

Når det gjelder fisjon av norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, hvor ett eller flere av de overtakende selskapene er eller blir hjemmehørende utenfor EØS-området, er det ikke gitt selskapsregler om dette. Selskapsreglene om grenseoverskridende fisjon innenfor EØS-området er gitt for å oppfylle Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Noen tilsvarende forpliktelse foreligger ikke ved grenseoverskridende fisjon utenfor EØS. Det har heller ikke vært fritakspraksis om dette. På denne bakgrunn vil ikke departementet foreslå regler som innebærer at grenseoverskridende fisjon utenfor EØS-området kan gjennomføres uten beskatning av selskapet og aksjonærene.

### **16.5.2 Grenseoverskridende fusjon og fisjon av selskap som er skattemessig likestilt med aksjeselskap og av deltakerlignede selskap**

#### *A. Selskap med begrenset ansvar som er skattemessig likestilt med aksjeselskap*

Fusjonsselskapsdirektivet gjelder for selskaper med begrenset ansvar. Justisdepartementet har vurdert hvilke selskaper som er omfattet av definisjonen av selskap med begrenset ansvar, og hvilke selskaper som således faller utenfor, jf. Ot.prp. nr. 78 (2006-2007) punkt 3.1.3. I henhold til proposisjonen faller sparebanker, gjensidige forsikringsselskaper og verdipapirfond utenfor direktivets virkeområde. Når det gjelder samvirkeforetak, viste Justisdepartementet til at direktivet får anvendelse for SE-selskap, SCE-foretak og (nasjonale) samvirkeforetak, herunder boligbyggelag og borettslag. Justisdepartementet fremmet imidlertid ikke utkast til regler om fusjon over landegrensene for samvirkeforetak. Bakgrunnen for dette var at samvirkeforetakenes struktur og form kan variere mye mellom EØS-statene, og samvirkeforetakene i medhold av SCE-loven kan stifte et SCE-foretak ved fusjon mellom et norsk og et utenlandsk samvirkeforetak. Justisdepartementet foreslo på

denne bakgrunn bare regler om grenseoverskridende fusjon (og fisjon) for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, herunder forretningsbanker, forsikringsselskap, forsikringsallmennaksjeselskaper og verdipapirforetak organisert som aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Justisdepartementets utkast til endringer i aksjeloven og allmennaksjeloven ble vedtatt uendret, jf. nr. Innst.O.nr.7 (2007-2008) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i aksjeloven, allmennaksjeloven og enkelte andre lover (fusjon og fisjon over landegrensene).

Når det er vedtatt at det ikke skal gis selskapsregler for grenseoverskridende fusjon av andre selskaper med begrenset ansvar enn aksjeselskap og allmennaksjeselskap, kan det være naturlig å legge det samme til grunn skatterettslig.

I henhold til fritakspraksis etter skatteloven § 11-22 er det ikke blitt fritatt for realisasjonsbeskatning ved grenseoverskridende fusjon av likestilte selskaper. Det tyder på at det ikke har vært et særlig behov for skattefritak i slike tilfeller.

Departementet vil på bakgrunn av det ovenstående ikke foreslå regler som innebærer at et selskap med begrenset ansvar, som er skattemessig likestilt med aksjeselskap, kan fusjonere skattefritt med et tilsvarende utenlandsk selskap med begrenset ansvar.

#### *B. Deltakerlignede selskap*

Ansvarlige selskaper, selskaper med delt ansvar og kommandittselskaper faller utenfor fusjonsselskapsdirektivets virksområde, ettersom deltakerne i disse selskapene er personlig ansvarlig med hele sin formue for selskapets forpliktelser, jf. slik det ble foreslått i Ot.prp. nr. 78 (2006-2007). Norge har således ingen forpliktelser etter direktivet til å gi selskapsregler om fusjon over landegrensene for deltakerlignede selskaper. Det foreligger ikke fritakspraksis som tilsier at det er særlig behov for skatteregler som fritar for realisasjonsbeskatning. På denne bakgrunn vil departementet ikke foreslå regler om skattefri fusjon over landegrensene av deltakerlignede selskaper.

### **16.5.3 Fusjon og fisjon i utlandet med norske aksjonærer eller filial i Norge**

Når to selskaper hjemmehørende i utlandet fusjonerer, eller et selskap hjemmehørende i en annen stat fisjonerer, vil denne transaksjonen medføre realisasjonsbeskatning for aksjonærer som er skattepliktig til Norge og som har eierandeler i det overdragende selskapet. Dette gjelder selv om de interne regler i det landet hvor fusjonen eller fisjonen gjennomføres hjemler skattefrihet på eiernivå. Etter innføringen av fritaksmetoden vil imidlertid norske selskapsaksjonærer i stor grad være fritatt for realisasjonsbeskatning i forbindelse med fusjonen eller fisjonen i utlandet. Det er således kun skattepliktig for norske personlige aksjonærer i det overdragende selskapet i fusjonen eller fisjonen og for eventuelle selskapsaksjonærer som ikke er omfattet av fritaksmetoden. For å unngå realisasjonsbeskatning, må derfor aksjonærene etter gjeldende rett søke om skattefritak i henhold til skatteloven § 11-22.

I henhold til fritakspraksis etter skatteloven § 11-22, er det gitt fritak for realisasjonsbeskatning for norske aksjonærer ved fusjon av utenlandske selskaper. Det er her lagt til grunn de samme prinsipper og vilkår som legges til grunn ved

sammenslutninger mellom selskap hjemmehørende i Norge, se nærmere under punkt 16.1.3 og nedenfor. Når det har vært fritatt for beskatning av aksjonærene i slike tilfeller, kan det være behov for å lovfeste skattefritak for slike transaksjoner i skatteloven.

Departementet vurderte i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) punkt 5.4 om det skulle innføres generelle regler om skattefrihet for norske aksjonærer som deltar i fusjoner eller fisjoner av selskaper hjemmehørende i utlandet. Ved vurderingen skilte man mellom to metoder for skattefrihet for norske aksjonærer. Det ene alternativet var at fusjonen eller fisjonen ble gjennomført i samsvar med eventuelle regler om skattefrie fusjoner og fisjoner som gjaldt i utlandet. Det andre alternativet var at den utenlandske omorganiseringen skjedde på samme måte som skattefrie omorganiseringer av selskaper hjemmehørende i Norge. I begge tilfeller kom departementet frem til, etter innspill fra høringsinstansene, at det ikke var hensiktsmessig å innføre regler om skattefrihet for norske aksjonærer, begrunnet i de administrative og kontrollmessige ulempene en slik ordning ville medføre.

De hensyn som departementet la vekt på i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) gjør seg gjeldende også i dag. Fritakspraksis viser imidlertid at det er behov for en direkte regulering av skattefritak på aksjonærnivå, ettersom det i flere tilfeller er søkt om skattefritak for realisasjonsbeskatningen. Det er i praksis gitt klare vilkår for innvilgelse av skattefritak. Disse vilkårene kan også legges til grunn i en generell fritaksregel. Ettersom det er gitt skattefritak for norske aksjonærer i utenlandske fusjoner og fisjoner, og det er faste vilkår som ligger til grunn for innvilgelse av skattefritak, mener departementet at det kan åpnes for å regulere rett til fritak for umiddelbar realisasjonsbeskatning på aksjonærnivå når to eller flere selskaper i utlandet fusjonerer, eller et utenlandsk selskap fisjonerer.

I fritakspraksis har man lagt til grunn at fusjon eller fisjon i utlandet må være gjennomført etter de samme prinsipper som ligger til grunn for de norske reglene om skattefri fusjon og fisjon. Det innebærer blant annet at det må være skattemessig kontinuitet ved overføringen av eiendeler fra det overdragende selskapet til det overtakende selskapet. Dette bør gjelde tilsvarende under den generelle fritaksregelen, slik at det ikke er tilstrekkelig at fusjonen eller fisjonen gjennomføres i samsvar med reglene om skattefri fusjon eller fisjon i det landet transaksjonen foretas når disse avviker fra kravet til skattemessig kontinuitet. Aksjonæren i det overdragende selskapet må kunne godtgjøre at vilkårene knyttet til fusjonen eller fisjonen er oppfylt.

I tillegg til kravene om kontinuitet på selskapsnivå, har man stilt som vilkår at aksjonærene viderefører inngangsverdien på aksjene i det overdragende selskapet til vederlagsaksjene. Dette må også legges til grunn i en generell fritaksregel. Vilåret om at den fritatte gevinsten skal komme til beskatning hvis aksjonæren flytter fra Norge, anses nå ivaretatt gjennom de nye reglene for utflyttingsskatt i skatteloven § 10-70.

En regel om skattefrihet for skattytere som har eierandeler i det overdragende selskapet i en fusjon eller fisjon i utlandet, kan begrenses til fusjoner eller fisjoner som gjennomføres innenfor EØS-området. Dette for å sikre at norske myndigheter har den nødvendige kontroll med at fusjonen eller fisjonen i utlandet gjennomføres på riktig måte for at skattefritak skal kunne innvilges. Praksis viser imidlertid at det har vært behov for skattefritak også hvor selskapene som fusjonerer eller fisjonerer er

hjemmehørende utenfor EØS-området. Hensynet til å redusere antall søknadssaker, tilsier derfor at man også åpner for å fritta for beskatning på aksjonærnivå når fusjonen eller fisjonen skjer utenfor EØS. Departementet ønsker imidlertid ikke å gi skattefritak for aksjonærer som deltar i virksomhet i lavskatteland, og det foreslås derfor at reglene om skattefritak for norske aksjonærer i en utenlandsk fusjon eller fisjon avgrenses mot fusjoner og fisjoner som skjer med selskap hjemmehørende i lavskatteland.

I tillegg til beskatning på aksjonærnivå, kan det oppstå beskatning på selskapsnivå hvis det overdragende selskapet i den utenlandske fusjonen har en filial i Norge. Ettersom fusjonen medfører at det overdragende selskapet skal anses opphørt i forbindelse med fusjonen, vil virksomheten i filialen av det overdragende selskapet, med tilknyttede eiendeler og gjeld, anses realisert. En eventuell gevinst knyttet til filialen vil da være skattepliktig til Norge. Departementet mener at det kan åpnes for å gi skattefritak for en slik realisasjonsbeskatning, på bakgrunn av de samme hensyn som er anført i vurderingen av skattefritak på aksjonærnivå. Det må kreves at det overtakende selskapet viderefører det overdragende selskapets virksomhet i filial i Norge. Skattefrihet må da på tilsvarende måte forutsette at fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet på både selskaps og eiernivå, og for øvrig etter de prinsipper som ligger til grunn for slike transaksjoner i den stat hvor det overtakende selskapet er hjemmehørende. Det overdragende selskapet må kunne godtgjøre at vilkårene for skattefritak er oppfylt.

Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 sjette ledd.

Dersom den stat hvor selskapet er hjemmehørende ikke har selskapsrettslige regler om fusjon, kan det være tilfeller hvor selskapene i utlandet må foreta en sammenslåing ved konserndannelse (aksjebytte) i stedet for en sammenslåing ved fusjon. For norske aksjonærer som deltar i konserndannelsen, vil overføringen av aksjene i det ene utenlandsk selskapet mot aksjer i det andre utenlandske selskapet medføre realisasjonsbeskatning. Når det foreslås regler som fritar aksjonærer som deltar i en utenlandsk fusjon fra beskatning, bør det etter departementets mening også fritas for beskatning når transaksjonen gjennomføres ved et aksjebytte der det selskapsrettslig ikke er anledning til å gjennomføre en fusjon. Dette er det også fritatt for i fritakspraksis etter skatteloven § 11-22. Skattefritak i slike tilfeller må imidlertid forutsette, på samme måte som ved fusjoner, at aksjebyttet i det vesentlige skjer etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder etter kapittel 11 i skatteloven, og at aksjonæren kan godtgjøre dette overfor norske ligningsmyndigheter. Det er i fritakspraksis satt vilkår om at det er en reell integrasjon mellom selskapene for at det skal anses som et fusjonslignende tilfelle. Dette vil fanges opp av lojalitetsstandarder i skatteloven § 14-90.

Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 syvende ledd.

## **17. Grenseoverskridende omorganisering**

I det følgende vurderes den skattemessige behandlingen av grenseoverskridende omorganisering. Først redegjøres det for gjeldende rett knyttet til slike grenseoverskridende omorganiseringer, herunder i hvilke tilfeller det er gitt skattefritak når reglene om skattefri omorganisering ikke har kommet til

anvendelse (17.1). Til slutt foretas en vurdering av behovet for endringer i de norske skattereglene på området (17.2).

## **17.1 Gjeldende rett**

### **17.1.1 Skatteloven § 11-20 – endring av foretaks/selskapsform**

I henhold til skatteloven § 11-20 jf. skattelovforskriften § 11-20 flg., kan enkeltpersonforetak som driver virksomhet i skattelovens forstand, deltakerlignede selskap som nevnt i skatteloven § 10-40 og kraftforetak drevet av kommune eller fylkeskommune omdannes til aksjeselskap uten at det utløses realisasjonsbeskatning på eiernes hånd, når vilkårene for dette er oppfylt, jf. nærmere beskrivelse om dette under del V.

Det er blant annet en forutsetning for skattefri omdanning at det nystiftede aksjeselskapet er stiftet i samsvar med reglene i aksjeloven eller allmennaksjeloven. Det innebærer at det nystiftede selskapet må være hjemmehørende i Norge. Dette medfører videre at omdanning fra et norsk enkeltpersonforetak eller deltakerlignet selskap til et utenlandsk selskap ikke er omfattet av skattelovforskriftens bestemmelser om skattefri omdanning. Det samme gjelder omdanning fra en utenlandsk selskapslignet foretaksform til en annen.

Omdanning fra utenlandsk selskap til norsk selskap vil også som hovedregel falle utenfor forskriften. Unntak fra dette gjelder for utenlandsk deltakerlignet selskap med deltakere som er skattepliktige til Norge. På grunn av deltakernes skatteplikt til Norge, vil dette være et deltakerlignet selskap som nevnt i skatteloven § 10-40. På samme måte vil et norsk deltakerlignet selskap med utenlandske deltakere være omfattet av anvendelsesområdet for omdanningsreglene. I disse tilfellene kan omdanningen således gjennomføres uten beskatning ved overføring av virksomhet, eiendeler og gjeld fra det deltakerlignede selskapet til det nystiftede (norske) aksjeselskapet. En eventuell gevinst ved senere realisasjon av de mottatte vederlagsaksjer, er skattepliktig etter de alminnelige reglene i skatteloven. Fritaksmetoden innebærer imidlertid at selskapsaksjonærer er fritatt for realisasjonsbeskatning. Videre vil Norge ikke ha beskatningsrett til en eventuell gevinst ved realisasjon av vederlagsaksjene for personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer som ikke er omfattet av fritaksmetoden når disse er bosatt/hjemmehørende i Norge. Norges manglende hjemmel til å beskatte en eventuell gevinst på vederlagsaksjene er imidlertid ikke til hinder for at omdanningen kan gjennomføres etter reglene i skattelovforskriften.

Når en grenseoverskridende omdanning ikke er omfattet av reglene om skattefri omdanning av virksomhet i skatteloven § 11-20, skal det foretas en realisasjonsbeskatning etter de alminnelige regler om overdragelse av virksomhet. Det innebærer at eierne anses å ha realisert næringsvirksomheten, med den konsekvens at man skal gjennomføre en beskatning som om virksomheten var solgt til markedsverdi. Dette gjelder selv om omdanningen er skattefri etter de interne regler i den stat hvor omdanningen skjer.

I tillegg til de rene omdanningstilfellene, det vil si omdanning fra en foretaks- eller selskapsform til en annen, har man også brukt betegnelsen omdanning i forbindelse med såkalt ”filialisering”. Slike transaksjoner kan imidlertid også betraktes som konserninterne overføringer. Omdanning fra norsk filial av utenlandsk selskap til norsk aksjeselskap er ikke omfattet av skattelovforskriften. Det samme gjelder omdanning av norsk selskaps filial i utlandet til utenlandsk selskap og omdanning av norsk aksjeselskap til filial av utenlandsk selskap (som ledd i fusjon). I disse tilfellene skal det således gjennomføres en beskatning av virksomheten i Norge etter de alminnelige regler.

### **17.1.2 Skatteloven § 11-22 – fritakspraksis**

For tilfeller der skattelovforskriftens regler om skattefri omdanning av næringsvirksomhet ikke kommer til anvendelse, har departementet i enkelte tilfeller gitt individuelt samtykke til skattefri omdanning med hjemmel i skatteloven § 11-22. Samtykke til skattefri omdanning i medhold av skatteloven § 11-22 er normalt gitt på samme vilkår som de som følger av skattelovforskriften. Det innebærer blant annet at omdanningen må skje med skattemessig kontinuitet både i forhold til eiendeler som overføres til aksjeselskapet og eierskapet til virksomheten.

Det er i et fåtall tilfeller behandlet søknader om individuelt samtykke til skattefri omdanning av grenseoverskridende virksomhet. Den problemstillingen som har vært aktuell, er omdanning i utlandet av selskap med norske deltakere (omdanning av et utenlandsk selskap med norske deltakere til et annet utenlandsk selskap).

Ved omdanning i utlandet med norsk deltaker er gevinst ved realisasjon av andel i selskap som driver virksomhet i utlandet skattepliktig til Norge etter de alminnelige regler. Dette innebærer at gevinst ved realisasjon i forbindelse med omdanning av det utenlandske selskapet er skattepliktig til Norge for den norske deltakeren. For selskapsdeltakere som er omfattet av fritaksmetoden, vil imidlertid en eventuell gevinst være fritatt for beskatning. Etter at omdanning i utlandet er gjennomført, vil en senere realisasjon av de mottatte vederlagsaksjene som utgangspunkt være skattepliktig til Norge, med unntak for de begrensninger som følger av fritaksmetoden. Departementet har hatt til behandling én søknad i denne kategorien. Den gjaldt omdanning av et utenlandsk selskap med begrenset ansvar til utenlandsk kommandittselskap. Søknaden ble avslått da kravet til rasjonaliserings- og effektiviseringsgevinster ikke var oppfylt, og eventuell dobbeltbeskatning mellom den annen stat og Norge ikke ble ansett som selvstendig grunnlag for å innvilge skattefritak. Departementet har imidlertid innvilget skattefrihet på kontinuitetsvilkår for gevinst ved realisasjon av vederlagsaksjer i omdannet utenlandsk selskap.

I tillegg til de rene omdanningstilfellene, har det også vært saker der virksomheten overføres til eller fra filialer av norske og utenlandske selskaper.

Blant annet har det vært søkt om fritak for skattepliktig gevinst som utløses ved overføring av virksomhet i et norsk selskaps filial i utlandet til aksjeselskap hjemmehørende i den samme staten. Skattefritak har vært innvilget blant annet på vilkår om at skattemessig inngangsverdi på vederlagsaksjene settes lik skattemessig inngangsverdi på de realiserte eiendelene. Den fritatte gevinsten

forfaller i sin helhet til beskatning dersom det norske selskapet mister sin konserntilknytning til det utenlandske selskapet, eller dersom det norske selskapet ikke lenger er hjemmehørende i Norge. Reglene i skattelovforskriften § 11-21-7 om sikkerhetsstillelse er blitt gitt tilsvarende anvendelse.

Departementet har også truffet vedtak om skattefritak i saker hvor virksomhet i en filial i Norge av et utenlandsk selskap overføres til et norsk aksjeselskap. Tilhører filialen et selskap som er hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med, har departementet uttalt at skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelse gir grunnlag for en viss utvidet anvendelse av reglene om skattefri overføring av eiendeler mellom selskaper i skatteloven § 11-21. Dette innebærer at overføring av virksomhet fra norsk filial av utenlandsk selskap i disse tilfellene kan overføres til nystiftet norsk selskap uten beskatning. I disse tilfellene anvendes således skatteloven § 11-21 direkte uten anvendelse av fritakshjemmelen i skatteloven § 11-22. En forutsetning for skattefritak ved anvendelse av skatteloven § 11-21 i kraft av skatteavtalens ikke-diskrimineringsbestemmelser, har vært at gjennomføringen blant annet skjer på vilkår om at samtlige vilkår i skattelovforskriften §§ 11-21-2 til 11-21-10 vil gjelde tilsvarende og må være oppfylt, og at det overdragende utenlandske selskapet pålegges den betingede skatteplikt ved konsernbrudd i Norge som følger av skattelovforskriften § 11-21-10, uavhengig av skatteplikt på annet grunnlag her. I tillegg skal det ligningskontor som ligner filialen, motta redegjørelser som forutsatt i skattelovforskriften § 11-21-8. Selskapet skal herunder fremlegge en verdsettelse av filialens eiendeler og gjeld, samt en beregning som viser den gevinst som ellers ville blitt utløst ved transaksjonen (dvs. ”den fritatte inntekt”, jf. skattelovforskriften § 11-21-10).

Som nevnt under punkt 16.1.3, har fusjon av selskaper hjemmehørende i ulike stater som er gjennomført ved såkalt ”filialisering” (overføring av virksomhet fra aksjeselskap i Norge til norsk filial av utenlandsk selskap) vært omtalt som omdanning. Departementet har samtykket i skattefritak i slike tilfeller. Det vises til nærmere omtale av fritakspraksis under punkt 16.1.3 og departementets forslag og vurderinger i punkt 16.5.

### **17.1.3 Selskapsrett**

Som nevnt under punkt 14.5, inneholder selskapslovgivningen i liten grad bestemmelser om omdanning fra en selskapsform til en annen. Manglende selskapsrettslig regulering gjelder også for grenseoverskridende omdanninger. Grenseoverskridende omdanninger må derfor skje på lovlig måte etter de privatrettslige regler som gjelder for oppløsning av et selskap med etterfølgende stiftelse av et nytt selskap med tilhørende overføring av eiendeler og gjeld.

Et unntak fra dette gjelder ved omdanning av et norsk allmennaksjeselskap til SE-selskap (europeisk selskap) og omdanning av norsk samvirkeforetak til SCE-foretak (europeisk samvirkeforetak). I slike tilfeller skal henholdsvis bestemmelsene i allmennaksjeloven og samvirkeforetakslova gjelde tilsvarende så langt de passer. Se nærmere om dette under kapittel 18.

## **17.2 Departementets vurderinger og forslag**

### **17.2.1 Innledning**

Det kan være hensiktsmessig for en virksomhet å gjennomføre endring av foretaksform/selskapsform. Dette gjelder også i grenseoverskridende tilfeller. For eksempel gjelder dette ved endring fra en selskapsform i en stat som vil innebære konsekvenser for deltakere bosatt/hjemmehørende i en annen stat. Videre vil overføring av virksomhet i filial til et aksjeselskap, og omvendt, få skattemessige konsekvenser når morselskapet er hjemmehørende i en annen stat enn filialen og aksjeselskapet. I tilfeller hvor slike grenseoverskridende omorganiseringer omfatter selskaper eller personer som er skattepliktige til Norge, reguleres de skattemessige konsekvensene av de alminnelige regler om realisasjon av næringsvirksomhet i skatteloven. Dette gjelder med mindre omdanningen omfattes av de særlige regler om skattefri omdanning i skatteloven § 11-20 med tilhørende forskriftsbestemmelser.

Det har vært fritatt for realisasjonsbeskatning etter skatteloven § 11-22 i enkelte tilfeller hvor det gjennomføres en omdanning med virkning over landegrensene og denne ikke er omfattet av gjeldende forskrift. Når det i fritakspraksis har vært gitt fritak ved omdanning med virkning over landegrensene, kan det tilsi at det er ønskelig å utvide reglene om skattefri omdanning til også å omfatte slike tilfeller.

Felles for de omdanningstilfellene hvor det har vært søkt om skattefritak, er at det ikke er selskapsrettslig regulering av omdanningen. Manglende selskapsregler om grenseoverskridende omdanninger behøver imidlertid etter departementets mening, ikke være avgjørende ved vurderingen av om man skal tillate skattefritak ved slike omdanninger. Dette begrunnes med at man i stor grad heller ikke har selskapsregler ved interne omdanninger. Interne omdanninger kan likevel foretas uten beskatning når dette gjennomføres med skattemessig kontinuitet.

I det følgende vurderes om det bør innføres regler med skattefritak ved ulike tilfeller av grenseoverskridende omdanning.

### **17.2.2 Omdanning i utlandet med norske deltakere**

Hvis et selskap hjemmehørende i utlandet ønsker å endre selskapsform, vil dette innebære at deltakere som er skattemessig bosatt i Norge, anses å ha realisert andelen i det omdannede selskapet. Slik omdanning er ikke omfattet av reglene om skattefri omdanning, og det skal derfor gjennomføres en realisasjonsbeskatning etter de alminnelige regler i skatteloven. Deltakerne kan imidlertid i henhold til gjeldende rett søke om skattefritak etter skatteloven § 11-22.

Som redegjort for ovenfor i punkt 17.1.2, har departementet kun mottatt én søknad knyttet til omdanning i utlandet med norske deltakere. Det ble her gitt avslag med den begrunnelse at det ikke forelå tilstrekkelige rasjonaliserings- og effektivitetsgevinster. Etter innføringen av fritaksmetoden vil det regelmessig bare være når det er personlige deltakere i det omdannede selskapet det er behov for skattefritak, ettersom selskapsdeltakere som er omfattet av fritaksmetoden er fritatt for beskatning ved realisasjon av selskapsandeler.

På bakgrunn av det ovenstående, vil departementet ikke foreslå rett til fritak for realisasjonsbeskatning for deltakere med alminnelig skatteplikt til Norge, som deltar i et selskap hjemmehørende i utlandet som omdannes fra en selskapsform til en annen, selv om omdanningen skjer med skattemessig kontinuitet.

### **17.2.3 Overføring av virksomhet i norsk selskaps filial i utlandet til aksjeselskap i samme stat**

Overføring av virksomhet med tilknyttede eiendeler og gjeld fra en filial i utlandet av et norsk selskap til et nystiftet datterselskap hjemmehørende i den samme staten mot vederlag i form av aksjer, innebærer at selskapets virksomhet i filialen med tilknyttede eiendeler og gjeld anses realisert. Overføringen av virksomheten regnes som realisasjon av formuesobjekter, og det skal derfor gjennomføres en realisasjonsbeskatning i henhold til de alminnelige regler, jf. skatteloven § 5-30.

Ved tilsvarende omdanning til datterselskap hjemmehørende i Norge vil overføringen av virksomhet kunne skje skattefritt etter reglene om konserninterne overføringer, jf. skatteloven § 11-21, jf. skattelovforskriften § 11-21. Reglene om konserninterne overføringer gjelder bare overføringer mellom norske selskaper. Reglene om konserninterne overføringer vil derfor ikke kunne anvendes ved overføring av virksomheten i filialen i utlandet til et nystiftet datterselskap i den samme staten. Det kan imidlertid søkes om skattefritak etter skatteloven § 11-22.

Departementet har samtykket i skattefritak når virksomhet i et norsk selskaps filial i utlandet er overført til et aksjeselskap i den samme staten, jf. redegjørelsen i punkt 17.1.2. At departementet har innvilget fritakssøknader ved slike omdanninger/overføringer, med faste vilkår knyttet til skattefritaket, tilsier at det er behov for at slike omorganiseringer kan gjennomføres uten beskatning. Departementet foreslår at skatteloven § 11-21 og tilhørende forskrift utvides til også å omfatte omdanning av et norsk selskaps filial i utlandet til aksjeselskap i samme stat. Dette krever endring av både lovteksten og forskriften. Med en slik endring vil skattefritaket, og vilkårene knyttet til dette, følge direkte av loven med tilhørende forskrifter. Departementet viser til forslag til ny bokstav c i skatteloven § 11-21 første ledd og til nytt femte ledd i skattelovforskriften § 11-21-1.

Utvidelsen av skatteloven § 11-21 og forskriften til også å omfatte overføring av virksomhet i en filial i utlandet til datterselskap i samme stat, krever en vurdering av om vilkårene fastsatt i skatteloven og forskriften er anvendelige på de grenseoverskridende tilfellene. Det må videre vurderes om det er særlige hensyn som gjør seg gjeldende i de grenseoverskridende tilfellene, som tilsier at det må stilles ytterligere vilkår i skatteloven og forskriften ved slike overføringer. Det er i den forbindelse naturlig å ta utgangspunktet i de vilkårene som departementet har lagt til grunn for skattefritak etter fritakspraksis.

Som det følger av gjennomgangen av fritakspraksis i punkt 17.1.2, er det blant annet stilt vilkår om at omdanningen må skje med skattemessig kontinuitet. Det betyr at inngangsverdien på de overførte eiendelene i filialen må videreføres på vederlagsaksjene i det nye datterselskapet. Det har også vært stilt krav om at det norske selskapet opprettholder sin konserntilknytning til det utenlandske datterselskapet etter overføringen, jf. reglene i skatteloven § 10-4 første ledd. Det har således vært stilt vilkår om kontinuitet på både selskapsnivå og på eiernivå.

Det stilles også vilkår om kontinuitet på selskaps- og eiernivå i skattelovforskriften. Det er likevel andre hensyn som gjør seg gjeldende i de grenseoverskridende tilfellene enn ved overføring mellom norske selskaper, ettersom det i de grenseoverskridende tilfellene er de nasjonale reglene i den stat hvor det nystiftede datterselskapet er hjemmehørende som bestemmer hvilke verdier som skal legges til grunn skattemessig for de overførte eiendelene. Vilkårene i skattelovforskriften § 11-21-3 til 11-21-6 om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå lar seg således ikke overføre til de grenseoverskridende tilfellene, og det bør derfor fremgå av forskriften at disse bestemmelsene ikke kommer til anvendelse ved overføring av eiendeler fra en filial i utlandet til et nystiftet datterselskap i utlandet. Det er likevel behov for å ha et krav om skattemessig kontinuitet, og departementet foreslår derfor at vilkåret om skattemessig kontinuitet på selskapsnivå, som er stilt i fritakspraksis, videreføres i nytt femte ledd i § 11-21-1 i skattelovforskriften. Det vil da fremgå av denne bestemmelsen at skattefritak ved overføring fra filial i utlandet til heleid, nystiftet datterselskap i utlandet, er betinget av at inngangsverdien på vederlagsaksjene skal settes lik inngangsverdien på de overførte eiendelene. Det vises til forslag til nytt femte ledd i skattelovforskriften § 11-21-1 og nytt tredje punktum i skattelovforskriften § 11-21-2 første ledd.

Når det gjelder kravet til eierkontinuitet, fremgår det av skattelovforskriften § 11-21-2 annet ledd, jf. gjeldende § 11-21-10, at skattefritak forutsetter at selskapene opprettholder sin konserntilknytning også etter overføringen. Brudd på dette medfører at den fritatte gevinsten knyttet til de overførte eiendelene kommer til beskatning. Et tilsvarende vilkår er som nevnt stilt i fritakspraksis, og bør etter departementets mening også gjelde ved lovfesting av skattefritaket. Dette medfører at realisasjon av aksjer i datterselskapet utløser beskatning av den fritatte gevinsten når morselskapet ikke lenger eier minst 90 pst. av aksjene i datterselskapet. Realisasjon av aksjene i datterselskapet er imidlertid (i de fleste tilfeller) fritatt for beskatning i henhold til fritaksmetoden. Departementet foreslår at det i nytt femte ledd i § 11-21-1 i skattelovforskriften fremgår at § 11-21-2 annet ledd, jf. § 11-21-10, skal gjelde tilsvarende. Begrensningen i § 11-21-10 annet ledd bør imidlertid ikke komme til anvendelse i de grenseoverskridende tilfellene, ettersom de overførte eiendelene ikke er omfattet av norsk beskatningsrett etter overføringen til det utenlandske datterselskapet. Norge har således ikke kunnet beskatte gevinst knyttet til de overførte eiendelene hvis datterselskapet har realisert disse etter overføringen. Den fritatte gevinsten skal således komme til beskatning ved konsernbrudd, selv om de overførte eiendelene er realisert av datterselskapet forut for konsernbruddet. Det vises til forslag til nytt tredje punktum i forskriften § 11-21-2 annet ledd.

Fritakspraksis har også stilt som vilkår for skattefritak at det norske selskapet ikke mister sin alminnelige skatteplikt til Norge. Et tilsvarende vilkår følger ikke av skattelovforskriften ved overføring av eiendeler mellom norske selskaper. Vilkåret i fritakspraksis er stilt for å verne om norske provenyinteresser. Hvis det norske selskapet flytter ut etter at det er gitt skattefritak for overføring av virksomhet i selskapets filial i utlandet til datterselskap i utlandet, mister Norge beskatningsretten til selskapets virksomhet, herunder den fritatte gevinsten. Utflyttingen vil medføre en likvidasjonsbeskatning av selskapet, men selskapet vil være fritatt for beskatning av vederlagsaksjene i datterselskapet i henhold til

fritaksmetoden. Det kan således være ønskelig å gjennomføre en skattefri omdanning av filialen i utlandet til datterselskap i utlandet forut for utflytting av virksomheten fra Norge. For å unngå en slik tilpasningsmulighet, kan det i skattelovforskriften gis regler om at den fritatte gevinsten kommer til beskatning hvis det norske morselskapet mister sin alminnelige skatteplikt til Norge. Departementet foreslår at dette reguleres i forskriften ny § 11-21-11. Det er etter departementets mening ikke tilsvarende behov for et slikt vilkår ved konserninterne overføringer mellom norske selskaper. De overførte eiendelene er i slike interne tilfeller under norsk beskatningsområde også etter overføringen, i motsetning til de grenseoverskridende tilfellene. Utflytting av det overdragende selskapet vil således ikke medføre at eiendelene som er knyttet til den fritatte gevinsten tas ut av norsk beskatningsområde. Hvis det mottakende selskapet skulle miste sin alminnelige skatteplikt til Norge etter overføringen, kommer de overførte eiendelene til beskatning (basert på kontinuitet). Fritaksmetoden kommer ikke til anvendelse for disse eiendelene.

Hvis det skjer et konsernbrudd eller morselskapet mister sin alminnelige skatteplikt til Norge, skal den fritatte inntekten komme til beskatning. I forbindelse med overføringen av eiendelene i filialen til det nystiftede datterselskapet, kan den staten hvor filialen lå, ha gjennomført en realisasjonsbeskatning av morselskapet i Norge. I tillegg kan de overførte eiendelene ha vært gjenstand for beskatning i utlandet hvis datterselskapet har realisert hele eller deler av disse etter overføringen. Spørsmålet blir da om skatt betalt på de overførte eiendelene i utlandet skal komme til fradrag i norsk skatt av den fritatte inntekten som kommer til beskatning ved konsernbrudd eller utflytting. I fritakspraksis er det som hovedregel ikke gitt fradrag for skatt betalt til utlandet ved beskatning av den fritatte gevinsten. Unntak fra dette gjelder hvis de overførte eiendelene har vært gjenstand for realisasjonsbeskatning i utlandet. Skatt betalt ved realisasjon av eiendelene i utlandet har da kommet til fradrag i norsk skatt av den fritatte inntekten. Ved vurderingen av om det skal være rett til fradrag i norsk skatt for skatt betalt i utlandet, kan det skilles mellom skatt betalt ved overføringen og skatt betalt ved realisasjon av eiendelene etter overføringen. Når det gjelder skatt som er betalt av morselskapet i utlandet i forbindelse med overføringen til det nystiftede datterselskapet, skal dette komme til fradrag i skatt av den fritatte inntekten i Norge etter reglene om kreditfradrag i skatteloven § 16-20 flg. Morselskapet har da betalt skatt på den samme inntekten i to stater, og Norge (den staten hvor selskapet er hjemmehørende) skal gi fradrag for skatt betalt i utlandet etter reglene i skatteloven. Forutsetningen er at den begivenhet som utløser beskatningen av den fritatte inntekten (konsernbrudd eller utflytting) skjer innen fem år etter at eiendelene var skattepliktige til den andre staten (rett til fremføring av skatt betalt på samme inntekt i utlandet). Noe annerledes stiller det seg ved spørsmålet om fradrag for skatt som datterselskapet har betalt i utlandet ved realisasjon av de overførte eiendelene etter transaksjonen. Etersom det er det utenlandske datterselskapet som har betalt skatten på de realiserte eiendelene i utlandet, kommer ikke kreditreglene i skatteloven § 16-20 flg. til anvendelse når det betingede skattefritaket opphører. Det følger av skatteloven § 16-20 at det må være samme skattesubjekt som har betalt skatt i både Norge og i utlandet, og det er morselskapet i Norge som er skattepliktig for den fritatte inntekten og ikke datterselskapet. Det oppstår da spørsmål om slikt kreditfradrag likevel skal gis.

Det må i så fall forutsette at det er kontinuitet ved overføringen i utlandet, ettersom det kun er da kan man si at det er samme gevinst som beskattes.

Det er videre i fritakspraksis stilt vilkår om at skattelovforskriften § 11-21-7 om sikkerhetsstillelse får tilsvarende anvendelse. Dette bør gjelde også etter lovfestingen av retten til skattefritak, og departementet foreslår derfor at det i nytt femte ledd i forskriften § 11-21-1 fremgår at § 11-21-7 også får anvendelse for overføring av eiendeler fra filial i utlandet av norsk aksjeselskap til nystiftet datterselskap i utlandet.

Det norske morselskapet må kunne dokumentere overfor norske ligningsmyndigheter at vilkårene i skattelovforskriften er oppfylt for at skattefritak skal kunne innvilges. Videre bør skattefritak forutsette at selskapet påberoper seg reglene, på tilsvarende måte som ved konserninterne overføringer mellom norske selskaper. Departementet foreslår derfor at bestemmelsene i skattelovforskriften § 11-21-8 og § 11-21-9 får tilsvarende anvendelse ved overføring av eiendeler fra filial i utlandet av norsk aksjeselskap til nystiftet utenlandsk datterselskap. Det vises til forslag til nytt femte ledd i forskriften § 11-21-1.

Departementet ønsker ikke å gi skattefritak for aksjonærer som deltar i virksomhet i lavskatteland. Det foreslås derfor at reglene om skattefritak ved omdanning av filial i utlandet av norsk aksjeselskap til nystiftet datterselskap i hjemmehørende i utlandet avgrenses mot omdanninger hvor filialen omdannes til et datterselskap som er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS. Det vises til forslag til skatteloven § 11-21 første ledd ny bokstav c annet punktum og skattelovforskriften § 11-21-1 nytt femte ledd annet punktum.

#### **17.2.4 Overføring av virksomhet i norsk filial av utlandsk selskap til norsk aksjeselskap**

Overføring av virksomhet med tilknyttede eiendeler og gjeld fra en norsk filial av et utenlandsk selskap til et norsk datterselskap av det samme selskapet innebærer realisasjon av virksomheten i filialen. Gevinst som oppstår i denne forbindelse vil være skattepliktig hos det overdragende utenlandske selskapet (ved filialen) i henhold til skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b, jf. § 5-30.

Skattelovforskriften gjelder, som nevnt ovenfor, bare ved overføring av eiendeler mellom norske aksjeselskaper. Departementet har likevel på visse vilkår godtatt at det kan overføres eiendeler i virksomhet fra en norsk filial av et utenlandsk selskap hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med, til et norsk aksjeselskap i samme konsern, uten at dette utløser beskatning. Det vises til departementets uttalelse i Utv. 2002 side 887 der det legges til grunn at skatteavtalenes ikke-diskrimineringsbestemmelser gir grunnlag for en viss utvidelse av anvendelsesområdet for reglene i skatteloven § 11-21 jf. forskriften. Selskapet behøver derfor ikke å søke om skattefritak etter skatteloven § 11-22. Den utvidede anvendelsen innebærer at reglene i skattelovforskriften gis tilsvarende anvendelse for overføring av blant annet utenlandske foretaks eiendeler/virksomhet i norsk filial til heleid norsk aksjeselskap mot vederlag i aksjer eller fordring. Norske skattemyndigheter kan i den forbindelse stille vilkår som er nødvendige for å sikre norske provenyinteresser. Departementet har lagt til grunn at et utvidet anvendelsesområde for forskriften ikke gir adgang til

overføring av skatteposisjoner utover de som knytter seg til de overførte eiendelene.

Skatteavtalenes ikke-diskrimineringsbestemmelser krever således at skattelovforskriften skal få tilsvarende anvendelse ved overføring av eiendeler fra en norsk filial av et utenlandsk selskap til et norsk datterselskap. Men selv om man på denne måten har rett til skattefritak direkte på grunnlag av skatteloven § 11-21 og skatteavtalen, og således ikke må søke om skattefritak etter skatteloven § 11-22, mener departementet at skattefritaket bør lovfestes. Dette vil skape forutsigbarhet for selskapene, samtidig som ligningsmyndighetene ikke må treffe vedtak om skattefritak i hvert enkelt tilfelle. Departementet foreslår at retten til skattefritak fremgår av skatteloven § 11-21 første ledd ny bokstav d. Vilkårene knyttet til skattefritaket bør fastsettes i skattelovforskriften. Det er i den forbindelse naturlig å ta utgangspunkt i de vilkår for skattefritak som departementet har stilt i praksis, jf. punkt 17.1.2.

Departementet har lagt til grunn at skattefritak er betinget av at samtlige vilkår i skattelovforskriften § 11-21-1 til § 11-21-10 gjelder tilsvarende og er oppfylt. Dette bør gjelde på samme måte ved lovfesting av skattefritaket. Departementet foreslår derfor at det i nytt sjettede ledd i skattelovforskriften § 11-21-1 fremgår at bestemmelsene i § 11-21-1 til § 11-21-10 gjelder tilsvarende ved overføring av eiendeler fra norsk filial av utenlandsk selskap til norsk datterselskap.

Det er i fritakspraksis gitt vilkår for skattefritak i tillegg til vilkårene som følger direkte av forskriftsbestemmelsene. Det er for det første stilt vilkår om at det utenlandske overdragende selskapet pålegges den betingede skatteplikten til Norge som følger av forskriften i § 11-21-10 (konsernbrudd), uavhengig av skatteplikt på annet grunnlag her. Dette må bekreftes innen 2 uker etter overføringen av selskapets styre overfor det ligningskontor som ligner selskapets filial. Når eiendelene i filialen overføres til det norske datterselskapet, og filialen i Norge således opphører, mister det utenlandske overdragende selskapet sin begrensede skatteplikt til Norge. Norge har da ikke lenger grunnlag for å kreve at den fritatte gevinsten skal komme til beskatning hvis konserntilknytningen opphører. Det er derfor nødvendig å innføre en slik betinget skatteplikt for det overdragende utenlandske selskapet, slik at vilkåret i forskriften om at den fritatte gevinsten skal komme til beskatning ved konsernbrudd får anvendelse som forutsatt. Dette kan gjøres ved at den fritatte inntekten tas til beskatning hos det overdragende utenlandske selskapet i overføringsåret, og at det gis betalingsutsettelse frem til konsernopphevsåret. På denne måten har Norge beskatningsrett til den fritatte gevinsten hvis konsernvilkåret ikke opprettholdes etter at den begrensede skatteplikten til Norge er opphørt, samtidig som det overdragende selskapet ikke må betale skatteforpliktelsen før det faktisk er skjedd et konsernbrudd. Departementet foreslår at skatteplikt ved konsernbrudd som nevnt kommer til uttrykk i skattelovforskriften § 11-21-10 første ledd nytt annet og tredje punktum.

Skattelovforskriften § 11-21-10 annet ledd, vil som nevnt ovenfor, gjelde tilsvarende ved overføring fra filial i Norge til norsk datterselskap. Det innebærer blant annet at den betingede skatteplikten for det utenlandske, overdragende selskapet faller bort hvis de overførte eiendelene ikke lenger er i behold hos datterselskapet. Hvis datterselskapet har realisert hele eller deler av de overførte eiendelene, har Norge hatt beskatningsrett til dette, og bortfall av den betingede

skatteplikten er da nødvendig for å unngå dobbelbeskatning. Tilsvarende anvendelse av § 11-21-10 annet ledd innebærer videre at den betingede skatteplikten skal begrenses til differansen mellom dokumentert virkelig verdi på eiendelen på tidspunktet for konsernoppbør, og den skattemessige verdien på eiendelen på det tidligere overføringstidspunktet. Når den betingede skatteplikten på denne måten justeres eller faller bort, vil det være nødvendig med en endring av ligningen for overføringsåret for det utenlandske, overdragende selskapet, jf. ligningsloven § 9-5 nr. 2 bokstav b.

Det er videre stilt vilkår om at det mottakende selskapet skal gi redegjørelser til det skattekontor som ligner filialen som forutsatt i skattelovforskriften gjeldende § 11-21-8, herunder fremlegge en verdsettelse av filialens eiendeler og gjeld, samt en beregning av den gevinst som ellers ville blitt utløst ved transaksjonen. Departementet mener at dette vilkåret er oppfylt ved at alle bestemmelsene i forskriften, herunder § 11-21-8, skal gjelde tilsvarende ved overføring av eiendeler fra norsk filial av utenlandsk selskap til norsk datterselskap. Det er derfor etter departementets mening ikke behov for noen ytterligere presisering av oppgaveplikten overfor ligningsmyndighetene i skattelovforskriften.

Det er til slutt gitt vilkår i fritakspraksis om at styret i det mottakende norske datterselskapet innen 2 uker etter utstedelse av vederlagsaksjer eller fordring avgir erklæring overfor det skattekontor som ligner filialen om at selskapet stiller seg solidarisk ansvarlig med det overdragende, utenlandske selskapet for den latente skatteforpliktelsen, og at selskapet forplikter seg til omgående å melde fra til skattekontoret om endringer i eierforholdene i selskapet. For å sikre norske provenyinteresser foreslår departementet at dette skal gjelde tilsvarende ved lovfesting av skattefritaket. Det innebærer at det norske datterselskapet er solidarisk ansvarlig for den betalingsforpliktelse som pålegges det overdragende, utenlandske selskapet i overføringsåret og frem til konsernoppbørsåret. Datterselskapet er videre forpliktet til å melde fra til skattekontoret hvis det skjer endringer i eierforholdene, uavhengig av om endringene medfører at det skjer et konsernbrudd eller ikke. Departementet viser til forslag til skattelovforskriften § 11-21-10 første ledd nytt fjerde punktum.

Forslaget om å lovfeste rett til skattefrihet ved overføring av eiendeler fra en norsk filial av et utenlandsk selskap til et nystiftet norsk heleid datterselskap er basert på skatteavtalenes ikke-diskrimineringsbestemmelser. Hvis det utenlandske selskapet er hjemmehørende i en stat som Norge ikke har skatteavtale med, foreligger det således ingen forpliktelse for Norge til å innvilge skattefritak ved omdanning av selskapets filial i Norge til nystiftet datterselskap i Norge. Departementet vil ikke foreslå noen utvidelse av skattefritaket, slik at også selskaper hjemmehørende i stater som ikke har skatteavtale med Norge også kan gjennomføre en slik omdanning. Dette vil fremgå av nye § 11-21-1 sjettede ledd i skattelovforskriften.

### **17.2.5 Annen grenseoverskridende omorganisering**

I tillegg til de omorganiseringer som er nevnt ovenfor, kan det også være andre tilfeller som det kan være ønskelig å gjennomføre, og hvor det kan være behov for fritak fra realisasjonsbeskatning for å lette gjennomføringen av transaksjonen.

For det første kan det være ønskelig for et aksjeselskap i Norge å omdanne et datterselskap i utlandet til en filial i den samme staten, ved å overføre virksomhet med tilknyttede eiendeler og gjeld i datterselskapet til filialen. Skattefritak for realisasjon av aksjene i datterselskapet er imidlertid i de fleste tilfeller omfattet av fritaksmetoden. Videre kan selskaper hjemmehørende innenfor EØS-området etter forslaget i kapittel 16 benytte seg av reglene om fusjon over landegrensene og oppnå det samme resultatet. For tilfeller utenfor EØS-området har departementet i punkt 16.5.1 B vist til at det ikke er aktuelt å gi skattefritak ved såkalt ”filialisering”. På denne bakgrunn vil ikke departementet foreslå skattefritak ved omdanning av et norsk selskaps datterselskap i utlandet til en utenlandsk filial av det norske selskapet. Selve realisasjonen av virksomheten og eiendelene i datterselskapet i utlandet ved overføringen til filialen ligger utenfor norsk beskatningsområde. Det vil derfor ikke være aktuelt med skattefritak for den realisasjonen.

En tilsvarende problemstilling oppstår når et utenlandsk morselskap omdanner sitt datterselskap i Norge til en filial av det utenlandske selskapet i Norge, ved å overføre virksomhet fra det norske datterselskapet til filialen. Også i disse tilfellene kan selskapet oppnå det samme resultatet ved å gjennomføre en grenseoverskridende fusjon etter forslaget i kapittel 16, når det utenlandske selskapet er hjemmehørende innenfor EØS. Hvis det utenlandske selskapet er hjemmehørende utenfor EØS-området, er det som nevnt ovenfor ikke aktuelt å gi skattefritak når virksomhet i Norge overføres fra et aksjeselskap til en filial i forbindelse med en omorganisering. Departementet vil derfor ikke foreslå regler som fritar for realisasjonsbeskatning når et utenlandsk selskap omdanner sitt datterselskap i Norge til en filial i Norge.

Et ytterligere tilfelle er overføring mellom filialer i utlandet av norske aksjeselskaper. Vurderingen av behovet og ønsket om skattefritak vil her avhenge av om selskapene i Norge er konsernforbundet eller ikke. Hvis selskapene i Norge er konsernforbundne, kan overføringen fra det ene selskapets filial til det andre selskapets filial gjøres skattefritt i henhold til skattelovforskriften, ettersom det er de norske selskapene som overfører eiendelene. Hvis selskapene i Norge ikke er konsernforbundet, stiller det seg annerledes. Da er ikke forskriften anvendelig, ettersom selskapene ikke oppfyller kravet til konserntilknytning. Transaksjonen innebærer da at det ene selskapet skyter sin virksomhet med tilknyttede eiendeler og gjeld inn i det andre selskapet med for eksempel aksjer i det mottakende selskapet som vederlag. Departementet mener at det ikke er grunnlag for å åpne for at slike overføringer kan skje uten realisasjonsbeskatning. Selv om overføringen skjer med skattemessig kontinuitet, fremstår transaksjonen mer som et rent salg av eiendeler enn en omorganisering. Det har heller ikke vært saker om dette i fritakspraksis. Behovet for skattefritak kan derfor anses å være begrenset.

Overføring mellom filialer kan også være aktuelt når to utenlandske selskaper har filialer i Norge. Vurderingen av behovet for skattefrihet, vil også her avhenge av om selskapene i utlandet er konsernforbundet eller ikke. Hvis selskapene ikke er konsernforbundet, vil overføringen av virksomhet fra den ene filialen til den andre anses som realisasjon av virksomheten som er skattepliktig til Norge etter reglene i skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b jf. § 5-30. Det vil i slike tilfeller ikke være noen automatiske kontinuitetsmekanismer ved overføringen, og overføringen fremstår således mer som et salg av eiendeler enn en omorganisering.

Departementet ønsker derfor ikke å åpne for at en slik overføring kan skje uten beskatning. Slike overføringer er heller ikke skattefrie når overføringen skjer mellom norske selskaper (med eller uten filialer i utlandet). Hvis selskapene i utlandet er konsernforbundne, er det andre hensyn som spiller inn ved vurderingen av skattefritak. Dette er tilfelle både når det er snakk om overføring av virksomhet mellom filialer av søsterselskap, og når et datterselskap overfører virksomheten i sin filial i Norge til morselskapets filial i Norge. Ettersom det er tale om overføring mellom to utenlandske selskaper, kommer ikke skattelovforskriften til anvendelse, jf. forskriften § 11-21-1 første ledd. Hadde selskapene derimot vært norske, kunne transaksjonen vært gjennomført uten beskatning hvis de øvrige vilkårene i forskriften var oppfylt. Ettersom man kan benytte skattelovforskriften i de interne tilfellene og ikke i de grenseoverskridende tilfellene, oppstår spørsmålet om reglene er i samsvar med EØS-avtalen og skatteavtalenes ikke-diskrimineringsbestemmelser på tilsvarende måte som ved omdanning av et utenlandsk selskaps filial i Norge til et heleid datterselskap i Norge, jf. punkt 17.2.5.

Departementet legger til grunn at reglene i forskriften også bør komme til anvendelse for overføringer mellom utenlandske selskaper som driver virksomhet i Norge gjennom filial her, forutsatt at selskapene er hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med. Forutsetningen er videre at alle vilkårene i skattelovforskriften gjelder tilsvarende og er oppfylt. I tillegg må man stille ytterligere vilkår for å sikre norske provenyinteresser, på samme måte som ved overføring fra filial i Norge av et utenlandsk selskap til et heleid datterselskap hjemmehørende i Norge. Det vil være de samme hensyn som gjør seg gjeldende i de to tilfellene, og det er derfor naturlig at det er de samme tilleggsvilkårene som kommer til anvendelse. Det innebærer for det første at vilkåret om at det overdragende utenlandske selskapet skal ta den fritatte inntekten til beskatning i overføringsåret, med betalingsutsettelse frem til konsernoppførsåret, skal gjelde tilsvarende, slik at Norge har beskatningsrett til den fritatte inntekten ved et eventuelt konsernbrudd. For det andre må det mottakende selskapet være solidarisk ansvarlig for den betingede skatteforpliktelsen, samt ha plikt til å melde fra til skattekontoret som ligner filialen om endringer i eierforholdet. Det vises til forslag til skatteloven § 11-21 første ledd bokstav e og skattelovforskriften § 11-21-1 nytt syvende ledd jf. § 11-21-10 første ledd nytt annet til fjerde punktum.

## **18. SE-selskap og SCE-foretak**

I kapittel 16 og 17 er det redegjort for at Norge for mange tilfeller ikke har selskapsrettslige regler om gjennomføring av ulike transaksjoner med virkning over landegrensene. Unntak gjelder imidlertid for etableringen av europeisk selskap (SE-selskap) og europeisk samvirkeforetak (SCE-foretak), hvor rådsforordning EF nr. 2157/2001 (SE-forordningen) og rådsforordning EF nr. 1435/2003 (SCE-forordningen) er gjort til norsk rett. Dette skjedde henholdsvis gjennom lov av 1. april 2005 nr. 14 (SE-loven) og lov av 30. juni 2006 nr. 50 (SCE-loven) og fra 15. desember 2007 også for fusjon og fisjon av aksjeselskap og allmennaksjeselskap jf. punkt 16.5.1 flg.

I dette kapittelet behandles den selskapsrettslige reguleringen som følger av SE-loven og SCE-loven (18.1). Videre hvordan beskatningen av SE-selskap, SCE-

foretak og deltakere i slike skal gjennomføres i henhold til gjeldende norske skatteregler, og hvordan beskatningen er regulert i fellesskapsretten og utenlandsk rett (18.2). På bakgrunn av dette vurderes om det er behov for å gjøre endringer i de norske skattereglene på området (18.3).

## **18.1 SE-loven og SCE-loven**

SE-forordningen om det europeiske selskap (SE-selskap) og SCE-forordningen om det europeiske samvirkeforetak (SCE-foretak) er implementert i norsk rett gjennom SE-loven og SCE-loven. SE-forordningen og SCE-forordningen er gitt for å tilrettelegge for at selskaper og samvirkeforetak som har mer enn en medlemsstat som sitt marked, skal kunne drive grenseoverskridende virksomhet. Det innebærer at SE-selskap og SCE-foretak skal kunne flytte sitt hovedkontor og omorganisere sin virksomhet uhindret av nasjonale grenser innen EU/EØS-området. I henhold til SE-forordningen og SCE-forordningen skal den eksisterende lovgivning som gjelder for allmennaksjeselskap og samvirkeforetak gjelde tilsvarende for SE-selskap og SCE-foretak så langt de passer, med mindre noe annet følger av SE-forordningen/SCE-forordningen, vedtekter gitt i medhold av forordningene eller SE-loven/SCE-loven.

Både SE-loven og SCE-loven inneholder bestemmelser om stiftelse av SE-selskap/SCE-foretak, krav til kapital i selskapet/foretaket, flytting av selskapets/foretakets forretningskontor, organisering og oppbygging av selskapet/foretaket, regnskapsregler og regler om oppløsning av selskapet/foretaket.

SE-loven og SCE-loven har ingen bestemmelser om den skattemessige behandlingen av SE-selskap/SCE-foretak. Det er således den nasjonale skattelovgivningen, med de begrensninger som følger av eventuelle skatteavtaler og EØS-avtalen, som regulerer de skattemessige konsekvensene av de selskapsrettslige disposisjonene som følger av SE-loven og SCE-loven. Særlig når det gjelder stiftelse av SE-selskap/SCE-foretak ved fusjon eller omdanning og flytting av selskapets/foretakets forretningskontor, kan det være behov for skatterettslig regulering. Idet følgende ses nærmere på hvordan disse transaksjonene kan gjennomføres selskapsrettslig. Når det gjelder utflytting av SE-selskap eller SCE-foretak, er dette regulert i skatteloven § 10-71.

### **18.1.1 Stiftelse ved fusjon**

Både SE-selskap og SCE-foretak kan stiftes ved at to eller flere selskap/foretak som hører under minst to forskjellige medlemsstaters lovgivning, fusjonerer. Stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved fusjon kan enten skje ved overtakelse eller ved stiftelse av et nytt selskap/foretak.

Stiftelse ved fusjon er regulert i forordningene, og suppleres av nasjonale regler om fusjon for hvert selskap/foretak som deltar i stiftelsen av SE-selskapet/SCE-foretaket. For norsk rett innebærer dette at reglene i allmennaksjelovens kapittel 13 får anvendelse så langt de passer for et norsk allmennaksjeselskap. For samvirkeforetak får reglene i samvirkelova kapittel 8 anvendelse så langt de passer. For samvirkeforetak som omfattes av boligbyggelagsloven eller

borettslagsloven, skal likevel fusjonen følge bestemmelsene i disse lovene så langt de passer. Lovligheten av fusjonen skal kontrolleres av Foretaksregisteret.

Stiftelse av et SE-selskap/SCE-foretak ved fusjon ved overtakelse, innebærer at alle eiendeler og gjeld i hvert av de overdratte selskapene/foretakene skal overdras i sin helhet til det overtakende selskapet/foretaket. Videre skal alle deltakerne i de overdratte selskapene/foretakene bli deltakere i det overtakende selskapet/foretaket. Fusjonen innebærer i tillegg at de overdratte selskapene/foretakene opphører, og at det overtakende selskapet/foretaket tar form av et SE-selskap/SCE-foretak.

Stiftelse av et SE-selskap/SCE-foretak ved fusjon ved nystiftelse innebærer at alle eiendeler og gjeld i de fusjonerende selskaper/foretak overdras i sin helhet til det nystiftede SE-selskapet/SCE-foretaket. Videre skal deltakerne i de fusjonerende selskaper/foretak bli deltakere i SE-selskapet/SCE-foretaket. Fusjonen medfører også at de fusjonerende selskapene/foretakene opphører.

### **18.1.2 Stiftelse ved omdanning**

Et SE-selskap kan stiftes ved at et eksisterende allmennaksjeselskap som er hjemmehørende i Norge og som i minst to år har hatt et datterselskap som hører under en annen medlemsstats lovgivning, omdannes til et SE-selskap. På tilsvarende måte kan et SCE-foretak stiftes ved omdanning fra et samvirkeforetak til et SCE-foretak, når det eksisterende samvirkeforetaket er hjemmehørende i Norge, og i minst to år har hatt et forretningssted eller et datterselskap som hører under en annen medlemsstats lovgivning.

Omdanning fra et allmennaksjeselskap eller samvirkeforetak til henholdsvis et SE-selskap eller SCE-foretak, skal ikke medføre at det eksisterende allmennaksjeselskapet eller samvirkeforetaket anses oppløst, eller at det anses dannet en ny juridisk person.

### **18.1.3 Endring av registrert hovedkontor fra en stat til en annen**

Formålet med SE-forordningen og SCE-forordningen er å legge forholdene til rette for at allmennaksjeselskap og samvirkeforetak kan drive virksomhet på tvers av landegrensene innenfor EØS-området. For å oppnå dette, følger det av SE-loven og SCE-loven at et SE-selskap/SCE-foretak kan flytte hovedkontor og forretningskontor til en annen EØS-stat uten å måtte gå veien om oppløsning og nystiftelse.

Adgangen til å flytte hovedkontor og forretningskontor bygger på et kontinuitetsprinsipp som innebærer at det nye selskapet eller foretaket ses som en fortsettelse av det gamle selskapet/foretaket, tilsvarende allmennaksjelovens regler om fusjon og fisjon. Slik flytting skal således ikke føre til at selskapet eller foretaket oppløses eller at det etableres en ny juridisk person. Flytting av hovedkontor og forretningskontor fra en annen medlemsstat til Norge, medfører at selskapet eller foretaket blir norsk og skal følge norsk rett.

## 18.2 Skattemessig regulering av SE-selskap og SCE-foretak

### 18.2.1 Skatteloven

SE-forordningen og SCE-forordningen regulerer kun den selskapsrettslige siden av SE-selskap/SCE-foretak. Beskatningen skal derfor gjennomføres i henhold til de nasjonale beskatningsregler i den stat hvor SE-selskapet/SCE-foretaket har sitt hovedkontor og forretningskontor.

De skattemessige virkningene av stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved fusjon vil etter gjeldende rett avhenge av om det norske allmennaksjeselskapet/samvirkeforetaket er den overdragende eller overtakende part i fusjonen. Hvis det norske selskapet/foretaket er den overdragende part, slik at SE-selskapet eller SCE-foretaket etableres i et annen medlemsstat, vil fusjonen innebære at det norske selskapet/foretaket skattemessig anses for å ha realisert samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser. En slik realisasjon vil være skattepliktig etter skatteloven § 5-1. Den etterfølgende likvidasjonen av det overdragende selskapet/foretaket vil også innebære en realisasjon av aksjene/andelene i selskapet/foretaket. Skatteplikt til Norge vil da avhenge av om deltakerne i det overdragende selskapet/foretaket er fysiske eller juridiske personer (jf. fritaksmetoden), og om deltakerne er bosatt/hjemmehørende i Norge eller i utlandet. Hvis det norske selskapet/foretaket er det overtakende, vil det kun være skatteplikt til Norge for eventuelle deltakere i det eller de overdragende selskapene som er skattemessig bosatt/hjemmehørende i Norge og som ikke er fritatt for beskatning etter fritaksmetoden.

Stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved omdanning innebærer ikke at det eksisterende selskapet/foretaket oppløses eller at det etableres en ny juridisk person. Selskapsrettslig skal en slik omdanning følge de samme prinsipper som gjelder ved omdanning fra et aksjeselskap til et allmennaksjeselskap.

En omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap og omvendt er ikke ansett som realisasjon etter skattereglene. Det samme gjelder ved omdanning fra allmennaksjeselskap til SE-selskap, ettersom allmennaksjelovens regler skal gjelde tilsvarende i slike situasjoner. Ved omdanning fra samvirkeforetak til SCE-foretak har man i norsk rett ikke tilsvarende selskapsregler til utfylling av forordningen. Det er imidlertid de samme selskapsrettslige prinsipper som ligger til grunn for SCE-forordningen som SE-forordningen, og en omdanning fra samvirkeforetak til SCE-foretak vil således heller ikke anses som realisasjon etter skattereglene. En omdanning fra allmennaksjeselskap/samvirkeforetak til SE-selskap/SCE-foretak kan derfor gjennomføres med skattemessig kontinuitet for både selskapet/foretaket og deltakere, etter de samme prinsipper som ved omdanning fra et aksjeselskap til et allmennaksjeselskap.

Hvorvidt flytting av SE-selskap og SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor fra Norge til en annen EØS-stat medfører beskatning av selskapet/foretaket og deltakerne i disse, beror på de gjeldende regler i skattelovgivningen. I Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) Skatte- og avgiftsopplegget – lovendringer ble det foreslått en ny bestemmelse i skatteloven § 10-71, jf. også ny § 14-26, om at gevinst og tap på eiendeler i et SE-selskap, skal være skattepliktig eller fradragsberettiget som om eiendelen var realisert, dersom selskapet opphører å være hjemmehørende i Norge

etter skatteloven § 2-2 eller etter skatteavtale med annen stat. Tilsvarende skal gevinst og tap på selskapets forpliktelser være skattepliktig eller fradragsberettiget ved opphør av skatteplikt som hjemmehørende i Norge. Reglene skal også gjelde for europeisk samvirkeforetak (SCE-foretak). Endringene gjelder med virkning fra inntektsåret 2007 for selskap som opphører å være hjemmehørende i Norge etter 4. oktober 2007.

Norge har ingen generell regel i skatteloven om at selskap som flytter virksomheten til en annen stat, og således opphører å være alminnelige skattepliktige til Norge, skal anses likvidert. Det har imidlertid vært praktisert at selskap som selskapsrettslig har vært ansett å være likvidert, også har vært ansett likvidert skattemessig. For SE-selskap og SCE-foretak står man imidlertid overfor den motsatte situasjonen, ettersom SE-selskap/SCE-foretak som flytter sitt hovedkontor og forretningskontor fra en stat til en annen ikke skal anses likvidert selskapsrettslig. Dette må også legges til grunn skatterettslig, slik at det ikke skal gjennomføres en likvidasjonsbeskatning av selskapet. Ettersom SE-selskapet/SCE-foretaket ikke skal anses likvidert ved flyttingen av hovedkontor og forretningskontor fra Norge til en annet EØS-stat, vil flyttingen heller ikke innebære en realisasjon av aksjene eller andelene for deltakerne.

Flytting av selskapets/foretakets hovedkontor og forretningskontor innebærer at selskapets/foretakets alminnelige skatteplikt til Norge opphører. Det følger av rettspraksis at opphør av skatteplikt til Norge ikke isolert sett fører til at næringsvirksomheten anses opphørt. Det betyr at flytting av selskapets/foretakets hovedkontor og forretningskontor til en annen stat ikke automatisk vil innebære at næringsvirksomheten anses opphørt. Hvorvidt næringsvirksomheten anses opphørt beror på en helhetsvurdering, hvor det blant annet tas hensyn til aktivitetsnivå, bruttoinntekt, om driftsmidlene er solgt, tatt ut eller overført til annen næringsvirksomhet osv. Men selv om virksomheten anses opphørt i forbindelse med at skatteplikten til Norge opphører, medfører ikke det i seg selv at det skal gjennomføres et inntektsoppgjør ved utflyttingen. Hvorvidt det skal foretas en beskatning ved utflyttingen, vil bero på de alminnelige regler i skattelovgivningen.

I skatteloven §§ 14-60 flg. er det gitt enkelte bestemmelser om beskatning av driftsmidler som tas inn i og ut av norsk beskatningsområde. I henhold til § 14-64 skal det foretas et inntektsoppgjør knyttet til avskrivbare driftsmidler som tas ut av norsk beskatningsområde. Det følger videre av skatteloven § 14-48 tredje ledd at opphør av skatteplikt til Norge medfører at enkelte skatteposisjoner skal tas til inntekt. Etter skatteloven § 10-71 er gevinst og tap på eiendeler som SE-selskap eller SCE-foretak eier på det tidspunkt selskapets/foretakets skatteplikt til Norge opphører etter skatteloven § 2-2 første ledd eller selskapet anses hjemmehørende i en annen stat etter skatteavtale, skattepliktig eller fradragsberettiget som om eiendelen var realisert siste dag før dette tidspunktet.

Det ovenstående innebærer at flytting av et SE-selskaps/SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor fra Norge til en annen EØS-stat ikke medfører likvidasjonsbeskatning, men at det skal gjennomføres en beskatning i henhold til de alminnelige regler om inntektsoppgjør som følger av skattelovgivningen.

### **18.2.2 Skatteloven § 11-22 – fritakspraksis**

Departementet har behandlet noen saker om skattefritak i forbindelse med stiftelse av et SE-selskap ved fusjon. I et tilfelle skulle et norsk selskap fusjonere med sine søsterselskaper i utlandet, med ett av de utenlandske selskapene som det overtakende. Virksomheten i det norske selskapet skulle videreføres gjennom en filial i Norge av det nystiftede SE-selskapet. Søknaden om skattefritak ble innvilget under vilkår om at det var skattemessig kontinuitet på skattemessige verdier og avskrivningsgrunnlag for de eiendeler og den virksomhet som ble overført fra det norske selskapet til filialen i Norge. Det ble videre satt som vilkår at filialen trådte inn i de skattemessige forpliktelser som var knyttet til det overdratte. Hvis hele eller deler av virksomheten i filialen opphører å være skattepliktig til Norge, skulle virksomheten, eller deler av denne, bli gjenstand for et skattemessig gevinstoppgjør. Til slutt ble reglene om sikkerhetsstillelse for skatt i skattelovforskriften § 11-21-7 gitt tilsvarende anvendelse så langt den passet.

### **18.2.3 EU/EØS-rett**

Som nevnt i kapittel 16, har EU vedtatt et direktiv om en felles beskatningsordning for grenseoverskridende transaksjoner, herunder fusjon, mellom selskaper i ulike medlemsstater. Dette direktivet er ikke omfattet av EØS-avtalen, og Norge er derfor ikke forpliktet til å implementere dette i norsk skatterett. Departementet legger imidlertid til grunn at reglene vil være i overensstemmelse med EØS-forpliktelsene dersom de utformes i samsvar med reglene fusjonsskattedirektivet.

Det følger av fusjonsskattedirektivet at medlemsstatene i EU skal sikre at de nasjonale skatteregler ikke medfører beskatning av den grenseoverskridende transaksjonen på transaksjonstidspunktet. Stiftelsen av et SE-selskap/SCE-foretak gjennom fusjon vil som hovedregel omfattes av direktivet om grenseoverskridende fusjoner mv, jf. definisjonen av fusjon i direktivets artikkel 2. De rettigheter og forpliktelser som følger av direktivet, vil derfor gjelde tilvarende ved stiftelse av SE-selskap/SCE-foretak ved fusjon, som ved andre grenseoverskridende fusjoner. Det vises til den videre omtalen av innholdet i direktivet, og de rettigheter og forpliktelser som følger av direktivet under punkt 16.4.

Fusjonsskattedirektivet har også et eget avsnitt om flytting av et SE-selskap og et SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor. I henhold til direktivet skal flytting av et SE-selskap/SCE-foretaks hovedkontor fra en medlemsstat til en annen ikke medføre beskatning i den medlemsstat hvor selskapet eller foretaket tidligere var hjemmehørende. Dette forutsetter at selskapets/foretakets eiendeler og gjeld blir overført til en filial beliggende i den medlemsstat hvor selskapet/foretaket var hjemmehørende. Skattefritak er videre betinget av at SE-selskapet/SCE-foretaket beregner avskrivning, gevinst eller tap på de overførte eiendeler og gjeld, etter de regler som ville vært gjeldende for selskapet/foretaket dersom flytting av hjemsted ikke hadde funnet sted (krav om skattemessig kontinuitet). Hvis SE-selskapet/SCE-foretaket i henhold til reglene i den medlemsstat hvor selskapet/foretaket var hjemmehørende, kan velge å beregne avskrivning, gevinst eller tap på de overførte eiendeler eller gjeld på annen måte enn det som ville vært gjeldende dersom flytting av hjemsted ikke hadde funnet sted, skal skattefriheten ikke komme til anvendelse på de eiendeler og gjeld hvor denne valgmuligheten er benyttet.

Videre skal flytting av et SE-selskap/SCE-foretaks hjemsted i seg selv ikke medføre noen beskatning av selskapsdeltakerne. Dette er imidlertid ikke til hinder for at medlemsstatene kan beskatte en gevinst ved senere realisasjon av aksjer eller andeler i selskapet/foretaket.

#### **18.2.4 Utenlandsk rett**

EUs medlemsstater er forpliktet til å implementere fusjonsskattedirektivet i den nasjonale lovgivningen. De tilføyde bestemmelsene om flytting av et SE-selskap eller SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor, skulle vært implementert innen 1. januar 2006. Dette er også blitt gjort i de fleste EU-stater.

Mens implementeringen av fusjonsskattedirektivet ikke har noen praktisk betydning for de øvrige transaksjonene som er regulert i direktivet på grunn av manglende selskapsregler, vil implementeringen av fusjonsskattedirektivet ha betydning for stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved fusjon og flytting av SE-selskap og SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor til en annen EU-stat, ettersom disse transaksjonene er regulert selskapsrettslig på bakgrunn av SE-forordningen og SCE-forordningen.

Også før utvidelsen av fusjonsskattedirektivet ble det i dansk rett antatt at det var skattefritak ved flytting av et SE-selskaps hovedkontor og forretningskontor. Det ble lagt til grunn at flytting av et SE-selskaps hjemsted fra Danmark til en annen EU-stat ikke skulle utløse beskatning etter de samme regler som fulgte av fusjonsskattedirektivet ved skattefri stiftelse av SE-selskap ved fusjon. Vilkår for skattefritak var blant annet at selskapets eiendeler og gjeld ble videreført med skattemessig kontinuitet i en filial i Danmark av SE-selskapet. Dette er de samme vilkårene som nå følger direkte av dansk rett etter implementeringen av endringene i fusjonsskattedirektivet.

### **18.3 Departementets vurderinger og forslag**

Implementeringen av SE-forordningen og SCE-forordningen medfører at Norge nå har selskapsrettslige regler om stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved fusjon og omdanning, samt flytting av SE-selskap og SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor til en annen EØS-stat. Ettersom forordningene kun omfatter den selskapsrettslige retten til å stifte og flytte et SE-selskap eller SCE-foretak, er det den enkelte stats nasjonale regler som regulerer de skattemessige konsekvensene av transaksjonene

Etter gjeldende rett innebærer stiftelse av SE-selskap/SCE-foretak ved fusjon og flytting av SE-selskap/SCE-foretak til en annen EØS-stat at det skal gjennomføres en inntektsbeskatning i henhold til de alminnelige reglene i skatteloven, jf. punkt 18.2.1. Innføringen av selskapsregler for slike transaksjoner, medfører etter departementets mening, behov for en særlig skattemessig regulering. Samtidig er det i slike tilfeller viktig å verne om norske provenyinteresser, ettersom transaksjonene ofte vil innebære at virksomheten flyttes ut fra Norge. Ved utformingen av de særlige skattereglene, må begge disse hensynene ivaretas.

Stiftelse av et SE-selskap eller et SCE-foretak ved fusjon mellom et allmennaksjeselskap/samvirkeforetak hjemmehørende i Norge og ett eller flere

tilsvarende selskap/foretak hjemmehørende i annen EØS-stat bør etter departementets mening kunne gjennomføres etter de samme prinsipper og vilkår som er foreslått ved alminnelige, grenseoverskridende fusjoner, jf. departementets vurderinger og forslag i punkt 16.5. Det innebærer at stiftelsen ikke skal innebære beskatning av selskapene eller aksjonærene når fusjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet på selskaps- og eiernivå. Hvis det norske allmennaksjeselskapet eller samvirkeforetaket er det overdragende selskapet/foretaket i fusjonen, og det overtakende/nystiftede SE-selskapet eller SCE-foretaket således skal være hjemmehørende i en annen EØS-stat, forutsetter skattefritaket at virksomheten i det norske selskapet, med tilknyttede eiendeler og gjeld, overføres til en filial i Norge av SE-selskapet/SCE-foretaket. På denne måten sikres norske provenyinteresser. Dette må antas å være klart innenfor Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ettersom medlemsstatene i EU kan stille tilsvarende vilkår i henhold til fusjonsskattedirektivet. Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 tredje ledd første punktum jf. fjerde ledd.

Et SE-selskap og et SCE-foretak kan i henhold til SE-loven og SCE-loven flytte sitt forretningsmessige hovedkontor og forretningskontor til en annen EØS-stat, uten at det skal innebære en selskapsrettslig likvidasjon av SE-selskapet eller SCE-foretaket. Etter fusjonsskattedirektivet skal slik flytting av hovedkontor og forretningskontor ikke utløse beskatning av selskapet/foretaket eller aksjonærene/deltakerne i forbindelse med flyttingen, såfremt virksomheten i SE-selskapet eller SCE-foretaket, med tilknyttede eiendeler og gjeld, overføres med skattemessig kontinuitet til et fast driftssted i den stat hvor SE-selskapet eller SCE-foretaket var hjemmehørende. Norge er som nevnt ikke forpliktet til å implementere fusjonsskattedirektivet, men det legges til grunn at reglene vil være innenfor forpliktelsene etter EØS-avtalen dersom de utformes i samsvar med fusjonsskattedirektivet. Vilårene i fusjonsskattedirektivet, er tilsvarende de vilkår som er foreslått under punkt 16.5 for skattefri gjennomføring av grenseoverskridende fusjoner innenfor EØS-området. Departementet foreslår derfor at bestemmelsene i skatteloven kapittel 11 skal gjelde tilsvarende så langt det passer ved flytting av SE-selskap og SCE-foretaks hovedkontor og forretningskontor til en annen EØS-stat. Dette innebærer at flyttingen ikke skal innebære beskatning av selskapet eller aksjonærene når virksomhet med tilknyttede eiendeler og gjeld overføres med skattemessig kontinuitet til en filial i Norge av SE-selskapet/SCE-foretaket. På denne måten anses de norske skattereglene å være i samsvar med EØS-avtalen, samtidig som det norske skattefundamentet ivaretas. Det vises til forslag til skatteloven § 11-11 tredje ledd annet punktum, jf. fjerde ledd.

Stiftelse av SE-selskap eller SCE-foretak ved omdanning fra henholdsvis allmennaksjeselskap eller samvirkeforetak, er som nevnt ovenfor under punkt 18.2.1 ikke ansett som realisasjon etter gjeldende rett, og vil derfor ikke utløse beskatning av selskapet eller aksjonærene, på tilsvarende måte som ved omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap. Ettersom omdanning fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap ikke er ansett som realisasjon, er det følgelig heller ingen særlig regulering av fritaket for beskatning ved gjennomføring av en slik omdanning. Heller ikke ved omdanning fra allmennaksjeselskap til SE-selskap og omdanning fra samvirkeforetak til SCE-foretak bør bli ansett som realisasjon.

Departementet foreslår derfor ingen særlig regulering av skattefritaket ved stiftelse av SE-selskap og SCE-foretak ved omdanning.

## **DEL VII INDIVIDUELLE VEDTAK OM SKATTEFRI OMORGANISERING**

### **19. Innledning**

Gevinst ved realisasjon av formuesobjekt er som hovedregel skattepliktig inntekt. Skatteloven § 11-22 gir departementet myndighet til å gi fritak fra denne skatteplikten. Bestemmelsen supplerer generelle fritaksregler bl.a. ved fusjon og fisjon av selskaper, omdanning av virksomhet og konserninterne overføringer, og er forutsatt benyttet i tilfeller der skattereglene hindrer en ønskelig omorganisering med sikte på rasjonalisering og effektivisering av virksomhet.

Fritakshjemmelen ble opprinnelig innført ved lov av 9. juni 1961 nr.16. Bakgrunnen var at den dagjeldende regel om skatteplikt ved ”betydelige aksjesalg”, ble ansett som et hinder for nødvendige omorganiseringer og etablering av større enheter i norsk næringsliv. Finansdepartementet fant ikke grunnlag for å foreslå et generelt unntak for slik beskatning for visse tilfeller, men mente at fritak måtte bygge på en vurdering av de konkrete omstendigheter i den enkelte sak. Det ble derfor foreslått regler som gav Kongen adgang til å samtykke til skattefritak i nærmere tilfeller, jf. Ot.prp. nr. 30 (1960-61). Finanskomiteen sluttet seg til forslaget i Inst. O. XIII (1960-1961), men understreket de prinsipielle betenkeligheter ved å ha en samtykkeordning som kunne frita eller lempe beskatningen. Det ble uttalt at spørsmålet om skatteplikt og omfanget av den i størst mulig utstrekning bør gå direkte frem av lovgivningen. Det vises for øvrig til omtale av bakgrunnen for skatteloven § 11-22 i punkt 5.2.

Skattesystemet har gjennomgått store endringer siden fritakshjemmelen ble gitt i 1961, herunder har det skjedd en nokså omfattende utbygging av generelle fritaksregler ved ulike typer omorganisering av virksomhet. Fritakspraksis avdekket bl.a. et behov for enklere saksbehandling for tilfeller hvor eiendeler overføres mellom selskaper innen samme konsern, og ved omdanning av enkeltpersonforetak til aksjeselskap. I 1990 fikk departementet fullmakt til å gi forskrifter om skattefrie overføringer i disse situasjonene, jf. nærmere omtale i punkt 5.2.2. Slike forskrifter ble gitt i 1991, og disse er senere endret og utvidet. Regler om skattefrie fusjon og fisjon ble lovfestet i 1996, og med virkning fra 2004 ble fritaksmetoden innført som hovedregel ved realisasjon av aksjer og selskapsandeler som eies av selskapsaksjonærer.

I dette høringsnotatet foreslås det flere utvidelser av fritaksreglene som gjelder ved endring av selskapsform, samt ved fusjon og fisjon. Det vises til kapittel 15 og kapittel 16 flg. Videre foreslås det at det gis fritaksregler i skatteloven basert på prinsippene i EUs fusjonsskattedirektiv. Disse forslagene til ytterligere utbygging av de generelle fritaksregler ved omorganisering av virksomhet, aktualiserer et spørsmål om det er behov for å opprettholde en supplerende fritaksregel.

## 20. Gjeldende rett

### 20.1 Lovens vilkår for skattefritak

Etter skatteloven § 11-22 første ledd kan Finansdepartementet samtykke i at inntekt ved realisasjon av fast eiendom, virksomhet, aksjer eller selskapsandeler, skal være fritatt for skattlegging eller skattlegges etter lavere satser enn de alminnelig fastsatte. Bestemmelsen i § 11-22 kan, i motsetning til det som gjelder for § 11-21 tredje ledd om samtykke til skattefritak ved konserninterne overføringer, bare benyttes når de transaksjoner som medfører skatteplikt er ledd i en omorganisering eller omlegging av næringsvirksomhet med sikte på å få denne mer rasjonell og effektiv.

Skatteloven § 11-22 første, annet og tredje ledd lyder:

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

- a. fast eiendom
- b. virksomhet
- c. aksjer, eller
- d. andel i selskap lignet etter § 10-40,

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

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

(3) Til fritaket eller nedsettelsen kan det knyttes vilkår, herunder med hensyn til bruken av vederlaget eller deler av det. Overdragende skattyters utlignede naturressursskatt til fremføring etter skatteloven § 18-2 fjerde ledd siste punktum og negative grunnrenteinntekt til fremføring etter skatteloven § 18-3 fjerde ledd på tidspunktet for overføring av kraftverk, kan tillates overført. Overdragende sparebanks og gjensidige livsforsikringsselskaps skatteposisjoner, herunder fremførbare underskudd etter skatteloven § 14-6 og ubenyttede godtgjørelsesfradrag etter skatteloven § 10-12 fjerde ledd på tidspunktet for overføring, kan tillates overført.”

I det følgende redegjøres det nærmere for de enkelte lovbestemte vilkårene for skattefritak etter skatteloven § 11-22. Det vises også til omtale i St.meld. nr. 16 (1996-97) og årlig omtale av praksis i Ot.prp. nr. 1.

#### 20.1.1 Fritaksadgang kun for ”inntekt ved realisasjon”

Fritaksadgangen gjelder kun for ”inntekt ved realisasjon”. Det kan altså ikke innrømmes fritak for den vanlige løpende inntektsbeskatning eller for beskatning av utbytte. Det kan heller ikke gis tillatelse til overføring av underskudd. Videre kan det ikke samtykkes i fremføring av kommandittisters underskudd utover fradragssrammen etter skatteloven § 10-42. For beskatning ved uttak til egen bruk eller som gave, jf. skatteloven § 5-2, er det i noen særlige tilfeller gitt fritak.

### **20.1.2 Gevinst ved realisasjon av fast eiendom, virksomhet og aksjer og andeler i selskaper lignet etter § 10-40**

At det kan gis fritak ved overføring av ”virksomhet” er blitt tolket slik at overføringen må omfatte det alt vesentlige av den aktuelle virksomheten. Det har også vært forutsatt at virksomheten må være undergitt full skatteplikt til Norge. Loven er ikke anvendelig på institusjoner som bare er begrenset skattepliktige til Norge etter skatteloven § 2-32, men som ellers er skattefrie. På den annen side har loven vært anvendt på virksomheter i utlandet som er skattepliktige etter NOKUS-reglene. Det har videre vært gitt fritak for beskatning av opsjonsgevinst ved kjøp av aksjer, men ikke for gevinst ved transaksjoner vedrørende kjøpsopsjoner til aksjer, konvertible fordringer m.v., som ikke medfører erverv av aksjer/andeler.

### **20.1.3 Omleggingen må være foretatt med sikte på å gjøre virksomheten mer rasjonell og effektiv**

Den aktuelle effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekten må vurderes i forhold til den virksomheten som drives i det foretak de skatteutløsende transaksjoner knytter seg til. I St.meld. nr. 16 (1996-97) ble det bl.a. lagt til grunn at effektene må vedrøre denne virksomhets fremtidige vekst og inntjeningspotensial. Typiske forhold vil være utvikling av kompetanse og produktivitet, utvidelse av markedsandeler mv.

Eventuelle effektiviserings- eller rasjonaliseringseffekter knyttet til selgers gjenværende virksomhet er ikke ansett relevant. At overdrager for eksempel får likvide midler til rasjonalisering av restvirksomheten tillegges således ikke betydning.

De tilsiktede effekter må i utgangspunktet knytte seg til virksomhet som drives i Norge eller virksomhet som på annet grunnlag er skattepliktig hit. Effektene vurderes konkret. Etter omstendighetene vil det for eksempel også ved utenlandske aksjonærs salg av aksjer i norske selskaper til annet utenlandsk selskap, kunne påvises slike effekter for virksomhet i Norge. Også omorganiseringer av norsk eiet utenlandsk virksomhet er det gitt fritak for, dersom omorganiseringen vil kunne medføre rasjonaliseringsgevinster for virksomhet i Norge.

Rent administrative eller finansielle fordeler har som utgangspunkt ikke vært ansett relevante. Det samme gjelder rene endringer i eierstrukturen.

Av administrative fordeler som ikke i seg selv har begrunnet samtykke, kan nevnes oppnåelse av samlet forvaltning av eierskap eller styre, lik skatte- og regnskapsmessig behandling av flere enheter eller for eksempel å tilrettelegge for bedre å synliggjøre skillet mellom bedriftens forskjellige virksomhetstyper. Reell effektivisering av beslutningsprosesser i selskapet som ble ansett nødvendige for selskapets konkurransesituasjon, er derimot ansett som relevant. At man forventer at bedriften vil kunne bli en mer attraktiv arbeidsplass for dyktige ledere, er ikke tilstrekkelig.

Når det gjelder finansielle fordeler, har det i utgangspunktet ikke blitt ansett tilstrekkelig at man forventer at bedriftens endrede organisasjonsform vil gi grunnlag for bedre tilgang på kapital. Unntak gjelder dersom den forventede kapitaltilførselen skal nyttes til konkrete rasjonaliseringstiltak eller unntaksvis for å redde fortsatt drift overhodet ved bedrift i område med ensidig næringsstruktur.

Salg av eiendeler som rene bidrag til refinansiering av virksomheten, har ikke gitt grunnlag for fritak. Det samme gjelder ren endring av bedriftens eierstruktur. Som eksempel kan nevnes at det ikke er nok at ansatte kommer inn i eierposisjoner eller at konsernsjefen ønsker å bli eier av aksjer i morselskapet. Skattefritak ved ombygging av aksjer i et selskap til aksjer i et annet selskap har vært betinget av at transaksjonen involverer en ekstern part eller virksomhet, og ikke er begrenset til administrative og finansielle fordeler.

#### **20.1.4 Skattefritak kan bare gis når omstendighetene i særlig grad taler for det og det er påtakelig at fritak eller nedsettelse vil lette omorganiseringen eller omleggingen**

At “omstendighetene i særlig grad” skal tale for at skattefritak innvilges, er i praksis forstått som et vilkår om at det norske skattefundament ikke svekkes ved transaksjonen. Ved salg mot vederlag i aksjer i utenlandske selskaper, vil det for eksempel bare bli gitt skattefritak dersom det kan oppstilles vilkår overfor den utenlandske aksjonær som sikrer fortsatt norsk gevinstbeskatning av aksjene.

At en transaksjon kan la seg gjennomføre skattefritt ved ulike kombinasjoner av fusjon/fisjon og konserninterne overføringer, har tradisjonelt ikke vært til hinder for skattefritak på individuelt grunnlag. I de senere år har likevel en del søknader blitt avslått med den begrunnelse at skattereglene ikke anses å hindre en omorganisering når denne kan finne sted uten umiddelbar beskatning ved anvendelse av de lovfestede reglene om fusjon og fisjon. Fritaksbestemmelsen i § 11-22 skal ikke kunne benyttes alene for å unngå de merkostnader ved anvendelse av de alminnelige fritaksreglene i kapittel 11 vil kunne medføre.

At det skal være “påtakelig” at et skattefritak vil “lette omorganiseringen eller omleggingen” er blitt tolket som et krav om at transaksjonen ikke må vedtas eller iverksettes før det er søkt om fritak. Eventuelt må det være tatt et reelt forbehold om at fritak er en forutsetning for gjennomføringen. I motsatt fall tilsier de faktiske forhold i seg selv at tiltaket ville blitt gjennomført uansett om fritaksvedtak måtte bli fattet. Hvis skattefritaksvedtak ikke er nødvendig for gjennomføringen, kan det ikke være ”påtakelig” at et fritak vil lette omorganiseringen eller omleggingen. Et stort antall saker er derfor blitt avslått med den begrunnelse at søknaden er for sent fremsatt.

## **20.2 Individuelle betingelser for skattefritak**

Med hjemmel i skatteloven § 11-22 tredje ledd kan det settes vilkår for samtykket. Etter praksis gis det ikke endelig skattefritak, men kun en utsettelse med beskatningen. Dette blir ivarettatt gjennom vilkår om skattemessig kontinuitet både for den overdragende og den overtakende part. Det vil si at de skattemessige verdier på de overførte eiendeler videreføres hos det overtakende selskap og at de overførte skattemessige nettoverdier også blir skattemessig inngangsverdi på de aksjer eller andeler som motas som vederlag. Dette innebærer normalt at den fritatte gevinsten vil kunne komme til beskatning både hos den overdragende og den overtakende part (“dobbelt kontinuitet”).

I tillegg til vilkår om kontinuitet med hensyn til skattemessige verdier settes det vilkår om at eventuell tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital herunder overkurs ut over netto skattemessige verdier på det overførte, skal skattlegges som utbytte. Vilkåret har sammenheng med at tilbakebetaling av aksjekapital ikke er skattepliktig. Uten et slikt vilkår ville skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs kunne settes til virkelig verdi av det overførte, selv om det bare er de videreførte skattemessige verdier som innebærer innskudd med beskattet inntekt. Ved nedskrivning av aksjekapitalen vil verdier tilsvarende verdien av det overførte kunne utdeles uten beskatning til tross for at deler av disse vil være ubeskattet. Vilkåret har dessuten sammenheng med at "innbetalt aksjekapital" inngår i kontrollgrunnlaget for beregning av korreksjonsinntekt i skatteloven § 10-5.

Når det gjelder effektene av fritaksmetoden for reglene om skattefritak ved omorganiseringer vises det til at departementet bl.a. i St.meld. nr. 29 (2003-2004) har lagt til grunn at reglene om skattefritak ved omorganiseringer i næringslivet videreføres, men at det kan være behov for visse innstramninger for å hindre tilpasninger ved at transaksjoner, som ellers ville vært skatteutløsende, kan gis i form av skattefri aksjerealisasjon. For omtale av grunnlaget for fritak og justerte vilkår etter innføringen av fritaksmetoden vises det til punkt 20.3.2 nedenfor i den grad det er etablert noen ny praksis.

## **20.3 Departementets fritakspraksis etter § 11-22 i noen typetilfeller**

### **20.3.1 Innledning**

For å gi et mer konkret bilde av departementets fritakspraksis etter skatteloven § 11-22, er en del typetilfeller fra de senere år omtalt nedenfor. For oversiktens skyld er det hensiktsmessig å omtale disse i grupper etter transaksjonens innhold eller tilsvarende systematikk som den som har vært fulgt i de årlige redegjørelsene for Stortinget i Ot.prp. nr. 1. Her omtales praksis vedrørende selskaper hjemmehørende i Norge, mens praksis i grenseoverskridende tilfeller omtales i punkt 16.1.3.

Som redegjort for ovenfor, ble fritaksmetoden for aksjebeskatning i selskapssektoren, jf. endringslov 10. desember 2004 nr. 77 med ny § 2-38 i skatteloven, gitt virkning for alle latente aksjegevinster/tap som ikke var realisert, dvs. innvunnet/oppofret før 26. mars 2004. Metoden har betydning både for grunnlaget for fritak og for de vilkår som oppstilles i fritakspraksis etter skatteloven § 11-21 og § 11-22. I St.meld. nr. 29 (2003-2004) punkt 10.4.5.4 (ii) ble det uttalt følgende om effektene av fritaksmetoden for reglene om skattefritak ved omorganiseringer:

"I skatteloven kapittel 11 med tilhørende forskriftsregulering er det gitt regler om skattefritak ved fusjoner/fisjoner, omdannelser og konserninterne overføringer. Dessuten kan departementet gi samtykke til skattefritak ved realisasjon som ledd i rasjonalisering av virksomhet. Et fellestrekk ved disse reglene er at de bygger på skattemessig kontinuitet, dvs. at den fritatte gevinsten videreføres som latent skatteforpliktelse etter omorganiseringen.

Av punkt 10.4.5.2 (i) fremgår at skattefritaket for aksjegevinster også skal omfatte den del av gevinsten som skriver seg fra perioden før fritaksmetoden begynner å virke. Departementet

legger til grunn at dette vil gjelde selv om den latente aksjegevinsten på virkningstidspunktet forutsetningsvis skal beregnes med utgangspunkt i skattemessig inngangsverdi som er tilordnet aksjen ved tidligere skattefri fusjon/fisjon, omdannelse, konsernintern overføring eller transaksjon som det er gitt skattelempning for.

Departementet legger til grunn at reglene om skattefritak ved omorganiseringer i næringslivet må videreføres etter at fritaksmetoden er innført. Det kan imidlertid være behov for visse innstramninger for å hindre tilpasninger ved at transaksjoner som ellers ville vært skatteutløsende kan gis form av skattefri aksjerealisasjon. Departementet vil derfor vurdere skjerpede vilkår for skattefrie omdannelser av virksomhet som eies av selskap. Departementet vil også vurdere hvorvidt det er behov for endringer av reglene om skattefritak ved konserninterne overføringer. Dessuten kan det bli aktuelt å legge om lempningspraksis i tilfeller der det har vært vanlig med skattefritak på vilkår om at skattemessige verdier skal videreføres som inngangsverdi på vederlagsaksjer.”

Nedenfor er det redegjort for konsekvensene av fritaksmetoden for fastsettelse av vilkår for skattefritak i tilknytning til de enkelte kategoriene av tilfeller.

### **20.3.2 Salg av aksjer, eiendom og virksomhet mot vederlag hovedsakelig i form av eierandeler (aksjer og selskapsandeler) i det overtakende selskapet**

#### *A. Fritaksvilkår for transaksjoner gjennomført før innføring av fritaksmetoden*

I samsvar med langvarig praksis er det i disse tilfellene fastsatt vilkår om skattemessig kontinuitet både for overdragende og overtakende part. Det vil si at de skattemessige verdier og ervervstidspunkt på de overførte eiendeler videreføres hos det overtakende selskap, og at overførte skattemessige nettoverdier også blir skattemessig inngangsverdi på de aksjer eller andeler som mottas som vederlag i overdragende foretak. Eventuell tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs ut over netto skattemessige verdier på det overførte, skatlegges som utbytte.

For vilkår fastsatt som angitt for transaksjoner gjennomført før fritaksmetoden, vil innføringen av fritaksmetoden betydning i to retninger. Dersom transaksjonen innebærer overføring av aksjer mv. som etter de fastsatte fritaksvilkårene skal behandles med skattemessig kontinuitet, vil de overførte aksjer mv. kunne realiseres skattefritt av det mottakende selskap som er omfattet av fritaksmetoden. Dersom overdragende part er et selskap omfattet av fritaksmetoden, vil de mottatte vederlagsaksjer ved transaksjonen etter innføring av fritaksmetoden kunne realiseres skattefritt. (Midlertidige virkninger av fastsatt inngangsverdi i forhold til overgangsregel C og D er ikke lenger aktuelle.)

#### *B. Fritaksvilkår for transaksjoner gjennomført etter innføring av fritaksmetoden*

Som konsekvens av fritaksmetoden vil det som utgangspunkt *ikke* være behov for skattefritak ved overføring av aksjer eller eierparter fra selskap som er subjekt etter fritaksmetoden. Realisasjon av aksjer og selskapsandeler hvor den overdragende part er en personlig skattyter, vil imidlertid fortsatt kunne utløse gevinstbeskatning. Transaksjoner som innebærer realisasjon av andre type objekter enn aksjer mv. som er

objekt etter fritaksmetoden, er fortsatt undergitt de generelle regler om gevinstbeskatning selv om overdragende skattyter er subjekt etter fritaksmetoden.

Også etter innføringen av fritaksmetoden er det i skattefritakssaker fastsatt vilkår på lignende måte som angitt ovenfor, dvs. med kontinuitetsvilkår både for den overtakende og overdragende part. Det vil si at skattemessige verdier og ervervstidspunkter på de overførte eiendeler videreføres hos det overtakende selskapet. For den overdragende part vil, som følge av effektene av fritaksmetoden for selskapsaksjonærer, vilkårene bli forskjellig for selskapsaksjonærer og personlige aksjonærer. For de overdragende personlige aksjonærer settes det vilkår om at overførte skattemessige nettoverdier også blir skattemessig inngangsverdi på de aksjer som mottas som vederlag til overdragende foretak. Den latente skatteplikten for de overførte merverdier hviler på de alminnelige regler om beskatning av aksjegevinster. For de overdragende selskapsaksjonærer omfattet av fritaksmetoden (der det forutsetningsvis ved transaksjonen er overført eiendeler som ikke er omfattet av fritaksmetoden, dvs. ikke aksjer), settes det vilkår om at realisasjon av vederlagsaksjer utstedt til den overdragende part utløser beskatning av en forholdsmessig andel av den samlede gevinsten overføringen utløser.

Eventuell tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs, ut over netto skattemessige verdier på det overførte, skal skatlegges som utbytte.

### **20.3.3 Salg av aksjer, eiendom og virksomhet mot vederlag i kontanter**

Det gis ikke skattefritak i tilfeller der vederlaget er kontanter, da dette i realiteten ville innbære et endelig skattefritak for gevinsten. Etter praksis kan det likevel gis skattefritak dersom kontantvederlaget ved realisasjonen ikke overstiger 20 pst. av det totale vederlaget. Kontantvederlag blir i slike tilfeller under enhver omstendighet å skatlegges etter de ordinære reglene om gevinstbeskatning. Vilkåret er det samme som gjelder ved skattefrie fusjoner og fisjoner, jf. aksjeloven/allmennaksjeloven § 13-2 og skatteloven §§ 11-3 og 11-5. Begrunnelsen er at når kontantandelen overskrider 20 pst., vil transaksjonen ha mer preg av et salg enn av en omorganisering av virksomhet. I tillegg er vilkåret med på å sikre at transaksjonen skjer med kontinuitet på eiersiden. Begrensningen gjelder med hensyn til det samlede vederlag ved transaksjonen til samtlige overdragende parter. Det hindrer ikke skattefritak for øvrige aksjonærer om enkelte aksjonærer blir utløst ved kontantvederlag på mer enn 20 pst.

Unntaksvis er det innvilget skattefritak selv om vederlaget i hovedsak er kontanter, herunder ved konserninterne overføringer, som for eksempel fra filial til aksjeselskap. I slike tilfeller benyttes teknikken med konsernbruddansvar, jf. skattelovforskriften gjeldende § 11-21-10, som innebærer at den ”fritatte gevinst” kan komme til beskatning hos overdragende part uavhengig av i hvilken form vederlaget er ytet.

### **20.3.4 Omdanning**

Omdanning av selskapsform innebærer overføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet skattesubjekt, og er skatterettslig sett å betrakte som realisasjon av den overførte virksomheten. Innehaveren skal da i henhold til

skattelovens alminnelige regler beskattes som om virksomheten var solgt til en utenforstående til markedsverdi. For enkelte tilfeller er det på særskilte vilkår åpnet for at omdanning kan skje uten beskatning. Etter skatteloven § 11-20 med forskrifter gjelder dette omdanning bl.a. av enkeltpersonforetak, deltakerlignet selskap og kommunalt eller fylkeskommunalt kraftselskap til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap. Omdanning fra aksjeselskap til annen selskapsform eller omdanning til aksjeselskap fra annet selskapslignet selskap, reguleres ikke av skattelovforskriften.

Hvor forskriften om skattefri omdanning av næringsvirksomhet ikke er anvendelig, har departementet i enkelte tilfeller gitt samtykke til skattefri omdanning i medhold av skatteloven § 11-22. Grunnleggende forutsetninger vil være at omdanningen medfører at virksomheten blir mer rasjonell og effektiv. Det forutsettes også at omstendighetene i særlig grad taler for det og at det dessuten er påtakelig at fritaket vil lette omorganiseringen.

Vilkår for slik skattefri omdanning på individuelt grunnlag vil normalt bygge på de samme prinsipper som bestemmelsene i skattelovforskriften bygger på. Dette innebærer at aksjeselskapet må videreføre ligningsmessige inngangsverdier og ervervstidspunkter på de eiendelene som overføres, og overta skattemessige forpliktelser knyttet til disse. Ligningsmessige inngangsverdi på vederlagsaksjene settes lik netto ligningsmessig verdi på de overførte eiendeler. Eventuell tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital herunder overkurs ut over netto skattemessige verdier på det overførte, skal skattlegges som utbytte. Aksjekapitalens pålydende kan ikke settes høyere enn netto ligningsmessige verdier på det som overføres, evt. med tillegg for ekstra kontantinnskudd. Latente skatteforpliktelser vil komme til beskatning ved senere realisasjon av aksjene i selskapet.

Etter innføringen av fritaksmetoden kan selskaper omfattet av metoden, realisere aksjer i andre selskaper skattefritt. Latente gevinster vil da ikke komme til beskatning. Departementet har i en slik sak satt vilkår om at skattemessig inngangsverdi på vederlagsandeler skulle tilsvare skattemessig verdi av det overførte og samtidig angitt at fritaksmetoden ikke skulle gjelde tildelte eierandeler med latent skatteansvar.

## **21. Nærmere om behovet for en supplerende fritaksregel**

### **21.1 Fusjon og fisjon**

Etter skatteloven § 11-1 flg. kan norske selskaper fusjonere og fisjonere uten beskatning. Disse reglene gjelder så vel for aksjeselskaper som for likestilte selskaper og deltakerlignede selskaper. Fusjon mellom ulikeartede selskaper er likevel ikke omfattet. I disse tilfellene må man derfor gå veien om omdanning av ett eller flere selskaper for å kunne gjennomføre en skattefri fusjon. Utvidelse av anvendelsesområdet for de generelle omdanningsreglene, jf. kapittel 15, vil gjøre det mulig å kombinere omdanning og fusjon for flere selskapstyper.

Mangel på generelle regler om fritak for internasjonale fusjoner og fisjoner har ført til en rekke fritakssøknader i forbindelse med slike transaksjoner.

Departementet foreslår imidlertid at det gis fritaksregler i skatteloven basert på EUs fusjonsskattedirektiv, jf. punkt 16.5. Dette vil gjøre det mulig med skattefri fusjon og fisjon av selskaper hjemmehørende i ulike stater innenfor EØS-området. I tillegg foreslås det at skattefritaket ved fusjon generelt utvides til å gjelde for fusjon mellom utenlandske selskaper som er hjemmehørende i samme stat. Tilsvarende utvidelse foreslås for reglene om skattefri fisjon. For å skape muligheter for bedriftsintegrasjon i tilfeller der ett av de involverte selskapene er hjemmehørende utenfor EØS-området, foreslås det videre at sammenslåing skal kunne skje uten beskatning når det gjennomføres ved at samtlige aksjer i ett selskap overføres til ett annet med vederlag i aksjer i morselskapet (konsernopprettelse).

Med gjeldende fritaksregler ved fusjon og de utvidelser som foreslås, legger departementet til grunn at de praktisk sett viktigste fusjons- og fisjonsformer vil være omfattet av generelle fritaksregler.

## **21.2 Realisasjon av aksjer og selskapsandeler**

En rekke av sakene i departementets fritakspraksis gjelder realisasjon av aksjer og selskapsandeler med vederlag hovedsakelig i aksjer eller andre eierandeler. Etter innføring av fritaksmetoden for selskapsaksjonærer er behovet for skattefritak bortfalt for tilfeller som omfattes av denne. Fritaksmetoden dekker ikke bare rene salg av aksjer i norske og utenlandske selskaper med vederlag i aksjer eller kontanter, men også ombytting av aksjer i forbindelse med fusjoner, fisjoner og omdanning av selskaper hjemmehørende i utlandet.

For aksjer i selskaper utenfor EØS-området, gjelder fritaksmetoden bare dersom selskapsaksjonær har eid aksjene i 2 år og eierandelen er minst 10 pst. I en rekke av sakene hvor det tidligere er søkt om skattefritak ved realisasjon av aksjer i utenlandske selskaper, dreier det seg om heleide datterselskaper av norske selskaper. I slike tilfeller vil det være fritak for realisasjonsbeskatning når aksjene har vært eid i 2 år. Departementet legger til grunn at fritaksmetoden vil få anvendelse i en rekke tilfeller hvor norske datterselskaper i stater utenfor EØS-området inngår i en omorganisering. Etter forslag til utvidelse av fusjons- og fisjonsregler til også gjelde for transaksjoner som involverer utenlandske selskaper, vil det også gjennom disse reglene foreligge muligheter for å foreta skattefrie bedriftsintegrasjoner både i og utenfor EØS-området.

Fritaksmetoden omfatter ikke aksjer eller selskapsandeler eid av personlige skattytere. I forbindelse med innføring av aksjonærmodellen ble det imidlertid i en overgangsperiode åpnet for at personlige aksjonærer kunne overføre sine aksjer skattefritt til et holdingselskap ("overgangsregel E"). Personer som benyttet seg av denne muligheten, oppnådde at aksjene eiet at holdingselskapet kommer under fritaksmetoden ved senere realisasjon. Aksjer som erverves etter fritaksmetodens ikrafttredelse kan tilsvarende anskaffes gjennom et holdingselskap. Denne muligheten til å realisere aksjer skattefritt gjennom et holdingselskap, må antas å ha redusert behovet for fritak også for personlige aksjonærer. I innenlandske omorganiseringer vil dessuten skattefri fusjon eller fisjon normalt være et alternativ til ombytting av aksjer på annen måte. Med forslagene i dette høringsnotatet vil det også i stor grad være mulig å gjennomføre internasjonale

fusjoner, fisjoner og omdanninger uten beskatning av personlige aksjonærer, jf. nærmere i kapittel 16 flg.

Realisasjon av eierandeler i selskaper i lavskatteland utenfor EØS-området faller utenfor fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a. Departementet har i praksis vært restriktive med hensyn til å innrømme skattefritak for transaksjoner som berører selskaper i lavskatteland. Bakgrunnen for dette er blant annet mangelfulle muligheter for innhenting av kontrollopplysninger i slike stater.

## **21.3 Omdanning**

### **21.3.1 Nasjonale omdanninger**

Etter gjeldende rett er det adgang til skattefri omdanning av enkeltpersonforetak, ansvarlig selskap og kommunalt kraftforetak til aksjeselskap. I kapittel 15 foreslår departementet en utvidelse av området for skattefri omdanning som innebærer at, statsforetak, selskap med begrenset ansvar (BA), interkommunalt selskap og samvirkeforetak skal kunne omdannes til aksjeselskap uten beskatning.

Departementet mener at det ikke er grunnlag for en ytterligere utvidelse av de generelle regler for skattefri omdanning av organisasjonsform. Den foreslåtte utvidelse av omdanningsreglene vil dekke de fleste tilfeller hvor det i praksis har vist seg å være et behov for skattefritak. Det kan ikke utelukkes at det vil dukke opp andre omdanningstilfeller hvor det er behov for skattefritak, men dette bør i tilfellet vurderes i sammenheng med de generelle regler for skattefri omdanning.

### **21.3.2 Internasjonale omdanninger**

I praksis har det vært få søknader om skattefritak ved omdanning av utenlandske selskaper med norske deltakere/eiere. Slik omdanning vil heller ikke utløse beskatning dersom de norske eierne er omfattet av fritaksmetoden. Det vises for øvrig til gjennomgang av behovet for generelle fritaksregler ved grenseoverskridende omdanninger i punkt 17.2.6.

## **21.4 Overdragelse av virksomhet/driftsmidler**

I departementets fritakspraksis, har det vært en rekke saker som gjelder fritak ved overdragelse av driftsmidler med vederlag i aksjer eller selskapsandeler.

Etter at det ble innført generelle regler om skattefri overføring av eiendeler innenfor et konsern ved forskrift av 13. mai 1991 nr. 336 (senere skattelovforskriften § 11-21), har disse sakene avtatt sterkt. Også generelle fritaksregler ved realisasjon av kraftverk, der skattesatsen for realisasjonsgevinst kunne gå opp i 55 pst., har bidratt til at det er blitt færre slike saker. Et annet forhold som har redusert behovet for skattefritak i disse tilfellene, er muligheten til å strukturere en overdragelse av virksomhet og driftsmidler som aksjesalg innenfor fritaksmetoden, eventuelt med en forutgående fisjon.

I kapittel 17 foreslås det flere utvidelser av skattelovforskriften ved grenseoverskridende omorganiseringer innenfor et konsern:

- overføring av norsk selskaps filial i utlandet til aksjeselskap i samme stat,
- overføring av norsk filial av utenlandsk selskap til norsk aksjeselskap, og
- overføring mellom norske filialer av utenlandske konsernselskaper

Departementets forslag til fritaksregler som bygger på EUs fusjonsskattedirektiv, samt forslag til skattefri konsernoppsettelse i utlandet og den nevnte utvidelse av skattelovforskriften, innebærer at det i mange tilfeller vil være mulig å overdra virksomhet/driftsmidler over landegrensene uten umiddelbar beskatning. Behovet for skattefritak ved administrativt vedtak må antas å være redusert som følge av disse forslagene.

## **22. Departementets vurdering og forslag**

Næringslivets behov ved ønskelige omorganiseringer, og vanskeligheter med å utforme generelle regler som gir individuelt tilpassede løsninger, har begrunnet den gjeldende samtykkeordning etter skatteloven § 11-22, som gir departementet myndighet til å treffe vedtak om skattefritak dersom lovbestemte vilkår er oppfylt. Hensynet til Stortingets lovgivnings- og beskatningsmyndighet tilsier imidlertid at unntak fra skattelovens regler om realisasjonsbeskatning i størst mulig utstrekning bør gis i form av generelle lov- eller forskriftsbestemmelser og ikke administrative vedtak om skattefritak.

Gjennomgangen i punkt 21.2 viser at behovet for fritak er sterkt redusert som følge av utbygging av ulike fritaksregler ved omorganisering av virksomhet. Departementet legger til grunn at det etter forslagene i dette høringsnotatet er mulig å foreta skattefri omorganisering av virksomhet på grunnlag av generelle regler i de fleste situasjoner, både innenfor landet og over landegrensene. Dersom det ikke er fritaksregler som kommer direkte til anvendelse for den omorganiseringen som planlegges, vil det normalt være mulig å komme frem til målet uten beskatning ved å endre noe på den formelle fremgangsmåten, eventuelt ved å kombinere flere transaksjoner. Departementet er derfor i tvil om det foreligger tilstrekkelig behov for å videreføre en regel som gir hjemmel for individuelle vedtak om skattefritak.

Det kan imidlertid ikke utelukkes at det kan være tilfeller som ikke er regulert av generelle fritaksregler, og der skattereglene ikke bør hindre omorganiseringer som er hensiktsmessige ut fra en bedrifts- og samfunnsøkonomisk synsvinkel. En opphevelse av samtykkeordningen i skatteloven § 11-22 vil ta bort muligheten til omorganisering med skattemessig kontinuitet i slike tilfeller uten forutgående lovendring. Etter departementets oppfatning er det lite hensiktsmessig at de mer spesielle tilfellene skal måtte forelegges for Stortinget som en lovendring hver gang det kan være aktuelt å gjøre unntak fra skattelovens realisasjonsbeskatning ut fra vektige samfunnsmessige grunner og skattemessige likebehandlingshensyn. Departementet mener derfor at det fortsatt bør være en viss mulighet for å få fritak for realisasjonsbeskatning ved omorganisering av virksomhet i tilfeller som ikke er regulert av generelle fritaksregler. Det foreslås derfor at den gjeldende fritakshjemmel videreføres, men at retningslinjene for fritak strammes inn i lys av utvidelsen av de generelle fritaksregler. Innstramningen vil likevel ikke bli gjort gjeldende ved søknad om skattefri omdanning etter skatteloven § 11-22 ved omdanning av kredittforening, gjensidig forsikringsselskap eller sparebank, jf. punkt 14.6.3.

Departementet foreslår at det i skatteloven § 11-22 markeres at kravene for bruk av departementets samtykkeadgang skal innskjerpes i forhold til gjeldende praksis. Den gjeldende ordlyd gir allerede uttrykk for et strengt krav, jf. formuleringen ”når omstendighetene i særlig grad taler for det”. Men i praksis er dette kravet blitt praktisert mer liberalt. For å gi et lovmessig grunnlag for og markering av en innskjerpet praktisering av kravet til skattefritak etter skatteloven § 11-22, foreslår departementet at vilkåret omformuleres, og at det kun skal innvilges skattefritak *når særlige grunner taler for det*. I tillegg til de krav som allerede kan utledes av bestemmelsen og praksis i tilknytning til denne, medfører dette at departementets samtykkeadgang ikke skal brukes uten at det foreligger vektige økonomiske hensyn samt tungtveiende hensyn til skattemessig likebehandling.

I den utstrekning det finnes andre generelle fritaksregler som kan få anvendelse på en aktuell transaksjon, vil ikke lovgrunnen være til stede for å innrømme skattefritak ved særskilt vedtak. Departementet foreslår at det ved praktisering av fritaksreglen i skatteloven § 11-22 stilles et meget strengt krav om utnyttning av andre fremgangsmåter som gir rett til skattefritak før det gis skattefritak etter denne hjemmelen. Andre skattefrie fremgangsmåter bør være utelukket for at det skal kunne gis fritak. Det vil således ikke være tilstrekkelig at den alternative fremgangsmåten som er skattefri etter generelle regler, er mer tidkrevende, kostbar eller medfører andre ulemper. For virksomhetsoverdragelse med vederlag i aksjer, vil det f.eks. ikke være grunnlag for å søke om skattefritak etter den foreslåtte ordningen dersom man kan oppnå målet med omorganiseringen med en fusjon etter reglene i skatteloven § 11-1 flg. Vilkåret vil heller ikke være oppfylt for en virksomhetsoverdragelse dersom man kan komme til det samme målet med en kombinasjon av skattefri omdanning og fusjon.

Fritakshjemmelen bør heller ikke få anvendelse for transaksjonsformer som etter sin art er regulert i generelle fritaksregler, men hvor det konkrete tilfellet ikke oppfylder de nærmere vilkår. Som eksempel kan nevnes fusjon mellom aksjeselskaper som faller utenfor anvendelsesområdet for skattefri fusjon i skatteloven § 11-2 og forslag til skatteloven § 11-11. Tilsvarende må omdanning av selskapsform anses som uttømmende regulert for de selskapstypene mv. som er nevnt i skatteloven § 11-20. Det vil dermed ikke være adgang til å få skattefritak ved andre typer omdanning enn de som allerede er omfattet av skattelovens generelle bestemmelser om skattefri omdanning. Det samme gjelder for overføringer av eiendeler mellom aksjeselskaper mv. som ikke oppfylder vilkårene i skattelovforskriften § 11-21 flg. Uten denne begrensningen vil fritakshjemmelen redusere betydningen av øvrige fritaksregler og de grenser som er trukket opp for disse. Som eksempel på skattepliktig realisasjon som ikke er regulert av generelle fritaksregler, kan nevnes personlige skattyteres realisasjon av aksjer og selskapsandeler.

Etter gjeldende lov kreves det at det er ”påtakelig” at fritaket vil lette omorganiseringen. Departementet foreslår en språklig modernisering av dette, der ordet påtakelig erstattes med ”klart”.

Det vises til forslag til endring av skatteloven § 11-22.

## DEL VIII LOJALITETSVURDERING

### 23 Skattemotiverte transaksjoner

#### 23.1 Innledning og omtale av gjeldende rett

I denne delen drøftes om det bør være en spesiell lojalitetsstandard eller avskjæringsbestemmelse i tilknytning til reglene om skattefri omorganisering, som supplement til den alminnelige ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

Formålet med reglene om skattefri omdanning, fusjon og fisjon er å legge til rette for at virksomhet blir organisert på en optimal måte, jf. nærmere omtale i kapittel 5. Det er imidlertid en risiko for at reglene brukes i transaksjoner som har som hovedformål å overføre skatteposisjoner mellom skattytere, og som ikke primært tar sikte på å gi virksomheten optimale organisatoriske rammer. I slike tilfeller bidrar ikke transaksjonen til å oppfylle formålet med reglene om skattefri omorganisering. Det vil da være aktuelt å benytte den gjeldende avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 14-90.

Tidligere fantes en egen avskjæringsbestemmelse for fusjon og fisjon i skatteloven § 11-7 fjerde ledd. Som ledd i skattereformen 2006 ble denne bestemmelsen flyttet til skatteloven § 14-90, og endret slik at den fikk et videre anvendelsesområde enn fusjon og fisjon. Det vises til gjengivelse av lovtekstene i boks 23.1.

Etter skatteloven § 14-90 avskjæres mv. skatteposisjoner ved fusjon og fisjon når ”utnyttelse av skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen”. Mens bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsbestemmelsen vil kunne innebære at en skattemotivert transaksjon settes helt til side, vil virkningen av en avskjæringsbestemmelse være mer begrenset. Selv om avskjæringsbestemmelsen får anvendelse, vil transaksjonen fortsatt kunne gjennomføres uten å utløse realisasjonsbeskatning. Men de aktuelle skatteposisjonene kan ikke overføres uendret ved transaksjonen.

Den opprinnelige bestemmelsen i § 11-7 fjerde ledd ga bare anledning til å avskjære skatteposisjoner. Bestemmelsen i § 14-90 åpner for ikke bare å avskjære skatteposisjoner, men også å inntektsføre dem. Det kan derfor hevdes at betegnelsen ”avskjæringsbestemmelse” ikke er fullstendig dekkende i forhold til § 14-90. Selv om betegnelsen ”avskjæringsbestemmelse” ikke er helt presis i forhold til § 14-90, finner departementet det hensiktsmessig å benytte en slik betegnelse videre i fremstillingen, fordi det gir en dekkende beskrivelse av hovedinnholdet i bestemmelsen.

Også vilkårene for bruk av avskjæringsbestemmelsen i skatteloven § 14-90 skiller seg fra vilkårene for bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Skatteloven § 14-90 gjelder tilfeller hvor ”det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen”. Terskelen for å benytte bestemmelsen er således tilfeller som i *hovedsak* er skattemotivert. Av Ot.prp. nr. 71 (1995-96) følger at det ved vurderingen skal tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen. Terskelen for bruk antas å ligge noe lavere enn for bruk av

ulovfestet gjennomskjæring. Vilkårene for tilsidesettelse gjennom den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er det nærmere redegjort for i boks 23.2.

Gjeldende § 14-90 er primært rettet inn mot fusjoner og fisjoner. I dette høringsnotatet er det nærliggende å vurdere en felles lojalitetsklausul eller avskjæringsbestemmelse for alle typer omdanning og fusjon/fisjon. Drøftelsen videre i del VIII er basert på en slik vid vurdering i forhold til alle typer omorganisering av selskaper og sammenslutninger.

I punkt 23.2 er det gitt en kort gjennomgang av hvilke skatteposisjoner det er aktuelt å avskjære etter § 14-90, og som har tilknytning til fusjon og fisjon.

I punkt 23.3 drøftes behovet for å ha en lovfestet avskjæringsbestemmelse eller lojalitetsbestemmelse for å supplere den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. I punkt 23.3 drøftes også om en slik bestemmelse bør være en avskjæringsbestemmelse som i dag, eller en bestemmelse som innebærer full tilsidesettelse av transaksjonen. Videre drøftes om relevante kriterier ved vurderingen av om transaksjonen er skattemotivert bør fremgå klarere av lov- og forskriftstekstene. I denne forbindelse drøftes særlig fordeler og ulemper ved å regelfeste et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet/aktivitet.

*Boks 23.1:*

***Skatteloven § 11-7 fjerde ledd hadde følgende ordlyd til bestemmelsen ble avløst av den mer generelle bestemmelsen i skatteloven § 14-90:***

Retten til å videreføre skatteposisjon i form av underskudd, negativ saldo på gevinst- og tapskonto eller tom positiv saldo faller bort dersom det er sannsynlig at utnyttelse av slik posisjon er det overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen.

***Skatteloven § 14-90 har følgende overskrift og ordlyd:***

*§ 14-90 Bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner*

Denne paragraf gjelder selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første ledd a – e og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost. Når slikt selskap mv. er part i fusjon eller fisjon eller får endret eierforhold som følge av fusjon, fisjon eller annen transaksjon, og det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen, skal posisjonen

- a. falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller
- b. inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd, dersom den representerer en skatteforpliktelse.

### Boks 23.2:

Terskelen for å benytte avskjæringsbestemmelsen i § 14-90 er forutsatt å være lavere enn for å benytte ulovfestet gjennomskjæring. I Lignings-ABC 2008/09 side 1087 er vilkårene for ulovfestet gjennomskjæring beskrevet slik:

*”Vilkårene for ulovfestet skattemessig tilsidesettelse (gjennomskjæring) har fra tid til annen vært formulert noe forskjellig i rettspraksis og juridisk teori. På bakgrunn av senere rettspraksis, for eksempel HRD 17. oktober 2006 i Utv. 2006/1416 (Telenor Eiendom Holding AS), må følgende vilkår være oppfylt:*

- *det klart viktigste formålet med disposisjonen for skattyter må ha vært å spare skatt*
- *det må etter en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig, være i strid med skattereglens formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen.*

*I utgangspunktet skal skattyters faktiske disposisjoner gis de normale skattemessige virkninger selv om skattyterens hovedformål med hele eller deler av transaksjonen har vært å oppnå skattemessige fordeler for seg eller andre. Selv om dette har vært hovedformålet, må det i tillegg foretas en totalvurdering, hvor skattyters formål om å spare skatt vurderes opp mot disposisjonens virkninger mv. og disposisjonens ikke-skattemessige formål.*

*Jo mer formålsløs og jo mindre virkningene av transaksjonen er når en ser bort fra det skattemessige, dess sterkere har transaksjonen preg av å være et skattemessig arrangement. Det må i tillegg vurderes om virkningene av transaksjonen strider mot den aktuelle skatteregelens formål.”*

### 23.2 Lojalitetsvurdering og overføring av skatteposisjoner

Formålet med en særskilt avskjæringsbestemmelse eller lojalitetsstandard i tilknytning til skattereglene ved omorganisering er først og fremst å hindre at disse reglene benyttes som ledd i omsetning av skatteposisjoner. Skatteposisjonene det kan være aktuelt å overføre i forbindelse med en omorganisering er:

- Underskudd
- Tom positiv saldo
- Negativ gevinst- og tapskonto (GTK)
- Ubenyttet skjerming

Slike skatteposisjoner vil redusere fremtidig skattepliktig inntekt, og kan ha stor verdi. Ved avvikling og likvidasjon av et selskap vil posisjonene bortfalle. Gjennom utnyttelse av reglene om *skattefrihet ved omorganisering* kan partene forsøke å oppnå at skatteposisjonene videreføres, og at realisasjonsoppgjør utsettes. I slike tilfeller kan det primære formålet med transaksjonen være å unngå at skatteposisjonene og den verdien de representerer bortfaller.

Et alternativ for å videreføre skatteposisjonene i en annen virksomhet kan være å gjennomføre *skattepliktig salg* av virksomheten, gjennom realisasjon av andelene i et selskap. Det medfører et realisasjonsoppgjør for verdiene i virksomheten, og en oppnår ikke samme skattekreditt effekt som ved skattefri omorganisering. Et slikt salg kan brukes for å overføre noen - men ikke alle - skatteposisjoner til en ny eier. Skatteposisjonen ubenyttet skjerming bortfaller etter realisasjon av aksjer eller andeler i deltakerlignet selskap. Skatteposisjonene tom positiv saldo og negativ GTK kan imidlertid opprettholdes gjennom et skattepliktig salg av virksomhet. Men også i denne sammenheng går det en grense ved at skattemotiverte transaksjoner kan rammes av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

*Likvidasjon* av et selskap vil medføre bortfall av skatteposisjoner og realisasjonsoppgjør og er intet alternativ. Heller ikke *innmatsalg* er noe alternativ fordi skatteposisjonene ikke er omsettelige etter gjeldende rett.

### **23.3 Departementets vurderinger og forslag**

#### **23.3.1 Behovet for en særskilt avskjærings- eller lojalitetsbestemmelse**

Etter departementets vurdering er en avskjæringsbestemmelse som skatteloven § 14-90 påkrevet for å verne om grunnleggende skatterettslige tilordningsprinsipper. Muligheten for at reglene om skattefri omorganisering utnyttes som ledd i omsetning av skatteposisjoner er nærliggende, og det er ønskelig med en lovfestet bestemmelse som klargjør muligheten for avskjæring i slike tilfeller. Departementet legger til grunn at terskelen for bruk av avskjæringsbestemmelsen i § 14-90 ligger noe lavere enn for bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Etter departementets vurdering er det hensiktsmessig å ha en slik avskjæringsmulighet på dette området, hvor vilkårene for bruk knyttes til om utnyttelse av skatteposisjonen er det overveiende motivet for transaksjonen. Til gjengjeld vil virkningene av å benytte avskjæringsbestemmelsen være mindre inngripende enn de vil kunne være etter den ulovfestede gjennomskjæringsregelen, som kan innebære full tilsidesettelse.

Tilsidesettelse eller avskjæring ved skattemotiverte transaksjoner er nødvendig for å sikre tilknytningen mellom skatteposisjoner og skattesubjekt. Tradisjonelt har det vært lagt til grunn at skatteposisjoner er knyttet til ett skattesubjekt. Eksempelvis defineres ofte begrepet skatteposisjon i juridisk teori nettopp ut i fra subjekttilknytningen, dvs. slik at begrepet refererer seg til en bestemt skattyters stilling i forhold til en bestemt skatteregel på et gitt tidspunkt (jf. blant annet Frederik Zimmer, Lærebok i skatterett, 5. utg., Oslo 2005 side 103). Dette betegnes ofte som subjektprinsippet, og innebærer at skatteposisjoner ikke kan overføres mellom skattesubjekter, uten et særskilt rettslig grunnlag. At fordeler som er innvunnet ikke kan overføres med virkning for beskatningen, og tilsvarende at oppofrede kostnader ikke kan overføres med virkning for beskatningen, må anses som et grunnprinsipp i skatteretten. Et slikt grunnprinsipp innebærer at skatteposisjoner ikke kan overføres fritt mellom skattesubjektene, og er blant annet en vesentlig forutsetning for å kunne opprettholde et visst proveny nivå.

Å godta at reglene om skattefri omorganisering benyttes til å omsette skatteposisjoner vil være et brudd med grunnleggende prinsipper om tilordning i norsk skatterett.

En slik omsetning av skatteposisjoner ville dessuten innebære at en tredjeperson (kjøper) får redusert sin skatteforpliktelse gjennom erverv i markedet. Skatteposisjonen vil ikke bli omsatt til full pris, men det vil bli fortjenestedeling mellom selger og kjøper. Kjøpers andel av fortjenesten innebærer en varig besparelse for ham, og en slik tilfeldig fordel for en tredjeperson er vanskelig å begrunne på et prinsipielt grunnlag.

Det har i enkelte sammenhenger vært hevdet at en avskjæringsbestemmelse som § 14-90 er problematisk å benytte i praksis, og at det ikke er hensiktsmessig å ha en slik bestemmelse for å supplere den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Departementet har på denne bakgrunn vurdert mulige negative aspekter ved en slik bestemmelse.

Det kan for det første i enkelte sammenhenger fremstå som uklart hva det egentlig skal legges vekt på ved bruk av bestemmelsen. Denne uklarheten er et utslag av at mange momenter kan være relevante ved vurderingen, og at det verken er hensiktsmessig eller mulig å gi en uttømmende opplisting av relevante kriterier i lov- eller forskriftstekst, eller i lovforarbeider. Et stykke på vei er det imidlertid mulig å presisere vilkårene for bruk av avskjæringsbestemmelsen. Departementet foreslår at kriteriene for bruk av avskjæringsbestemmelsen klargjøres, først og fremst ved at et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet/aktivitet legges direkte inn i bestemmelsene. Det vises til nærmere omtale av klargjøring av vilkårene for avskjæring i punkt 23.3.3.

Det har vært anført at bruken av en avskjæringsbestemmelse som § 14-90 kan være ressurskrevende for ligningsmyndighetene i enkeltsaker. Blant annet kan det være krevende for ligningsmyndighetene å få tilstrekkelig oversikt over faktum. I praksis vil det kunne være problematisk å avdekke det reelle grunnlaget for transaksjonene, og en vil ofte være prisgitt partenes egne opplysninger. Disse problemene vil kunne forsterkes dersom partene bevisst legger opp til å gi et fortegnert bilde av transaksjonen. Slik sett kan det hevdes at ligningsadministrative hensyn taler mot en avskjæringsbestemmelse som den gjeldende. På den annen side vil en slik avskjæringsbestemmelse kunne ha en klar preventiv effekt. Det er grunn til å anta en del skattemotiverte transaksjoner ikke blir gjennomført pga. bestemmelsen. Det kan tilsi at lojalitetsklausulen tjener sin funksjon i en del tilfeller uten å medføre betydelig administrativt merarbeid. Erfaring tilsier at den ligningsadministrative belastningen knyttet til en slik bestemmelse totalt sett blir beskjeden.

I enkelte sammenhenger har det vært hevdet at en avskjæringsbestemmelse som skatteloven § 14-90 vil kunne bidra til å svekke forutberegneligheten for skattyter med hensyn til skattemessige konsekvenser av en transaksjon. Departementet viser til at dette mothensynet mot en avskjæringsbestemmelse har mistet mye av sin vekt etter at ordningen med bindende forhåndsuttalelser ble etablert. Med virkning fra 1. november 2001 ble systemet med bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet innført. Senere ble ordningen utvidet slik at også skattekontorene, herunder sentralskattekontorene, har fått kompetanse til å avgi bindende forhåndsuttalelser. Utvidelsen trådte i kraft med virkning fra 1. august

2005. Hovedformålet med reglene er å gi skattyterne økt forutberegnelighet med hensyn til de skattemessige virkningene av en disposisjon, slik at det unngås usikkerhet knyttet til et eventuelt fremtidig skattekrav. Den avgitte forhåndsuttalelsen skal legges til grunn som bindende ved ligningen dersom skattyteren krever det, og den faktiske disposisjonen er gjennomført i samsvar med forutsetningene for uttalelsen. Den som har bedt om uttalelsen kan velge å ikke påberope den overfor myndighetene. På denne bakgrunn finner departementet at argumentet om manglende forutberegnelighet ved avskjæringsbestemmelser som gjeldende § 14-90, kan tillegges mindre vekt enn tidligere.

Flere av de innvendingene som eventuelt kan gjøres gjeldende mot bruken av en særlig avskjæringsbestemmelse i tilknytning til omdanning, vil i prinsippet også gjelde i forhold til ulovfestet gjennomskjæring. Vurderingene vil kunne være like komplekse og vanskelige ved ulovfestet gjennomskjæring, og også muligheten for bruk av ulovfestet gjennomskjæring kan svekke forutberegneligheten for skattyter. Ulovfestet gjennomskjæring vil det imidlertid være aktuelt å bruke i færre tilfeller enn en særlig avskjæringsbestemmelse, som følge av noe høyere terskel for anvendelse. Ved vurderingen av eventuelle negative sider ved en avskjæringsbestemmelse, må det legges vekt på at de ulempene som kan knytte seg til en slik bestemmelse uansett vil gjøre seg gjeldende i tilknytning til den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.

Etter en samlet vurdering finner departementet at det fortsatt bør være en egen lojalitetsbestemmelse eller avskjæringsbestemmelse med samme eller liknende hovedinnhold som gjeldende skattelov § 14-90, men med enkelte endringer i anvendelsesområde og utforming. For det første foreslås det at anvendelsesområdet for bestemmelsen utvides slik at den ikke bare skal gjelde ved fusjon og fisjon, men også ved annen omorganisering. For det annet foreslås det at kriteriene for bruk av bestemmelsen klargjøres, jf. nærmere drøftelse i punkt 23.3.3. Hvorvidt bestemmelsen fortsatt bør være en avskjæringsbestemmelse eller en bestemmelse om full tilsidesettelse, drøftes i punkt 23.3.2.

### **23.3.2 Avskjæringsbestemmelse eller lojalitetsstandard?**

Det fremgår av punkt 23.3.1 at det i tilknytning til reglene om skattefrihet ved omorganisering bør være en lojalitetsstandard eller avskjæringsbestemmelse med liknende innhold som den gjeldende bestemmelsen i § 14-90.

I denne forbindelse må det tas stilling til om det er mest hensiktsmessig med en lojalitetsstandard som innebærer full tilsidesettelse, eller en avskjæringsbestemmelse. Høringsutkastet til lovfestede regler om skattefri fusjon og fisjon inneholdt som nevnt i punkt 10.2.1 utkast til en lojalitetsstandard, men i proposisjonen ble det i stedet foreslått en avskjæringsbestemmelse, som ble vedtatt uten endringer. En avskjæringsbestemmelse kan gi mindre inngripende virkninger for skattyterne enn en lojalitetsstandard, ved at skatteposisjonen bortfaller, men transaksjonen for øvrig kan gjennomføres uten realisasjonsbeskatning. Ved en lojalitetsstandard vil virkningen kunne være et skattemessig generaloppgjør der alle eiendeler anses realisert og utdelt til eierne, og deretter skutt inn til markedsverdi i nye selskaper. De mer omfattende virkningene av en lojalitetsstandard gjør det tyngre for ligningsmyndighetene å benytte en slik

bestemmelse enn en avskjæringsbestemmelse, og kriteriene bør også være strengere. Etter departementets vurdering er det mye som taler for at vi fortsatt bør ha en avskjæringsbestemmelse rettet direkte mot skatteposisjoner, etter samme prinsipp som den gjeldende bestemmelsen i § 14-90.

Avskjæringsbestemmelsen bør få virkning både i forhold til fusjon, fisjon og omdanning i tradisjonell forstand.

Et moment som kan tale for en lojalitetsstandard fremfor en avskjæringsbestemmelse, er at fusjonsskattedirektivet (90/434/EØF) bygger på en lojalitetsstandard, jf. direktivets art. 11. I den danske oversettelsen har bestemmelsen følgende ordlyd:

”En medlemsstat kan afslå helt eller delvis at anvende bestemmelseme i afsnit II, III og IV eller inddrage adgangen til at anvende dem, såfremt en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier:

- a) som hovedformål eller som et af hovedformålene har skattesvig eller skatteunddragelse; såfremt en af de i artikel 1 omhandlede transaktioner ikke foretages ud fra forsvarlige økonomiske betragtninger, såsom omstrukturering eller rationalisering af aktiviteterne i de selskaber, der deltager i transaktionen, kan dette skabe formodning om, at hovedformålet eller et af hovedformålene med transaktionen er skattesvig eller skatteunddragelse.”

Etter en helhetsvurdering vil departementet likevel foreslå en avskjæringsbestemmelse som i hovedsak innebærer en videreføring av gjeldende § 14-90 i skatteloven. Det vises til utkast til endringer i skatteloven § 14-90 med forskrifter. Denne løsningen må ses i sammenheng med at § 14-90 vil supplere den alminnelige ulovfestede gjennomskjæringsregelen, slik at det på dette området også gjelder en tilsidesettelsesregel i norsk rett.

### **23.3.3 Klargjøring av vilkårene for avskjæring - særlig om virksomhet**

Gjeldende avskjæringsbestemmelse i § 14-90 innebærer tilsidesettelse av skatteposisjoner når ”det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen”. Ved vurderingen av om transaksjonen er skattemotivert vil mange faktorer kunne være relevante. Å gi en mer fullstendig opplisting av hvilke faktorer som skal tillegges vekt, er i praksis verken mulig eller formålstjenlig. På ett punkt er det imidlertid etter departementets vurdering behov for en klargjøring av hva det skal legges vekt på ved bruk av bestemmelsen. Departementet foreslår at § 14-90 endres slik at det kommer klarere frem at det skal legges vekt på kontinuitet med hensyn til virksomhet/aktivitet.

Det som tradisjonelt omtales som kontinuitet med hensyn til virksomhet, vil i praksis være et sentralt moment i vurderingen etter en avskjæringsbestemmelse. Dersom det ikke foreligger kontinuitet med hensyn til virksomhet, vil det ofte være en klar presumsjon for at utnyttelse av skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen. Det er likevel i enkelte sammenhenger uklart hvilken vekt virksomhet skal tillegges etter gjeldende rett. Etter departementets vurdering er det flere forhold som tilsier at kontinuitet med hensyn til virksomhet regelfestes mer

direkte i tilknytning til avskjæringsbestemmelsen. Det kan skje ved at det lov- eller forskriftsfestes et krav om videreføring av virksomheten/aktiviteten etter transaksjonen, og at det gis enkelte utfyllende forskriftsbestemmelser om innholdet i et slikt krav.

En innvending mot å oppstille et krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet, er at et slikt krav kan gi vridningseffekter. Vridningseffekten ligger i at et virksomhetskrav kan gjøre det lønnsomt å videreføre virksomhet som er ulønnsom før skatt, fordi videreføring er nødvendig for å få utnyttet skatteposisjonene.

I Ot.prp. nr. 71 (1995-96) Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper, er vridningseffekten av et virksomhetskrav drøftet, og det legges der til grunn at denne effekten av et virksomhetskrav taler mot et absolutt slikt krav. I stedet ble det lagt opp til en løsning uten et absolutt virksomhetskrav, men hvor virksomhet inngår som et moment ved vurderingen. Men selv om det ikke gjelder noe absolutt virksomhetskrav, kan den omtalte vridningseffekten likevel oppstå. Vridningseffekten vil i praksis forekomme ved alle løsninger som legger en vekt på virksomhet, uansett om et virksomhetskrav er absolutt eller gjelder mer begrenset. Transaksjoner som kun er lønnsomme etter skatt, og hvor fortsatt drift derfor er skattemotivert, vil en ønske å avskjære uansett om avskjæringsbestemmelsen inneholder et absolutt virksomhetskrav eller ikke. Den eneste løsningen som helt fjerner vridningseffekten er å ikke legge vekt på virksomhet i det hele tatt. Men da vil samtidig det vesentligste av grunnlaget for å ha noen avskjæringsbestemmelse eller lojalitetsstandard forsvinne.

Departementet vil påpeke at det i fremmed rett er utbredt å stille krav om kontinuitet med hensyn til virksomhet/aktivitet som vilkår for å gjennomføre skattefrie omorganisering.

Departementet foreslår at det tas inn i § 14-90 et nytt tredje ledd hvor det fremgår at det i omorganiseringstilfeller som utgangspunkt gjelder et krav om kontinuitet med hensyn til aktivitet. Av bestemmelsen fremgår at skatteposisjoner normalt skal bortfalle eller gjøres opp etter bestemmelsens annet ledd når det ikke utøves aktivitet før og etter transaksjonen, og aktiviteten ikke videreføres med hensyn til art og omfang.

Departementet understreker at det i denne sammenheng ikke siktes til det tradisjonelle virksomhetsbegrepet i skatteretten. For å unngå misforståelser med hensyn til kravets innhold, har departementet valgt å benytte betegnelsen "aktivitet" og ikke "virksomhet" i forslaget til lov- og forskriftsbestemmelser. Det tradisjonelle virksomhetsbegrepet i skatteretten er rettet inn mot å definere en minimumsaktivitet som innebærer at en inntekt kan skattlegges som virksomhetsinntekt, og som blant annet avgrenser mot passiv kapitalforvaltning. Tradisjonelt defineres virksomhet i skatterettslig forstand som aktivitet av et visst omfang og med en viss varighet, som objektivt sett er egnet til å gi overskudd. I forhold til reglene om skattefrie omorganisering er en slik definisjon av et minimumsnivå mindre egnet. I relasjon til disse reglene blir vurderingen av mer dynamisk art, ved at det må vurderes om den konkrete aktiviteten før transaksjonen blir videreført med hensyn til aktivitetens art og omfang.

Dette kravet om kontinuitet med hensyn til aktivitet utgjør en nedre grense for avskjæring mv. av skatteposisjoner. Selv om det foreligger kontinuitet med hensyn

til aktivitet, vil transaksjonen kunne anses som overveiende skattemotivert etter § 14-90 annet ledd, og tilsi avskjæring mv. på dette grunnlaget. Etter annet ledd vil det fortsatt være nødvendig med en kompleks vurdering av transaksjonens egenverdi, hvor mange momenter kan inngå. Innføring av et underliggende krav om kontinuitet med hensyn til aktivitet eliminerer ikke behovet for en slik samlet vurdering av transaksjonens egenverdi, men klargjør rettstilstanden på et viktig område.

Det lovfestede kravet om kontinuitet med hensyn til aktivitet som foreslås i § 14-90 tredje ledd, innebærer at aktivitet må utøves før transaksjonen, og at denne aktiviteten må videreføres etter transaksjonen. Det må kreves at

- Aktiviteten for en stor del er av samme art før og etter transaksjonen (vurdert under ett for de involverte selskapene/foretakene). En viss omlegging av driften som følge av omorganiseringen må likevel godtas.
- Aktiviteten før og etter har et ikke ubetydelig omfang i forhold til den kapitalen som er investert.
- Aktiviteten pågår i rimelig tid før og etter transaksjonen.

Av en slik bestemmelse bør det videre fremgå at det gjelder unntak fra kravet om kontinuitet med hensyn til aktivitet i følgende tilfeller:

- Holdingselskaper og andre selskaper uten egen aktivitet skal kunne omorganiseres uten at det utløser beskatning når det utøves aktivitet i et annet selskap, og omorganiseringen er et ledd i opprydding i selskapsstrukturen for å gi bedre rammebetingelser for virksomheten.
- Et selskap skal kunne fisjoneres ut i en del som ikke viderefører aktiviteten fra det overdragende selskapet.

I disse tilfellene vil en enkelt selskapsenhet ikke oppfylle kravet om kontinuitet med hensyn til aktivitet, men transaksjonen vil likevel være et ledd i tilrettelegging av den økonomiske aktiviteten i andre selskap. Disse tilfellene er ofte trukket frem i diskusjoner omkring et virksomhetskrav som transaksjoner som bør kunne gjennomføres selv om det isolert sett ikke foreligger selvstendig aktivitet i den enkelte selskapsenheten.

Når det gjelder utfisjonering i selskap som ikke viderefører aktiviteten fra det overdragende selskapet, vil en slik mulighet være viktig i situasjoner hvor det er oppstått uenighet blant eierne om driften. I slike tilfeller vil en selskapsdeling uten overføring av aktiviteten kunne løse problemet, ved at deltakere som ønsker omlegging, starter opp ny virksomhet i eget selskap. En slik mulighet vil være viktig for å sikre optimal drift av den tidligere virksomheten, med en omforent ledelse. En slik utskilling av en aksjonærgruppe i forhold til det opprinnelige selskapet/aktiviteten, kan prinsipielt sett fremstå som et brudd med utgangspunktet om eierkontinuitet, men er godt forankret i lignings- og rettspraksis. Departementet har vurdert om det bør oppstilles kvantitative begrensninger med hensyn til hvor stor andel av aksjonærene som kan skilles ut på en slik måte, etter tilsvarende prinsipper som det er begrensninger med hensyn til tilleggsvederlag, jf. punkt 9.3. Departementet er imidlertid kommet til at det ikke bør oppstilles noen slike begrensninger, fordi slike begrensninger vil kunne være til hinder for å oppnå en eierstruktur som er samkjørt, omforent og effektiv.

Departementet foreslår på denne bakgrunn at det lovfestes et krav om kontinuitet med hensyn til aktivitet, med de unntakene som er spesifisert foran. Det foreslås at dette lovteknisk gjennomføres ved en hovedbestemmelse om kontinuitet med hensyn til aktivitet i skatteloven § 14-90 tredje ledd, og nærmere regulering av innholdet i dette kravet skattelovforskriften § 14-90-1.

Det vil kunne oppstå en del tvil og avgrensingsspørsmål i tilknytning til de skjønsmessige vilkårene knyttet til et slikt krav om kontinuitet, særlig med hensyn til aktivitetens omfang og varighet. Etter departementets vurdering vil en slik bestemmelse likevel klargjøre hva det skal legges vekt på, og totalt sett redusere den usikkerheten som kan være knyttet til gjeldende avskjæringsbestemmelse. Departementet legger til grunn at en slik klargjøring av prinsippet om kontinuitet med hensyn til aktivitet, vil gjøre det lettere å håndtere avskjæringsreglene i praksis.

Det vises til departementets forslag til nytt tredje ledd i skatteloven § 14-90 og utfyllende bestemmelse skattelovforskriften § 14-90-1.

## **DEL IX ADMINISTRATIVE OG ØKONOMISKE KONSEKVENSER**

### **24. Administrative konsekvenser**

I forhold til gjeldende rett innebærer forslagene en utvidelse av området for skattefrie omorganiseringer. Dette gjelder særlig for omorganiseringer av aksjeselskaper ved grenseoverskridende fusjon og fisjon herunder fusjons- og fisjonslignende transaksjoner.

Forslagene i dette høringsnotatet skaper økt forutsigbarhet for virksomheter og eiere ved gjennomføring av omstruktureringer. Den rettslige situasjonen blir mer oversiktlig og blir derved enklere å forholde seg til. Dette er en fordel i forhold til gjeldende regler hvor det ofte er påkrevd å søke om skattefritak. Antallet søknader om skattefritak i forhold til grenseoverskridende transaksjoner har vært relativt lavt, ca. 20–30 saker pr. år de siste fem år. Antallet transaksjoner som vil bli gjennomført, dersom det gis regler som sikrer at de kan gjennomføres skattefritt, antas å øke noe.

For ligningsmyndighetene antas forslagene ikke å skape merarbeid. I dag må ligningsmyndighetene kontrollere at vilkårene som er fastsatt i vedtak om skattefrihet er fulgt opp. Dersom forslagene vedtas vil ligningsmyndighetene gjennom sin alminnelige ligningsmessige kontroll måtte følge opp at lovgivningens vilkår er til stede for at transaksjonen kan skje skattefritt. Noe merarbeid kan komme som følge av at antallet transaksjoner som blir gjennomført antakelig vil øke noe.

## **25. Økonomiske konsekvenser**

### **25.1 Provenymessige konsekvenser**

Området for skattefrie omorganiseringer utvides og det må antas at antallet omorganiseringer som vil bli gjennomført øker noe. Etter gjeldende rett begrenser praksis i vedtak om skattefritak seg til å innrømme skattekreditt. De regler som foreslås er basert på en videreføring av dette. De antas derfor at de provenymessige konsekvensene av forslagene blir relativt små.

### **25.2 Administrative økonomiske konsekvenser**

For selskaper, virksomheter og eiere vil regelverket bli enklere å forholde seg til ved at det ikke lenger vil være behov for å søke om skattefritak i en rekke situasjoner hvor det nå er nødvendig. De administrative kostnadene knyttet til dette regelverket bør derfor bli lavere. For ligningsmyndighetene kan kostnadene til kontroll på dette området antakelig øke noe dersom det slår til at antallet grenseoverskridende transaksjoner øker som følge av den positive reguleringen.

## **DEL X LOV- OG FORSKRIFTSENDRINGER**

**I lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) gjøres følgende endringer:**

### **I**

Kapitteloverskriften til kapittel 11 skal lyde:

### **Kapittel 11. Omorganisering**

§ 11-1 annet ledd skal lyde:

(2) Bestemmelsene i § 11-2 til 11-10 gjelder hvor selskapene som inngår i fusjonen eller fisjonen er hjemmehørende i Norge. Bestemmelsen i § 11-11 gjelder for fusjon og fisjon over landegrensene eller i annen stat.

§ 11-7 annet og tredje ledd skal lyde:

(2) Ved fusjon i konsern etter aksjeloven og allmennaksjeloven § 13-2 annet ledd og fisjon i konsern etter aksjeloven og allmennaksjeloven § 14-2 tredje ledd, der vederlaget er aksjer i overtakende selskaps morselskap, og der kapitalforhøyelsen i morselskapet gjennomføres ved at en fordring utstedt av overtakende selskap nyttes som aksjeinnskudd, skal skattemessig verdi på fordringen settes lik skattemessig verdi av egenkapitalen som overføres ved fusjonen eller fisjonen.

(3) Gevinst ved realisasjon av fordring som nevnt i annet ledd, anses som skattepliktig inntekt for morselskapet. Det gis fradrag for tap. Tap eller gevinst som følge av at fordringen innfris til en annen verdi enn skattemessig verdi er fradragsberettiget eller skattepliktig for det overtakende selskap. Skattepliktig gevinst føres på gevinst- og tapskonto, jf. 14-45, i den utstrekning gevinsten ikke

er inntektsføres i realisasjonsåret. Fradragsberettiget tap føres på gevinst- og tapskonto.

Tidligere annet til fjerde ledd blir nytt fjerde til sjette ledd.

§ 11-11 skal lyde:

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

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

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

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

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

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

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

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

punktum gjelder tilsvarende ved overføring av aksjer i et selskap hjemmehørende utenfor EØS til et annet selskap hjemmehørende utenfor EØS mot vederlag i aksjer.

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

Deloverskriften til § 11-20 til 11-22 skal lyde:

### **Omdanning**

§ 11-20 skal lyde:

(1) Departementet kan gi forskrift om at følgende selskap eller foretak kan omdannes til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap uten å utløse skattlegging:

- a. *enkelpersonforetak,*
- b. *virksomhet drevet av kommune eller fylkeskommune*
- c. *interkommunalt selskap,*
- d. *deltakerlignet selskap som omfattes av § 10-40,*
- e. *samvirkeforetak*
- f. *, statsforetak*

Departementet kan også gi forskrift om omdanning fra enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap som omfattes av § 10-40.

(2) *Ved omdanning etter foregående ledd skal skattemessige inngangsverdier og ervervstidspunkt videreføres, og skatteposisjoner knyttet til virksomheten overføres uendret til selskapet.*

§ 11-21 første ledd ny bokstav c, d og e skal lyde:

- c. Når et aksjeselskap overfører eiendeler som ikke har tilknytning til norsk beskatningsområde til et nystiftet datterselskap hjemmehørende i utlandet og vederlaget i sin helhet består av aksjer som utstedes i det nystiftede selskapet. Dette gjelder likevel ikke når det nystiftede datterselskapet er hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS, jf. § 10-63.
- d. Når et selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med overfører eiendeler som har tilknytning til virksomhet som er skattepliktig til Norge etter § 2-3 til selskap med begrenset ansvar i samme konsern.
- e. Når et selskap med begrenset ansvar overfører eiendeler som har tilknytning til norsk beskatningsområde til et annet selskaps virksomhet i Norge, og begge selskapene er hjemmehørende i en stat som Norge har skatteavtale med.

§ 11-22 annet ledd skal lyde:

(2) *Fritak eller nedsettelse kan bare gis når særlige grunner taler for det, og det er klart at det vil lette omorganiseringen eller omleggingen.*

Skatteloven § 14-90 skal lyde:

*§ 14-90 Bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner*

- (1) Denne paragraf gjelder selskap eller sammenslutning som nevnt i § 2-2 første ledd a-e og som har skatteposisjon uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost.
- (2) Når selskap mv. som nevnt i første ledd er part i omorganisering etter kapittel 11 eller får endret eierforhold som følge av slik omorganisering eller annen transaksjon, og det er sannsynlig at utnyttelse av den generelle skatteposisjonen er det overveiende motiv for transaksjonen, skal posisjonen
  - a. falle bort dersom den representerer en skattefordel, eller
  - b. inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd dersom den representerer en skatteforpliktelse.
- (3) Ved omorganisering etter kapittel 11 skal skatteposisjoner bortfalle eller gjøres opp etter annet ledd når det ikke utøves aktivitet i selskap mv. Det er et vilkår at aktivitet er utøvet før transaksjonen og at denne videreføres etter transaksjonen med hensyn til art og omfang. Departementet kan i forskrift gi nærmere regler om innholdet i kravet til aktivitet, og om unntak fra kravet om videreføring i bestemte tilfeller.

II

Endringene under I trer i kraft straks med virkning fra og med inntektsåret xxxx.

**I forskrift 19.11.1999 nr. 1158 til utfylling og gjennomføring mv. av skatteoven av 26. mars 1999 nr. 14 gjøres følgende endringer:**

I

§ 11-20 med overskrift skal lyde:

**§ 11-20. Skattefri omdanning av virksomhet**

**Skattefri omdanning av visse selskaper og foretak til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap**

§ 11-20-1. *Definisjoner*

Med omdanning menes endring av et selskap eller foretaks juridiske form, der:

- a. all virksomhet og tilhørende eiendeler og gjeld i selskap eller foretak overføres til et nystiftet selskap som har en annen juridisk form,
- b. det ytes vederlag i eierandeler i det overtakende selskap, eller eierandeler med et tillegg som ikke overstiger 20 prosent av det samlede vederlaget, og
- c. eventuelt overdragende selskap oppløses.

*§ 11-20-2. Anvendelsesområde for bestemmelsene om skattefri omdanning*

(1) Bestemmelsene i denne forskrift § 11-20 gjelder skattefri omdanning til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap av:

- a. enkeltpersonforetak,
- b. virksomhet drevet av kommune eller fylkeskommune
- c. interkommunalt selskap,
- d. deltakerlignets selskap som omfattes av § 10-40,
- e. samvirkeforetak,
- f. statsforetak

(2) Bestemmelsene og prinsippene i denne forskrift § 11-20 gjelder tilsvarende så langt de passer ved omdanning fra enkeltpersonforetak til deltakerlignet selskap som omfattes av § 10-40.

#### *§ 11-20-3. Hovedregel*

*Omdanning kan foretas uten beskatning når nystiftet aksjeselskap eller allmennaksjeselskap overtar virksomhet, eiendeler og eventuelt gjeld og trer inn i de skatteposisjoner som knytter seg til virksomheten. Det er en forutsetning at gjennomføringen skjer på de vilkårene som følger av § 11-20-3 til § 11-20-10.*

#### *§ 11-20-4. Overføring til nystiftet aksjeselskap eller allmennaksjeselskap*

(1) Aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet regnes som nystiftet når det i henhold til stiftelsesdokumentet skjer en overføring av igangværende virksomhet med eiendeler og eventuelt gjeld til hel eller delvis dekning av aksjekapitalen.

(2) Overføring kan også skje til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap som er nystiftet ved kontantinnskudd, og hvor den personlig næringsdrivende eier alle aksjene. Aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet regnes som nystiftet såfremt det ikke har drevet noen form for aktivitet før overføringen.

(3) Selskapet må være stiftet i samsvar med reglene i aksjeloven eller allmennaksjeselskapsloven. Det må fremlegges for ligningsmyndighetene erklæring fra revisor om at overtatte eiendeler ikke er ført opp i selskapets balanse med høyere beløp enn virkelige verdier. Dette gjelder også når overføring av virksomheten skjer til selskap nystiftet ved kontantinnskudd og hvor overføringen ikke medfører kapitalutvidelse i selskapet.

(4) Aksjekapitalens pålydende kan ikke settes høyere enn den positive netto egenkapital som fremkommer etter de ligningsmessige verdier, inkludert eventuelt kontantinnskudd. Minimumskravet til egenkapital i aksjeloven § 3-1 første ledd eller allmennaksjeselskapsloven § 3-1 første ledd må være oppfylt både etter ligningsmessige og virkelige verdier.

#### *§ 11-20-5. Tidspunktet for overgang til selskapsligning*

*Overgang til selskapsligning kan bare skje fra 1. januar i et inntektsår. Er selskapet stiftet og melding sendt Foretaksregisteret innen 1. juli, kan*

*selskapsligning gjennomføres med virkning fra 1. januar samme år, forutsatt at selskapet har foretatt skattetrekk og beregnet arbeidsgiveravgift senest fra 1. juli. Dokumentasjon for at aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet er meldt til Foretaksregisteret innen fristen må vedlegges selvangivelsen.*

*§ 11-20-6. Overføring av eiendeler og forpliktelser*

- (1) Med de unntak som er fastsatt i denne paragraf, må aktivitet, driftsmidler og forpliktelser i den virksomhet som omdannes, i sin helhet overføres til aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet.
- (2) Selskapsandeler som nevnt i skatteloven § 2-2 annet ledd, kan bare overføres sammen med aktiv annen virksomhet.
- (3) Spesifisert oppgave over eiendeler, deres alder og tilstand, og over forpliktelser som overføres, må vedlegges selvangivelsen.
- (4) Ved omdanning av enkeltpersonforetak til aksjeselskap, gjelder følgende:
  - a. Fast eiendom som er eiendel i virksomheten, kreves ikke overført. Forutsatt at aktiviteten ved drift av den faste eiendommen har et slikt omfang at den i seg selv vil bli å anse som virksomhet, kan det i forbindelse med omdanningen stiftes et særskilt aksjeselskap eller allmennaksjeselskap som den faste eiendom og driften av denne overføres til. Forskriftens bestemmelser gjelder også for overføring til slikt særskilt eiendomsaksjeselskap.
  - b. Aksjer og andre finansaktiva kan fritt overføres.
  - c. Bolig- eller fritidseiendom som den næringsdrivende selv bruker, kan ikke overføres til aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet i forbindelse med omdanningen. Det samme gjelder andre eiendeler hovedsakelig bestemt for privat bruk.
  - d. Gjeldsposter kreves ikke overført.

*§ 11-20-7. Rett og plikt til skattemessig kontinuitet*

- (1) Det overtakende selskap viderefører de skattemessige verdier og ervervstidspunkter for eiendeler, rettigheter og forpliktelser som overføres. Overdragende foretaks øvrige skatteposisjoner overtas på samme måte uendret av overdragende selskap.
- (2) Ved ombytting av eierandeler i overdragende selskap til aksjer i det overtakende selskap, skal samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt for vederlag i form av aksjer eller andeler settes lik samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt for eierandeler m.v. i det overdragende selskap.
- (3) Opptjente ikke skattlagte inntekter og pådratte ikke fradragsførte kostnader må overføres i den utstrekning postene kan henføres til den næring som overføres. Det samme gjelder rett til fradrag ved inntektsansettelsen etter skatteloven § 14-6 første ledd for ligningsmessige underskudd i tidligere år.

*§ 11-20-8. Skatteposisjoner som ikke kan overføres*

Skatteposisjoner som er forbeholdt personlig næringsdrivende kan ikke overføres til aksjeselskapet eller allmennaksjeselskapet.

#### *§ 11-20-9. Kontinuitet på eiersiden*

(1) Omdanning av selskap som nevnt i § 11-20 første ledd bokstav c-f og annet ledd må ikke fordeles i samsvar med hver deltakers eierandel eller tilsvarende rettighet før overføringen.

(2) Den tidligere personlige eier av enkeltpersonforetak som nevnt i § 11-20-1 bokstav a eller kommune eller fylkeskommune som nevnt i bokstav b, må tegne minst 80 prosent av aksjekapitalen i selskapet og inneha en tilsvarende andel av stemmeretter. Inntil 20 prosent av aksjene med tilsvarende stemmerett kan tegnes av andre.

#### *§ 11-20-10. Skatteplikt for annet vederlag enn aksjer og andeler*

Skattefritaket ved omdanning omfatter ikke annet vederlag til eiere eller rettighetshavere i det overdragende selskapet enn aksjer og andeler i det overtakende selskapet.

#### *§ 11-20-11. Avvikling av overdragende selskap*

Når omdanning innebærer at et selskap overdrar samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser til annet selskap, skal det overdragende selskapet oppløses og avvikles straks etter overdragelsen.

#### *§ 11-20-23. Solidaransvar for skatter*

De tidligere eiere er personlig solidarisk ansvarlige - en for alle og alle for en - for de skatteforpliktelser som måtte oppstå på selskapets hånd som følge av at investeringsforpliktelser ikke overholdes for overførte avsetninger.

§ 11-21-1 nytt femte til syvende ledd skal lyde:

(5) Bestemmelsene gjelder overføring av eiendeler som ikke har tilknytning til norsk beskatningsområde, fra et aksjeselskap til et nystiftet datterselskap hjemmehørende i utlandet. Vederlaget må i sin helhet bestå av aksjer som utstedes i det nystiftede selskapet og inngangsverdien på vederlagsaksjene settes lik inngangsverdien på de overførte eiendelene. Bestemmelsene gjelder likevel ikke når det nystiftede datterselskapet er hjemmehørende i et lavskattelend utenfor EØS, jf. skatteloven § 10-63.

(6) Bestemmelsene gjelder tilsvarende ved overføring av eiendeler som har tilknytning til norsk beskatningsområde, fra et selskap med begrenset ansvar som er hjemmehørende i en stat Norge har skatteavtale med, til et heleid datterselskap hjemmehørende i Norge.

(7) Bestemmelsene gjelder tilsvarende ved overføring av eiendeler som har tilknytning til norsk beskatningsområde, fra et selskap med begrenset ansvar til et annet selskaps virksomhet i Norge, når begge selskapene er hjemmehørende i en stat Norge har skatteavtale med.

§ 11-21-2 skal lyde:

*§ 11-21-2. Hovedregel*

(1) *Eiendeler kan overføres mellom selskaper som nevnt i § 11-21-1, uten at det utløser beskatning for det overdragende selskapet. Overføringen gjennomføres etter bestemmelsene i § 11-21-3 til § 11-21-8. Overføring kan også skje til datterselskap som nevnt i § 11-21-1 som stiftes i forbindelse med overføringen. Ved overføring som nevnt i § 11-21-1 femte ledd, gjelder likevel ikke § 11-21-3 til § 11-21-6*

(2) Skattefritaket etter første ledd er betinget av at det mottakende selskap forblir en del av konsernet slik dette er definert i § 11-21-1, også etter at overføringen av eiendelene er gjennomført. Ved brudd på vilkåret etter overføringsåret gjelder § 11-21-10. Ved overføring som nevnt i § 11-21-1 femte ledd gjelder ikke § 11-21-11 annet ledd.

§ 11-21-10 første ledd skal lyde:

(1) Ved aksjesalg, kapitalutvidelse eller annen transaksjon som bringer det mottakende selskap ut av konserntilknytningen, jf. § 11-21-1, tas den fritatte inntekten til beskatning i det overdragende selskap i konsernopphevsåret. *Ved overføring som nevnt i § 11-21-1 sjette og syvende ledd tas den fritatte inntekten til beskatning i det overdragende, utenlandske selskapet i overføringsåret. Det gis betalingsutsettelse frem til konsernopphevsåret. Det mottakende selskapet er solidarisk ansvarlig for betalingsforpliktelsen, og skal melde fra til ligningsmyndighetene om endringer i eierforholdene.*

Ny § 11-21-11 skal lyde:

*§ 11-21-11 Opphør av betinget skattefritak ved utflytting*

*Ved overføring som nevnt i § 11-21-1 femte ledd, tas den fritatte inntekten til beskatning i det overdragende selskapet hvis selskapet ikke lenger anses skattemessig hjemmehørende i riket.*

§ 14-90-1 med overskrifter skal lyde:

***Generelle skatteposisjoner og skattemotiverte transaksjoner***

***§ 14-90 Bortfall eller oppgjør av generelle skatteposisjoner ved skattemotiverte transaksjoner***

*§ 14-90-1 Videreføring av virksomhet*

- (1) Ved omorganisering etter skatteloven kapittel 11 skal skatteposisjoner bortfalle eller gjøres opp etter skatteloven § 14-90 annet ledd når det ikke utøves aktivitet i selskap mv.. Aktiviteten skal ha hovedsakelig samme innhold og omfang før og etter transaksjonen, men det kan gjennomføres naturlige

- driftsendringer mv. som følge av omorganiseringen. Aktiviteten må ikke ha et ubetydelig omfang i forhold til den kapitalen som er investert.
- (2) I følgende tilfeller kreves likevel ikke utøvelse av aktivitet i det enkelte selskap:
    - a. Når selskapet er et holdingselskap eller annet selskap uten egen aktivitet, men inngår i en selskapsstruktur hvor det utøves økonomisk aktivitet og omorganiseringen er et ledd i endring av eierstrukturen for å gi bedre rammebetingelser for virksomheten.
    - b. Når et selskap fisjoneres ut i en del som ikke viderefører aktiviteten fra det overdragende selskapet, men aktiviteten videreføres i andre utfisjonerte selskap.

## II

Endringene under I trer i kraft straks med virkning fra og med inntektsåret xxxx.