

Del I – grenseoverskridende fusjon:

Skattefri etablering av filial

I denne del I av artikkelen tar vi for oss grenseoverskridende fusjon der samtlige **eiendeler, rettigheter og forpliktelser videreføres i en filial i overdragende selskaps hjemstat**. Del II omhandler mulige problemstillinger ved hel eller delvis overføring av eiendeler til overtakende selskaps hjemstat.

Artikkelen er forfattet av:



Statsautorisert revisor
Susann Thorvaldsen
BHL DA



Advokat
Stig Inge Bjørken
Partner Deloitte Advokatfirma

Artiklene tar utgangspunkt i masteroppgave i regnskap og revisjon skrevet av Susann Thorvaldsen.

Regler om skattefri fusjon over landegrensene ble innført i 2011. Etter at de nye reglene trådte i kraft synes det likevel å ha vært foretatt et begrenset antall slike fusjoner. Årsaken kan trolig forklares med usikkerhet om reglens rekkevidde. I tillegg kan også endringer i exitregler, enkelte lands skattesatser og et ønske om å unngå filialisering vært medvirkende årsaker.

Bakgrunn for reglene

Aksjelovene §§ 13–25 flg. ble gjort gjeldende i 2007 gjennom implementeringen av fusjonsselskapsdirektivet. I 2009 ble fusjonsskattedirektivet vedtatt i EU, men direktivet var ikke bindende for Norge ettersom EØS-avtalen ikke omfatter skatterettslige forhold. De generelle kravene i EØS-avtalen påvirker likevel de norske skattereglene. Finansdepartementet valgte å legge seg nær opp til løsningene som lå i fusjonsskattedirektivet ved utforming av skatterettslig regulering av grenseoverskridende fusjoner. Dette for å sikre at forpliktelsene etter EØS-avtalen i størst mulig grad ble oppfylt.

På grunn av diskrimineringsforbudet og krav til fri etableringsrett i EØS-avtalen, kan det ikke stilles strengere krav til grenseoverskridende fusjoner sammenlignet med norske fusjoner. Grenseoverskridende transaksjoner fremtvinger likevel særregler, siden reglene for norske fusjoner ikke fullt ut kan anvendes på grenseoverskridende fusjoner. På den ene siden står man overfor spørsmålet om en rettferdig og balansert fordeling av skattefundamentene mellom involverte stater, og på den andre siden må reglene i tilstrekkelig grad ta hensyn til etableringsfriheten.

Skattefri grenseoverskridende fusjon

Fusjon som sådan utløser i prinsippet en realisasjon idet eiendeler, rettigheter og forpliktelser overdras til et nytt rettssubjekt. I den forbindelse kreves det både skatterettslig og selskapsrettslig regulering for å sikre kontinuitet. For å oppnå en fullt ut skattefri grenseoverskridende fusjon, må eiendeler, rettigheter og forpliktelser knyttet til det norske overdragende selskapet beholdes innenfor norsk beskatningsområde etter at fusjonen er gjennomført. Resultatet er at det overdragende selskapets virksomhet, herunder eiendeler, rettigheter, forpliktelser og skatteposisjoner, videreføres i en filial.¹ Selskapsrettslig medfører fusjonen at alle eiendeler, rettigheter og forpliktelser *overføres* til det utenlandske overtakende selskapet. Det overdragende selskapet oppløses og er ikke lenger et eget rettssubjekt. Overtakende selskap og filialen regnes som ett rettssubjekt,² men virksomheten i filialen vil være skattepliktig til Norge.

Til sammenligning har fusjonsskattedirektivet åpnet for at EU-statene kan sette som vilkår at eiendeler, gjeld og skattemessige verdier knyttet til det overdragende selskapet må videreføres av det overtakende selskapet i en filial, i den stat hvor det overdragende selskapet er hjemmehørende.³ Bakgrunnen for filialisingskravet er begrunnet i territorialprinsippet og den enkeltes stats behov for å verne om beskatningsgrunnlaget.

Løsningen i fusjonsskattedirektivet ligner den løsningen som er lagt til grunn etter norsk internrett. Etter norsk skatterett kan selve den grenseoverskridende fusjonen gjennomføres skattefritt, gitt at vilkårene for skattefritak for øvrig er oppfylt etter skatteloven § 11–11. Dette selv om det foretas helt eller delvis uttak av eiendeler, rettigheter eller forpliktelser ut fra norsk beskatningsområde. Skattemessig kontinuitet blir brutt dersom eiendeler blir tatt ut av norsk beskatningsområde. Slikt uttak regnes som et innvinningskriterium og behandles etter reglene i skatteloven § 9–14 og 14–27, jf. § 11–11 tredje ledd. Det foretas da en selvstendig vurdering av hver eiendel.

Ved exitbeskatningsordningen etter norsk internrett anses den grenseoverskridende fusjonen og et eventuelt uttak fra norsk beskatningsområde som to separate transaksjoner. Uttak fra norsk beskatningsområde har dermed ingen påvirkning på fusjonens rettsvirkning eller gyldighet. Exitbeskatning vil for øvrig bli mer omtalt i neste artikkel.

1 Skatteloven § 2–3 første ledd bokstav b.

2 Rt. 2008 side 1730.

3 Høringsnotat av 18. januar 2010 s. 74 punkt 16.5.1 A.

Grenseoverskridende fusjon versus norsk fusjon

Etter aksjelovgivningen må partene i en grenseoverskridende fusjon minst være ett norsk aksjeselskap eller allmennaksjeselskap, samt ett utenlandsk selskap med begrenset ansvar hjemmehørende i en EØS-stat. For å komme inn under reglene i aksjelovene § 13–25 er det antagelig tilstrekkelig at to norske selskaper fusjoneres inn i et nystiftet selskap som etableres i et EØS-land. Ved norske fusjoner (mellom norske aksjeselskaper) krever aksjelovene at begge selskapene er *registrert* i Norge.

Hvorvidt en fusjon skatterettslig anses som enten grenseoverskridende eller norsk fusjon, avhenger av hvor selskapene er hjemmehørende.⁴ Finansdepartementet har tatt stilling til dette spørsmålet i en bindende forhåndsuttalelse.⁵ Det fremgår av faktum i saken at det engelskregistrerte selskapets virksomhet utelukkende ble utført i Norge, gjennom et norskregistrert utenlandsk foretak (NUF). Selskapet ble da ansett for hjemmehørende i Norge. Ordlyden i skatteloven § 11–1 andre ledd, legger føringer for at de ordinære reglene i skatteloven §§ 11–2 til 11–10 gjelder når begge selskapene er hjemmehørende i Norge. Fusjonen mellom et engelsk Ltd NUF og et norsk AS ble derfor skatterettslig å regne som norsk fusjon.

Det eksisterer dermed både selskapsrettslige og skatterettslige krav til geografisk tilhørighet.

Hvem omfattes?

Selskapsrettslig kan et (allmenn)aksjeselskap bare fusjonere med et utenlandsk selskap med begrenset ansvar. Det utenlandske selskapet må ha en selskapsform som *svarer til* ansvarsformen til norske aksjeselskap eller allmennaksjeselskaper.⁶ Formuleringen samsvarer med fusjonsselskapsdirektivet.⁷

Skatterettslig oppstilles det samme kravet til partene i en fusjon. Det utenlandske selskapet må være et *selskap med begrenset ansvar*.⁸ Fusjonsskattedirektivet har til dels løst utfordringen med ulike selskapsformer ved en opplisting av foretaksformer som kvalifiserer under betegnelsen *begrenset ansvarsform*, spesifisert på foretaksformer innenfor hver stat.⁹ Selv om fusjons-

skattedirektivet ikke er implementert i norsk rett, kan denne opplistingen være nyttig også for norske formål.

Til tross for gjennomføringen av EUs direktiver, er en av utfordringene ved grenseoverskridende fusjoner at selskapsformene i de ulike statene kan variere i struktur og form. Dette beror på ulik tolkning av direktivteksten og ulik implementering i statenes interne regler. Statoil Holding-dommen¹⁰ er et eksempel på hvordan selskapsform kan forstås ulikt i forskjellige land. Det må derfor foretas en konkret vurdering av det utenlandske selskapets selskapsform.

Hjemmehørighet

Ved en skattefri grenseoverskridende fusjon der et norsk selskap er involvert, avgrenses det geografiske anvendelsesområdet i skatteloven § 11–11 til kun å omfatte fusjon med utenlandske selskaper innenfor EØS. Det utenlandske selskapet som er part i fusjonen, må være hjemmehørende i en annen EØS-stat, samt være underlagt lovgivningen i en annen EØS-stat enn Norge.

Krav til fusjonsform

Ved fusjon over landegrensene er vilkåret for skattefritak knyttet opp mot de fusjonsformene som er angitt i aksjelovene kapittel 13, del VII. Det vil si ordinær opptaksfusjon, fusjon ved nystiftelse og mor-datterfusjon. Trekantfusjon omfattes ikke av skattefritaket i skatteloven § 11–11, men regler om aksjebytte antas anvendt for å kunne oppnå tilsvarende organisering. Aksjebytte er en integrasjonsform som er skattefri når vilkårene i skatteloven § 11–11 er oppfylt, men behandles ikke nærmere i denne artikkelen.

Virksomhetskrav

Etter norsk rett stilles det ikke noe virksomhetskrav i tilknytning til gjennomføring av fusjon. Et slikt krav ble fjernet i 1997. Selskaper uten virksomhet i Norge kan dermed delta i en skattefri fusjon. Det er også presisert i forarbeidene at det ikke er et vilkår for skattefritak «at *all* virksomhet og *alle* eiendeler, rettigheter og forpliktelser videreføres i en filial mv. i Norge».¹¹

Etter de norske skattereglene skal alle skatteposisjoner videreføres med kontinuitet, herunder at skatteposisjoner i form av fremførbart underskudd, negativ/tom positiv saldo og saldo på gevinst- og taps-

konto videreføres i det overtakende selskaps filial. Fusjonsskattedirektivet på sin side åpner for at medlemsstatene fritt kan velge om det overdragende selskaps enkelte skatteposisjoner skal kunne overføres til det overtakende selskaps faste driftssted i det overdragende selskaps hjemstat i forbindelse med fusjonen. Medlemsstatene kan i utgangspunktet således nekte overføring av fremførbare underskudd fra det overdragende selskapet til det overtakende selskaps faste driftssted. Både Sverige og Danmark har innført en slik begrensning for fremførbart underskudd, hvor det stilles et krav til aktivitet for at det overtakende selskap skal kunne fradragføre underskudd pådratt i det overdragende selskap i tiden før fusjon. Etter svensk skattelovgivning er dette kravet direkte knyttet til videreføring av overdragende selskaps næringsvirksomhet.¹²

Her oppstår en problemstilling i forbindelse med grenseoverskridende fusjoner og fradrag for underskudd pådratt i en annen EØS-stat. EU-domstolen har avlagt en foreløpig kjennelse¹³ om tolkningen av artikkel 49 TFEU og artikkel 54 TFEU. Kjennelsen omhandler et finsk morselskaps adgang til å fradragføre det svenske datterselskaps underskudd i etterkant av en grenseoverskridende fusjon. Fradraget skulle gjøres i morselskaps skattepliktige inntekt i Finland. Ut ifra en likhetsbeaktning konkluderte kjennelsen med at morselskapet ikke kunne nektes fradrag for det svenske datterselskaps underskudd i sin skattepliktige inntekt i Finland, når det i en tilsvarende situasjon ble gitt fradrag for underskudd pådratt av finsk datterselskap. Forutsetningen for å kunne gi fradrag for datterselskaps underskudd, var at morselskapet kunne godtgjøre at verken datterselskapet eller en annen tredjepart kunne gjøre fradrag for underskuddet i Sverige i overskuelig fremtid.

Spørsmålet er hvilken konsekvens denne kjennelsen har i norsk sammenheng. Det er mulig kjennelsen åpner for en videreføring også av andre skatteposisjoner enn skattemessig underskudd, som positiv saldo og negativ saldo på gevinst- og tapskonto, gitt at hjemstat til overdragende selskap har tilsvarende regler for dette som Norge. Etter norske skatteregler kan innfusjonerte latente fradrag likevel bli avskåret etter reglene om gjennomskjæring.

4 Skatteloven § 2–2 første ledd.

5 BFU 11/12.

6 Asl. § 13–23, jf. asal. § 13–25.

7 Ot.prp. nr. 78 (2006–2007) punkt 17.1.

8 Skatteloven § 11–11 første ledd bokstav a, og sjette ledd.

9 2009/133/EF art. 3 bokstav a, jf. Annex I Part A.

10 Rt. 2012 side 1380.

11 Prop. 78 L (2010–2011) punkt. 8.5.1.2.

12 Folkvord og Gjems-Onstad, *Aktuell bedriftsbeskatning*, s. 37 og 38.

13 C-123/11.

Krav til kontinuitet

Det formues- og selskapsrettslige kontinuitetsprinsippet kommer til uttrykk gjennom aksjelovene § 13–2, og forutsetter overførbarhet ved at formuen *som helhet* skal overdras. Dernest kreves det en videreføring av eiernes interesser og rettigheter gjennom deres aksjer i det overtakende selskapet.

Skattemessig kontinuitet bygger videre på det formues- og selskapsrettslige kontinuitetsbegrepet, og er et bærende prinsipp for skattefri omorganisering. Skattelovens kapittel 11 skal sikre kontinuitet på skatteposisjoner som er innenfor norsk beskatningsformål før fusjonen gjennomføres. Dette medfører at skatteposisjoner som eksisterer innenfor norsk beskatningsområde før fusjon, skal videreføres med kontinuitet i overtakende selskap ved fusjonen. Overføres en eiendel over landegrensen, utløses exitbeskatning.

Kontinuitetsprinsippet krever også skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå gjennom en videreføring av aksjenes skatteposisjoner og aksjonærenes eierposisjoner. Skattefritaket er videre betinget av at det ikke skjer en forskyvning av verdier bak hver aksje, som er berørt av fusjonen.

Er krav til skattemessig kontinuitet i tråd med EØS-avtalen?

Kontinuitetsprinsippet i skatteloven § 11–7 gjelder tilsvarende for grenseoverskridende som for norske fusjoner. I grenseoverskridende tilfeller vil dette likevel bare ramme de skatteposisjoner som er innenfor norsk beskatningsområde, både før og etter fusjonen.

Ved grenseoverskridende fusjoner stiller skatteloven § 11–11 i tillegg krav til at det overdragende selskaps hjemstat har regler om skattemessig kontinuitet og følgelig at disse etterlevs. Finansdepartementet har avgitt en prinsipputtalelse¹⁴ som omtaler kontinuitetskravet nærmere. Kravet til det utenlandske selskapets hjemstat kan bli en utfordring å forholde seg til, da brudd på det skattemessige kontinuitetskravet i en annen stat vil kunne innebære skattepliktig fusjon i Norge. Argumentet for å stille krav til skattemessig kontinuitet overfor overdragende selskaps hjemstat, er å sikre at fusjonen som gjennomføres er reell.

Det generelle utgangspunktet for EØS-avtalen er at det ikke skal oppstå forskjellsbehandling av, eller legges restriksjoner på,

grenseoverskridende transaksjoner sammenlignet med tilsvarende interne transaksjoner. EU-domstolen har imidlertid gjort unntak fra dette utgangspunktet i tilfeller der forskjellsbehandlingen eller restriksjonen kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn.¹⁵ Det er ikke et hinder i seg selv at en skatteregel skaper forskjellsbehandling, dersom det foreligger reelle hensyn som rettferdiggjør denne forskjellsbehandlingen. Hensynet til rettferdighet har to ulike dimensjoner: rettferdighet for skattyterne og rettferdighet for statene.¹⁶ Til slutt må restriksjonen være egnet til å oppnå sitt formål, og ikke gå utover det som er nødvendig for å oppnå dette formålet (proporsjonalitetskravet).

Det må kunne sies at krav om kontinuitet overfor overdragende selskaps hjemstat er en restriksjon, ettersom skatt i den andre staten er et internt anliggende der.¹⁷ Det er skattyter i Norge som må godtgjøre at vilkårene for skattefritak er oppfylt, med hensyn til rett og plikt til å overføre skatteposisjoner med kontinuitet.¹⁸ Det kan dermed medføre en betydelig undersøkelsesplikt for skattytere å avdekke om de utenlandske prinsippene er etterfulgt.¹⁹ Man kan også stille seg spørsmål om i hvilken grad det er reelt at norske skattemyndigheter overprøver disse opplysningene, og hvordan en aksjonær eventuelt skal forholde seg til dette.

Finansdepartementet har lagt til grunn at Norges forpliktelser overfor EØS-avtalen er oppfylt, dersom det norske regelverket ligger nært opp mot et tilsvarende kontinuitetskrav som i fusjonsskattedirektivet²⁰. Skattemessig kontinuitet verner om den enkelte stats skattefundament. Når kontinuitetsprinsippet utvides til også å gjelde andre staters regelverk, antas dette å etablere et sterkere vern av skattefundamentet.

Et annet moment som er viktig overfor norske selskaper og aksjonærer er å sikre at det gis lik behandling uavhengig av om det norske selskapet er overdragende eller overtakende. I boken *Norsk bedriftsskatterett*²¹ illustreres dette i et eksempel: Kontinuitetsreglene i skatteloven § 11–11 innebærer at Norge sier fra seg umiddelbar

skatlegging av norske overdragende selskaper og norske aksjonærer. I første omgang er dette en direkte skattelettelse for norske selskaper og aksjonærer, men indirekte kan det innebære en lavere oppkjøpspris for utlendinger. Når situasjonen snus,²² har Norge ingen mulighet for å lempe utenlandsk beskatning. Kravet til kontinuitet i overdragende selskaps hjemstat sikrer at fusjonen i denne staten blir gjennomført skattefritt. Ved diskontinuitet (skattepliktig fusjon i utland) kunne dette ha medført høyere oppkjøpskostnad for norske selskaper og aksjonærer i utlandet.

Ole Gjems-Onstad mener Norge kunne løst dette ved å innføre en betingelse om gjensidighet i kontinuitetsreglene i skatteloven. Reglene ville da bare komme til anvendelse når selskap er hjemmehørende i land som gir tilsvarende skattefrihet.

Det synes forenkelt og mindre restriktivt å forholde seg til et slikt gjensidighetsvilkår, fremfor et omfattende krav til skattemessig kontinuitet på aksjonær- og selskapsnivå.

Avsluttende bemerkninger

Grenseoverskridende fusjoner med selskaper innenfor EØS-området vil kunne være utfordrende, da regelverket for gjennomføring av fusjonsprosedyren må forutsettes å være forskjellig fra land til land, også innenfor EØS. Utfordringene synes særlig å være knyttet til ulik grad av harmonisering og tolkning av direktiver i EU-landene i forhold til hvilke selskapsformer som kan delta i en fusjon, hvor heller ikke alle EU-land har gjort regelverket sitt gjeldende for EØS-land.

Det er grunn til å anta at reglene om grenseoverskridende fusjoner vil bli anvendt i større omfang etter hvert som praksis og regelverk blir mer avklart og ensartet. Fialisering ved skattefri omorganisering vil kunne gi en rekke virksomheter en optimal og ønsket organisering. Fra norsk side synes likevel den største utfordringen å ligge i at regelverket for grenseoverskridende fusjoner verken blir forstått eller praktisert strengere enn for rene norske fusjoner. Norske skattemyndigheter vil stå overfor en rekke krevende vurderinger tatt i betraktning våre internasjonale forpliktelser. På den ene siden er man pålagt å innføre systemer for etableringsfrihet og likebehandling, mens på den andre siden skal man hindre at norsk skattegrunnlag uthules. Trolig vil skattemyndighetene her måtte utvise varmsomhet når ligningspraksis etter hvert formes.

²² Overtakende norsk selskap og overdragende utenlandsk selskap.

¹⁵ Ot.prp. nr 1 (2008–2009) punkt 8.3.1.

¹⁶ Zimmer, *Internasjonal inntektsskatterett*, s. 35.

¹⁷ Furuseth og Gjems-Onstad, *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, s. 220.

¹⁸ Prop. 78 L (2010–2011) punkt 8.5.1.3.

¹⁹ Furuseth og Gjems-Onstad, *Praktisk internasjonal skatterett og internprising*, s. 220.

²⁰ Prop. 78 L (2010–2011) punkt 8.5.1.2 og Høringsnotat av 18. januar 2010 s. 75 punkt 16.5.1 A.

²¹ Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, s. 827–828.