

*Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet
BFU 3/12. Avgitt 14.2.2012*

Fisjon av deler av et NUF til et AS

(skatteloven § 11-4)

Et utenlandsk registrert selskap (Ltd) (Selskapet/NUF), skattemessig hjemmehørende i Norge, ønsket å gjennomføre en fisjon til et norsk søsteraksjeselskap, Selskapet AS. Pga. selskapsrettslige regler i registreringslandet skulle fisjonen gjennomføres ved at NUF overførte eiendeler og gjeld til Selskapet AS som i vederlag utstedte aksjer til NUF. Deretter skulle det gjennomføres en kapitalnedsettelse i NUF med utdeling av vederlagsaksjene til norske Mor AS. Samlet sett mente innsender at dette måtte anses om en fisjon etter skatteloven § 11-4.

Skattedirektoratet konkluderte med at denne fremgangsmåten ikke falt inn under reglene i skatteloven § 11-4, og at fisjonen derfor ikke kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

På bakgrunn av de opplysninger som er gitt i anmodningen, legges det til grunn at NUF er etablert og registrert i EU, men er skattemessig hjemmehørende i Norge. Det norske selskapet Mor AS eier alle de ordinære aksjene i Selskapet.

Omorganiseringen planlegges gjennomført som en skattefri fisjon etter skatteloven kapittel 11 med overføring av deler av NUFs virksomhet, eiendeler og gjeld til et norsk aksjeselskap som er stiftet forut for fisjonen ("Transaksjonen"). Det overtakende selskapet skal hete Selskapet AS og eies direkte/indirekte 100 % av Mor AS. Etter innsenders syn kan Transaksjonen gjennomføres med skattemessig kontinuitet, dvs. som en skattefri fisjon etter skatteloven § 11-4. Dersom skattemyndighetene skulle komme til et annet resultat, vil de skattemessige konsekvensene være av stor negativ betydning.

Nedenfor redegjør innsender nærmere for bakgrunnen for den planlagte reorganiseringen, hvordan denne er tenkt gjennomført, jf. punkt 2 og 3. De skattemessige problemstillingene skattyteren ønsker bindende forhåndsuttalelse om, beskrives nærmere i punkt 4.

2 NÆRMERE OM FAKTUM

2.1 Innledning

NUF er registrert i EU, men er som nevnt skattemessig hjemmehørende i Norge og er lignet i tråd med dette. NUFs virksomhet består i hovedsak av tre virksomheter.

2.2 Nærmere om Transaksjonen

Det som skal overføres fra NUF til Selskapet AS, er i hovedsak to av virksomhetene. Siste virksomhet skal imidlertid bli igjen i NUF.

3 METODE FOR TRANSAKSJONEN

3.1 Innledning

Selskapet er som nevnt registrert i EU, og transaksjonen må derfor gjennomføres i henhold til relevant selskapsrettslig lovgivning der. Det sentrale spørsmålet etter utenlandsk rett er

hvordan den virksomheten som skal overføres ved Transaksjonen selskapsrettslig kan tas ut av NUF. Flere av de utenlandske metodene lar seg ikke gjennomføre i Norge. En av metodene der det kreves at overdragende selskap må likvideres, kan ikke benyttes i denne saken, fordi det skal ligge virksomhet igjen i NUF.

3.2 Nærmere om utbytte/kapitalnedsettelse

Overføringen av virksomhet, eiendeler og gjeld fra NUF i form av kapitalnedsettelse og/eller utdeling reiser enkelte utfordringer. NUFs utenlandske rådgivere har opplyst at utdelingsbegrepet ikke omfatter de passivposter som skal overføres. Det er altså bare eiendeler (bruttoverdi) som kan overføres ved utdeling. Dette innebærer i praksis at gjeldsposter ikke lar seg privatrettslig overføre ved en slik kapitalnedsettelse/utdeling.

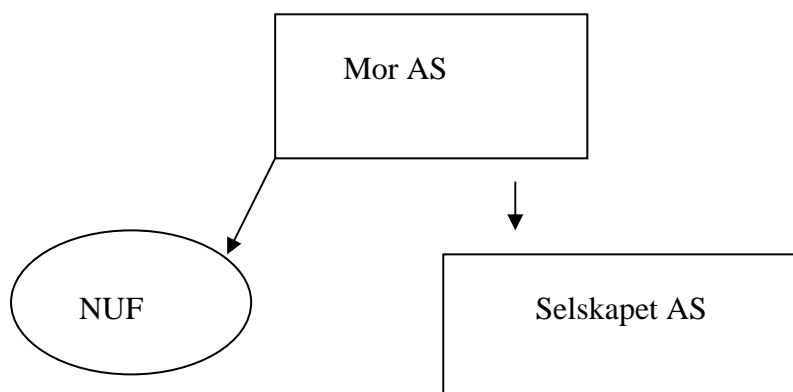
På denne bakgrunn vil man benytte følgende metode: Først overfører NUF virksomhet, eiendeler og gjeld til Selskapet AS ved en alminnelig kapitalforhøyelse etter aksjelovens regler. Ved kapitalforhøyelsen utsteder Selskapet AS aksjer til NUF, slik at tilnærmet samtlige aksjer i Selskapet AS eies av NUF. Deretter gjennomføres en kapitalnedsettelse, eventuelt kombinert med en utdeling fra NUF, der samtlige aksjer NUF eier i Selskapet AS deles ut til Mor AS.

Denne metoden innebærer for det første at NUF ikke deler ut gjeld. For det andre vil NUF med en slik metode ha dekning for utdelingen i den frie egenkapitalen, siden de utdelte aksjer verdsettes etter et "nettoprinsipp", dvs. verdien av aksjene settes til verdien av Selskapet AS' eiendeler fratrukket gjeld.

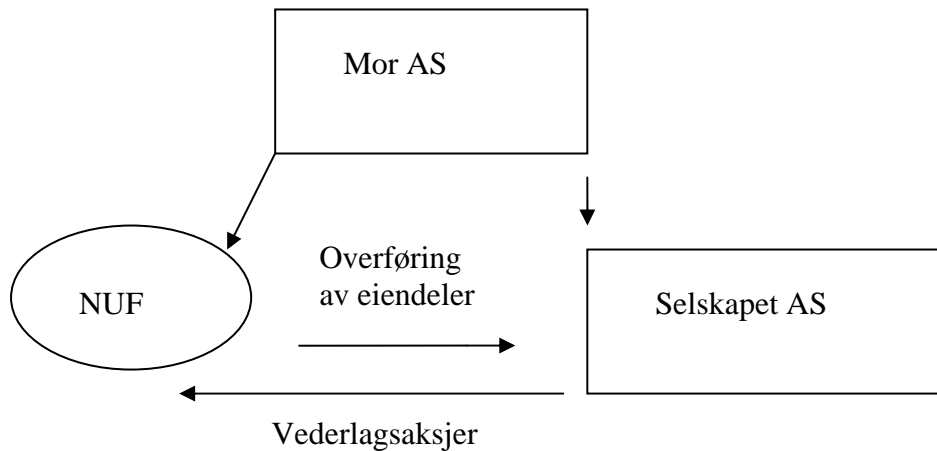
Ingen del av utdelingen fra NUF vil tilfalle minoritetsaksjonærene. I den utstrekning det fremsettes krav om en kontantutbetaling til minoritetsaksjonærene i henhold til Selskapets vedtekter, vil beløpet være marginalt og uansett langt lavere enn 20 % av det totale vederlaget, jf. aksjeloven § 14-2 (1). En eventuell utbetaling til minoritetsaksjonærene vil uansett måtte regnes som renter av gjeld i skatterettslig forstand, og er således ikke en del av vederlaget ved fisjonen.

Den selskapsrettslige gjennomføringen av Transaksjonen kan illustreres på følgende måte:

Selskapsstruktur før Transaksjonen

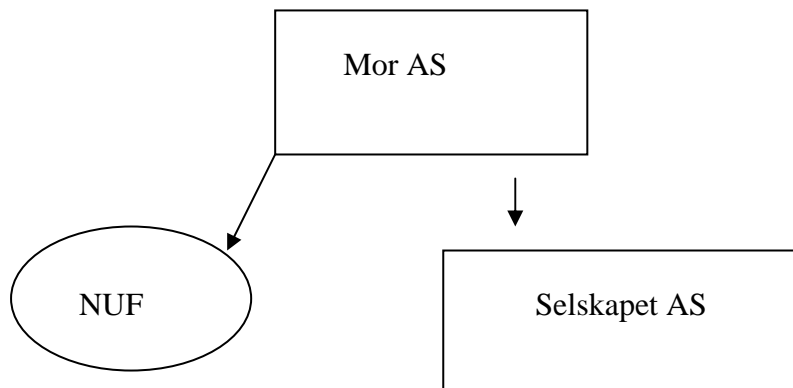


Overføring av eiendeler og utstedelse av nye aksjer



Deretter gjennomføres det en kapitalnedsettelse og utdeling av vederlagsaksjene til Mor AS.

Selskapsstruktur etter den samlede Transaksjonen



Etter at samtlige trinn er gjennomført vil Mor AS eie samtlige aksjer i Selskapet AS, samtidig som virksomheter, eiendeler, rettigheter og forpliktelser i NUF er delt mellom selskapene.

4 SKATTEMESSIGE SPØRSMÅL

4.1 Innledning

Etter innsenders syn kan NUF fisjoneres skattefritt etter skatteloven § 11-4. Det oppstår imidlertid spørsmål ved om den metoden man ønsker å benytte omfattes av skattelovens fisjonsregler. Selskapet ønsker avklart gjennom en bindende forhåndsuttalelse om NUF kan fisjoneres skattefritt ved den transaksjonsmetoden som er beskrevet over.

4.2 Skattefri fisjon etter skatteloven kapittel 11

4.2.1 Innledning

Vilkårene for at en fisjon skal være skattefri fremgår av skatteloven kapittel 11. Etter skatteloven § 11-1 (2) er det et vilkår at selskapene som deltar i fisjonen er hjemmehørende i

Norge. For ordens skyld nevner innsender at Finansdepartementet i Prop. 78 L har foreslått nye regler om blant annet grenseoverskridende fisjon som vil tre i kraft fra 1. januar 2012. Disse reglene gjelder imidlertid kun når et av de involverte selskapene er skattemessig hjemmehørende i utlandet. Vilkåret om at selskapene er skattemessig hjemmehørende i Norge er, ifølge innsender, oppfylt.

I forbindelse med innføringen av reglene om skattefri omdanning uttalte Finansdepartementet følgende i Ot.prp. nr 71 (1995-96) pkt 5.2.3:

”Med hensyn til utenlandske selskaper som anses hjemmehørende i Norge, har disse full skatteplikt til Norge på lik linje med norskregistrerte selskaper. Ved en fusjon eller fisjon av slike selskaper vil det være de samme behov for å tillate skattemessig kontinuitet som det er for å tillate at fusjoner eller fisjoner av norskregistrerte selskaper skal kunne skje uten beskatning. Det vises til at faren for tap av skattefundamenter ikke er større ved selskapsomorganiseringer som omfatter utenlandske selskaper som skattemessig er hjemmehørende i Norge, enn ved de selskapsomorganiseringer som bare involverer norskregistrerte selskaper. Departementet foreslår derfor at selskaper som er skattepliktige til Norge etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b fortsatt skal være likestilt med norskregistrerte selskaper mht å kunne foreta skattefrie fusjoner og fisjoner i medhold av de foreslåtte regler.”

Disse forarbeidene gjelder de tidligere bestemmelsene i selskapsskatteloven, men det fremgår av forarbeidene til skatteloven av 1999 at selskapsskattelovens bestemmelser skulle videreføres materielt uendret, jf Ot.prp. nr 86 (1997-98) pkt 11.7 ”Generelle merknader til kapittel 11”:

”Bestemmelsene som er tatt inn i kapittel 11 er i gjeldende lovgivning spredt mellom skatteloven, selskapsskatteloven og lov av 9. juni 1961 nr 16 om tillegg til skatteloven (”omdannelsesloven”).

Det er gjort enkelte endringer i bestemmelsenes ordlyd og oppbygging i forhold til gjeldende bestemmelser, uten at det derved er tilsiktet realitetsendringer.”

At aksjeselskaper som er registrert i utlandet, men skattemessig hjemmehørende i Norge, skal kunne fisjonere skattefritt etter reglene i skatteloven kapittel 11, er også lagt til grunn i juridisk litteratur, jf. f. eks. Zimmer (red.), Bedrift, selskap og skatt, 5. utg. 2010 pkt 26.6.1.

4.2.2 Metode for fisjon

Selskaper som er registrert i utlandet, men skattemessig hjemmehørende i Norge, er, ifølge innsender, ikke omfattet av norsk aksjelovgivning. Fisjonen må i slike tilfeller gjennomføres i samsvar med aktuell utenlandsk selskapslovgivning.

Spørsmålet blir da om de vilkår som oppstilles i skatteloven kapittel 11 også setter grenser for hvilke selskapsrettslige transaksjoner som samlet sett kan godtas som en skattefri fisjon vurdert etter norsk rett. I Utvalget 1997 s 1093 uttalte Finansdepartementet følgende:

”[...] Reglene i aksjeloven gjelder ikke for selskaper som er stiftet og registrert i utlandet. Selskaper som er registrert i utlandet vil derimot være underlagt selskapslovgivningen i den stat selskapet er stiftet og registrert. Dette utenlandske regelverket må da legges til grunn i forhold til selskapsskattelovens krav om at fusjonen må gjennomføres på lovlig måte.

Etter departementets vurdering innebærer likevel ikke dette at enhver fusjon som er lovlig i den stat selskapet er registrert faller inn under reglene i selskapskatteloven kapittel 8. I forarbeidene, jf Ot prp nr 71 (1995-96) s 64, er det forutsatt at utenlandske "selskaper som er skattepliktige til Norge etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b fortsatt skal være likestilt med norskregistrerte selskaper mht å kunne foreta skattefrie fusjoner i medhold av de foreslåtte regler". Dette må forstås slik at det kun er de fusjonsalternativer og -prinsipper som omfattes av aksjelovens kapittel 14 som kan gjennomføres uten beskatning. Dette innebærer eksempelvis at tilleggsvederlag ikke kan overstige 20 pst av det samlede vederlag ved fusjonen, jf aksjeloven §§ 14-1a og 14-10 tredje ledd. En kan si det slik at de norske materielle vilkår som følger av henvisningene fra selskapskatteloven til aksjelovgivningen, må være oppfylt i tillegg til de formelle og andre krav som den utenlandske selskapslovgivning setter."

Departementet oppstiller følgende vilkår for at en fisjon skal være skattefri:

- (i) transaksjonen må være lovlig etter utenlandsk selskapsrett,
- (ii) transaksjonen må tilsvare et av de fusjonsalternativer som omfattes av aksjeloven kapittel 14 og som aksepteres skattemessig, og
- (iii) de selvstendige vilkår som følger av skatteloven kapittel 11 må være oppfylt.

Vilkår (iii)

Vilkår (iii) innebærer konkret at det overtagende selskap må være "likeartet" med det overdragende (jf skatteloven § 11-4 (3), at nominell og innbetalt aksjekapital må fordeles i samme forhold som nettoverdiene fordeles mellom selskapene (jf skatteloven § 11-8 (1)), at det er kontinuitet knyttet til skatteposisjoner for både det overdragende selskap og for aksjene i det overdragende selskap (jf skatteloven § 11-7), og at skatteposisjoner fordeles i samsvar i prinsippene i skatteloven § 11-8.

NUF er, ifølge innsender, i dag undergitt samme skattemessige regler som norske aksjeselskaper. Eiernes ansvar er begrenset til selskapets kapital. I tillegg er Selskapet i stor grad tilsvarende et norsk aksjeselskap når det gjelder selskapsorganer som styre, generalforsamling mv. Innsender legger derfor til grunn at vilkåret om at NUF må være "likeartet" med Selskapet AS er oppfylt, til tross for at selskapslovgivningen som gjelder for NUF ikke er identisk med norsk aksjelovgivning. Når det gjelder kravet om videreføring av skatteposisjoner og fordelingen av disse, viser innsender til at dette er en konsekvens av at fisjonen anses som skattefri. Innsender legger til grunn at de involverte selskaper vil oppfylle vilkårene så fremt også vilkår (i) og (ii) ovenfor er oppfylt.

Vilkår (ii)

Når det gjelder vilkår (ii) ovenfor må henvisningen til de "fusjonsalternativer og -prinsipper" som omfattes av aksjelovens kapittel 14, innebære et krav om at sluttresultatet er i samsvar med det man kunne oppnådd med de fusjons- og fusjonsalternativer som ville vært mulig å gjennomføre skattefritt for et norskregistrert aksjeselskap. Departementet synes ikke å stille andre krav til den selskapsrettslige gjennomføringen etter utenlandsk selskapslovgivning enn det som fremgår av vilkår (i), jf. nedenfor.

Etter innsenders syn innebærer vilkår (ii) et krav om at vederlaget til aksjeeierne i det overdragende selskap gis i form av aksjer i det overtagende selskap, samt at eventuelt tilleggsvederlag ikke kan overstige 20 % av det samlede vederlaget, jf aksjeloven § 14-2. Etter innsenders oppfatning må således i utgangspunktet enhver transaksjon som er tillatt etter

utenlandsk rett, og som samtidig oppfyller kravene til vederlaget mv. som beskrevet ovenfor, isolert sett anses å oppfylle disse vilkårene.

Vilkår (i)

Når det gjelder vilkår (i) oppstilte skatteloven § 11-1 (2) tidligere et krav om at fisjonen måtte gjennomføres på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler i Norge. Dette vilkåret ble imidlertid opphevet fra 1. januar 2011. Det kan derfor stilles spørsmål ved om det fortsatt må gjelde et krav om at Transaksjonen gjennomføres lovlig etter selskapslovgivningen i registreringslandet. Dette har imidlertid ingen betydning i saken, da Transaksjonen vil bli gjennomført lovlig både selskapsrettslig og regnskapsmessig. Innsender antar uansett at det fortsatt gjelder et krav om at Transaksjonen som ønskes gjennomført tillates etter utenlandsk selskapsrett.

Kan det oppstilles andre vilkår?

Etter innsenders vurdering viser gjennomgangen foran at vilkårene departementet har oppstilt for å gjennomføre en skattefri fisjon av et utenlandsregistrert selskap hjemmehørende i Norge, oppfylles ved den transaksjonsmodell som NUF planlegger å gjennomføre.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om det gjelder andre vilkår for skattefri fisjon, for eksempel slik at man må følge en bestemt transaksjonsmodell der den virksomhet, de eiendeler, rettigheter og forpliktelser som skal overføres ved fisjonen, først overføres ved utdeling til Mor AS som deretter overfører de samme eiendeler mv. som tingsinnskudd i det overtakende selskapet.

Etter innsenders syn er det ikke grunnlag for å stille krav om en bestemt transaksjonsmodell. Skatteloven § 11-4 inneholder ingen slike begrensninger, og departementet har ikke lagt en slik forståelse til grunn i sine uttalelser. Den transaksjonsmodellen NUF planlegger å gjennomføre, er tilnærmet lik en fisjonsmodell etter norske regler. Forskjellen er i hovedsak at en fisjon etter norske regler innebærer at to trinn gjennomføres samtidig: (a) en overføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser skjer samtidig med (b) utstedelse av nye aksjer. Dette kan imidlertid ikke ha noen betydning for skattefriheten etter skatteloven § 11-4. Den modell som her ønskes benyttet gir den samme beskyttelse av det norske skattefundamentet som de fisjonsmodellene norskregistrerte aksjeselskaper kan benytte.

Departementet har vurdert følgende fusjonsmodell i Utv. 1997 side 1093 (sitat fra tidligere uttalelse av 13. juni 1996):

”Dersom fusjonen ikke kan gjennomføres som angitt i aksjeloven kap 14, har departementet ikke prinsipielle skatterettslige innvendinger mot at en slik sammenslutning selskapsrettslig gjennomføres ved at det foretas en forhøyelse av aksjekapitalen i det norske selskap med nytegning av aksjer ved at eiendeler og gjeld i det utenlandske selskap i sin helhet skytes inn i det norske selskap som apporfinansiering. Det utenlandske selskap forutsettes likvidert i henhold til selskapsretten i vedkommende land.” [innsenders understrekning]

Departementet hadde ingen innvendinger mot at den beskrevne modellen ble gjennomført skattefritt. Modellen som beskrives synes å være identisk med den transaksjonsmodellen Selskapet planlegger å gjennomføre, dvs. at eiendeler og gjeld i sin helhet skytes inn i det norske selskap, med etterfølgende utdeling av aksjene (ved likvidasjon når det er tale om fusjon – i innsenders sak ved kapitalnedsettelse/utdeling av utbytte).

Det kan også spørres om Transaksjonen likevel vil være skattepliktig i Norge, selv om den oppfyller kravene beskrevet ovenfor, dersom den gir de involverte selskaper andre fordeler som ikke hadde vært tilgjengelige dersom fisjonen hadde blitt gjennomført i tråd med aksjelovens kapittel 14. Det kan for eksempel være (som i dette tilfellet) at utenlandsk selskapsrett ikke har regler om en lovbestemt frist for kreditorvarsel, slik at fisjonen kan gjennomføres raskere etter utenlandsk rett enn etter norsk selskapsrett. Innsender kan heller ikke se at dette kan ha betydning. Så lenge selskapene ikke kommer i en bedre posisjon skattemessig, og skattelovens vilkår for øvrig er oppfylt, må Transaksjonen godtas etter skatteloven § 11-4.

På denne bakgrunn mener innsender at Transaksjonen oppfyller de vilkår som oppstilles for en skattefri fisjon.

Innsender kom med følgende utfyllende kommentarer om den skisserte fisjonen:

Saken reiser i hovedsak to rettslige problemstillinger:

Omfattes et utenlandsregistrert selskap som er skattemessig hjemmehørende i Norge av skattefritaket for fisjon i skatteloven § 11-4, jf. punkt 3 nedenfor?

Dersom svaret er ja, oppstår spørsmålet om den transaksjonsmodellen NUF ønsker å gjennomføre er i samsvar med skatteloven § 11-4, jf. punkt 4 nedenfor.

I det følgende redegjør innsender nærmere for sitt syn på disse to spørsmålene.

1 Utenlandsregistrerte selskaper omfattes av skatteloven § 11-4

Ordlyden i skatteloven § 11-1 lyder som følger:

*”(1) For fusjon (sammenslutning) og fisjon (deling) av selskaper gjelder alminnelige regler om inntektsbeskatning med de fritak og begrensninger som følger av dette kapittel.
(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 grenseoverskridende fusjon, fisjon og aksjebytte.”[innsenders understrekning]*

Ordlyden i bestemmelsens annet ledd, tilsier at et selskap hjemmehørende i Norge omfattes av skattelovens fritaksregler for fusjon og fisjon, selv om det er et utenlandsregistrert selskap. Bestemmelsen er en videreføring av selskapskatteloven § 8-1 nr 2. I forarbeidene til denne bestemmelsen uttalte Finansdepartementet følgende, jf. Ot.prp. nr 71 (1995-96) pkt 5.2.3:

”Med hensyn til utenlandske selskaper som anses hjemmehørende i Norge, har disse full skatteplikt til Norge på lik linje med norskregistrerte selskaper. Ved en fusjon eller fisjon av slike selskaper vil det være de samme behov for å tillate skattemessig kontinuitet som det er for å tillate at fusjoner eller fisjoner av norskregistrerte selskaper skal kunne skje uten beskatning. Det vises til at faren for tap av skattefundamenter ikke er større ved selskapsomorganiseringer som omfatter utenlandske selskaper som skattemessig er hjemmehørende i Norge, enn ved de selskapsomorganiseringer som bare involverer norskregistrerte selskaper. Departementet foreslår derfor at selskaper som er skattepliktige til Norge etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b fortsatt skal være likestilt med norskregistrerte selskaper mht å kunne foreta skattefrie fusjoner og fisjoner i medhold av de

foreslåtte regler. For slike selskaper vil realisasjonsbeskatning måtte vurderes ved opphør av næring eller ved uttreden fra norsk beskatningsområde.

Det vises til utkastet § 8-1 nr 2.” [innsenders understreknings]

Det følger således uttrykkelig av forarbeidene at utenlandsregistrerte selskaper som er skattemessig hjemmehørende i Norge, skal omfattes av skattefritaksreglene i kapittel 11, herunder skatteloven § 11-4 om skattefri fisjon.

Etter det innsender kjenner til er det også i praksis foretatt en rekke fusjoner av utenlandsregistrerte selskaper skattemessig hjemmehørende i Norge. Disse er etter det innsender kjenner til, også akseptert som skattefrie fusjoner etter skatteloven § 11-2 i ligningspraksis. Det er ingen grunn til å behandle fisjon annerledes.

På denne bakgrunn omfattes utenlandsregistrerte selskaper av fusionsreglene i skatteloven § 11-4.

2 Transaksjonsmodellen

2.1 Innledning

Det neste spørsmålet er om den transaksjonsmodellen som NUF ønsker å benytte, kan regnes som en skattefri fisjon etter skatteloven § 11-4. NUF er underlagt utenlandsk rett, og enhver transaksjon Selskapet inngår i må derfor være lovlig der.

NUF ønsker å gjennomføre en fisjon ved at Selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser deles mellom Selskapet selv og Selskapet AS som overtakende selskap. Som det fremgår av anmodningen har utlandet fusionsregler, men disse forutsetter at NUF oppløses. En fisjon ved oppløsning er av grunner som det tidligere er redegjort for, ikke aktuell i det foreliggende tilfelle.

Fisjonen må derfor gjennomføres i to trinn for å være lovlig gjennomført etter utenlandske regler:

- (i) Først fordeles NUFs eiendeler, rettigheter og forpliktelser ved at en rekke bestemte eiendeler og forpliktelser mv overføres til Selskapet AS. Selskapet AS yter vederlag i form av aksjer i Selskapet AS. Vederlagsaksjene må utstedes til NUF.
- (ii) Det foretas deretter en partiell likvidasjon av NUF, ved at Selskapets aksjekapital nedsettes. Ved nedsettelsen utdeles aksjene NUF har mottatt som vederlag i Selskapet AS til NUFs aksjonær; Mor AS.

Gjennom de to transaksjonene vil resultatet være at NUFs eiendeler, rettigheter og forpliktelser er fordelt mellom Selskapets selv og Selskapet AS, samtidig som vederlaget gjennom den partielle likvidasjonen har tilfalt NUFs aksjonær Mor AS. Etter innsenders syn viser forarbeidene til skatteloven § 11-4 og bestemmelsens forgjenger i selskapsskatteloven § 8-4 at den fusionsmodellen NUF ønsker å gjennomføre omfattes av skattefritaket. Innsender redegjør i det følgende derfor først for bakgrunnen for dagens skattefritak for fisjon i skatteloven § 11-4.

2.2 *Bakgrunnen for skatteloven § 11-4*

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

Før skattefritaket for fisjon ble innført i selskapsskatteloven, var det ikke lovfestet fisjonsregler verken i selskapsretten eller skatteretten. Dette ble beskrevet i forarbeidene til selskapsskatteloven § 8-4, jf. følgende uttalelse i punkt 2.3.3.1 i Ot. prp. nr. 71 (1995-96):

”Fisjon er ikke særskilt regulert i gjeldende aksjelov. For aksjeselskaper medfører en fisjon i praksis at et selskap (det fisjonerende eller overdragende selskap) deles i to eller flere overtakende selskap. Det opprinnelige selskap kan fortsette etter fisjonen eller oppløses. En fisjon kan selskapsrettslig gjennomføres i forskjellige former. En mulighet er at det selskap som ønskes delt, stifter et nytt selskap og overfører til dette den eller de driftsenheter som ønskes utskilt. Aksjene i dette selskapet kan deretter, innenfor de rammer som gjelder for utbyttebetaling og kapitalnedsettelse, transporteres til selskapets aksjeeiere eller til dem av tidligere aksjeeiere som skal eie aksjer i det nye selskapet. Et annet alternativ vil være at aksjekapitalen i det fradelte selskapet skaffes til veie ved at det foretas en tilsvarende nedsetting av aksjekapitalen i det fisjonerende selskap.” [innsenders understrekning]

Før vedtakelsen av selskapsskattelovens skattefritak for fisjoner var således den metoden som NUF ønsker å benytte en av de aksepterte skattefrie fisjonsmetodene, nemlig at vederlagsaksjene tilfalt aksjonæren i det overdragende Selskapet gjennom en etterfølgende transport ved utbytte og/eller kapitalnedsettelse, jf. uttrykket ”deretter”.

Departementet la uttrykkelig til grunn at det ikke skulle gjøres noen innskrenkninger i de fisjonstypene som skulle omfattes av skattefritaket i selskapsskatteloven § 8-4, jf. følgende uttalelse i Ot. prp. nr. 71 (1995-96) punkt 2.3.3.4:

”Departementet finner heller ikke for fisjon grunnlag for å foreslå innskrenkninger i forhold til gjeldende rett med hensyn til hvilke former for omorganisering av selskap som bør kunne gjennomføres skattefritt. ...”

På tidspunktet for uttalelsen var det som nevnt ikke vedtatt regler for fisjon i aksjeloven. På denne bakgrunn foreslo departementet følgende lovbestemmelse for skattefri fisjon:

”§ 8-4 Skattefri fisjon av aksjeselskaper m.v.

Et aksjeselskap kan fisjoneres uten beskatning av selskapet og aksjonærene ved at det overdrar en del av sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til annet aksjeselskap, eller ved at det overdrar sine samlede eiendeler, rettigheter og forpliktelser til to eller flere andre aksjeselskaper, når aksjonærene som vederlag mottar aksjer i det overdragende eller overtakende selskap eller aksjer med et tillegg som ikke overstiger 20 prosent av det samlede vederlag. ...” [innsenders understrekning]

Etter ordlyden i lovbestemmelsen var det aksjonærene i det overdragende selskapet som skulle motta vederlagsaksjer i det overtakende selskapet. Så lenge egne fisjonsregler ikke var vedtatt selskapsrettslig, var det imidlertid ikke anledning for selskapet til å gi fra seg eiendeler uten selv å motta vederlaget, annet enn gjennom de ordinære reglene om utdelinger (typisk ved utbytte og kapitalnedsettelse) eller oppløsning og avvikling (noe annet ville være ulovlig tapping av selskapet). Det fremgikk imidlertid helt uttrykkelig av forarbeidene, jf. foran, at en transaksjon der aksjeeieren/eierne i det overdragende selskapet overtok vederlagsaksjene fra

det overdragende selskapet gjennom en etterfølgende transport etter reglene for utbytte og/eller kapitalnedsettelse, var omfattet av bestemmelsen.

Bestemmelsen om skattefri fisjon i selskapsskatteloven § 8-4 omfattet som det fremgår foran, også utenlandsregistrerte selskaper som var skattemessig hjemmehørende i Norge.

Lovforarbeidene viser således at både norskregistrerte aksjeselskaper og utenlandsregistrerte selskaper hjemmehørende i Norge, kunne gjennomføre en skattefri fisjon etter selskapsskatteloven § 8-4 ved:

- (i) å overføre en andel av sine eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet selskap mot vederlag i form av aksjer, og
- (ii) deretter overføre vederlagsaksjene til det overdragende selskapets aksjeeier gjennom et utbytte og/eller en kapitalnedsettelse.

Hvert av de to trinnene ville isolert utløse beskatning, men samlet vurderte man altså en slik transaksjon som en skattefri fisjon etter selskapsskatteloven § 8-4 både for norskregistrerte og utenlandsregistrerte selskaper skattemessig hjemmehørende i Norge.

Selskapsskattelovens fisjonsregler ble vedtatt ved beslutninger i henholdsvis Odelstinget og Lagtinget, beslutning den 12. og 17. desember 1996. På dette tidspunktet var det ikke vedtatt selskapsrettslige regler for fisjon i aksjeloven.

2.2.2 Ny aksjelov

Ved vedtakelsen av ny aksjelov den 13. juni 1997, ble det for første gang lovfestet selskapsrettslige regler for fisjon. Aksjeloven trådte i kraft fra 1. januar 1999. Ordlyden i aksjeloven § 14-1 som opprinnelig ble vedtatt, var som følger:

”Deling av et selskap er undergitt reglene om fisjon i kapitlet her når selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på selskapet selv (det overdragende selskapet) og ett eller flere overtakende selskaper mot at aksjeeierne i det overdragende selskapet får som vederlag

1) aksjer i selskapet eller i ett eller alle av de overtakende selskaper, eller

2) slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget. ”

Ordlyden var således i samsvar med selskapsskatteloven § 8-4 nr. 1, ved at fisjon omfattes av bestemmelsen når selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser fordeles på selskapet selv og ett eller flere overtakende selskaper, mot at aksjeeieren skulle motta vederlag i form av aksjer i det overtakende selskapet.

Innføringen av aksjelovens fisjonsregel ga en selskapsrettslig adgang til å overføre eiendeler, rettigheter og forpliktelser til et annet selskap, uten at det overdragende selskapet selv fikk vederlagsaksjer. Det var aksjeeierne som fikk vederlagsaksjene utstedt direkte til seg, ikke ved en etterfølgende transport. Det er imidlertid helt klart at aksjelovens regel ikke medførte noen adgang for utenlandske selskaper til å gjøre det samme; utenlandsregistrerte selskaper reguleres ikke av norsk aksjelovgivning selv om de er hjemmehørende i Norge.

2.2.3 Ot. prp. nr. 39 (1996-97)

Innholdet i skattefritaket for fisjon i selskapsskatteloven § 8-4 ble ikke automatisk endret som følge av at det ble lovfestet regler for fisjon i aksjeloven og allmennaksjeloven, verken når det gjaldt norskregistrerte selskaper eller utenlandsregistrerte selskaper skattemessig hjemmehørende i Norge. Det var imidlertid naturlig å knytte selskapsskattelovens fisjonsregel opp mot aksjelovens definisjon av fisjon, på samme måte som man opprinnelig hadde gjort for fusjon. Forarbeidene til endringen i selskapsskatteloven er Ot. prp. nr. 39 (1996-97). Det er ingen uttalelser i forarbeidene som tilsier at man ønsket å endre innholdet i selskapsskatteloven § 8-4 for skattefrie fisjoner, når det gjaldt utenlandsregistrerte selskaper skattemessig hjemmehørende i Norge. Innsender viser til merknadene i Ot. prp. nr. 39 (1996-97) til endringen i selskapsskatteloven § 8-4 nr. 1:

“Endringen av § 8-4 nr 1 har sammenheng med forslaget om å lovregulere deling (fisjon), jf kapittel 14 i forslagene til lov om aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper.”

Ordlyden i selskapsskatteloven § 8-4 nr. 1 ble deretter endret til å lyde som følger:

”To eller flere aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper kan fisjoneres uten beskatning av selskapene og aksjonærene når fisjonen skjer etter kapittel 14 i lov om aksjeselskaper eller kapittel 14 i lov om allmennaksjeselskaper. Skattefritaket omfatter likevel ikke fisjon i konsern etter de nevnte lovenes § 14-2 tredje ledd der vederlaget er aksjer i annet datterselskap.”

Endringen i selskapsskatteloven § 8-4 nr. 1 reiser spørsmål om man fjernet adgangen til skattefri fisjon av utenlandsregistrerte selskaper, fordi disse ikke kan fisjonere etter norsk aksjelov. Det var åpenbart ikke meningen. Innsender viser til følgende:

- (i) For det første ville en slik endring forutsetningsvis bli nevnt i lovforarbeidene. Forarbeidene gir imidlertid tvert imot inntrykk av at det ikke var noe ønske om å endre innholdet i selskapsskattelovens bestemmelse. I tillegg var ordlyden i aksjelovens fisjonsbestemmelse i § 14-2 som nevnt i samsvar med ordlyden i selskapsskatteloven § 8-4. Henvisningen til aksjelovens fisjonsbestemmelse medførte dermed ingen reell endring i ordlyden. Dette tilsier nettopp at man ikke ønsket noen endring i selskapsskattelovens virkeområde for utenlandsregistrerte selskaper.
- (ii) For det andre var fusjon av utenlandsregistrerte selskaper akseptert helt fra vedtakelsen av selskapsskattelovens regler for fusjon og fisjon, jf. Ot. prp. nr 71 (1995-96). Selskapsskattelovens bestemmelse om skattefri fusjon viste til aksjelovens fusjonsregel helt fra vedtakelse av selskapsskattelovens fusjonsbestemmelse. At man benyttet den samme lovgivningsteknikken for fisjon, hadde derfor ikke den virkning at utenlandsregistrerte selskaper ikke lenger var omfattet av skattefritaket.
- (iii) For det tredje ville en eventuell endring vært i strid med det formålet som begrunnet at utenlandsregistrerte selskaper hjemmehørende i Norge skulle omfattes av skattefritaket for fisjon, nemlig at disse selskapene (i) hadde det samme behovet som norskregistrerte selskaper for å kunne gjennomføre skattefrie fisjoner og fusjoner og (ii) at skattefundamentet ikke ble forringet på noen annen måte enn for norskregistrerte selskaper ved gjennomføring av fisjon på denne måten. Formålet med fritaksbestemmelsen var ikke endret som følge av at aksjelovene fikk egne fisjonsregler.

Det neste spørsmålet er om endringen i selskapsskatteloven § 8-4, endret *fremgangsmåten* utenlandsregistrerte selskaper kunne benytte for å gjennomføre skattefri fisjon. Som det fremgår foran, omfattes ikke utenlandsregistrerte selskaper av den norske aksjeloven. Når utenlandsregistrerte selskaper fortsatt omfattes av selskapsskattelovens bestemmelse, er det ingen grunn til at de aksepterte fremgangsmåtene for fisjon av slike selskaper skulle ha blitt endret. Innsender viser igjen til at ordlyden i aksjelovens fisjonsbestemmelse var tilnærmet identisk med den tidligere ordlyden i selskapsskattelovens fisjonsbestemmelse, jf. (i) foran. Henvisning til aksjelovens fisjonsbestemmelse medførte derfor ingen reell endring i selskapsskattelovens virkeområde. En endring av fremgangsmåten for fisjoner av utenlandsregistrerte selskaper hjemmehørende i Norge, ville i praksis innebære at slike selskaper ikke lenger kunne fisjonere skattefritt. Dette er ikke i samsvar med formålet med selskapsskattelovens bestemmelse, jf. (iii) foran og punkt 3.3 nedenfor.

Dette viser, ifølge innsender, at selskapsskatteloven § 8-4, også etter endringen som ble gjort som følge av at aksjeloven fikk egne fisjonsregler, omfatter fisjon av utenlandsregistrerte selskaper hjemmehørende i Norge og at slik skattefri fisjon kunne gjennomføres på den måten som var beskrevet i Ot. prp. nr. 71 (1996-97).

2.2.4 Skatteloven av 1999

Skattefritaket for fisjon i skatteloven § 8-4 er senere overført til skatteloven av 1999 § 11-4. Bestemmelsen endret ikke innhold, jf. Ot.prp. nr 86 (1997-98) pkt 11.7 ”Generelle merknader til kapittel 11”:

”Bestemmelsene som er tatt inn i kapittel 11 er i gjeldende lovgivning spredt mellom skatteloven, selskapsskatteloven og lov av 9. juni 1961 nr 16 om tillegg til skatteloven (”omdannelsesloven”).

Det er gjort enkelte endringer i bestemmelsenes ordlyd og oppbygging i forhold til gjeldende bestemmelser, uten at det derved er tilsiktet realitetsendringer.”

Dette innebærer at skattefri fisjon av utenlandsregistrerte selskaper kan gjennomføres skattefritt etter skatteloven § 11-4 på den måten lovgiver forutsatte ved vedtakelsen av selskapsskatteloven § 8-4.

2.3 *Formålet med skatteloven § 11-4*

I tillegg til at lovforarbeidene og forhistorien til § 11-4 viser at fisjon kan gjennomføres slik NUF ønsker, er det et viktig moment at formålet med skatteloven § 11-4 (selskapsskatteloven § 8-4) i seg selv tilsier at fisjonen kan gjennomføres skattefritt på den nevnte måten. Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene at formålet var å legge til rette for at næringslivet skulle kunne gjennomføre hensiktsmessige restruktureringer uten umiddelbar beskatning. Dette hensynet gjør seg gjeldende både for norskregistrerte og utenlandsregistrerte selskaper, jf. Ot. prp. nr. 71 (1995-96) der dette ble uttrykkelig uttalt.

Dersom det i strid med forarbeidene til bestemmelsene legges til grunn at fisjon ikke kan gjennomføres på den nevnte måten, vil muligheten til å gjennomføre reorganiseringer skattefritt for utenlandskregistrerte selskaper bli sterkt begrenset. Det er ingen rimelig grunn til å innføre en slik begrensning, i strid med lovforarbeidene, når også formålet med bestemmelsene isolert sett tilsier at også slike selskaper skal kunne gjennomføre skattefri fisjon.

Dersom det legges til grunn at man ikke kan gjennomføre fisjon på den måten som er beskrevet i anmodningen om BFU, innebærer det en forskjellsbehandling av selskaper registrert i andre EU/EØS land i strid med formålet med bestemmelsen. Dette vil innebære en forskjellsbehandling av norskregistrerte og EU/EØS registrerte selskaper som ikke er i samsvar med prinsippene om etableringsfrihet og kapitalmobilitet.

2.4 Departementets uttalelse i 1997

Den tolkningen som følger av lovforarbeidene, historikken til skatteloven § 11-4 og formålet med bestemmelsen, er uttrykkelig fastholdt av Finansdepartementet i en uttalelse av 26. august 1997, dvs. etter at aksjelovens fusionsregler var vedtatt (og selskapsskatteloven § 8-4 var endret). Uttalelsen er inntatt i sin helhet:

”Departementet har i brev av 13. juni 1996 til et advokatfirma uttalt følgende om fusjon av utenlandsk registrert selskap som lignes etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b:

”Departementet har med reservasjonen om at en i ”prinsippet” ikke vil ha innvendinger mot at et utenlandsk registrert aksjeselskap som lignes etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b fusjoneres skattefritt med annet norsk skattemessig hjemmehørende aksjeselskap, først og fremst tatt sikte på ikke-forretningmessige begrunnede fusjoner som representerer en illojal omgåelse av skattereglene.

Dersom fusjonen ikke kan gjennomføres som angitt i aksjeloven kap 14, har departementet ikke prinsipielle skatterettslige innvendinger mot at en slik sammenslutning selskapsrettslig gjennomføres ved at det foretas en forhøyelse av aksjekapitalen i det norske selskap med nytegning av aksjer ved at eiendeler og gjeld i det utenlandske selskap i sin helhet skytes inn i det norske selskap som apportinnskudd. Det utenlandske selskap forutsettes likvidert i henhold til selskapsretten i vedkommende land.”

Departementets uttalelse er avgitt før de nye reglene i selskapsskatteloven kapittel 8 om skatterettslig behandling av fusjon og fisjon av selskaper trådte i kraft. Det fremgår av selskapsskatteloven § 8-1 nr 2 at lovens regler gjelder for selskaper som ”er hjemmehørende i Norge”. Dette innebærer at selskaper som er registrert i utlandet, men som lignes etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b, faller inn under lovens anvendelsesområde.

Etter selskapsskatteloven § 8-1 nr 2 er det vilkår for at en fusjon skal kunne gjennomføres uten beskatning at fusjonen gjennomføres etter reglene i aksjeloven kapittel 14. Reglene i aksjeloven gjelder ikke for selskaper som er stiftet og registrert i utlandet. Selskaper som er registrert i utlandet vil derimot være underlagt selskapslovgivningen i den stat selskapet er stiftet og registrert. Dette utenlandske regelverket må da legges til grunn i forhold til selskapsskattelovens krav om at fusjonen må gjennomføres på lovlig måte.

Etter departementets vurdering innebærer likevel ikke dette at enhver fusjon som er lovlig i den stat selskapet er registrert faller inn under reglene i selskapsskatteloven kapittel 8. I forarbeidene, jf Ot prp nr 71 (1995-96) s 64, er det forutsatt at utenlandske ”selskaper som er skattepliktige til Norge etter skatteloven § 15 første ledd bokstav b fortsatt skal være likestilt med norskregistrerte selskaper mht å kunne foreta skattefrie fusjoner i medhold av de foreslåtte regler”. Dette må forstås slik at det kun er de fusionsalternativer og -prinsipper som omfattes av aksjelovens kapittel 14 som kan gjennomføres uten beskatning. Dette innebærer eksempelvis at tilleggsvederlag ikke kan overstige 20 pst av det samlede vederlag ved

fusjonen, jf aksjeloven §§ 14-1a og 14-10 tredje ledd. En kan si det slik at de norske materielle vilkår som følger av henvisningene fra selskapsskatteloven til aksjelovgivningen, må være oppfylt i tillegg til de formelle og andre krav som den utenlandske selskapslovgivning setter.

Gjelder fusjonen et norskregistrert selskap og et utenlandsk registrert selskap som lignes etter skatteloven § 15 første ledd b, og det norskregistrerte selskapet er overtakende selskap, antar departementet at fusjonen fortsatt kan gjennomføres skattefritt som beskrevet ovenfor i departementets uttalelse av 13. juni 1996. Departementet gjør oppmerksom på at en ikke har vurdert om en fusjon mellom et norskregistrert og et utenlandsregistrert selskap som lignes etter skatteloven § 15 første ledd b, er skattefritt dersom det utenlandsregistrerte selskapet er overtakende selskap. Det utelukkes ikke at en annen løsning vil kunne gjelde for den siste situasjonen. [innsenders understreknings]

I uttalelsen, som gjelder fusjon, legges det uttrykkelig til grunn at skattefritaket i selskapsskatteloven § 8-2 omfatter en transaksjon der det overdragende selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til et nytt selskap, selv om det overdragende selskapet selv mottar vederlagsaksjene slik lovgivningen i det aktuelle landet der selskapet er registrert krever. Det forutsettes imidlertid at vederlagsaksjene etterpå transporteres ved likvidasjonen av det overdragende selskapet.

Departementets uttalelse er fullt ut i samsvar med det som følger av forarbeidene til fisjonsreglene. Det er ingen grunn til at fusjon og fisjon skal behandles ulikt i denne forbindelse. Ved fusjon gjennomføres det en full likvidasjon av det overdragende selskapet, mens det ved fisjon gjennomføres en partiell likvidasjon, dvs. en kapitalnedsettelse. Tvert imot synes forarbeidene til selskapsskatteloven § 8-4 enda mer uttrykkelig å åpne for denne metoden å gjennomføre en fisjon på, jf. foran der det fremgår at denne metoden ble beskrevet som et alternativ for å gjennomføre skattefrie fisjon i forarbeidene.

Det er også viktig at det tilfellet uttalelsen gjelder, nettopp er en situasjon hvor man ikke kan gjennomføre den ønskelige transaksjonen etter reglene i selskapets registreringsstat. Situasjonen er dermed identisk til innsenders sak, noe som tilsier at løsningen også må være den samme. Etter det innsender kjenner til har departementets uttalelse også dannet grunnlag for en langvarig praksis der fusjoner er akseptert gjennomført skattefritt på denne måten.

3 Oppsummering

- (i) Det følger uttrykkelig av skattelovens forarbeider og historikk at utenlandsregistrerte selskaper skal kunne fisjonere skattefritt i medhold av skatteloven § 11-4. Forarbeidene beskriver også uttrykkelig som gjeldende rett nettopp den metoden NUF ønsker å benytte. Dette må innebære at fisjonen NUF ønsker å gjennomføre omfattes av skatteloven § 11-4.
- (ii) Bestemmelsens formål er å sørge for at skattereglene ikke er til hinder for hensiktsmessige restruktureringer. Dette taler også for at det ikke bør ha noen betydning om selskapet er registrert i Norge eller i utlandet. Dersom fisjonsmetoden NUF har beskrevet ikke tillates, vil bestemmelsens formål ikke oppfylles, da utenlandsregistrerte selskaper hjemmehørende i Norge i så fall bare unntaksvis vil kunne fisjonere skattefritt.

- (iii) Både det overdragende og det overtakende selskap ved den planlagte fisjonen vil være skattemessig hjemmehørende i Norge, også etter at transaksjonen er gjennomført. Det er derfor ingen risiko for tap av skatteproveny, sammenlignet med om de involverte selskaper hadde vært norskregistrerte aksjeselskaper.
- (iv) Det følger også av Finansdepartementets uttalelse gjengitt foran at fusjon kan gjennomføres i to trinn, dvs. på samme måte som fisjonen NUF ønsker å gjennomføre. Det er ingen reell forskjell mellom fusjonsmodellen som er beskrevet i uttalelsen, og den fisjonsmodellen NUF har beskrevet.

Skattedirektoratets vurderinger

Skattedirektoratet skal i det følgende ta stilling til om NUF kan fisjoneres skattefritt ved den beskrevne transaksjonsmetoden.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det ikke tas stilling til eventuelle andre skattespørsmål eller problemstillinger som måtte oppstå ved de skisserte transaksjoner ut over de spørsmål som er drøftet i det følgende. Skattedirektoratet forutsetter videre at premissene som er tatt inn ovenfor er fullstendige for de spørsmål som drøftes.

Fisjonen

Mor AS eier alle aksjene i NUF. Ved den skisserte omorganiseringen skal Mor AS stifte et nytt selskap Selskapet AS, som skal være overtakende selskap ved den skisserte fisjonen.

Innsender ønsker å gjennomføre en fisjon som består av overføring av deler av virksomheten i NUF, hovedsakelig to forretningsområder, til Selskapet AS, mot at NUF mottar vederlag i aksjer i Selskapet AS. Deretter skal aksjene deles ut til morselskapet Mor AS ved en kapitalnedsettelse. Spørsmålet er om dette kan gjennomføres som en skattefri fisjon.

Skatteloven § 11-1 lyder:

(1) For fusjon (sammenslutning) og fisjon (deling) av selskaper gjelder alminnelige regler om inntektsbeskatning med de fritak og begrensninger som følger av dette kapittel.

(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 grenseoverskridende fusjon, fisjon og aksjebytte.

Det fremgår av forarbeidene Ot. prp. nr. 71 (1995-96) pkt. 5.2.3 at også utenlandske selskaper, som er skattemessig hjemmehørende i Norge, faller inn under bestemmelsen. Det er opplyst at NUF er skattemessig hjemmehørende i Norge. Utenlandske registrerte selskaper som er skattemessig hjemmehørende i Norge registreres som NUF, Norsk utenlandsk foretak, i Foretaksregisteret.

NUF omfattes derfor i utgangspunktet av bestemmelsen og kan fisjonere skattefritt dersom de øvrige vilkårene for dette oppfylles.

Neste spørsmål er om den skisserte transaksjonsmodell faller inn under skatteloven § 11-4.

Skatteloven § 11-4 lyder:

(1) Et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap kan fisjoneres uten skattlegging av selskapet og aksjonærene når fisjonen skjer etter kapittel 14 i aksjeloven eller kapittel 14 i allmennaksjeloven. Skattefritaket omfatter likevel ikke fisjon i konsern etter de nevnte lovene § 14-2 tredje ledd der vederlaget er aksjer i annet datterselskap.

(2) Et samvirkeforetak kan fisjoneres uten skattlegging av foretakene eller deltakerne når fisjonen skjer etter reglene i samvirkeloven kapittel 9.

(3) Selskaper og sammenslutninger som er skattemessig likestilt med aksjeselskap og allmennaksjeselskap etter § 10-1, kan fisjoneres uten skattlegging etter de samme prinsipper og vilkår som gjelder for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, jf. første ledd.

Overtakende selskap eller sammenslutning må være likeartet med overdragende selskap eller sammenslutning.

Skatteloven knytter således fisjonsreglene til aksjelovens regler om fisjon. Aksjeloven § 14-2 første ledd, allmennaksjeloven § 14-2 første ledd lyder:

(1) Deling av et selskap er undergitt reglene om fisjon i kapitlet her når selskapets eiendeler, rettigheter og forpliktelser skal fordeles på selskapet selv (det overdragende selskapet) og ett eller flere overtakende selskaper mot at aksjeeierne i det overdragende selskapet får som vederlag

1. aksjer i selskapet eller i ett eller alle av de overtakende selskaper, eller

2. slike aksjer med et tillegg som ikke må overstige 20 prosent av det samlede vederlaget.

Det fremgår av bestemmelsen at ved fisjon skal vederlagsaksjene utstedes til aksjonærene i det overdragende selskapet, i dette tilfellet Mor AS. Selskapsrettslig er det således ikke anledning til å gjennomføre en fisjon der vederlagsaksjene utstedes til det overdragende selskapet. Siden skatteloven viser direkte til aksjelovens bestemmelser, kan man ikke tolke inn andre selskapsrettslige løsninger i skatteloven som eventuelt tidligere praksis åpnet for.

Det skal bemerkes at Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 1997 s. 1093, presiserer at det bare er de fusjonsalternativer og -prinsipper som omfattes av aksjeloven kapittel 14 som kan gjennomføres uten beskatning. Det uttales videre at de norske materielle vilkår som følger av henvisningene fra selskapskatteloven til aksjelovgivningen må være oppfylt, i tillegg til de formelle og andre krav som den utenlandske selskapslovgivning setter. I den konkrete saken som er omtalt, forutsettes det at det utenlandske overdragende selskap i fusjonen likvideres i henhold til selskapsretten i vedkommende land.

Skattedirektoratet kjenner ikke til at det med denne uttalelsen er etablert en ”parallel” praksis som åpner for en fremgangsmåte ved fusjon og fisjon som ikke er hjemlet i någjeldende aksjelov og skattelov.

I boka Fusjon og fisjon av Johan Giertsen s. 104 under pkt. 15.2 fremgår bl.a.:

”Vederlaget skal ytes til aksjeeierne i det overdragende selskapet (asl./asal. §§ 13-2 og 14-2, begges første ledd).

I note til dette skriver han videre at det er dette som særlig skiller en fusjon og en fisjon fra et vanlig salg av virksomheten.

Ole Gjems-Onstad skriver i boka Norsk bedriftsskatterett 7. utgave på s. 857 under pkt. 33.4.1 om dette:

”Det er i asl/asal kap 14 innført viktige aksjerettslige forskjeller til de tidligere aksjerettslige fremgangsmåter for delinger som kunne godtas som skattefri fisjon. Etter asl/asal § 14-2 medfører en fisjon at en del av det overdragende selskapets forpliktelser overføres til det overtagende selskap. Tidligere skjedde ikke dette fordi resultatet i form av en fisjon ble nådd indirekte gjennom nedskrivning og stiftelse av nytt selskap. Selskapene som deltar i fisjonen, hefter nå solidarisk for overtatte forpliktelser de andre selskaper misligholder, jf asl/asal § 14-11 tredje ledd, riktignok begrenset til verdien av de eiendeler selskapet mottok ved fisjonen. Skal man oppnå skattefrihet for en fisjon, må man følge den fremgangsmåte som nå følger av asl/asal kap 14. Man kan ikke anvende den eldre praksis om skattefrie fisjoner og følge de selskapsrettslige fremgangsmåter som da var de eneste lovlige.” (vår understrekning)

Transfer of asset, eiendeler mot aksjer, er en tillatt fusjonsform i EU og er inntatt i fusjonsskattedirektivets artikkel 2 c. Direktivet er ikke inkorporert i norsk rett. Bestemmelsen omhandler transaksjoner der et selskap uten å bli oppløst tilfører et annet selskap hele eller deler av sin virksomhet. Vederlaget består av aksjer i det overtakende selskapet. Ole Gjems-Onstad omtaler dette i Norsk bedriftsskatterett, 7. utgave s. 883 under pkt. 33.8.5:

”Norsk skatterett kjenner ingen spesialregler for denne form for overføring av eiendeler mot aksjer. En fusionsfusjon etter sktl § 11-4 krever at vederlagsaksjene i det overtagende selskap utstedes til aksjonærene i det overdragende selskap, og ikke direkte til det overdragende selskap som etter fusionsdirektivet art 2 c.”

I Ot. prp. nr. 71 (1995-96) pkt. 2.3.3.4 fremgår det at overføring til nystiftet datterselskap ikke er tillatt. Departementet skriver at man imidlertid har åpnet for slik overføring via reglene om konserninterne overføringer, jf. skatteloven § 11-21. Selv om aksjonæren, Mor AS, i denne saken stifter det overtakende selskapet, vil NUF etter overføring av virksomhetene være tilnærmet eneaksjonær i Selskapet AS. Det vil si at på dette tidspunktet har transaksjonen, slik Skattedirektoratet ser det, store likhetstrekk med en overføring til datterselskap.

Et tingsinnskudd mot vederlag i aksjer til overdragende selskap, som det skisserte, er derfor å anse som realisasjon etter skatteloven § 9-2 første ledd.

Neste spørsmål er om en etterfølgende ”reparasjon” løser problemet, ved at vederlagsaksjene som NUF har mottatt, overføres til Mor AS ved en etterfølgende kapitalnedsettelse/ utbytteutdeling.

Skattedirektoratet kan forstå innsenders påstand om at dersom transaksjonene sees under ett, er sluttresultatet korrekt. Verken aksjelovene eller skatteloven hjemler imidlertid en slik totrinns deling som den skisserte. Etter Skattedirektoratets syn kan man derfor ikke imøtekomme innsenders anmodning så lenge regelverket ikke åpner for dette.

Skattedirektoratet er av den oppfatning at hver enkelt transaksjon må oppfylle lovens vilkår for skattefrihet. Det er uten betydning om flere transaksjoner sett i sammenheng, gir et riktig resultat.

Dersom den skisserte fisjonen ikke kan aksepteres med skattemessig kontinuitet, hevder innsender at dette vil innebære en forskjellsbehandling av norskregistrerte og EU/EØS registrerte selskaper, som ikke er i samsvar med prinsippene om etableringsfrihet og kapitalmobilitet. Ettersom heller ikke norske selskaper, etter direktoratets oppfatning, kan gjennomføre en fisjon som skissert, innebærer ikke vår uttalelse en forskjellsbehandling av norskregistrerte og EU/EØS registrerte selskaper, som ikke er i samsvar med prinsippene om etableringsfrihet og kapitalmobilitet.

Direktoratet ser at det i noen tilfeller kan være vanskelig å kombinere lovreglene i to land som i foreliggende sak. Skattedirektoratet kan imidlertid i en bindende forhåndsuttalelse bare foreta en fortolkning av gjeldende regelverk.

Skattedirektoratet finner det etter dette ikke nødvendig å ta stilling til øvrige vilkår for skattefri fisjon, herunder om et NUF og et aksjeselskap er å anse som likeartet, eller øvrige spørsmål i saken.

Konklusjon

Den skisserte fisjonen av NUF, kan ikke gjennomføres med skatterettslig kontinuitet etter skatteloven § 11-4.