

*Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet
BFU 3/14. Avgitt 14.2.2014.*

Omdanning av IS, med NUF som stille deltaker, til AS.
Skatteloven § 11-20 og § 9-14.

Skattedirektoratet kom til at et indre selskap (IS), med NUF som stille deltaker, kan omdanne til AS etter reglene i skatteloven § 11-20, jf. fsfin § 11-20. Videre la direktoratet til grunn at omdanningen kan gjennomføres ved at IS stifter Newco AS, overfører virksomhet, eiendeler og gjeld for deretter å dele ut aksjene mot innløsning av IS-andelene i samme forhold som deltakerne eier andeler i ISet.

Direktoratet kom til at unntaket i skatteloven § 9-14 fjerde ledd bokstav b kom til anvendelse slik at gevinst på aksjene i Newco AS ikke blir skattepliktige etter skatteloven § 9-14 første ledd. Videre var det ikke grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring på den skisserte transaksjonsrekken.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

Det utenlandske selskapet Mor Ltd har et registrert NUF i Norge som eier 100 % av Holding AS og er stille deltaker med 99 % i Holding IS. Holding AS er hovedmann i Holding IS med 1 % eierandel. Det indre selskapet eier og leier ut næringseiendom i Norge.

Eierstrukturen har vist seg å være uhensiktsmessig, fordi den krever utarbeidelse av mange regnskap, selskapsdokumenter og annet "selskapsrettslig vedlikehold". I tillegg vil selskapene kunne få vesentlig bedre lånebetingelser i banken, anslått rentebesparelser er på NOK 700 000 - 1 000 000 per år, dersom strukturen forenkles.

Ønsket reorganiseringen skal gjennomføres på følgende måte:

Det indre selskapet stifter et heleid aksjeselskap Newco AS, og det indre selskapet overfører samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser til det heleide aksjeselskap. Vederlagsaksjene deles deretter ut til eierne i det indre selskapet i samme forhold som disse har eierandel i det indre selskapet. Deretter oppløses det indre selskapet, og NUFet slettes i Foretaksregisteret. Grunnen til at NUFet slettes, er at det forholdet som begrunnet registreringsplikten og skatteplikten for NUFet opphører ved omdannelsen av det indre selskapet til aksjeselskap. Avviklingen av NUFet utløser derfor ikke skatteplikt.

Etter dette overføres aksjene som Mor Ltd mottar i Newco AS, til Holding AS som tingsinnskudd.

Innsender ønsker å få vurdert:

a. Omdanning

At unntaket fra norsk skatteplikt ved omdanning etter skatteloven § 11-20 også gjelder for utenlandske selskaper som deltar via norsk filial, og at filialen kan avvikles etter omdannelsen uten norske skattekonsekvenser.

Etter innsenders syn følger det direkte av ordlyden i omdannelsesforskriften at denne gjelder generelt. Det er derfor ikke holdepunkter for å tolke bestemmelsen innskrenkende i forhold til skattytere som har begrenset skatteplikt i Norge (NUF er skattepliktig etter sktl. § 2-3). Når vilkårene for begrenset skatteplikt opphører etter omdannelsen, må aksjene kunne overføres til Mor Ltd uten norske skattekonsekvenser. Filialen må da slettes i foretaksregisteret.

b. Ulovfestet gjennomskjæring

Hver enkelt av transaksjonene beskrevet over gjennomføres i henhold til reglene i skatteloven kapittel 11. Den enkelte transaksjon vil derfor ikke utløse skatt. Spørsmålet som ønskes vurdert, er om transaksjonene når disse vurderes under ett, leder til skatteplikt.

Skattyterne anfører at disposisjonen gjennomføres av forretningsmessige grunner, se innledningsvis. Som nevnt vil selskapene bli enklere å administrere etter omorganiseringen, og det forventes lavere finansieringskostnader. Skattyter fremholder at det ikke foreligger aktuelle planer om salg og at det ikke oppnås andre skattefordeler ved reorganiseringen. Gevinst ved et eventuelt salg av andeler i et indre selskap og salg av aksjer er begge skattefrie for skattyter etter skatteloven § 2-38 (fritaksmetoden). Reorganiseringen innebærer således ingen mulig skattebesparelse ved eventuelt fremtidig salg. Skattyter mener derfor at vilkårene for å anvende gjennomskjæringsreglene ikke er tilstede selv om samtlige disposisjoner vurderes under ett, jf. Dyvi-dommen, Rt. 2012 side 1888 avsnitt 42.

Innsender har på spørsmål fra direktoratet gitt følgende tilleggsinfo/presiseringer:

-Mor Ltd er skattemessig hjemmehørende utenfor EØS, men med begrenset skatteplikt til Norge etter skatteloven § 2-3.

-Mor Ltd og NUFet vil tilsvare et norsk aksjeselskap som er omfattet av fritaksmetoden § 2-38 første ledd som subjekt.

-NUFet eier aksjene i hovedmannen (aksjeselskap), samt andeler i ISet, og har derigjennom forpliktelser i form av betalbar skatt og skatteposisjoner som fremførbart underskudd, samt mellomregninger med ISet/hovedmannen. Utover dette er det ingen andre eiendeler eller forpliktelser i NUFet.

- Det foreligger ikke skatteposisjoner som partene kan unytte mer gunstig etter omorganiseringen enn før. Partene kommer heller ikke i en mer gunstig skatteposisjon etter omorganiseringen.

Skattedirektoratets vurderinger

Skattedirektoratet skal ta stilling til følgende i forbindelse med omorganiseringen av de ovennevnte selskapene:

1. Kan det indre selskapet omdanne skattefritt etter skatteloven § 11-20, dvs.:

a. Kan et IS med et NUF som stille deltaker omdanne etter reglene i skatteloven § 11-20?

b. Kan IS ved omdanningen stifte Newco AS, overføre virksomheten til dette og deretter dele ut aksjene til deltakerne i samme forhold som de eide andeler i ISet, for så å slette ISet?

c. NUFet mottar vederlagsaksjer i det omdannede Newco AS mot innløsning av andelene i ISet. Den begrensede skatteplikten, skatteloven § 2-3, opphører ifølge innsender ved omdannelsen. Kan aksjene i Newco AS overføres til Mor Ltd uten beskatning i Norge?

2. Kommer ulovfestet gjennomskjæring til anvendelse på transaksjonsrekken sett under ett, dvs. omdanning, avvikling av NUF, overføring av aksjer i Newco AS som tingsinnskudd i Holding AS, fusjon mor/datter-selskap og fisjon av eiendomsselskapet?

Direktoratet tar ikke 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, herunder at NUFet er skattepliktig etter skatteloven § 2-3.

Det følger av forskrift om bindende forhåndsuttalelser av 14.6.2005 nr. 550 § 5 fjerde ledd at direktoratet i en bindende forhåndsuttalelse ikke kan ta stilling til hvilke subjekter som omfattes av fritaksmetoden etter "*§ 2-38 første ledd, samt hvorvidt et selskap skal anses hjemmehørende i riket etter skatteloven § 2-2 første ledd.*" Innsender har opplyst at Mor Ltd, herunder NUFet, omfattes av fritaksmetoden som subjekt etter skatteloven § 2-38 første ledd bokstav i. Direktoratet tar ikke stilling til disse forholdene, men tar det inn som en forutsetning i det følgende, samt forutsetter at dette kan sannsynliggjøres under ligningsbehandlingen.

I denne saken forutsetter direktoratet videre (i mangel av informasjon som tilsier noe annet) at aksjene i Newco AS omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd.

1 a. Kan IS med NUF som stille deltaker omdanne skattefritt til Newco AS etter skatteloven § 11-20 jf. fsfin § 11-20?

Skatteloven § 11-20 første ledd bokstav d og annet ledd lyder som følger:

"§ 11-20. Skattefrie omdanning av virksomhet

(1) Departementet kan gi forskrift om at følgende selskap eller foretak kan omdannes til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap uten å utløse skattlegging:

...

d. 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."

Fsfin § 11-20-1 annet ledd bokstav d lyder:

"(2) Bestemmelsene i denne forskrift § 11-20 gjelder skattefrie omdanning til aksjeselskap eller allmennaksjeselskap av:

...

d. deltakerlignet selskap som omfattes av skatteloven § 10-40,"

Skatteloven § 10-40 første ledd lyder:

"§ 10-40. Anvendelsesområde for bestemmelsene om skattlegging av deltakere i ansvarlig selskap, kommandittselskap m.v.

(1) Bestemmelsene i §§ 10-41 til 10-48 gjelder for deltakere i ansvarlig selskap, kommandittselskap, indre selskap, partrederi og for stille deltakere.

..."

Det følger av skatteloven § 11-20 første ledd bokstav d, jf. fsfin § 11-20-1 annet ledd bokstav d, at selskap som deltakerlignes etter skatteloven § 10-40 kan omdanne skattefritt etter reglene i fsfin § 11-20. Det følger av skatteloven § 10-40 første ledd at indre selskap omfattes. Det er ikke tatt forbehold om hvilken juridisk form de stille deltakerne har. Direktoratet antar derfor at også deltakerlignede selskap med NUF som stille deltaker er omfattet.

Innsender har opplyst at det i denne saken er et norsk IS, med NUF som stille deltaker, som skal omdannes til AS. ISet skal overføre samtlige eiendeler, rettigheter og forpliktelser til ASet. Direktoratet legger til grunn at ISet kan omdannes til AS når dette gjøres i overensstemmelse med reglene i skatteloven § 11-20 jf. fsfin § 11-20.

1 b. Kan IS ved omdanningen stifte Newco AS, overføre virksomheten til dette selskapet og deretter dele ut aksjene til deltakerne i samme forhold som de eier andeler i ISet, for så å slette ISet?

Skattedirektoratet legger til grunn at omdanningen skal skje ved at IS stifter et heleid aksjeselskap; Newco AS. IS skal overføre hele virksomheten, eiendeler og gjeld, til Newco AS, og Newco AS vil tre inn i skatteposisjonene til IS. IS eier aksjene i en interimperiode inntil IS selskapsrettslig er blitt avviklet og aksjene i Newco AS kan overføres til deltakerne i IS i samme forhold som de eier andeler i IS.

Spørsmålet er om kravene til kontinuitet på eiersiden oppfylles ved den skisserte fremgangsmåten, dvs. når IS stifter Newco AS og eier aksjene i en interimperiode inntil IS selskapsrettslig er blitt avviklet og aksjene i Newco AS kan overføres til eierne av IS, jf. fsfin § 11-20-8 annet ledd.

Fsfin § 11-20-8 annet ledd har følgende ordlyd:

"§ 11-20-8. Kontinuitet på eiersiden

(1) ...

(2) Omdanning må ikke medføre forskyvning av eierinteressene i selskapet. Aksjekapital og stemmeretter må fordeles i samsvar med hver enkelt deltakers eierandel eller tilsvarende rettigheter før overføringen."

Det følger av fsfin § 11-20-8 at det må være kontinuitet på eiersiden. Når det gjelder omdanning fra deltakerlignet selskap til aksjeselskap, og hvem som kan stifte det overtakende aksjeselskapet og eie aksjene i dette selskapet, fremgår det av Lignings-ABC 2013/14 på side 1567 punkt 3.5.3:

"3.5.3 Eierforhold/stemmerett

Ved omdanning av enkeltpersonforetak må den tidligere personlige eier av enkeltpersonforetaket tegne aksjer i selskapet tilsvarende verdien av aksjeinnskuddet og inneha en tilsvarende andel av stemmeretter, se FSFIN § 11-20-3 første og annet ledd og 11-20-8 første ledd.

Ved omdanning av annen virksomhet enn enkeltpersonforetak, må omdanningen ikke medføre noen forskyvning av eierinteressene i selskapet. Aksjekapital og stemmeretter må fordeles i samsvar med hver enkelt deltakers eierandel eller tilsvarende rettigheter før overføringen, se FSFIN § 11-20-3 annet ledd annet punktum og § 11-20-8 annet ledd.

Ved omdanning fra deltakerlignet selskap til aksjeselskap godtas det at aksjene som det deltakerlignede selskapet eventuelt erverver ved overdragelse av virksomheten til aksjeselskapet, eies av det deltakerlignede selskap i en interimperiode inntil det deltakerlignede selskap er selskapsrettslig avviklet og aksjene i det nye aksjeselskapet kan overføres til deltakerne. Se FIN 17. oktober 2007 i Utv. 2007/1576."

Finansdepartementet sier i uttalelsen inntatt i Utv. 2007 s 1576 "Omdannelse av kommandittselskap til aksjeselskap", følgende:

"Det vises til brev av 7. juni 2007. Departementet antar at omdanning av kommandittselskap til aksjeselskap etter reglene i skattelovforskriften § 11-20 kan gjennomføres ved at kommandittselskapets virksomhet, eiendeler og gjeld overføres til et nystiftet aksjeselskap, som eies av kommandittselskapet i en interimperiode inntil kommandittselskapet selskapsrettslig er blitt avviklet og aksjene i det nye aksjeselskapet kan overføres til deltakerne. Dersom overføringen til aksjeselskapet foretas før 1. juli i inntektsåret, legger departementet til grunn at omdanningen kan få skattemessig virkning for hele inntektsåret i henhold til skattelovforskriften § 11-20-4, forutsatt at oppløsning av kommandittselskapet samtidig er besluttet og at avviklingen deretter faktisk gjennomføres som planlagt innenfor samme inntektsår."

I foreliggende sak innebærer skattemessig omdanning et skifte av eierform fra IS til AS. Både IS og kommandittselskap (som omtalt av Finansdepartementet i uttalelsen sitert over) er selskaper som deltakerlignes etter skatteloven § 10-40. Skattedirektoratet forstår det derfor slik at det som er sagt om kommandittselskap også må gjelde tilsvarende for et indre selskap.

Vi legger til grunn at den skisserte metode er en slik fremgangsmåte som er omhandlet i Lignings-ABC og i Utv. 2007/1576, og at eiersiden i Newco AS blir den samme som den var i IS, slik at full kontinuitet på eiersiden oppnås.

Den metoden som skal benyttes ved omdanningen av IS til Newco AS, ligger dermed innenfor reglene for skattefri omdanning etter skatteloven § 11-20, jf. fsfin §§ 11-20-1 flg.

1.c Kan aksjene i Newco AS overføres til hovedkontoret i Mor Ltd uten beskatning i Norge når begrenset skatteplikt i NUFet opphører etter skatteloven § 2-3?

I 2008 ble det innført regler om beskatning ved uttak av eiendeler og forpliktelser fra norsk beskatningsområde. Reglene ble betydelig endret i 2012. Opphør av skatteplikt til Norge anses som et innvinningskriterium for gevinst knyttet til den aktuelle eiendelen, og tilsvarende anses tap pådratt.

Skatteloven § 9-14 gjelder i utgangspunktet skatteplikt på eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde, § 10-70 gjelder skatteplikt for gevinst på aksjer og andeler mv. når personlig skattyter flytter ut, og § 10-71 gjelder skatteplikt for gevinst på eiendeler mv. ved utflytting av selskap. Skatteloven §§ 14-25, 14-26 og 14-27 angir periodiseringstidspunktet.

Skatteloven § 9-14 sier bl.a. følgende:

*"§ 9-14. Skatteplikt for gevinst på eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde
(1) Gevinst på eiendel eller forpliktelse som nevnt i tredje ledd, og som tas ut av norsk beskatningsområde, er skattepliktig som om eiendelen eller forpliktelsen var realisert siste dag før dette tidspunktet. ...*

(2) Med eiendel eller forpliktelse som tas ut av norsk beskatningsområde menes blant annet:

a. ...

b. eiendel som tilhører eller forpliktelse som påhviler skattepliktig etter § 2-3, når skattyterens skatteplikt opphører etter denne bestemmelsen eller etter skatteavtale med fremmed stat, eller når eiendelens eller forpliktelsens tilknytning til riket eller til virksomhet i riket som nevnt i § 2-3 opphører, og

c. ...

(3) Skatteplikt etter denne paragraf omfatter gevinst på

a. ...

b. finansielle eiendeler,

c. ...

(4) Skatteplikt etter denne paragraf omfatter ikke

a. ...

b. gevinst som på tidspunktet som nevnt i første ledd første punktum ville vært fritatt for skatteplikt etter § 2-38, ...

(5) Skatteplikt etter denne paragraf omfatter bare gevinst på eiendeler og forpliktelser som nevnt i tredje ledd a samt c til e, dersom gevinsten ved en realisasjon på tidspunktet som nevnt i første ledd første punktum ville ha vært skattepliktig etter bestemmelsen i § 5-30 første ledd."

Skatteloven § 14-27 har følgende ordlyd:

*"§ 14-27. Gevinst og tap på eiendeler mv. som tas ut av norsk beskatningsområde
Gevinst og tap på eiendel eller forpliktelse som nevnt i § 9-14 tredje ledd tas til inntekt eller fradras siste dag før eiendelen eller forpliktelsen er tatt ut av norsk beskatningsområde etter bestemmelsene i § 9-14 annet ledd."*

Skatteloven § 14-27 presiserer at tidfesting skal skje på realisasjonstidspunktet definert i § 9-14 annet ledd.

Skatteloven § 9-14 annet ledd bokstav b angir at opphør av begrenset skatteplikt til Norge etter skatteloven § 2-3, anses som uttak, slik at gevinst på eiendeler kommer til beskatning, jf. Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) pkt. 8.5.2.1. hvor det er presisert at: *"Som uttak anses også bortfall av en skattyters begrensede skatteplikt hit etter skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b, for eksempel når en begrenset skattepliktig skattyter flytter en eiendel fra fast driftssted i Norge til et fast driftssted eller hovedkontor i utlandet."*

Dvs. at i utgangspunktet vil opphør av begrenset skatteplikt til Norge medføre realisasjonsbeskatning for den skattepliktige.

Det følger av § 9-14 tredje ledd bokstav b, at skatteplikten omfatter gevinst på finansielle eiendeler, dvs. både aksjer og andeler. Det er ikke noe vilkår at den finansielle eiendelen har tilknytning til virksomhet, jf. § 9-14 femte ledd.

Det følger videre av § 9-14 fjerde ledd bokstav b, at skatteplikten ikke gjelder gevinster som ville vært fritatt for skatteplikt etter skatteloven § 2-38, dersom de var realisert siste dag før eiendelen tas ut av norsk beskatningsområde.

Det følger av skatteloven § 2-38, annet ledd bokstav a og b at:

"(2) Inntekter og tap som omfattes av første ledd er:

a. gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd a til c eller tilsvarende selskap mv. hjemmehørende i utlandet, samt lovlig utdelt utbytte som nevnt i § 10-11 annet ledd, jf. tredje ledd på slik eierandel,

b. gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap som nevnt i § 10-40 første ledd.

c. ..."

Innsender opplyser at Mor Ltd/NUF er omfattet som subjekt under fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 første ledd bokstav i. Gevinst på aksjer i Newco AS vil da være fritatt for skatt etter skatteloven § 2-38 annet ledd, og unntaket i skatteloven § 9-14 fjerde ledd bokstav b kommer til anvendelse. Som følge av at aksjene i Newco AS omfattes av fritaksmetoden, oppstår ikke skatteplikt etter skatteloven § 9-14 første ledd. Aksjene kan derfor overføres til hovedkontoret til Mor Ltd uten gevinstbeskatning.

2. Vil omorganiseringen sett under ett medføre ulovfestet gjennomskjæring?

Etter at ISet er omdannet til Newco AS og aksjene overført til hovedkontoret i Mor Ltd, er planen at Mor Ltd benytter aksjene i det omdannede Newco AS som tingsinnskudd i Holding AS. Deretter gjennomføres mor- datterfusjon og til slutt fisjoneres eiendomsselskapet.

Spørsmålet er om ulovfestet gjennomskjæring kommer til anvendelse på denne transaksjonsrekken.

Innholdet i regelen om ulovfestet skattemessig gjennomskjæring er utviklet gjennom rettspraksis og juridisk teori, jf. bl.a. høyesterettsdommer inntatt i Utv. 2013/1 (Dyvi-dommen), Utv. 2007/512 (Hex-dommen), Utv. 2006/1416 (Telenor-dommen), Utv. 2004/921 (Aker Maritime-dommen) og Utv. 2002 s 639 (Hydro-dommen).

Gjennomskjæringsregelen består av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret er at det hovedsakelige formålet med disposisjonen er å spare skatt. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger, herunder forretningsmessig egenverdi, skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig, fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen.

Det følger av Høyesteretts dom inntatt i Utv. 2006/1416 (Telenor-dommen), avsnitt 49 at enkeltdisposisjoner som inngår i et større kompleks av disposisjoner skal vurderes ut fra det samlede komplekset, og at grunnvilkåret i gjennomskjæringsnormen skal vurderes ut fra en samlet bedømmelse av de disposisjoner som utgjør en naturlig helhet.

Innsender har anført at transaksjonene (transaksjonsrekken) er forretningsmessig begrunnet. Det anføres at dagens struktur er uhensiktsmessig, fordi det krever utarbeidelse av mange regnskap, selskapsdokumenter og annet "selskapsrettslig vedlikehold". Videre opplyses at man regner med en rentebesparelse anslått til NOK 700 000-1 000 000 per år.

Videre fremholder innsender *"at det ikke foreligger aktuelle planer om salg og at det ikke oppnås andre skattefordeler ved reorganiseringen. Gevinst ved et eventuelt salg av andeler i et indre selskap og salg av aksjer er begge skattefrie for skattyterne etter skatteloven § 2-38 (fritaksmetoden). Reorganiseringen innebærer således ingen mulig skattebesparelse ved eventuelt fremtidig salg."*

Innsender har opplyst at det ikke oppnås noen skattefordeler ved omorganiseringen. Det foreligger ikke skatteposisjoner som partene kan utnytte mer gunstig etter omorganiseringen enn før. Partene

kommer ikke i en mer gunstig skatteposisjon etter omorganiseringen. Videre opplyses at ny struktur vil gi selskaps- og regnskapsmessige forenklinger, i tillegg til betydelig rentebesparelse. Basert på denne informasjonen er ikke grunnvilkåret oppfylt og det foreligger da ikke grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring.

Basert på faktum som er presentert, er Skattedirektoratet kommet til at regelen om ulovfestet gjennomskjæring ikke kommer til anvendelse på den skisserte transaksjonsrekke.

Konklusjon

Omdanning av Holding IS kan gjennomføres i overensstemmelse med skatteloven § 11-20, jf. fsfin § 11-20, med NUF som stille deltaker.

Ved omdanningen kan ISet stifte Newco AS, overfører virksomhet, eiendeler og gjeld for deretter å dele ut aksjene mot innløsning av IS-andelene i samme forhold som deltakerne eier andeler i ISet.

Overføring av aksjene i Newco AS til Mor Ltd hovedkontor vil ikke utløse gevinstbeskatning etter skatteloven § 9-14 første ledd, jf. § 9-14 fjerde ledd bokstav b.

Basert på innsenders informasjon er det ikke grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring på den skisserte transaksjonsrekken.