

Fritaksmetoden – en gavepakke til skatteplanleggere?

Kandidatnr: 110

Veileder: Frederik Zimmer

Leveringsfrist: 15.01.07

Til sammen 39159 ord

"A tax loophole is something that benefits the other guy. If it benefits you, it is tax reform."

(Russell B. Long, tidligere amerikansk senator)

Innholdsfortegnelse

DEL I		INNLEDNING	
<hr/>			
1	OVERBLIKK	1	1
1.1	INTRODUKSJON	1	1
1.2	BAKGRUNN FOR TEMAET	2	2
1.3	HOVEDSPØRSMÅL	3	3
1.4	RETTSKILDER OG METODE.....	4	4
1.5	TERMINOLOGI	4	4
1.6	SYSTEMATIKK	5	5
DEL II		REFERANSERAMME	
<hr/>			
2	LEGISLATIVE HENSYN.....	8	8
2.1	SKATTEREFORMEN	8	8
2.2	FORMÅL MED FRITAKSMETODEN.....	9	9
2.2.1	UNNGÅ KJEDEBESKATNING	9	9
2.2.2	ADMINISTRATIVE BESPARELSER.....	11	11
2.2.3	SKATTEKONKURRANSE	11	11
2.3	HENSYN BAK UTFORMINGEN	13	13
2.3.1	INNLEDNING.....	13	13
2.3.2	OPPFYLLE EØS-FORPLIKTELSENE	13	13
2.3.3	KAPITAL – LØNN.....	15	15
2.3.4	BEGRENSE UØNSKEDE TILPASNINGER	15	15
3	FRITAKSMETODENS REKKEVIDDE	17	17
3.1	INNLEDNING.....	17	17
3.2	NORSKE SUBJEKTER.....	17	17
3.2.1	LOVENS SUBJEKTER.....	17	17
3.2.2	RETNINGSLINJER.....	23	23
3.3	UTENLANDSKE SUBJEKTER	25	25
3.4	INNTEKTER SOM OMFATTES.....	27	27

3.4.1	INNTEKTSTYPER.....	27
3.4.2	OBJEKTER	28
3.4.3	UNNTAK UTENFOR EØS.....	31
4	<u>OMGÅELSE.....</u>	35
4.1	TILPASNINGER - OMGÅELSE.....	35
4.2	DEN ULOVFESTEDE OMGÅESES NORMEN	35
4.3	SPESIELL GJENNOMSKJÆRING – § 14-90	36
4.3.1	GENERELLE SKATTEPOSISJONER	37
4.3.2	TRANSAKSJONER	37
4.3.3	SKATTEMESSIG MOTIV	39
4.3.4	PRAKTISK BETYDNING.....	41
4.4	OMGÅELSE – FRITAKSMETODEN.....	42
<hr/>		
DEL III	ANALYSER OG VURDERINGER	
5	<u>SALG AV EIENDELER ELLER AKSJER.....</u>	44
5.1	SKATTEFRI GEVINST – FRADRAGSBERETTIGET TAP.....	44
5.1.1	I POSISJON TIL Å VELGE	44
5.1.2	FORSKJELLEN I PRAKSIS	45
5.2	TILPASNINGER.....	47
5.2.1	SINGLE PURPOSE-SELSKAPER	47
5.2.2	FISJON – AKSJESALG	48
5.2.3	AKSJESALG – FISJON	48
5.3	GJENNOMSKJÆRING	49
5.3.1	SKATTEMOTIVERT VALG AV TRANSAKSJONSFORM.....	49
5.3.2	BINDENDE FORHÅNDSUTTALELSER	52
5.3.3	OMGÅESES NORMEN – EGNETHET	58
5.3.4	FISJON – AKSJESALG ALLTID GODTAS?.....	60
5.4	MULIGE TILTAK	60
5.4.1	INNLEDNING.....	60
5.4.2	BEGRENSE INCENTIVENE TIL TILPASNINGER	61
5.4.3	AVGRENSE MOT AKSJER SOM HAR KARAKTER AV VARER.....	64
5.5	FORSLAG.....	67

<u>6</u>	<u>HOLDINGSSELSKAP.....</u>	<u>69</u>
6.1	INNLEDNING.....	69
6.2	PERSONLIG INVESTERINGSSELSKAP	70
6.2.1	KAPITALAKKUMULERING	70
6.2.2	LØNN I FORM AV UTBYTTE	74
6.2.3	LÅN FRA OG TIL EGET SELSKAP	75
6.2.4	KAPITALNEDSETTELSE I STEDET FOR UTBYTTE.....	77
6.3	FORDELER MED INVESTERINGSSELSKAP.....	80
6.4	KONSERN MED HOLDINGSTRUKTUR	82
6.4.1	INNLEDNING.....	82
6.4.2	KONSERNINTERNE OVERFØRINGER	83
6.4.3	AKSJEBYTTE	84
6.4.4	FISJONSFUSJON MED SAMTIDIG/ETTERFØLGENDE TREKANTFUSJON	84
6.5	FORSLAG.....	86
<u>7</u>	<u>OVERFØRING AV GENERELLE SKATTEPOSISJONER.....</u>	<u>88</u>
7.1	PROBLEMSTILLINGEN.....	88
7.2	OVERFØRING AV TOMME SELSKAPER	89
7.3	GJENNOMSKJÆRING PÅ ULOVFESTET GRUNNLAG	90
7.4	MULIGE TILTAK	91
7.4.1	SÆRREGEL MOT SELSKAPSTØMMING	91
7.4.2	VERDSETTELSE	94
7.4.3	KARANTENETID	94
7.4.4	ENDRING AV § 14-90	96
7.5	FORSLAG.....	97
<u>8</u>	<u>INTERNASJONALE TILPASNINGER.....</u>	<u>98</u>
8.1	INNLEDNING.....	98
8.2	HVOR ET SELSKAP ER ”HJEMMEHØRENDE”.....	98
8.2.1	INNLEDNING.....	98
8.2.2	ALMINNELIG SKATTEPLIKT	100
8.2.3	INNTEKTER FRA PORTEFØLJEINVESTERINGER UTENFOR EØS.....	101
8.2.4	INNTEKTER FRA LAVSKATTELAND UTENFOR EØS	102
8.3	SAMSPILLET MELLOM FRITAKSMETODEN OG NOKUS-REGLENE	104

8.3.1	FORHOLDET MELLOM REGELSETTENE	104
8.3.2	BEGRENSNINGER I NOKUS-REGLENE	105
8.3.3	NOKUS-REGLENE I STRID MED EØS-RETTE?	107
8.4	TILPASNINGSMULIGHETER.....	111
8.4.1	INNLEDNING.....	111
8.4.2	SKATTEARBITRASJE MED UTENLANDSKE SELSKAPER.....	111
8.4.3	PLASSERING AV MELLOMSELSKAP	112
8.4.4	UTFLYTTING FØR GEVINST REALISERES	114
8.5	MULIGE TILTAK	117
8.5.1	INNLEDNING.....	117
8.5.2	PORTEFØLJEAVGRENSNING	117
8.5.3	GENERELL AVGRENSNING MOT INVESTERINGER I LAVSKATTELAND.....	118
8.5.4	AVGRENSNING MOT FINANSIELLE AKTIVITETER I LAVSKATTELAND	119
8.6	FORSLAG.....	120
9	<u>PORTEFØLJEAVGRENSNING.....</u>	<u>121</u>
9.1	ULIKE TYPER INVESTERINGER.....	121
9.2	VURDERING I LYS AV FORMÅLENE.....	122
9.3	ANDRE LANDS REGLER	127
9.4	TILTREKKE SEG KAPITAL - SKATTEKONKURRANSE	130
9.5	EGEN ”SPEKULANTSKATT” – DEN GYLNE MIDDELVEI?.....	131
DEL IV	AVSLUTNING	
<hr/>		
10	<u>KONKLUSJON.....</u>	<u>134</u>

1 Overblikk

1.1 Introduksjon

Det sentrale formålet med avhandlingen er å se på mulige tilpasninger og regelendringer til den såkalte *fritaksmetoden*, som i hovedsak medfører at selskaper er fritatt for skatteplikt for aksjeinntekter.

Ved skattereformen 2004-2006 ble det innført to nye metoder for beskatning av selskaper – *skjermingsmetoden* og *fritaksmetoden*. Den førstnevnte metode ligger til grunn for aksjonærmodellen (for personlige aksjonærer), deltakermodellen (for deltakerlignede selskaper) og foretaksmodellen (for enkeltpersonsforetak).

Fritaksmetoden sørger for at en ikke beskattes for inntekter fra utbytte eller gevinst så lenge midlene holdes *innenfor selskapssektoren*. Reglene må imidlertid sees i sammenheng med *utbyttebeskatningen* i aksjonærmodellen, som sørger for at utdeling fra selskap til personlig aksjonær blir beskattet på aksjonærens hånd. I tillegg kompletteres den av gevinstbeskatningen for fysiske personer. Fritaksmetoden danner altså et unntak fra skatteplikten for *utbytte*, jf. sktl. § 10-11, og *gevinst*, jf. sktl. § 10-31.

Grensen mellom lovlig skatteplanlegging og ulovlig skatteomgåelse kan være hårfin, og skattytere strekker seg gjerne langt for å utnytte en regel om skattefritak. Utfordringen for skattytere, skatteplanleggere og skattemyndigheter er å finne ut hvor denne grensen går. Dette er ikke alltid enkelt, særlig der reglene er nye. Hvor går grensene for lovlige tilpasninger til fritaksmetoden, og er disse grensene klare og hensiktsmessige?

1.2 Bakgrunn for temaet

Å se på fritaksmetoden er interessant av flere grunner. Reglene er *nye*, og det foreligger ingen praksis fra Høyesterett på området. Det er også foreløpig skrevet lite inngående teori om emnet. Innføringen markerer et brudd med det tidligere regelsettet, som hadde en godtgjørelsesmodell for aksjeutbytte og RISK-modell for aksjegevinster.

Det *internasjonale* aspektet blir stadig viktigere i skatteretten, og erfaringer fra andre land med en lignende modell er derfor av stor interesse.

Reglene har *stor praktisk betydning* i næringslivet, og tilpasningene til de nye modellene gjøres fortløpende. For en rekke personer og selskaper fører fritaksmetoden til planlegging og omstruktureringer. For selskaper er fritaksmetoden nå en svært aktuell komponent i skatteplanleggingen, og dette stiller også krav til praktiserende advokater.

Ett av hovedformålene bak skattereformen var å utjevne skattenivået mellom arbeids- og kapitalinntekter.¹ Dersom eiere klarer å utnytte fritaksmetoden for å betale mindre skatt på kapitalinntekter, vil dette kunne være i strid med intensjonen. Innføringen av fritaksmetoden reiser her *viktige samfunnsspørsmål*. Fritaksmetoden berører viktige temaer som skattemessig rettferdighet og nøytralitet mellom inntektstyper. Dersom reglene viser seg å ha svakheter i praksis, vil det kunne fordre endringer.

Det er for tidlig å fastslå virkningene av fritaksmetoden i praksis, og det pågår en *debatt* om reglenes rekkevidde og mulige mangler.² Både fra politisk og juridisk hold er meningene mange og sterke, og diskusjonen har vært mye fremme i media. Forarbeidene ga også uttrykk for usikkerhet rundt modellen. Den var ikke tatt med i Skaugeutvalgets innstilling,³ og Finanskomiteén uttrykte også usikkerhet rundt de

¹ NOU 2003:9 kap. 1.

² Se for eksempel statssekretær Axelsen, *Spart skatt ved eget AS?*, Aftenpostens økonomidel 20. februar 2006 s. 6.

³ NOU 2003:9.

mulige virkningene av reglene.⁴ Det er særlig tilpasningsproblematikken som har vært drøftet, og dette begrunner en grundig gjennomgang av temaet.

Det er flere tenkelige innfallsvinkler til en behandling av fritaksmetoden, men jeg anser spørsmålet om tilpasningsmuligheter som den mest interessante. Regelverket skal på et vis ”settes på prøve”. Denne tilnærmingen er spennende både med tanke på praktisk viktige avgrensninger og sentrale politiske fordelingsspørsmål, og den er dessuten særlig aktuell i samfunnsdebatten.

1.3 Hovedspørsmål

(1) Hvilke tilpasninger innbyr fritaksmetoden særlig til?

Fremstillingen tar sikte på å vurdere enkelte aktuelle tilpasninger fritaksmetoden *kan gi* incentiver til. Målet er ikke å peke på alle tenkelige muligheter, men på praktiske, realistiske metoder for å minimalisere skatten ved hjelp av fritaksmetoden - og om de ulike tilpasningsmulighetene totalt sett kan sies å være av et visst omfang.

(2) Hvilke virkemidler har skattemyndighetene for å forhindre uønskede tilpasninger, og i hvilken grad er disse effektive?

Ved vurderingen av den enkelte tilpasning, vil jeg særlig ha fokus på grensene for lovligheten av tilpasningen. Her står tre spørsmål sentralt. For det første må en se på *hvilke regler* som oppstiller grensene. For det andre er spørsmålet om grensene er tilstrekkelig *klare*. For det tredje vurderes det om *virkemidlene er effektive nok*.

(3) Bør mulighetene for tilpasninger begrenses ved nye tiltak, eventuelt hvilke?

Det legges ikke opp til en vurdering av om tilpasningsmulighetene er *uforholdsmessig* store sett i forhold til de positive sidene av reglene, og om fritaksmetoden eventuelt bør

⁴ Innst. S. nr. 232 (2003-2004).

avskaffes. Eksistensen av metoden ligger altså som et grunnleggende premiss for avhandlingen. Ut fra dette drøftes mulige tiltak til endringer i regelsettet.

1.4 Rettskilder og metode

Alminnelig juridisk metode ligger til grunn for avhandlingen, og *skatteloven (sktl.)* er den sentrale rettskilde. Ved tolkningen av lovteksten, er imidlertid rettskildesituasjonen spesiell for fritaksmetoden. Ettersom reglene er nye, foreligger det ikke domspraksis ennå. I avhandlingen brukes derfor dommer bare på tilstøtende spørsmål.

Domstolene legger ofte stor vekt på *forarbeidene*.⁵ Ettersom det også er mangel på praksis, brukes forarbeidene aktivt i denne avhandlingen. Samtidig spiller *formålene* bak reglene spiller en viktig rolle i skatteretten, i spørsmål om gjennomskjæring er de for eksempel direkte avgjørende for utfallet.

I tillegg behandles en rekke *administrative uttalelser* – bindende forhåndsuttalelser fra Skattedirektoratet og prinsipputtalelser fra Finansdepartementet. Ligningsmyndighetene (og mange skattytere) vil gjerne følge standpunktene i uttalelsene, men deres vekt som argumentasjon for Høyesterett synes lav.⁶ Slutningene som trekkes ut av de administrative uttalelsene bør derfor generelt leses med dette i minne – rettskildevekten er ikke nødvendigvis stor.

1.5 Terminologi

På den lovlige siden omtales i det følgende *tilpasninger* til skatteregler og *skatteplanlegging* som uttrykk for det samme. Når en er over grensen for det lovlige, brukes omgåelse og gjennomskjæring. Sett fra skattyters side, brukes *omgåelse*, mens *gjennomskjæring* er skattemyndighetenes reaksjon der en regel har blitt omgått. Uttrykkene brukes likevel i praksis gjerne om hverandre. *Avskjæring* kunne vært brukt i

⁵ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1602 (Bodø/Glimt).

⁶ Se for eksempel Rt. 1990 s. 1293, der Høyesterett ikke tiller en uttalelse fra Finansdepartementet vekt.

forbindelse med sktl. § 14-90, og forarbeidene bruker en slik betegnelse.⁷ Jeg velger likevel å benytte *spesiell gjennomskjæring*, ettersom både avskjæring (jf. § 14-90 litra a) og inntektsføring (jf. § 14-90 litra b) er aktuelt.⁸

1.6 Systematikk

Del II: Referanseramme

For å vurdere konsekvensene av reglene, må en vurdere tilpasningsmulighetene opp mot hensynene bak. Hvorfor er disse reglene innført? Og hva ligger til grunn for den utformingen de har fått? Dette er temaet i *kapittel 2*.

Deretter må fritaksmetodens rekkevidde kartlegges (*kapittel 3*). Hvilke subjekter (selskaper) og objekter (inntekter) omfattes av fritaksmetoden?

Overgangsreglene til det nye skattesystemet behandles ikke.

Overgangsregel E skulle sikre skattefri overføring av personlig eide aksjer til et holdingselskap. I en rekke bindende forhåndsuttalelser er ulike måter å komme inn under fritaksmetoden på gjennom denne (liberale) overgangsregelen godtatt, blant annet BFU 64/05, BFU 17/06, BFU 19/06 og BFU 36/06.

Grensene for hva som er lovlig bestemmes ikke bare av sktl. § 2-38 og dens avgrensninger, men også av skatterettens ulovfestede omgåelsesnorm og den spesielle gjennomskjæringsregelen i § 14-90. Hva er lovlige tilpasninger og hva er ulovlig omgåelse? Denne vanskelige grensedragningen belyses på generelt grunnlag i *kapittel 4*.

⁷ Se for eksempel Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

⁸ Folkvord (2006) bruker begrepet ”spesiell gjennomskjæring”. Zimmer m.fl. (2006) bruker også ”gjennomskjæring” i relasjon til § 14-90. Gjems-Onstad (2003) bruker ”avskjæring” om den gamle § 11-7, 4. ledd. Men denne regelen gjaldt kun avskjæring, og åpnet ikke for inntektsføring.

Del III: Analyser og vurderinger

Kapittel 5 - 9 omhandler ulike tilpasningsmuligheter og grensene for disse. I tillegg vurderes mulige regelendringer. Stort sett brukes aksjeselskap som eksempel, men tilpasningene kan være aktuelle for andre subjekter også.

Kapittel 5 behandler den trolig mest praktiske tilpasningsmåten, at man kommer i posisjon til å kunne velge mellom å selge eiendeler (med fradragsrett for tap) eller aksjer (med skattefritak for gevinst). Det er særlig dette spørsmålet som hittil er omhandlet i de bindende forhåndsuttalelsene vedrørende fritaksmetoden. I hvilken grad er den ulovfestede omgåelsesnormen egnet til å avgrense mulighetene for slike tilpasninger?

Etter innføringen av fritaksmetoden, har det oppstått debatt om investorer som oppretter egne investeringsselskaper. Har egne holdingselskaper fordeler for skattyter? Og holder teorien om at midlene beskattes ved uttak, eller er det mulig å unngå dette? Hvordan kan man oppnå holdingstruktur for konserner? Disse praktisk viktige temaene analyseres i *kapittel 6*.

I *kapittel 7* drøftes overføringer av generelle skatteposisjoner, blant annet overdragelse av underskuddsselskaper. Vil § 14-90 kunne forhindre slike skattemotiverte disposisjoner? Eller må andre tiltak settes i verk?

Både skattytere og økonomiske midler er mer mobile nå enn tidligere. De internrettslige skattereglene må derfor også ta internasjonale forhold i betraktning. I *kapittel 8* drøftes kriteriene som er avgjørende for hvor et selskap er hjemmehørende. I tillegg gjennomgås samspillet mellom fritaksmetoden og NOKUS-reglene, og internasjonale tilpasningsmuligheter vurderes.

En generell avgrensning av fritaksmetoden mot inntekter fra porteføljeinvesteringer har blitt vurdert og forkastet, og den offentlige debatt har vist at det er delte meninger om dette. Hva er egentlig forskjellen på direkte investeringer og porteføljeinvesteringer, og kan en slik avgrensning forankres i formålene bak fritaksmetoden? Hva har andre land

valgt? Og hva kan konsekvensene av en slik avgrensning bli? Dette analyseres i *kapittel 9*.

Del IV: Avslutning

En oppsummering av analysene, og mine forslag til regelendringer ut fra dette, avrunder avhandlingen i *kapittel 10*.

Avhandlingen legger opp til et kontinuerlig samspill mellom *tilpasningene* som analyseres og *referanserammen* – og mine vurderinger presenteres fortløpende.

2 Legislative hensyn

2.1 Skattereformen

Finansdepartementet nedsatte i januar 2002 et utvalg ledet av tidligere finansminister Arne Skauge ("Skaugeutvalget") for å foreta en grundig gjennomgang av skatte- og avgiftssystemet - ti år etter skattereformen i 1992. Særlig *satsforskjellene* mellom skatt på arbeids- og kapitalinntekt ble i mandatet fremhevet som et sentralt problem. Den daværende delingsmodellen ga på grunn av dette incentiver til tilpasninger for å få arbeidsinntekter mottatt som kapitalinntekter.

I tillegg skulle våre internasjonale forpliktelser gjennom EØS-avtalen om *fri mobilitet av kapital*, kombinert med behovene for det norske næringslivets *konkurranssevne*, vurderes. Det skulle legges vekt på generelle og konsistente prinsipper, for dermed å skape *stabilitet* og *forutsigbarhet*. De nye reglene skulle, som de daværende, bygges på et bredt skattegrunnlag og relativt lave skattesatser. Sentrale prinsipper for skattereformen 2004-2006 var videre likebehandling, symmetri og nøytralitet.⁹

Skaugeutvalget gikk *ikke* inn for en fritaksmetode, et slikt regelsett hadde ikke blitt utredet grundig nok innen tidsfristen for rapporten. Regjeringen foreslo fritaksmetoden 26. mars 2004,¹⁰ og § 2-38 ble vedtatt i desember 2004.

Med fritaksmetoden og aksjonærmodellen kunne det tidligere RISK- og godtgjørelsessystemet oppheves helt.

⁹ NOU 2003:9 pkt 1.1.

¹⁰ St.meld. nr. 29 (2003-2004).

RISK står for Regulering av Inngangsverdi med Skatlagt Kapital. Hensynet bak reglene var å gjøre det skattemessig nøytralt om overskudd ble i selskapet eller ble utdelt som utbytte. Der opptjent kapital ble værende i selskapet, ble en positiv RISK tillagt inngangsverdien. Slik ble dobbeltbeskatning av overskuddet forhindre ved aksjegevinst.¹¹ Godtgjørelssystemet innebar at aksjonæren fikk godtgjørelse for skatt betalt av selskapet, og medførte at utbytte ble skattefritt for aksjonæren.

2.2 Formål med fritaksmetoden

2.2.1 Unngå kjedebeskatning

Hovedformålet bak regelsettet er å forhindre at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i en eierkjede innenfor selskapssektoren – altså å unngå *kjedebeskatning*. En kan tenke seg at inntektene først kunne blitt beskattet løpende, deretter som utbytte og gevinst for eierselskapene, og endelig hos de personlige aksjonærer. Slik kjedebeskatning kan motivere til flate selskapsstrukturer, og til å benytte underliggende selskaper med *ubegrenset ansvar* i stedet for aksjeselskaper.¹² Ved organisering i datterselskaper i stedet for avdelinger, kan ansvarsforholdene bli klarere og risikoen bedre spredt.¹³ Det er neppe ønskelig at andelen selskaper med ubegrenset ansvar økes på grunn av skattereglene.

Det tidligere RISK- og godtgjørelssystemet forhindre riktignok også som hovedregel kjedebeskatning. Men reglene fremsto som problematiske i forhold til EØS-avtalen, og RISK-reglene som administrativt svært krevende.¹⁴

I en frikonkurransmodell er rasjonell økonomisk atferd betraktet som en forutsetning. Der markedet fungerer uten hindringer, vil konkurranse etter teorien føre til optimal ressursforvaltning.¹⁵ En rasjonell aktør vil forsøke å minimalisere skattebelastningen.

¹¹ BFU 35/06.

¹² St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt 10.4.2.1.

¹³ Gjems-Onstad (1999).

¹⁴ St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt 10.1.

¹⁵ Eide (2005) s. 27 flg.

Dersom skattereglene bidrar til en annen ressursallokering, er denne *markedssvikten* negativ samfunnsøkonomisk.¹⁶

Riktignok kan en favorisering av enkelt næringer eller ulik skattemessig behandling begrunnes med andre samfunnsmessige hensyn enn allokerings effektivitet. Der viktige forhold ikke tas i betraktning av markedet (typisk miljøskader), kan skattereglene supplere markedet med sikte på optimal ressursallokering. For eksempel skal lavere arbeidsgiveravgift i enkelte regioner bidra til økt aktivitet, og grønne skatter skal bidra til å skjerme miljøet.

Skattesystemet bør som utgangspunkt påvirke bedriftenes prioriteringer i minst mulig grad, og fritaksmetoden er i tråd med dette ment å *bedre kapitalmobiliteten*.

Beskatningen av næringsvirksomheten bygger på prinsipper om likebehandling av ulike investeringer, og denne *nøytraliteten* er viktig for å gi høyest mulig samfunnsøkonomisk avkastning. Kapitalen må kunne benyttes til investeringer der det er antatt at den vil gi størst avkastning *før* skatt. Skatt på utbytte og gevinst også innenfor selskapssektoren kan gi *innlåsingeffekter*. Kapital kan holdes igjen i mindre lønnsomme selskaper, ettersom det vil utløse skatt når en flytter midlene.

Slike innlåsingeffekter er negative etter en ren markedsmoell. Men det kan også tenkes at de kan gi positive effekter. Terskelen for å flytte midlene kan bidra til en mer langsiktig tankegang, og færre investeringer kan få karakter av å være foretatt med ønske om en rask gevinst. For eksempel kan stor tradingvirksomhet og økt *spekulasjon* bidra til ”bobler” i aksjemarkedet, at kursen går kunstig høyt for deretter å falle raskt. Selskaper (eller enkeltpersonen(e) bak) kan satse på selskaper på grunn av en generell optimisme i det aktuelle markedet. At enkelte investorer til tider fungerer som ”bjellesauer” på børsen er også et velkjent fenomen, og det er ikke alltid deres prediksjoner slår til. At det er enkelt å investere gjennom egne holdingselskaper gjør denne problemstillingen særlig aktuell. Slike faktorer tilsier at økt kapitalmobilitet ikke nødvendigvis medfører en så mye bedre samfunnsøkonomisk ressursallokering som markedsteorien tilsier. Etter min mening veier derfor hensynet om kapitalmobilitet tyngst ved direkteinvesteringer, der det gjerne er gjort et grundigere forarbeid fra investors side.

Fritaksmetoden omfatter selskapsaksjonærer, men ikke personlige aksjonærer. For disse er altså hensynet til kapitalmobilitet ikke ivaretatt. Men for en rekke investorer, er det en

¹⁶ NOU 2006:4 kap 6.

mulighet å investere gjennom et eget selskap. Dette er på sett og vis en tilpasning som ivaretar et viktig formål bak innføringen av fritaksmetoden, og behandles i kapittel 6.

En kan tenke seg at formålet med å unngå kjedebeskatning kunne vært oppfylt på andre måter. For eksempel kunne en fått fradrag for utbetalt utbytte. Men fritaksmetoden *som sådan* drøftes ikke nærmere her.

2.2.2 Administrative besparelser

Fritaksmetoden skal innebære en *forenkling* av regelverket i forhold til det kompliserte RISK-systemet. Det pekes i forarbeidene på at ligningsmyndighetene får administrative besparelser. I tillegg skal selskapene få reduserte etterlevelseskostnader.¹⁷ Formålet er altså å oppnå arbeidsmessige besparelser både for myndighetene og skattyterne. Spørsmålet er om en skattlegging av alle transaksjoner innenfor selskapssektoren (om enn med lav sats) egentlig ville medført et betydelig merarbeid. Dette synes ikke opplagt, de fleste inntekter og utgifter vil uansett være reflektert i regnskapet. Men RISK- og godtgjørelsessystemet måtte uansett tilpasses EØS-reglene, og det ville gitt store utfordringer. Fritaksmetoden ser, til tross for en rekke vanskelige avgrensningsspørsmål, i noen grad ut til å kunne bidra til å oppfylle dette formålet.

2.2.3 Skattekonkurranse

Frie kapitalbevegelser mellom land bidrar etter en frikonkurransemodell til økt kapitalmobilitet, og dermed høyere samfunnsøkonomisk gevinst i et større perspektiv. Men om enkelte stater konkurrerer om å tiltrekke seg kapital gjennom lave skattesatser, synker denne gevinsten. Særlig for de mest mobile skattegrunnlagene (finansinvesteringer) kan forskjeller i skatteregler og -satser påvirke investeringene. At flere andre land har innført skattefritak på aksjeinntekter for selskaper, er derfor et argument i seg selv for å innføre en fritaksmetode. Særlig med tanke på internasjonale

¹⁷ St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.1.

konsernstukturer, er det makroøkonomiske fordeler med lignende regler i de ulike landene.

Formålet med å bedre kapitalmobiliteten må derfor ses i sammenheng med den internasjonale *skattekonkurransen*. At Norge kan tiltrekke seg virksomheter og investeringer med fritaksmetoden, var ikke eksplisitt nevnt som formål i forarbeidene. I andre land har dette vært sentralt. Nederland innførte for eksempel en fritaksmetode allerede i 1893, og har altså lange tradisjoner med skattefritak. Et viktig argument for å fortsette å ha gunstige rammebetingelser for holdingselskaper har vært at det tiltrekker seg investeringer. Reglene utvikles stadig – og skattekonkurransen fremheves som et sentralt formål.¹⁸ Selskaper er formelle størrelser, som er enkle å opprette der man ønsker. At et land med fritaksmetode velges, er naturlig. Slik kan fritaksmetoden bidra til at Norge tiltrekker seg kapital.

I OECD-landene har det vært et generelt trekk de siste 20 årene at skattleggingen av kapital har blitt lempeligere, mens arbeidsinntekter beskattes i økt grad.¹⁹ I 1985 var gjennomsnittlig kapitalskattesats i OECD-landene 51,1 prosent, mens det var 38,1 prosent i 1999. I 2005 hadde den falt til 29 prosent.²⁰ Årsaken til dette er ikke nødvendigvis bare skattekonkurranse. Ønsket om en samfunnsøkonomisk effektivt resultat ved å ikke skattlegge aksjeinntekter er som omtalt den viktigste beveggrunnen bak fritaksmetoden i Norge. Uansett formålet med lavere kapitalskatter kan resultatet bli en viss påvirkning av markedet. Det empiriske materialet her er forholdsvis lite, så det er helt ikke klart hvor skattesensitiv kapital er. Men ved store ulikheter i skattenivået, viser lysten til å investere i lavskatteland at markedet påvirkes.

I Skaugeutvalgets mandat ble det norske *næringslivets konkurranseevne* nevnt blant hensynene som skulle være relevante i forbindelse med skattereformen. Innføringen av fritaksmetoden kan sies å være et virkemiddel i tråd med dette. (Men, som tidligere nevnt, var ikke fritaksmetoden en del av Skaugeutvalgets innstilling.)

¹⁸ Lambooj (2006) s. 343.

¹⁹ NOU 2006:4 pkt. 6.6, som henviser videre til eksempler på foretatte undersøkelser.

²⁰ NOU 2006:4 pkt. 6.6.

Det kan likevel reises kritiske spørsmål til om det er et aktverdig formål å være med å en nedadgående skattespiral, hvor skattekonkurranse kan bli et dominerende hensyn på bekostning av provenyfordeler og en selvstendig økonomisk politikk. Havner man til slutt i en situasjon der landenes offentlige sektor blir for liten? Internasjonalt går debatten om skattekonkurranse kan føre til et "race to the bottom".²¹ I tillegg må det vurderes om dette kan føre til at inntektsfordelingen blir mer ujevn – det kan være tilfelle dersom fordelene på selskapsnivå kan overføres til aksjonærnivå. Det er til en viss grad personer med høy inntekt og formue som nyter godt av en konkurranse om lavere skatt på kapital. Dette må veies opp mot fordelene med at næringslivets konkurransevne styrkes. Konsekvensene for velferden er derfor ikke enkle å forutsi.²²

2.3 Hensyn bak utformingen

2.3.1 Innledning

Forutsatt at man skal ha en fritaksmetode, er spørsmålet hvilken rekkevidde den bør ha: Hvilke hensyn legger føringer for *utformingen* av regelsettet?

2.3.2 Oppfylle EØS-forpliktelsene

RISK- og godtgjørelsessystemet forskjellsbehandlet aksjeutbytte til norske og utenlandske selskaper. I forarbeidene ble det lagt vekt på at en videreføring av dette kunne "skape usikkerhet" i forhold til EØS-avtalen.²³

EØS-avtalen regulerer ikke direkte skatte- og avgiftssystemene til medlemsstatene. Men gjennom en lang rekke saker i EF-domstolen har det blitt klart at skattereglene ikke kan være i strid med de fire friheter (varer, kapital, tjenester og personer), eller reglene om

²¹ Eksempelvis Fourcans (2006).

²² Persson (2000) s. 591 flg.

²³ St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.1.

ikke-diskriminering eller statsstøtte. I Manninen-dommen²⁴ var spørsmålet om det finske godtgjørelsessystemet, som kun ga fradrag for godtgjørelse i skatt på utbytte fra *finske* selskaper, var i strid med EF-retten. EF-domstolen anså denne ulike behandlingen av *innkommende utbytte* som en ulovlig forskjellsbehandling, en hindring for den frie bevegelse av kapital som ikke kunne rettferdiggjøres. I Fokus Bank-saken²⁵ slo EFTA-domstolen (23. november 2004) fast at diskriminerende godtgjørelsesregler når det gjaldt *utbytte ut* av landet var i strid med EØS-avtalen.

Frostating lagmannsrett valgte å forelegge spørsmålet for EFTA-domstolen for en rådgivende uttalelse, og fulgte dette synet i sin dom.²⁶ Staten aksepterte ikke EØS-avtalens gjennomslagskraft overfor norske skatteregler, og anket saken til Høyesterett. Bare noen få uker før saken skulle opp på ny, trakk staten (ved Finansdepartementet) anken i januar 2006 – med begrunnelsen ”endret rettsoppfatning”.²⁷

At dette kan legges til grunn i hele EØS-området er nå sikker rett. Fritaksmetoden likebehandler aksjeinntekter innenfor EØS, og kommer således ikke i strid med EØS-retten på dette området.

Men på et annet felt synes fritaksmetoden å få en annen utstrekning enn planlagt. NOKUS-reglene, som er forutsatt å virke i et samspill med fritaksmetoden, må vurderes opp mot EØS-avtalen. Dette gjøres under pkt. 8.3.3 nedenfor.

Utenfor EØS er inntekter som stammer fra lavskatteland ikke omfattet av fritaksmetoden. Om dette kunne vært en mulig løsning også innenfor EØS, må vurderes ut fra EØS-avtalens krav til likebehandling.²⁸

Et paradoks kan være at stater i sin iver etter å oppfylle EØS-avtalen (ved å likebehandle innenfor EØS, inkludert lavskatteland) og være konkurransedyktige i

²⁴ Sak C-319/02.

²⁵ Sak E-1/04.

²⁶ RG 2005 s. 1542.

²⁷ Pressemelding fra Finansdepartementet av 27. januar 2006.

²⁸ Behandles under pkt. 8.5.3 nedenfor.

skattekonkurransen kan risikere å komme på kant med andre regler. Både i OECD og i EU²⁹ pågår det et arbeid mot ”skadelig skattekonkurranse”. Skatteregimer som gir *for* gunstige ordninger til at skattekonkurransen kan sies å være rettferdig, kritiseres.

Luxemburgs 1929-regime for holdingselskaper ble for eksempel ansett av Kommisjonen i EU å være i strid med det frie marked. Også OECD har kritisert systemet.³⁰ Kravene til rettferdig skattekonkurranse og kravene til likebehandling innenfor EØS må i enkelte tilfeller veies mot hverandre. Problematikken forfølges ikke nærmere her.

2.3.3 Kapital – lønn

I samsvar med formålet om å *utjevne satsene mellom arbeids- og kapitalinntekt*, er aksjegevinster nå kun skattefrie for selskaper - og ikke for personlige aksjonærer. Med fritaksmetoden vil beskatning skje kun én gang (med 28 prosent) *innenfor selskapssektoren*. Overføringer (gjennom utbytte eller gevinst) innad i selskapssektoren beskattes ikke. Kun aksjeinntekter for privatpersoner får økonomisk dobbeltbeskatning (nye 28 prosent, til sammen 48,16 prosent). Utformingen av fritaksmetoden og aksjonærmodellen sørger (i hvert fall i teorien) på denne måten for at aksjeinntekter for privatpersoner ligger tilnærmet på nivå med normale lønnsinntekter.

2.3.4 Begrense uønskede tilpasninger

Utenfor EØS er fritaksmetoden avgrenset mot inntekter fra lavskattelend ettersom en viss underliggende selskapsbeskatning ligger som et premiss for fritaket. Den gjelder heller ikke for inntekter fra porteføljeinvesteringer utenfor EØS, noe som trolig også i realiteten grunner i en frykt for uønskede tilpasninger som er vanskelige å oppdage. Avgrensningene er altså et forsøk på å begrense tilpasninger som gir en lavere skattesats totalt - etter utdeling til personlig aksjonær - enn 48,16 prosent.

²⁹ EUs *Code of conduct* (98/C 2/01) er ikke juridisk bindende, kun politisk.

³⁰ OECD (2006).

Fritaksmetodens utforming er et resultat av mange avveininger. På den ene siden står formålet om å unngå kjedebeskatning og øke kapitalmobiliteten. I et visst *motsetningsforhold* kan en plassere ønsket om å utjevne skattenivået for kapital- og lønnsinntekter. Skal man forhindre uønskede tilpasninger, må gjerne egne hindringer måtte settes opp. Disse kan fort favne for vidt, og dermed også gå imot de sentrale formålene bak metoden. Og på toppen av det hele danner EØS-avtalen en *skranke* for hva lovgiver kan oppstille av begrensninger. Disse vanskelige vurderingene og avveiningene er på mange måter det avhandlingen søker å belyse i de følgende kapitlene.

Uten fritaksmetode kunne en også plassere et mellomselskap i et land *med* fritaksmetode – og dermed utnytte forskjellene i regelsettene. Denne og andre tilpasninger over landegrensene behandles i kap. 8.

3 Fritaksmetodens rekkevidde

3.1 Innledning

For å kartlegge fritaksmetodens rekkevidde, blir første trinn å presentere hvilke *subjekter* som omfattes. Ut fra en gjennomgang av subjektene (pkt 3.2.1), kan det pekes på enkelte fellestrekk mellom dem (pkt. 3.2.2) – og retningslinjene blir blant annet viktige når en skal vurdere hvilke utenlandske selskapsformer som omfattes (pkt. 3.3). Deretter behandles *objektene* – inntektene – som omfattes av fritaksmetoden (pkt. 3.4).

Avhandlingen pretenderer ikke å drøfte alle grensespørsmål. Derimot er målet, i tillegg til å presentere reglene, først og fremst å peke på en rekke utvalgte problemstillinger av særlig interesse.

Fradragsretten for kostnader etter § 6-24 behandles ikke. I det følgende omtales også kun *inntektssituasjonen*. Der en gevinst er omfattet, vil også tilsvarende *tap* være det. Tap som er omfattet, vil dermed i tråd med symmetriprinsippet ikke være fradragsberettiget.³¹

3.2 Norske subjekter

3.2.1 Lovens subjekter

For de praktisk viktigste subjektene, vil videreutdeling beskattes på eierens hånd.

Etter § 2-38, 1. ledd litra a, er *selskap som nevnt i § 2-2, 1. ledd litra a til d*, subjekt under fritaksmetoden. *Aksjeselskap*³² er det helt sentrale subjekt. En følger her de selskapsrettslige klassifikasjonene. Fritaksmetoden gjelder også for

³¹ Symmetriprinsippet har kommet til uttrykk i sktl. § 9-4.

³² Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra a, jf. § 2-2, 1. ledd litra a.

allmennaksjeselskaper.³³ Videreutdeling fra aksjeselskap og allmennaksjeselskap (i form av utbytte) beskattes etter sktl. § 10-10 flg.

Hjemmel for utbyttebeskatning er § 10-10 flg., som henviser til § 10-1, som igjen henviser til § 2-2. For en rekke av subjektene, beskattes videreutdeling på samme måte.

Etter SE-loven § 2 skal regelen i allmennaksjeloven gjelde "så langt de passer" for europeiske selskaper, med mindre noe annet følger av SE-forordningen, vedtekter gitt i medhold av SE-forordningen eller SE-loven selv. Der allmennaksjeselskaper er gjort om til *SE-selskaper* ("Societas Europaea"), vil fritaksmetoden gjelde tilsvarende.

Også *sparebanker*³⁴ og andre *selveiende finansieringsforetak*³⁵ regnes som subjekter. Sparebanker klassifiseres altså som selveiende, selv der banken har utstedt grunnfondsbevis.

Grunnfondsbeviser er fritt omsettelige verdipapirer. Ifølge nettsiden til Sparebankforeningen³⁶ i januar 2007 er det nå 23 sparebanker som har utstedt grunnfondsbevis i Norge, og 20 av disse er notert på Oslo Børs. Hele åtte av de ti største sparebankene bruker grunnfondsbevis som egenkapitalinstrument, og delen dette utgjør av kapitalen i den enkelte bank varierer ifølge nettsiden mellom ca. 10 og 55 prosent.

*Gjensidige forsikringsselskaper*³⁷ er forsikringsselskaper som er stiftet og eid av forsikringstakerne selv. Forsikringsvirksomhetsloven kap. 4 inneholder særlige regler om gjensidige forsikringsselskaper, med klare krav til hva stiftelsesdokumentet skal angi. *Livselskaper*, som forvalter innskudd for livsforsikring, kan også være gjensidige. Finansdepartementet uttalte i mai 2005³⁸ at *pensjonskasser* blir ansett som likestilt med gjensidige livselskaper, og at de dermed også er subjekt under fritaksmetoden.

³³ Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra a, jf. § 2-2, 1. ledd litra a.

³⁴ Definert i sparebankloven § 1-1.

³⁵ Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra a, jf. § 2-2, 1. ledd litra b.

³⁶ <http://www.sparebankforeningen.no/index.gan?id=1079&subid=0>

³⁷ Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra a, jf. § 2-2 1. ledd litra c.

³⁸ Utv. 2005 s. 702 FIN.

Begrunnelsen var at pensjonskasser etter tidligere praksis har vært behandlet likt med gjensidige livselskap i forhold til skattereglene.

Pensjonskasser er selvstendige juridiske enheter som ikke omfattes av aksjeloven eller stiftelsesloven – men derimot delvis av forsikringsvirksomhetsloven. Se *forskrift om forsikringsvirksomhetslovens anvendelse på pensjonskasser og pensjonsfond*.

*Samvirkeforetak*³⁹ kan organiseres som økonomisk forening eller selskap med begrenset ansvar (BA). Finansdepartementet har lagt til grunn at et deltakerlignede selskaper med delt ansvar (DA) som eies av to samvirkeforetak faller utenfor definisjonen,⁴⁰ og dermed faller disse også utenfor fritaksmetoden. Grensen mot aksjeselskap er den vanskeligste å trekke, men den har ingen interesse i forhold til fritaksmetoden.

Det foreligger ingen allmenn definisjon av *samvirkeforetak* i norsk rett, og foreløpig heller ingen samlet lovgivning.⁴¹ I Lignings-ABC 2005 er disse tre kriteriene omtalt som de mest sentrale: Prinsippet om frivillig og åpent medlemskap, prinsippet om demokratisk medlemskontroll og prinsippet om medlemmenes deltakelse.⁴² Samvirkelovutvalget fremhevet følgende fire kjennetegn: at sammenslutningen er etablert for å tjene medlemmenes felles behov, at den er basert på frivillig medlemskap, at den tjener medlemsinteressene gjennom å drive økonomisk virksomhet og at den eies og styres demokratisk av medlemmene.⁴³ Finansdepartementet uttalte i Utv. 1996 s. 1259 at et DA blant annet ikke ville oppfylle ”vilkårene om fri adgang for nye medlemmer og utdeling av utbytte i forhold til omsetning med medlemmer”. Etter departementets mening var ikke et slikt DA i samsvar med ”anerkjente samvirkeprinsipper”, selv om det var eid av to samvirkeforetak.

³⁹ Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra a, jf. § 2-2, 1. ledd litra d.

⁴⁰ Utv. 1996 s. 1259 FIN.

⁴¹ Samvirkelovutvalget kom med sin utredning i NOU 2002:6. En proposisjon er forventet å komme i løpet av kort tid.

⁴² Lignings-ABC 2005 på nettet, oppslagsord ”Samvirkeforetak”, pkt. 1.2:

<http://www.skatteetaten.no/MondoSearch/search.aspx?id=29566&q=samvirkeforetak&CatInMS=Lignings-ABC&Advanced=true&epslanguage=NO>

⁴³ NOU 2002:6, pkt. 6.2.

Boligbyggelag som er regulert i bustadbyggjelagslova skal etter forarbeidene⁴⁴ inngå som subjekt her – altså som en form for samvirkelag.

Sparebanker, andre selveiende finansieringsforetak, gjensidige forsikringsselskap og samvirkeforetak regnes altså alle som subjekt på linje med aksje- og allmennaksjeselskaper. I forarbeidene er dette begrunnet i likhetshensyn.⁴⁵

Etter § 2-38, 1. ledd litra b er også *aksjefond* å regne som subjekt under fritaksmetoden. Aksjefond er i skattelovens forstand verdipapirfond som ”eier en eller flere aksjer”, jf. § 10-1, 3. ledd første pkt. Motsatt er *obligasjonsfond* verdipapirfond som ”etter vedtektene skal plassere midlene i andre verdipapirer enn aksjer”, jf. § 10-1, 3. ledd annet pkt.

Ifølge Verdipapirfondenes forenings nettside⁴⁶ er det vanlig å dele verdipapirfondene inn i fire hovedkategorier: *Aksjefond*, *kombinasjonsfond*, *obligasjonsfond* og *pengemarkedsfond*. De to sistnevnte regnes som *rentefond*. Etter Verdipapirfondenes forenings standard defineres et aksjefond som et verdipapirfond som normalt skal investere minst 80 % av fondets forvaltningskapital i aksjer – og som normalt ikke skal investere i rentebærende papirer. Denne definisjonen skiller seg derfor fra *skattelovens*. Kombinasjonsfond (kombinasjon av aksje- og rentefond) vil altså falle inn under skattelovens definisjon av aksjefond, som ikke stiller høyere krav enn at fondet eier én aksje. Aksjefond defineres ut fra *faktisk* plassering, mens obligasjonsfond er definert ved *formålet*. En kan spørre seg hva som blir løsningen der *formålet* er å plassere midlene i annet enn aksjer, mens de samtidig *faktisk* er plassert i aksjer.

Alle verdipapirfond er egne skattesubjekt etter § 2-2, 1. ledd *litra e*.⁴⁷ Men § 2-38, 1. ledd litra a, henviser bare til § 2-2, 1. ledd litra *a til d*. Av verdipapirfondene er bare *aksjefond* nevnt i § 2-38, 1. ledd. Dette betyr at blant annet obligasjonsfond faller utenfor fritaksmetoden som subjekt – selv om disse fondene i andre sammenhenger i

⁴⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁴⁵ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁴⁶ http://www.vff.no/Internett/Fakta_om_fond/Hva_er_et_verdipapirfond/ (januar 2007).

⁴⁷ Dette var forutsatt ved skattereformen i 1992 (Ot. prp. nr. 35 (1990-1991) pkt. 35.2, s. 365), og det er også uttalt i Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

loven regnes som likestilte med aksjeselskap. I forarbeidene⁴⁸ legges det til grunn at obligasjonsfond ikke kan eie andeler i aksjefond eller andre egenkapitalinstrumenter – som grunnfondsbevis. Et fond kan heller ikke eie derivater, finansielle instrumenter som utledes fra et annet underliggende objekt, om det skal regnes som obligasjonsfond etter § 10-1, 3. ledd annet pkt.

En videreutdeling fra et obligasjonsfond vil ikke bli beskattet som utbytte, men som renter.⁴⁹
Dermed har fondet fradragsrett for rentene, og kjedebeskatning inntreer ikke på samme måte som for aksjefond.

Også en rekke subjekter hvor *videreutdeling* normalt ikke skjer, eller ikke blir beskattet, er omfattet på fritaksmetodens subjektside.

Konkursbo har normalt en begrenset skatteplikt.⁵⁰ Der konkursdebitor er subjekt under fritaksmetoden, vil konkursboet også være det.⁵¹ Boet betaler dermed ikke skatt av inntekter som debitor kunne mottatt skattefritt. At boet er subjekt, er følgelig en fordel for kreditorene. Konkursbo etter en *fysisk* person er ikke omfattet av fritaksmetoden.⁵²

*Administrasjonsbo*⁵³ er subjekt hvis debitor er det, på lik linje med konkursbo.

Stiftelser er omfattet, jf. § 2-38, 1. ledd litra f. En stiftelse er en ”formuesverdi” som ved en rettslig disposisjon ”selvstendig er stilt til rådighet for et bestemt formål”, jf. stiftelsesloven § 2. Stiftelser har altså verken eiere eller medlemmer. Definisjonen i loven angir at formålet kan være av ideell, humanitær, kulturell, sosial, utdanningsmessig, økonomisk eller *annen* art. Det er altså ingen skranker her. Dersom rettsdannelsen kommer inn under definisjonen, regnes den som en stiftelse uansett hva den er betegnet som, jf. § 2, 2. pkt. Om den er kalt noe annet, for eksempel legat, fond

⁴⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁴⁹ Zimmer m.fl. (2006) s. 187 og 330.

⁵⁰ Jf. sktl. § 2-2, 1. ledd litra h, jf. § 2-33, 1. ledd.

⁵¹ Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra h.

⁵² Sml. avgrensningene for aksjonærmodellen i § 10-12, 3. ledd.

⁵³ Subjekt etter § 2-38, 1. ledd litra h.

eller institusjon, får ingen betydning. Ønsket om ikke å sette (enkelte) stiftelser i vanskeligere posisjon enn andre typer organisasjoner taler med styrke for å inkludere dem i fritaksmetoden.

Etter § 2-38, 1. ledd litra e, er *foreninger* omfattet. Hva en ”forening” er, er ikke definert i lov. Men enkelte begrepskjennetegn kan oppstilles: Foreninger har ikke eiere, men medlemmer. Virksomheten drives ikke for medlemmenes regning og risiko (bortsett fra eventuell kontingent), og det drives gjerne (men ikke nødvendigvis) ideell virksomhet. Dersom det drives økonomisk virksomhet, kan det oppstå avgrensningsspørsmål mot aksjeselskaper eller samvirkelag. Men denne sontringen er ikke sentral her, de er alle omfattet av fritaksmetoden. Å slippe nettopp denne sontringen er et sterkt argument for at foreninger skal omfattes. Men det er også et viktig moment at *videreutdeling er umulig*.

*Kommuner og fylkeskommuner*⁵⁴ er listet opp som subjekt i § 2-38, 1. ledd litra g. Disse er som hovedregel fritatt for skatteplikt etter § 2-30, 1. ledd litra c. Det er likevel oppstilt unntak i § 2-5, blant annet er visse aksjegevinster skattepliktig etter denne bestemmelsen. Fritaksmetoden likestiller ulike typer aksjegevinster, og bidrar etter forarbeidene dermed til ”nøytralitet mellom kommunalt eide virksomheter uavhengig av organisasjonsform”.⁵⁵

Interkommunale selskaper er også subjekter (jf. § 2-38, 1. ledd litra c). I et slikt selskap er alle deltakerne kommuner, fylkeskommuner eller interkommunale selskaper, jf. lov om interkommunale selskaper § 1. Interkommunale selskaper hvor deltakerne har *ubegrenset* ansvar kunne tidligere både organiseres som selskaper med udelt ansvar (ANS) og med delt ansvar (DA). De førstnevnte skulle da deltakerlignes etter § 10-40 flg., de sistnevnte selskapslignes, jf. § 2-2, 1. ledd litra g.⁵⁶ Nå skal alle interkommunale selskaper som tidligere var organisert etter selskapsloven (dvs. med ubegrenset ansvar) være omorganisert til selskap med delt ansvar, jf. lov om interkommunale selskaper

⁵⁴ Jf. kommuneloven.

⁵⁵ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.2.1.

⁵⁶ Zimmer m.fl. (Oslo 2006) s. 471.

§ 40.⁵⁷ Det har altså blitt påbudt med selskapsformen DA. Der deltakerne har *begrenset* ansvar gjelder ikke lov om interkommunale selskaper, jf. lovens § 1, 3. pkt. Etter lovens § 41 skal disse selskapene nå enten være organisert som aksjeselskap (og da falle utenfor loven) eller DA – og i sistnevnte tilfelle har deltakerne et delt, *ubegrenset* ansvar. Det innebærer at tidligere interkommunale selskaper med begrenset ansvar, og som vil videreføre dette, nå organiseres som aksjeselskap. Dermed er de omfattet av fritaksmetoden *av den grunn*. At § 2-38 inkluderer interkommunale selskaper, får derfor selvstendig betydning bare for selskapene som er organisert som DA. At interkommunale selskaper er subjekt for fritaksmetoden, er således et sjeldent eksempel på at et DA omfattes.

Selskaper som er *heleid av staten*, deriblant *statsforetak*, er også nevnt i opplistingen av subjekter. Etter § 2-30, 1. ledd litra b er staten normalt fritatt for skatteplikt. Men etter § 2-2, 1. ledd litra f er statsforetak egne skattesubjekter – så skattefritaket gjelder ikke disse. Også for statsforetak etter statsforetaksloven skal reglene om beskatning av utbytte (som deles ut til staten, jf. lovens § 17) anvendes ”så langt de passer”, jf. § 10-1, jf. § 2-2. Ettersom staten er fritatt for skatteplikt etter § 2-30, 1. ledd litra b, vil videreutdeling ikke være skattepliktig.

3.2.2 Retningslinjer

Valget av hvilke subjekter som er omfattet av fritaksmetoden, kan sies å være basert på enkelte retningslinjer.

Etter forarbeidene vil det *for det første* i utgangspunktet være en ”generell forutsetning for å inkludere et subjekt under fritaksmetoden at (videre)utdeling til fysisk person beskattes på personens hånd”. Det presiseres samtidig at denne forutsetningen ikke alltid vil være avgjørende, særlig der ”hensynet til å motvirke aktive tilpasninger” ikke

⁵⁷ Etter lov om interkommunale selskaper § 40, 1. ledd, 1. pkt. måtte selskapene som var organisert etter selskapsloven omorganiseres innen ”fire år etter lovens ikrafttredelse”. Loven trådte i kraft 1. januar 2000, og innen 1. januar 2004 måtte altså alle endringene være foretatt.

gjør seg gjeldende.⁵⁸ Gjennomgangen av de opplistede subjektene tydeliggjør at det ikke er avgjørende at *videreutdeling beskattes*. Men dette er likevel – i tråd med forarbeidenes uttalelser – et klart utgangspunkt for å omfattes.

Det ble *for det andre* uttalt i forarbeidene at det er ønskelig å behandle virksomheter *skattemessig likt uansett organisasjonsform*, ”med mindre særlige forhold begrunner en annen løsning”.⁵⁹ For enkelte av de omfattede subjektene hvor videreutdeling *ikke* beskattes, er årsaken at videreutdeling enten er umulig eller allerede skattefrie som følge av andre regler. Likebehandling fremtrer likevel som en sterk retningslinje.

For det tredje omfattes bare *egne skattesubjekter*,⁶⁰ og disse må kunne *eie aksjer*.

For det fjerde synes *ansvarsformen* å være sentral, ansvaret for subjektets forpliktelser er begrenset til dets kapital.⁶¹

Særlig retningslinjen om likebehandling av organisasjonsformer reiser spørsmål om andre typer norske selskaper enn de som eksplisitt er nevnt, kan være subjekt - eller om listen er *uttømmende*. Dette vil gjelde andre (og gjerne lignende) organisasjonsformer hvor utvidende tolkninger eller analogier kan være i samsvar med *formålet* med skattefritaket.

Finansdepartementet har i et svarbrev til et revisjonsbyrå i oktober 2005⁶² uttalt at *bygdeallmenninger* ikke er omfattet av fritaksmetoden som subjekt.

Bygdeallmenninger er ikke eget skattesubjekt i seg selv. Men etter § 2-2, 1. ledd litra h, skal allmenningskassene lignede som eget subjekt. Avkastningen av allmenningens virksomhet blir dermed beskattet på allmenningens hånd.

⁵⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁵⁹ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁶⁰ Med ett unntak: Interkommunale selskaper organisert som DA.

⁶¹ Med ett unntak: Interkommunale selskaper organisert som DA.

⁶² Utv. 2005 s. 1245.

Finansdepartementet kunne ”ikke se at uttalelser i forarbeidene eller reelle hensyn tilsier at ordlyden må tolkes utvidende” her. Uttalelsen er interessant ved at den viser at departementet holder *muligheten for utvidende tolkninger* åpen.

Motsatt ble det understreket i forarbeidene at departementet fremover vil følge med på tilpasninger som har til formål å overføre inntekter fra selskaps- til personsektoren uten at avkastningen (ut over eventuelt skjermingsfradrag) blir beskattet.⁶³ Denne uttalelsen tyder på at det forløpende vil bli vurdert om listen av subjekter går *for vidt*.

3.3 Utenlandske subjekter

Etter § 2-38, 1. ledd litra i gjelder fritaksmetoden også for utenlandske selskaper mv. som *tilsvarer* subjektene som omfattes etter 1. ledd litra a til h. Hva som ligger i dette, har vært gjenstand for offentlig debatt.⁶⁴ Her er formålet å peke på noen sentrale utfordringene dette uttrykket reiser.

Selskaper som ikke er hjemmehørende i Norge, har uansett ikke alminnelig skatteplikt hit, men vil kunne være begrenset skattepliktige etter § 2-3. Hvilke utenlandske selskaper som ”tilsvarer” de norske formene, er viktig også i forhold til kildeskatt på utbytte (§ 10-13) og konsernbidragsreglene (§ 10-4, 2. ledd).

Internasjonalt har de fleste land en *aksjeselskapsform* som tilsvarende den norske.

For Europas del vises dette klart i EUs kapitaldirektiv.⁶⁵ Her blir for eksempel *aktieselskabet* i Danmark og *die Aktiengesellschaft* i Tyskland nevnt – men ikke det danske *anpartsselskabet* og det tilsvarende tyske *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH – selskap med begrenset ansvar). Her hefter heller ingen eiere ubegrenset, og de må derfor også regnes som likestilt med våre aksjeselskapsformer – i tråd med at ansvarsformen er det sentrale.⁶⁶ Kapitaldirektivet er

⁶³ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1.

⁶⁴ Se eksempelvis Grydeland (2006).

⁶⁵ Selskapsdirektiv nr. 2 – 77/91/EØF.

⁶⁶ Se den danske lov om anpartsselskaber § 1, som trådte i kraft 19. juni 1996.

derfor ikke egnet til å være retningsgivende for hvilke europeiske selskapsformer som skal inngå i fritaksmetoden.

På samme måte vil en rekke av de opplistede subjektene ha utenlandske motstykker, uten at spørsmålet om fritaksmetodens rekkevidde settes på spissen.

I tvilstilfellene er spørsmålet hvor strengt listen skal tolkes etter sin ordlyd. Som nevnt ovenfor, vil både utvidende tolkninger og regelendringer som innebærer innskrenkninger kunne være aktuelt. I forarbeidene uttales det at det både på subjekt- og objektsiden må foretas en konkret vurdering.⁶⁷ Det understrekes at det ikke kan kreves at selskapene er underlagt *identiske* regler. Men det må ligge i vilkåret at lovgivningen i utlandet ikke kan avvike fra den tilsvarende norske på ”sentrale punkter”. Det gis også uttrykk for at måten den utenlandske virksomheten ”rent faktisk opererer og er organisert” på skal inngå i den konkrete vurderingen.

Problemet er at denne vurderingen potensielt må foretas et utall ganger, det eksisterer en lang rekke ulike virksomhetsformer. Forvaltere har uttrykt misnøye med uklare retningslinjer, og har ønsket en liste over hvilke selskaper innen EØS-området som kan likestilles med de norske subjektene som omfattes.⁶⁸

Deltakerlignede selskaper (KS, ANS mv.) anses ikke som subjekt under fritaksmetoden. Det påpekes i forarbeidene⁶⁹ at utenlandske selskaper som ville ha blitt deltakerlignet etter *norske* regler, heller ikke i relasjon til fritaksmetoden skal sees på som eget skattesubjekt. Dette tyder på at det avgjørende er hvordan selskapsformen skattemessig ville blitt behandlet i Norge. Selskapsformer som ville blitt deltakerlignet i Norge, faller altså utenfor fritaksmetoden – selv om de regnes som eget skattesubjekt i hjemstaten. Samtidig vil selskaper som deltakerlignes i hjemstaten, omfattes av fritaksmetoden dersom det ville blitt selskapslignet i Norge.

⁶⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (iv).

⁶⁸ Se for eksempel oppslag i Finansavisen 1. juni 2006 s. 32 flg. (”En kilde til uro”).

⁶⁹ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.2.1 (iv).

Et eksempel til illustrasjon kan være Tysklands kommandittselskap med aksjer, *Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA)*. Et slikt selskap har tidligere vært eget subjekt i Tyskland på linje med aksjeselskaper, og kan inngå i konserner. Det består av minst én person som hefter ubegrenset for gjelden og minst fire aksjonærer som ikke hefter personlig – altså som et norsk kommandittselskap. Tidligere ble det selskapslignet i Tyskland, men etter en lovendring blir det nå deltakerlignet etter tysk rett.⁷⁰ En slik endring av tysk rett har altså ikke betydning for om KGaA kommer innenfor den norske fritaksmetoden eller ikke – det avgjørende er at den tilsvarende norske selskapsformen (KS) deltakerlignes.

I Rt. 2002 s. 747 bemerket Høyesterett at et engelsk *trust* ikke kan likestilles med en norsk stiftelse, og at en trust ikke kan anses som selveiende. Vi har ikke noen tilsvarende organisasjonsform som truster i norsk rett, og truster vil derfor ikke være omfattet av fritaksmetoden. (Ettersom truster alltid er utenlandske, er det bare kildeskatt på utbytte som er aktuelt.)

Fritaksmetoden forutsetter også at man har kjennskap til hvem som er eiere av subjektet.⁷¹ Dette reiser store utfordringer ved truster, og taler sterkt uansett imot at utdelinger fra disse skal være omfattet av fritaksmetoden.

3.4 Inntekter som omfattes

3.4.1 Inntektstyper

På objektsiden blir det *innenfor EØS* et spørsmål om hvilke inntekter som faller innenfor fritaksmetoden. For inntekter og tap *utenfor EØS* må en *i tillegg* til dette se om noen av unntakene kommer til anvendelse.

⁷⁰ Sverige måtte foreta denne diskusjonen i forbindelse med spørsmål om konsernbidrag, se RÅ 1996 ref. 69. Den bindende forhånduttalelsen av SNR (Skatterettsnemden) gikk imot likebehandling av et KGaA og et AG (Aktiengesellschaft), mens RR (Regeringsrätten) mente at selskapsformene skulle likebehandles. Det bemerkes at dette var før skattereglene for selskapsformen KGaA ble endret i Tyskland.

⁷¹ NOU 2005:13 s. 44.

Først presenteres de aktuelle inntektstypene, og fritaksmetoden omfatter både *gevinst ved realisasjon, uttak og utbytte*.

*Gevinst ved realisasjon*⁷² (typisk salg) vil være verdistigningen objektet har hatt i subjektets eiertid.

Uttak,⁷³ hvor et objekt blir overført eller får endret bruk uten realisasjon, likestilles med realisasjon i forhold til fritaksmetoden. Dermed kan et selskap dele ut aksjer til aksjonærer uten at selskapet må skatte av gevinsten. På denne måten er intensjonen å skattemessig likebehandle dette med salg av aksjene.⁷⁴

Utbyttebegrepet er definert i § 10-11, 2. ledd, jf. 3. ledd. Utbytte er enhver *vederlagsfri overføring* av verdier fra selskap til aksjonær. Unntak gjøres blant annet for tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.

3.4.2 Objekter

Etter § 2-38, 2. ledd omfattes *for det første* inntekter som stammer fra selskap mv. som er nevnt i 1. ledd litra a til c. Dette innebærer inntekter fra eierandel i *aksjeselskap* og *allmennaksjeselskap*. Aksjegevinster og aksjeutbytte er kjerneobjektene innenfor fritaksmetoden.

Inntekter fra *sparebanker* er objekt, og dette innebærer at avkastning av grunnfondsbeviser blir inntekt som er skattefrie. Det samme gjelder utbytte fra *andre selveiende finansieringsforetak, gjensidige forsikringselskap og samvirkeforetak*.⁷⁵

⁷² Jf. § 9-2.

⁷³ Jf. § 5-2.

⁷⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.3. Her omtales mottakeren som "selskapsaksjonær", men de samme hensynene gjør seg gjeldende for aksjonærer som er fysiske personer. En kan derfor neppe anse regelen for å være begrenset til selskapsaksjonærer, jf. Zimmer m.fl. (2006) s. 347.

⁷⁵ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (ii). (Finansdepartementet har for øvrig foreslått at utbytte fra samvirkeforetak i 2006 ikke skal beskattes, jf. Ot. prp. nr. 20 (2006-2007) kap. 5.)

Videre er inntekter fra eierandeler i *aksjefond* omfattet, men ikke obligasjonsfond (som heller ikke er subjekt). Dette gjelder både utdelinger og gevinster. Også avkastning på eierandel i interkommunalt selskap er omfattet.

Utdelinger fra foreninger, stiftelser og konkursbo er ikke inkludert. Bakgrunnen for det sistnevnte er at dekning av kreditors krav ikke er relatert til eierinteresse. Utdeling fra *forening* og *stiftelse* har ikke samme karakter av avkastning av eierandel (og er dessuten ofte skattefri uansett), og er ikke omfattet i § 2-38, 2. ledd. Det finnes heller ikke grunnlag etter reglene for utbytteskatt (§ 10-11 flg.) for å skattlegge kreditor for utlodning fra *konkursbo*, og slik utdeling er det derfor ikke omfattet. Dekning av kreditors krav er heller ikke relatert til eierinteresse.

Utdeling fra statsforetak er skattefri, staten er ikke skattepliktig. Kommuner og fylkeskommuner deler ikke ut utbytte eller lignende.

For det andre omfattes *gevinst* ved realisasjon av eierandel i *deltakerlignede* selskaper.

Der en personlig deltaker mottar *utdeling* fra et deltakerlignet selskap, skal det beregnes et tillegg i alminnelig inntekt for mottakeren (jf. § 10-42). Dette gjelder ikke for selskapsdeltakere. Her følger altså skattefritak av andre regler.

Også disse inntektene vil bli beskattet på de personlige aksjonærens hånd ved senere utdeling. Dermed ville det blitt trippelbeskatning i disse tilfellene dersom fritaksmetoden ikke skulle sikret skattefritak for gevinsten: Først ville løpende inntekt for det deltakerlignede selskapet beskattes hos selskapsdeltakeren (aksjeselskapet). Så ville samme inntekt beskattes i form av gevinst ved salg av andel, og endelig hos aksjonæren ved utdeling fra aksjeselskapet. Dette tilsier at gevinst ved salg av andel i deltakerlignede selskaper skal være omfattet av fritaksmetoden.⁷⁶

⁷⁶ Forslaget om å inkludere gevinst ved realisasjon av eierandel i deltakerlignede selskaper ble lansert av *Uttaksutvalget* i NOU 2005:2, med tilslutning av departementet i Ot. prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.8.1. Utvidelsen ble vedtatt i form av endringslov av 17. juni 2005 nr. 74.

For det tredje omfattes også gevinst ved realisasjon av *finansielle instrumenter* med eierandel i aksjeselskap (og allmennaksjeselskap), jf. § 2-38, 2. ledd litra c. Dette vil typisk være *opsjoner, utstedelsesretter* som gir rett til nye eierandeler og *terminkontrakter* for senere overdragelse av eierandeler.⁷⁷ Begrunnelsen i forarbeidene er særlig at det er ønskelig å legge til rette for bruk av derivater til *sikring og risikostyring* (for eksempel bruk av salgsoption til sikring mot kursfall på aksje).

Departementet vurderte å beskatte gevinst av derivat, mens tilsvarende tap *ikke* skal gi fradragsrett – slik Sveriges system er. Dersom det blir nødvendig for å unngå misbruk, ble det fremhevet at en slik løsning måtte vurderes på nytt. Det ble også antatt at det først og fremst er investorer med porteføljeinvesteringer som bruker derivater på den ønskede måten.⁷⁸ En porteføljeavgrensning ville dermed sannsynligvis medført at derivater hadde blitt holdt utenfor på objektsiden.

Hva som er et ”finansielt instrument” er ikke nødvendigvis åpenbart ut fra ordlyden. I desember 2005 besvarte Finansdepartementet et spørsmål om konvertible obligasjoner er omfattet av fritaksmetoden negativt.⁷⁹ Begrunnelsen var at renteelementet (fordringen) i slike instrumenter også ville bli skattefritt/ikke fradragsberettiget om det var omfattet. Departementet uttalte at § 2-38, 2. ledd litra b etter deres syn skal begrenses til ”derivater”. I et tidligere brev (av september 2005), ble aksjeindeksobligasjoner heller ikke ansett å være omfattet av fritaksmetoden – *låneforholdet* er det mest fremtredende trekket ved slike obligasjoner.⁸⁰

⁷⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.4.

⁷⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

⁷⁹ Utv. 2005 s. 1398.

⁸⁰ Utv. 2006 s. 485.

3.4.3 Unntak utenfor EØS

For inntekter som stammer fra selskaper hjemmehørende⁸¹ utenfor EØS, inneholder fritaksmetoden to unntak.

For det første er utbytte og gevinst på aksje i selskap som er hjemmehørende i lavskatteland⁸² utenfor EØS, ikke omfattet, jf. § 2-38, 3. ledd litra a. Det samme gjelder finansielle instrumenter hvor aksjer i et slikt selskap er det underliggende objektet. NOKUS-reglene (§ 10-60 flg.) setter uansett begrensninger der norske skattytere (til sammen) eier eller kontrollerer minst 50 prosent av aksjene i et slikt selskap. Avgrensningen mot investeringer i lavskatteland utenfor EØS får derfor bare betydning for mindre eierandeler enn 50 prosent. NOKUS-reglene er ment å gå foran fritaksmetoden der begge synes anvendbare.⁸³

Hvilke land som skal anses som lavskatteland, følger av definisjonen i NOKUS-reglene, jf. § 2-38, 3. ledd litra a, som henviser til § 10-63. I forarbeidene begrunnes løsningen først og fremst med administrative hensyn.⁸⁴ Dermed er et "lavskatteland" stater hvor den alminnelige inntektsskatten "utgjør mindre enn to tredjedeler" av skatten selskapet ville ha blitt ilignet dersom det hadde vært hjemmehørende i Norge, jf. § 10-63.

Finansdepartementet har i medhold av § 10-70 kompetanse til å gi forskrifter om utfylling og gjennomføring av blant annet NOKUS-bestemmelsene. I fsfin. § 10-63-2 er en rekke land opplistet som lavskatteland. Disse vil klassifiseres slik uten en nærmere vurdering. På samme måte anses en del land automatisk *ikke* som lavskatteland, jf. fsfin. § 10-63-3. For alle andre stater må en benytte seg av definisjonen i § 10-63.

⁸¹ Begrepet "hjemmehørende" behandles nærmere i relasjon til tilpasninger som involverer utlandet (pkt. 8.2).

⁸² Sktl. § 2-38 bruker "lavskatteland", mens NOKUS-reglene (§ 10-63 flg.) bruker "lavskattland". Forskriftene er ikke konsekvente. Jeg velger å bruke "lavskatteland", ettersom det synes mest benyttet i teorien.

⁸³ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.2.

⁸⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.3.

Koblingen mellom fritaksmetoden og definisjonen av ”lavskatteland” i NOKUS-reglene reiser flere spørsmål. I § 2-38, 3. ledd litra a henvises det bare til § 10-63, ikke til § 10-64 om skillet mellom passive og aktive inntekter i skatteavtaleland. Denne unntaksregelen kan dermed ikke sies å gjelde i relasjon til fritaksmetoden.

Denne betraktningen behandles ikke direkte i forarbeidene. Men det må være klart nok at fritaksmetoden ikke gjelder aksjeinntekter på aksjer i aktive selskaper i lavskatteland utenfor EØS som Norge har skatteavtale med.

Koblingen betyr også at en rekke land kan ha betydelig lavere skattenivå enn Norge, men likevel ikke regnes som lavskatteland etter fritaksmetodens regler. Investeringer i selskap hjemmehørende i land med skattesats på ca. 18 til 28 prosent (altså over grensen på to tredjedeler) vil komme innenfor fritaksmetoden, og dermed totalt sett beskattes lavere enn investeringer i Norge. Dette bryter for så vidt med prinsippet om kapitaleksportnøytralitet – skattemessig nøytralitet mellom investeringer innenfor og utenfor Norge.⁸⁵

Generelle grensespørsmål for definisjonen i § 10-63 behandles ikke nærmere her. Samspillet mellom NOKUS-reglene og fritaksmetoden (innenfor EØS) behandles under pkt. 8.3 nedenfor.

For det andre omfatter ikke fritaksmetoden *porteføljeinvesteringer* i selskaper utenfor EØS, jf. § 2-38, 3. ledd litra b til e. Eierandelen må være over 10 prosent for at inntekten skal være kvalifiserende. Avgrensningen får altså selvstendig betydning for inntekter fra stater utenfor EØS som *ikke er lavskatteland*. For å begrense tilpasningsmulighetene, er det også satt krav til eiertiden. Skattyter må derfor ha eid minst 10 prosent av kapitalen og hatt minst 10 prosent av stemmene ved generalforsamlingen *sammenhengende i to år*. Dette kravet er absolutt, ingen skjønnsmessige regler åpner for unntak. For *utbytte* vil en kunne medregne tid både før og etter innvinningen, en må ikke vente i to år etter ervervet før utbytte blir skattefritt.

⁸⁵ Hovland (2006).

I et brev av 30. oktober 2006⁸⁶ besvarte Skattedirektoratet et spørsmål om gevinst (eller tap) ved realisasjon av eierandel i et svensk fond (aksjeindeksbevis) er omfattet av fritaksmetoden på objektsiden. Verdien og karakteren av aksjeindeksbeviset er utledet av det underliggende objekt, og slike derivater regnes alltid som porteføljeinvesteringer.⁸⁷ Fondet eide aksjer i ulike land. Spørsmålet var *hvor stor del av verdien av de underliggende objektene som må være innenfor EØS* – ettersom fritaksmetoden er avgrenset mot porteføljeinvesteringer utenfor EØS. I forarbeidene ble det uttalt at indeksen ” i all hovedsak ” må referere seg til selskaper innenfor EØS for at skattefritak skal bli resultatet. Skattedirektoratet uttalte at minst ”90 prosent av markedsverdiene på underliggende aksjer mv. må referere seg til selskaper innenfor EØS”.

Etter 3. ledd litra c omfattes ikke *tap* hvor skattyteren og hans nærstående til sammen ”ikke på noe tidspunkt” har eid minst 10 prosent, *eller* hatt minst 10 prosent av stemmene ved generalforsamlingen (i den siste toårsperioden før oppofrelsestidspunktet) av fritaksmetoden. Dersom skattyteren har eid over 10 prosent i en periode kortere enn to år, får han altså fradragsberettiget tap selv om skattefri gevinst er utelukket – reglene er ikke helt symmetriske for gevinst og realisasjonstap. Men hva om skattyteren eier over 10 prosent av aksjene i et selskap hjemmehørende i et lavskattelands i kortere enn to år? Etter § 2-38, 3. ledd *litra a* er et slikt tap *ikke* omfattet av fritaksmetoden. Det vil da være fradragsberettiget. Men etter § 2-38, 3. ledd *litra c* vil tapet være omfattet av fritaksmetoden. Her må løsningen være at symmetriprinsippet slår igjennom. Tilsvarende gevinst er ikke skattefri, og tapet må da være fradragsberettiget.

Hvem som er ”nærstående” defineres i 4. ledd, og omfatter selskaper og personer *skattyteren har eierinteresse i*, og selskaper og personer som har *eierinteresse i skattyteren*. I tillegg likestilles nærstående med skattyteren, så det tilsvarende gjelder for denne. Det er et krav om *betydelig* direkte eller indirekte eierinteresse, definert som minst 10 prosent av kapitalen eller stemmene ved generalforsamlingen. Den brede definisjonen av ”nærstående” skal forhindre at skattyteren tilpasser seg ved å spre eierandeler av skattemessige hensyn.⁸⁸

⁸⁶ Uttalelsen skal inntas i Utvalget nr. 10/2006.

⁸⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

⁸⁸ Begrepet ”nærstående” behandles ikke nærmere her.

Et aksjeselskap kan eie andel i et deltakerlignet selskap, som igjen eier aksjer. Situasjonen kan bli at gevinsten ved salg av andelen i det deltakerlignede selskapet blir skattefritt (etter fritaksmetoden), selv om aksjene *dette* selskapet (ANS) eide hadde falt utenfor fritaksmetodens anvendelsesområde om det hadde vært eid direkte av et aksjeselskap. Hvis verdiene av disse aksjene overstiger *10 prosent av selskapet totale verdier av aksjer* på realisasjonstidspunktet, blir derfor ikke gevinsten ved salg av eierandelen i det deltakerlignede selskapet skattefri, jf. § 2-38, 3. ledd litra e. Hvor det deltakerlignede selskapet er hjemmehørende, er uten betydning. Bakgrunnen er at det skal være likegyldig om aksjeselskapets inntekt er innvunnet direkte eller gjennom et deltakerlignet selskap.⁸⁹

⁸⁹ Ot. prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.8.2.3.

4 Omgåelse

4.1 Tilpasninger - omgåelse

Å *tilpasse seg skattereglene* for å minimalisere beskatningen (skatteplanlegging), er i utgangspunktet lovlig. Spørsmålet om ulovlig *omgåelse* oppstår der slike innrettelser kan være i strid med skattelovgivningens formål. *Pro forma*-saker og rettsforhold med *uriktige betegnelser* faller utenfor omgåelsesspørsmålet.⁹⁰ Det samme gjør *skatteunndragelse*, som kan brukes som betegnelse der det gis *gale eller ufullstendige opplysninger*.

Grensen mellom lovlige tilpasninger og ulovlig omgåelse kan være vanskelig å trekke. I pkt. 4.2 gjennomgås den ulovfestede omgåelsesnormen i konsentrert form, før sktl. § 14-90 behandles under pkt. 4.3. Pkt. 4.4 inneholder noen særlige betraktninger om omgåelsesspørsmålet knyttet til fritaksmetoden.

4.2 Den ulovfestede omgåelsesnormen

Skatteretten har ingen lovfestet generell omgåelsesregel, men en slik norm er utviklet i rettspraksis. I Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) uttalte Høyesterett at det har vært oppstilt som et grunnvilkår for gjennomskjæring at ”det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt”. Men samtidig kan ikke gjennomskjæring foretas ”utelukkende fordi en transaksjon er skattemessig motivert”, jf. Rt. 1999 s. 946 (ABB). Dersom grunnvilkåret om *skattemotiv* er oppfylt, beror avgjørelsen på en *totalvurdering*. Det sentrale spørsmålet er for det første ”hvilken egenverdi disposisjonen har ut over skattebesparelsen” (*egenverdikravet*), jf. Rt. 1999 s. 946. Det forlanges ikke at egenverdien har tilnærmet like stor vekt som skattebesparelsen for å gå klar av gjennomskjæring. Både positive og negative virkninger for skattyter skal tas med i vurderingen av egenverdi, noe både flertall og mindretall i Rt 2002 s. 456 (Hydro Canada) fastslo.

⁹⁰ Zimmer (2005) s. 59.

For det andre må det vurderes om ”det skatterettslige resultatet” dersom en skulle godta disposisjonen ”fremtrer som stridende mot skattereglenes formål” (*illojalitetsvurderingen*), jf. Rt. 1999 s. 946.

Illojalitetsvurderingen skal (etter sistnevnte dom) ”foretas på objektivt grunnlag uavhengig av partenes subjektive forhold”. Det er altså ikke skattyters oppfatning av hvordan disposisjonen forholder seg til skattereglene som skal vurderes.

I sin doktoravhandling om emnet oppsummerer Bettina Banoun rettstilstanden her på denne måten: ”Hvis et forhold mangler tilstrekkelig egenverdi sammenlignet med størrelsen av den skattefordel som forholdet medfører, og skattefordelen etter en skatterettslig vurdering må anses som stridende mot skattelovens regler, system og/eller formål, kan hel eller delvis gjennomskjæring finne sted. Avgjørelsen beror på en konkret helhetsbedømmelse.”⁹¹

4.3 Spesiell gjennomskjæring – § 14-90

Etter en lovendring i 2004⁹² skal enkelte tilpasningsforsøk vurderes etter en særregel i sktl. § 14-90, som gjelder *skattemotiverte* transaksjoner ved overføring av *generelle skatteposisjoner*.⁹³ Bestemmelsen er delvis en videreføring av eldre rett.

Nødvendigheten av en slik regel øker likevel med fritaksmetoden, som gjennom skattefritak for aksjegevinst kan gi særlige incentiver til skatteplanlegging i form av overføring av skatteposisjoner. Det presiseres likevel i forarbeidene at det *ikke* er noe vilkår for spesiell gjennomskjæring etter § 14-90 at transaksjonen gjennomføres *skattefritt*.⁹⁴ Dette gjelder både ved bruk av fritaksmetoden og reglene om skattefrie omdannelser. Men i denne fremstillingen behandles kun tilpasninger som på et eller annet stadium involverer bruk av fritaksmetoden.

⁹¹ Banoun (2003) s. 342.

⁹² Tilføyd ved lov 10.des. 2004 nr. 77 (virkning f.o.m. 6. oktober 2004).

⁹³ Bestemmelsen gjennomgås her, i tilknytning til gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag, for å kunne sammenligne vurderingstemaene. Overføring av generelle skatteposisjoner behandles nærmere i kap. 7 nedenfor.

⁹⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

4.3.1 Generelle skatteposisjoner

Subjekter under § 14-90 er aksjeselskaper og likestilte selskaper. Skatteposisjonene skal være ”uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost”, jf. § 14-90, 1. pkt, såkalte *generelle skatteposisjoner*. Dette kan være *skattefordeler*, typisk fremførbart underskudd. Dersom vilkårene er oppfylt, skal skatteposisjonen ”falle bort”, jf. litra a. Også generelle skatteposisjoner som representerer *skatteforpliktelser*, for eksempel positiv gevinst- og tapskonto, reguleres. Rettsfølgen vil da være at posisjonen ”inntektsføres uten rett til avregning mot underskudd”, jf. litra b. Resultatet er altså bortfall eller oppgjør av den generelle skatteposisjonen om transaksjonen er skattemessig motivert. Selve transaksjonen blir stående. Ved gjennomskjæring etter § 14-90 er rettsfølgene *klart definerte*, i motsetning til gjennomskjæring etter den ulovfestede normen.

4.3.2 Transaksjoner

For det første kan § 14-90 komme til anvendelse der selskapet får ”endret eierforhold” som følge av en transaksjon. Tidligere gjaldt en tilsvarende regel kun ved fusjoner og fisjoner, nå omfattes også aksjesalg. En annen utvidelse, som er begrunnet med fritaksmetodens inntreden, er at *positive skatteposisjoner* er omfattet. Fritaksmetoden gir muligheter til å selge selskaper med skatteforpliktende posisjoner med skattefri gevinst. (Selger slipper på denne måten å betale den latente skatten på gevinsten av sin investering.)⁹⁵

Et interessant eksempel på salg av underskuddsselskap, riktignok før § 14-90 ble vedtatt, er Rt. 2003 s. 293 (Skålevik). Et eiendomsselskap avvirket sin siste leiekontrakt halvannet år før virksomheten ble tatt opp igjen. Selskapet, som hadde gått med underskudd, hadde i mellomtiden fått ny eneeier. Kjøperselskapet utnyttet fremførbare underskudd i det overdratte selskapet. Spørsmålet her var om næringsvirksomheten hadde opphørt eller ikke (før regelen om dette ble opphevet), noe Høyesterett besvarte benektende (dissens 4-1). Fremføringen av underskudd ble ikke vurdert opp mot den

⁹⁵ Se Zimmer m.fl. (2006) s. 183.

ulovfestede omgåelsesnormen, ettersom Staten ikke hadde prosedert på dette. Slike saker vil fremover kunne gjennomskjæres på grunnlag av § 14-90.

Forarbeidene presiserer at det ikke er noe krav om at vederlag ytes, gaver og gavesalg omfattes. Gjennomskjæring skal også kunne foretas der bare de indirekte eierforholdene endres.⁹⁶

Forarbeidene oppstiller her et eksempel, hvor både *fritaksmetoden* og reglene om *konsernbidrag* kan utnyttes: Et holdingselskap (som eies av selskapsaksjonærer) har aksjene i et datterselskap med fremførbart underskudd som sine eneste eiendeler – og underskuddet utgjør den vesentlige verdien i datterselskapet. Ved å selge alle aksjene i holdingselskapet (skattefritt), kan det ervervende selskapet avregne egne overskudd mot datterselskapets underskudd gjennom konsernbidrag. Det er de indirekte eierforholdene i selskapet med en generell skatteposisjon som endres.

For det andre er regelen anvendbar ved *fusjoner og fisjoner* uansett – selv om de ikke har ført til endrede eierforhold. Ved fusjon mellom to selskaper som er heleide av samme skattyter, er bestemmelsen anvendbar. Motivet ved en slik fusjon kan være å avregne positiv gevinst- og tapskonto i det ene selskapet mot akkumulerte underskudd i det andre.

Det forutsettes i forarbeidene at transaksjoner som deles opp i flere *deltransaksjoner*, også kan rammes av § 14-90. Også transaksjoner mellom *ulike parter* kan vurderes i sammenheng. Et selskap kan for eksempel erverve alle aksjene i et selskap med generelle skatteposisjoner fra flere selgere.⁹⁷ At oppdelte transaksjoner også omfattes, følger også naturlig av lovteksten, som kun krever at selskapet får ”endret eierforhold”.

⁹⁶ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

⁹⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

4.3.3 Skattemessig motiv

Utsikten til å kunne utnytte en generell skatteposisjon, og ikke ”vanlige bedriftsmessige hensyn”, må være det ”overveiende motiv” for at gjennomskjæring skal bli resultatet, jf. forarbeidene.⁹⁸ Det legges altså opp til en vurdering av hvilke(t) formål som veide tyngst ved transaksjonen.

Et sentralt praktisk spørsmål er hvordan motivet skal bli klarlagt. Etter ordlyden i § 14-90 er det nok at det er ”sannsynlig” at utnyttelse av skatteposisjonen er det overveiende motiv. Først når andre (bedriftsøkonomiske) hensyn utgjør 50 prosent eller mer, unngår transaksjonen gjennomskjæring av utnyttelsen av skatteposisjonen.

Av forarbeidene fremgår det at ”det ved sannsynlighetsvurderingen må tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstår som det sannsynlige overveiende motiv for transaksjonen”.⁹⁹

Egenverdivurderingen etter den ulovfestede omgåelsesnormen kan sies å omfatte både formål og virkninger.¹⁰⁰ I forhold til § 14-90 tyder ordlyden på at det er *motiv*et, ikke virkningen, som skal vurderes.

Ved at det skal foretas en vurdering av motivet ut fra de *objektive* omstendighetene, skiller vurderingen seg tilsynelatende noe fra den ulovfestede normen. Det sentrale i vurderingen om gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag, er skattyterens *reelle* hovedformål. I bedømmelsen om gjennomskjæring etter § 14-90, skal *kun objektive omstendigheter* være relevante hensyn. Hva skattyteren reelt sett hadde som motiv, er dermed i utgangspunktet ikke relevant. (I teorien kan det tenkes at skattyteren, i hvert fall delvis, har andre motiver enn det de objektive omstendighetene tyder på.) Men denne ulikheten mellom de to gjennomskjæringsreglene vil vel i praksis bli svært liten (om noen), en må gjerne uansett trekke slutninger om skattyters reelle motiv ut fra omstendighetene.

⁹⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

⁹⁹ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4, som siterer fra Ot. prp. nr. 71 (1995-96) side 72.

¹⁰⁰ Banoun (2003) s. 309.

Høyesterett uttalte i en dom avsagt 17. oktober 2006 (Telenor)¹⁰¹ noe liknende for den ulovfestede normen: ”Dersom den dominerende virkning av disposisjonen er at skattyteren sparer skatt, og denne skattebesparelse er av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at denne har vært den viktigste motivasjonsfaktor. I slike tilfeller må det være opp til skattyteren å godtgjøre at skattebesparelsen likevel ikke har vært den viktigste motivasjonsfaktor for ham.” Denne uttalelsen tillegger *virkingen* i kroner og øre stor vekt.

Det kan tenkes at skattyter foretar en transaksjon overveiende av ikke-skattemessige formål, men at *virkingen* blir en annen enn skattyteren hadde sett for seg. Selv om den skattemessige virkningen er overveiende, er ikke vilkåret om motiv oppfylt. Det er etter ordlyden heller ikke et vilkår at skatteposisjonen faktisk blir *overdratt*, det er nok at utnyttelse av en skatteposisjon er motivet. Normalt vil likevel en vurdering av virkningene kunne føre frem til hva motivet var – så distinksjonen er neppe klar i praksis.¹⁰² Det kan derfor være treffende å bruke uttrykket *egenverdi* også i denne relasjonen.

Etter ordlyden i bestemmelsen er det *nok* at det skattemessige fremstår som det sannsynlige overveidende motiv, det er ikke nødvendig med en ytterligere vurdering om tilpasningen er illojal mot formålet med skattereglene.

Skatteloven inneholdt tidligere en lignende gjennomskjæringsregel for fusjoner og fisjoner ved utnyttelse av negative skatteposisjoner i § 11-7, 4. ledd, som ble vedtatt i 1996. I forarbeidene ble følgende uttalt om bestemmelsen: ”Det må imidlertid anses som misbruk dersom utsiktene til fradragsutnyttelse er et overveiende motiv for fusjonen eller fisjonen, det vil si at de vanlige bedriftsøkonomiske hensyn *ikke* er hovedbegrunnelsen.”¹⁰³ § 14-90 er ment å være en videreføring og utvidelse av denne tidligere bestemmelsen, og jeg kan da ikke se at et illojalitetskrav skal være innbefattet.¹⁰⁴ Eller man kan muligens også formulere det annerledes: En overføring av en generell skatteposisjon gjennom en transaksjon som hovedsakelig er skattemotivert, er *i seg selv* illojal overfor regelverket. Er transaksjonen innenfor virkeområdet til § 14-90 og overveidende skattemotivert (i praksis påvist gjennom egenverdien – de ikke-skattemessige virkningene), avskjæres utnyttelsen. Men kan det tenkes tilfeller hvor utnyttelsen

¹⁰¹ HR-2006-01761-A.

¹⁰² Folkvord (2006) s. 417.

¹⁰³ Ot. prp. nr. 71 (1995-1996) pkt. 2.3.5, s. 31.

¹⁰⁴ Slik også Folkvord (2006) s. 413.

av en generell skatteposisjon er hovedmotivet, men at transaksjonen likevel ikke er i strid med skattereglenes formål? Jeg kan ikke se at det skal være noe behov for en ytterligere vurdering opp mot reglenes formål her.

Ettersom motivet skal bli klarlagt ut fra en objektiv vurdering uten at en behøver å vurdere et eget illojalitetsvilkår, kan det være en mulighet (eller fare) for at den *økonomiske verdien*, og bare den, av det skattemessige og det ikke-skattemessige vurderes. Da blir det en enkel regel å forholde seg til (både for skattytere og ligningsmyndigheter), men samtidig lettere å tilpasse seg til.¹⁰⁵

4.3.4 Praktisk betydning

Bestemmelsen har blitt vurdert i et par bindende forhåndsuttalelser.

I en uttalelse fra desember 2004 (BFU 111/04) ble et konserninternt salg av aksjene i et selskap med påfølgende mor-datterfusjon godtatt av Skattedirektoratet. Holding AS eide Datter Holding AS, som igjen eide Datter AS (som ikke lenger drev næringsvirksomhet utover innlån og utlån). En ønsket at Datter Holding AS skulle selge aksjene i Datter AS til Holding AS, for deretter å fusjonere Datter AS inn i Holding AS. Motivet ble oppgitt å være av ”forretningsmessig art”. Det ble ikke oppnådd noen skattemessige fordeler ved salget av aksjene, eller ved den etterfølgende fusjonen, i relasjon til skatteposisjonene i det overdratte selskapet. Skattedirektoratet sa seg enig i at skattebesparelse ikke var et formål, og verken den ulovfestede omgåelsesnormen eller § 14-90 kunne komme til anvendelse. Grensene for den nye bestemmelsen ble altså ikke testet i denne saken.

I BFU 47/06 (september 2006) ble det reist spørsmål om et konserninternt salg av innmat (i stedet for aksjer) ville gå klar av gjennomskjæring.¹⁰⁶ Skattedirektoratet fastslo raskt at § 14-90 ikke var anvendbar, ettersom transaksjonen *ikke medførte*

¹⁰⁵ Denne mulige endringen av § 14-90 drøftes nærmere under pkt. 7.4.4 nedenfor.

¹⁰⁶ Den bindende forhåndsuttalelsen drøftes nærmere under pkt. 5.3.2 nedenfor.

endringer i eierforholdene – det var kun deler av innmaten som ble overført. Transaksjonsvalget måtte derfor vurderes opp mot den ulovfestede omgåelsesnormen.

Disse uttalelsene bidrar altså ikke til å klargjøre innholdet av § 14-90. Regelen synes uansett, innenfor sitt virkeområde, å kunne bli et *supplement* til den ulovfestede omgåelsesnormen etter innføringen av fritaksmetoden. Formålet er etter forarbeidene å ”gi likningsmyndighetene et sikrere utgangspunkt for å nekte uønsket utnyttelse av generelle skatteposisjoner”.¹⁰⁷ Jeg kan likevel ikke se at regelen, med sine tolkningsmuligheter, klargjør rettstilstanden i særlig stor grad – i hvert fall ikke før den presiseres i praksis. Muligens vil regelen (i hvert fall foreløpig) derfor ha størst betydning *preventivt*. Med visshet om det at bare kreves sannsynlighetsovervekt for skatteformål, vil selskaper være forsiktige med transaksjoner som objektivt sett i særlig grad kan se ut til å være skattemessige motivert.

4.4 Omgåelse – fritaksmetoden

Fritaksmetoden gir muligheter for ulike typer tilpasninger, og både den ulovfestede normen og § 14-90 er viktige skranke for tilpasningene. En generell utfordring ved begge gjennomskjæringsreglene, er *vurderingen av motivet*. For å kunne kartlegge hva som har vært det overveiende motiv for transaksjonen etter § 14-90, må en forutsette at det er foretatt brede analyser av den fremtidige virkningen for selskapene. I tillegg reiser det seg spørsmål om hvilket *perspektiv* en skal ha ved vurderingen. Skattemessig gunstige virkninger kan for eksempel inntre raskt, mens transaksjonens øvrige formål først gir økonomiske resultater senere.¹⁰⁸ Det må kunne antas at en må ta både kort- og langsiktige virkninger med i vurderingen, i tillegg til nåverdien. Særlig langtidsvirkninger kan være usikre, og ulike formål vil gjerne alle ha en viss vekt som ikke kan beregnes matematisk.

¹⁰⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.4.

¹⁰⁸ Zimmer m.fl. (2006) s. 626.

Avveiningen mellom skattemotiverte og ikke-skattemotiverte hensyn kan bli jevn og basert på usikre prognoser. For eksempel vil (for) optimistiske prognoser hos aksjeeierne kunne motivere til transaksjoner hvor langsiktig bedriftsøkonomisk gevinst er målet. Der en slik transaksjon gir kortsiktig skattemessig gevinst, blir spørsmålet om hvordan vektingen blir. Det er det *objektive* som skal danne grunnlag. Om eiernes reelle beveggrunner ikke blir tillagt tillit, kan en risikere at transaksjoner som ikke hovedsakelig var skattemotiverte, rammes. For at selskapseiere skal kunne foreta transaksjoner uten frykt for gjennomskjæring etter § 14-90, er *forutsigbarhet* nødvendig. For å oppnå dette, kan det tenkes at domstolene velger å være noe mer tilbakeholdne med å gjennomskjære enn regelens ordlyd skulle tilsi. Utvikler praksis en høyere skranke for gjennomskjæring enn 50 prosent vekt for skattemotivet, mister regelen noe av sin effekt. For fritaksmetoden kan da den reelle betydningen av § 14-90 bli liten, den ulovfestede normen vil danne den praktiske skranken.

At vurderingen blir vanskelig, skjønnspreget og basert på usikre prognoser er felles for de to gjennomskjæringsreglene. Det blir derfor en stor utfordring å skape en konsistent linje og forutsigbarhet for skattyterne. Departementet har også uttalt (i en annen forbindelse) at ”gjennomskjæring generelt vil være et lite hensiktsmessig virkemiddel for å bøte på systemsvakheter”.¹⁰⁹ Den ulovfestede gjennomskjæringsregelen er ment å fange opp disposisjoner i strid med skattereglenes formål. Men den skal altså *ikke* være en fullmakt til å slå ned på disposisjoner reglene klart åpner for – selv om åpningene skulle være uønsket fra lovgivers side.

¹⁰⁹ Ot. prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.8.2.3.

5 Salg av eiendeler eller aksjer

5.1 Skattefri gevinst – fradragsberettiget tap

5.1.1 I posisjon til å velge

Fritaksmetoden gjelder for aksjeinntekter, men ikke for inntekter ved salg av selskapets eiendeler. Ved salg av *aksjer* vil gevinst være skattefri, og tap kan ikke føres i fradrag. Ved overdragelse av *eiendelene* må det foretas gevinst- eller tapsoppgjør på selgende selskaps hånd. Dette gjelder både overdragelse av virksomhet og enkeltstående fysiske objekter. Gevinst vil da være skattepliktig og tap fradragsberettiget.

Dermed vil det være gunstig å kunne velge mellom overdragelse av aksjer og overdragelse av eiendeler – enten det er driftsmidler eller varer. For å komme i en slik posisjon, benyttes fritaksmetoden i kombinasjon med reglene om fradrag for tap ved realisasjon av formuesobjekt i § 6-2, jf. § 6-1. Ved *gevinst* selges aksjene skattefritt, og ved *tap* selges eiendelen(e) med fradragsrett for tapet.

Ved salg av driftsmidler blir vederlaget som oftest ikke ført direkte som inntekt. Etter § 14-44 kan vederlaget i stedet føres til fradrag i saldo (saldogruppe a til d), eller gevinsten kan føres på gevinst- og tapskontoen (saldogruppe e til i). For gevinst- og tapskontoen skal minst 20 prosent av saldoen inntektsføres dersom den er positiv, jf. § 14-45, 4. ledd. Dette medfører en utsettelse av beskatningen for *selger*. For å se om det vil lønne seg å selge aksjene fremfor eiendelen, kan man derfor sammenligne *inntektsføringen* for selger med de *avskrivningene* kjøper hvert år ville fått av den oppskrevne verdien. Valg av aksjesalg innebærer at kjøper *ikke får oppskrevet verdien*, som er tilfellet ved salg av eiendeler. Kjøpesummen blir altså ikke lagt til grunn for avskrivningene, som dermed vil utgjøre lavere summer for kjøper. Bruttoinntekten blir redusert med denne differansen, og beskatningen høyere.

Der avskrivningssatsen minst tilsvarer 20 prosent, vil selgerens skattefritak for gevinsten bli oppveid av kjøperens tilsvarende reduksjon i avskrivningsgrunnlaget.¹¹⁰ For saldogruppe a til d blir effekten derfor null. Dette innebærer at tilpasningen ikke er særlig aktuell for blant annet biler og inventar – disse avskrives med 20 prosent. Der avskrivningene er over dette (kontormaskiner og lignende avskrives med 30 prosent) vil det lønne seg å selge eiendelen fremfor aksjene. For kontormaskiner er aksjesalg neppe særlig praktisk uansett. Jo lavere avskrivningssatsen er, desto større blir fordelene (selger og kjøper sett i sammenheng) ved å velge aksjesalg. For forretningsbygg er satsen 2 prosent (jf. § 14-43, 1. ledd litra i), og da vil det være svært gunstig å overdra *aksjene*.

5.1.2 Forskjellen i praksis

Forskjellen på aksjesalg og innmatsalg kan illustreres med et eksempel: Et skip, som er lagt i et eget aksjeselskap, bygges av selskap A til en kostnad på 75 millioner kroner. Markedsverdien av skipet etter ferdigstilling er 100 millioner kroner. En står mellom valget å selge aksjene og å selge selve skipet – i begge tilfeller skal 100 millioner kroner betales. At prisen uansett blir den samme settes for sammenligningens skyld som en forutsetning her. Men i realiteten vil valget av transaksjonsform påvirke prisen, noe som påvises senere.

[Valg mellom salg av skip eller aksjer]

Konsekvenser Salgsobjekt	Konsekvenser for selger A:	Konsekvenser for kjøper B:
Salg av aksjene	Ingen gevinstbeskatning.	Avskrivn.gr.lag: 75 mill. Avskrivningssats: 14 %.
Salg av skipet	Gevinstbeskatning av 25 mill. Må inntektsføre denne.	Avskrivn.gr.lag: 100 mill. Avskrivningssats: 14 %.

¹¹⁰ Innst. S. nr. 232 (2003-2004) pkt. 8.1.2.3.

Fortjenesten (her 25 mill.) blir beskattet ved innmatsalg, men ikke ved aksjesalg. Til gjengjeld inngår ikke gevinsten i kjøpers *avskrivningsgrunnlag* ved valg av aksjesalg. Avskrivningsgrunnlaget blir 75 millioner kroner ved aksjesalg og 100 millioner kroner ved innmatsalg. Kjøper B får dermed avskrevet utgiften etter følgende tabell:

[Avskrivninger for kjøper – skip]

År (sats 14 %)	Aksjer (75)	Innmat (100)	Differanse	Akkumulert diff.
1	10,50	14,00	3,50	3,50
2	9,03	12,04	3,01	6,51
-----	-----	-----	-----	-----
9	3,14	4,19	1,02	18,56
10	2,70	3,60	0,90	19,46

I løpet av de ti første årene etter aksjetransaksjonen har tapte avskrivninger utgjort 19,46 millioner for kjøper B, i forhold til om kjøp av innmat hadde blitt valgt. Selger A har på sin side fått 25 millioner kroner mindre i inntekt i år 1 (forutsatt at skipet var en vare, og ikke et driftsmiddel – da ville minst 20 prosent måtte inntektsføres hvert år, jf. § 14-45, 4. ledd og forskjellen blitt mindre).

Der avskrivningssatsen er *lavere*, for eksempel forretningsbygg (2 prosent), vil de tapte avskrivninger utgjøre en langt mindre sum:

[Avskrivninger for kjøper – forretningsbygg]

År (sats 2 %)	Aksjer (75)	Innmat (100)	Differanse	Akkumulert diff.
1	1,50	2,00	0,50	0,50
2	1,47	0,96	0,49	0,99
-----	-----	-----	-----	-----
9	1,28	1,70	0,42	4,15
10	1,25	1,67	0,42	4,57

Ulempene for kjøper ved aksjekjøp blir dermed mindre her. Som tabellen viser, utgjør kjøpers avskrivningstap bare 4,57 millioner (de ti første årene) ved kjøp av aksjer. Selgers (som er tilvirker) gevinst er fortsatt 25 millioner, og denne blir skattefri ved aksjesalget. Fortjenesten selger får ved skattefritaket for gevinsten kan *fordeles* mellom selger og kjøper, ved at kjøper betaler en lavere sum for aksjene. Prisen for aksjene kan for eksempel settes til 85 eller 90 millioner kroner.

5.2 Tilpasninger

5.2.1 Single purpose-selskaper

Å komme i posisjon til å velge transaksjonsmåte kan typisk gi incentiver til å legge en eiendel inn i et eget aksjeselskap fra begynnelsen av, noe som i seg selv fullt ut er lovlig. Ett eksempel er eiendommer, der prisene gjerne vil stige. Da kan det være gunstig å legge eiendommen i et eget "single purpose-investeringselskap".

En eiendel som det kan være særlig aktuelt å legge i et eget aksjeselskap - og senere å kunne selge aksjene skattefritt – er *tilvirkningsvarer*. Dette kan være lønnsomt for varer av stor verdi, for eksempel når et verft skal bygge et skip. Prosjektet legges i et eget aksjeselskap, og en velger salg av aksjene i stedet for salg av skipet. *Overskuddet* fra prosjektet mottas skattefritt for morselskapet. Ettersom tilvirkningsvarer hele tiden er ment for salg, kan tilpasningen gjennom tidlig planlegging være spesielt praktisk for denne typen varer.

Grensen mellom varer og driftsmidler kan være vanskelig å trekke. Det avgjørende er gjenstandens økonomiske funksjon hos skattyteren. Et skip vil være vare for en skipsbygger, men et driftsmiddel for en reder eller fisker. Et eksempel fra praksis: Et shippingselskap kjøpte og solgte et skip samme dag, etter å ha leid skipet i flere år. Ligningsnemda la ikke vekt på leietiden, og anså ikke skipet for å være et driftsmiddel.¹¹¹ I relasjon til fritaksmetoden vil denne grensen ikke være nødvendig å trekke opp. Inntekter fra aksjesalg er skattefritt for selskaper, uansett hva de underliggende eiendelene er.

¹¹¹ Wilskow (1997) s. 66.

5.2.2 Fisjon – aksjesalg

Det er det ikke alltid en ønsker å overføre all virksomhet eller innmat i et aksjeselskap til en og samme kjøper. For å komme i posisjon kan da et alternativ være å foreta en (skattefri) fisjon først.¹¹² Deretter selges aksjene i det utfisjonerte (eventuelt det andre) selskapet. På grunn av fritaksmetoden vil dette gi en skattefri gevinst for aksjeselskapet som selger. Alternativet er å selge eiendelene direkte, og da blir det alminnelig gevinstbeskatning av salget.

For eksempel kan dette være praktisk der et selskap eier mye fast eiendom i et aksjeselskap. Før en eiendom skal selges, fisjoneres den ut. Dermed kan aksjene til den ene eiendommen selges.

På samme måte som for aksjesalg uten forutgående fisjon, er det et spørsmål om hvordan omgåelsestilfellene kan fanges opp.

I Danmark må det søkes om tillatelse for å få gjennomføre en skattefri fisjon. Dersom en anser at ett av hovedformålene er skatteunndragelse eller skatteunngåelse, blir det gitt avslag eller stilt vilkår. Selskapsrettslig kan en fisjonere uten tillatelse, men ikke skatterettslig. Systemet med tillatelse kan være et alternativ for å kontrollere bruken av fisjonsreglene i kombinasjon med fritaksmetoden.¹¹³ Men dette systemet er administrativt krevende, og det kan gjøre terskelen høyere for forretningsmessig fornuftige fisjoner. I tillegg er det risiko for at det tar tid før fisjonen kan gjennomføres på grunn av saksbehandlingstiden.

5.2.3 Aksjesalg – fisjon

En alternativ fremgangsmåte er å først selge aksjer i et selskap, for så å fisjonere selskapet. A eier selskap X, og vil overføre deler av innmaten til B. I stedet for å selge virksomheten, kan A selge alle aksjene i X til B – før B fisjonerer X. Deler av X overføres deretter tilbake til A. Dette kan skje ved overføring til et nystiftet selskap

¹¹² Etter asl./asal. kap. 14, § 14-1 flg.

¹¹³ Werlauff (2005) s. 523 flg.

(heleid av A), eller ved overdragelse til et eksisterende selskap (fisjonsfusjon). Slik kan eiendeler overføres uten å utløse skatteplikt. En benytter seg av fritaksmetoden ved aksjesalget, og reglene om skattefrie fisjoner etterpå. Hele transaksjonsrekken planlegges på forhånd. En oppnår det samme som om fisjonen hadde vært foretatt først.

5.3 Gjennomskjæring

5.3.1 Skattemotivert valg av transaksjonsform

Lovgiver var klar over at fritaksmetoden åpner for tilpasninger knyttet til valg mellom salg av eiendeler og salg av aksjer. Dersom mange varetransaksjoner skjer ved overdragelse av aksjer, kan disse tilpasningene bidra ytterligere til å undergrave reglene om skatt på varesalgsfortjeneste på eiendeler. Problemstillingen er drøftet grundig i forarbeidene. Sktl. § 14-90 om spesiell gjennomskjæring er ikke anvendbar i disse tilfellene, ettersom skatteposisjonen har tilknytning til eiendel.

Det understrekes først at ingen trenger å innrette seg slik at de må betale mer skatt enn nødvendig. Det er også i utgangspunktet lovlig å benytte seg av et holdingselskap som morselskap, hvor datterselskapet har eiendelene.¹¹⁴ At gevinst ved salg av innmat og ved salg av aksjer følger ulike regler, er ikke i strid med fritaksmetodens formål. Problematisk blir differansen først når skattemotivene er avgjørende for valg av transaksjonsform. Dette kan gi ulik skattemessig behandling av tilsynelatende like transaksjoner – alt avhenger av om eiendelen er ”pakket inn” i et aksjeselskap eller ikke.

Skattemessig motiverte disposisjoner må vurderes opp mot den ulovfestede omgåelsesnormen. Transaksjonen må da for det første være *hovedsakelig skattemessig motivert*. Der et aksjeselskap opprettes for å eie én eiendom like før alle aksjene selges, er skattemotivet åpenbart. Men det kan også være andre grunner enn de skattemessige som kan påvirke valget av transaksjonsform. Forretningsmessige hensyn kan tilsi at det er gunstig å opprette et eget selskap som eier innmat. Dette gir klare økonomiske skiller mellom eiendeler, og det kan være lettere å reise kapital. I tillegg medfører

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.6.1.

aksjeselskapsformen ansvarsbegrensning for aksjonærene. At et holdingselskap er morselskap kan også skille ulike typer virksomheter på en fornuftig forretningsmessig måte – for eksempel har det vært vanlig innen skipsfarten med ett selskap for hvert skip.

Det kan derfor være vanskelig å vekke motivasjonsfaktorene for opprettelsen av selskapet.

Her har en nyere dom (avsagt i Høyesterett 17. oktober 2006)¹¹⁵ interesse. Telenor-konsernet ble omorganisert, i hovedsak gjennom skattefrie fisjoner. Telenor Eiendom Holding krevde fradrag for tap ved et konserninternt *aksjesalg*. Det realiserste tapet var på ca. 8,6 milliarder norske kroner, noe som utgjorde ca. 2,41 milliarder kroner i skattebesparelse. Den anførte bakgrunnen var blant annet at en ønsket å rendyrke Telenor Eiendom Holding AS som eiendomsselskap, og at en inngått aksjonæravtale etter Telenors oppfatning krevde en slik overdragelse. Telenor var utvilsomt klar over skattefordelene, men spørsmålet var hvilken vekt de hadde som beveggrunn for omorganiseringen og aksjesalget. Høyesterett anså omorganiseringen som først og fremst forretningsmessig motivert. Etter min mening kunne Høyesterett like gjerne kommet til det motsatte resultat. Uansett viser saken hvor vanskelig vektingen av motivasjonsfaktorene kan være.

Trolig vil skattemyndighetene normalt bare kunne påvise tilstrekkelig skattemotiv der opprettelsen av selskapet og aksjesalget har skjedd med svært kort mellomrom tidsmessig. (Et unntak her er tilvirkningskontrakter, hvor byggetiden for skip og anlegg neppe påvirker gjennomskjæringsvurderingen.) For å unngå dette, kan selskaper legge innmaten, for eksempel eiendommen, i et aksjeselskap i god tid før salget. Der man har vært tidlig ute med planleggingen, vil gjerne andre argumenter (enn de skattemessige) kunne anføres med tilstrekkelig tyngde til å unngå gjennomskjæring. Dette vil typisk være økonomiske risikobetraktninger og en ryddig struktur i konsernet. Særlig ved *produksjon* vil det være en fordel at et aksjeselskap har *begrenset ansvar*. Skulle tilvirkningen (der varen er lagt i et eget selskap) mislykkes, vil ikke resten av konsernet påvirkes direkte.

¹¹⁵ HR-2006-01761-A.

Dermed står man etter min mening igjen med tilfellene der aksjene har blitt solgt kort tid etter opprettelsen av selskapet. Ved *illojalitetsvurderingen* fremtrer da noen særlige spørsmål. Det er ikke i strid med skattereglenes formål å opprette et datterselskap (som sikrer en holdingsstruktur) i seg selv – med ønske om å motta inntekter fra datterselskapet skattefritt. Opprettelse av nye selskaper er i samsvar med fritaksmetodens formål. En må også kunne omsette aksjer i dette selskapet skattefritt, å unngå kjedebeskatning er hovedformålet med fritaksmetoden. De som har eiendelen i et aksjeselskap fra før, kan altså skattefritt motta gevinsten ved aksjesalget.

Der et aksjeselskap entydig opprettes kun for å utnytte forskjellen mellom gevinstreglene for innmat og aksjer, stiller saken seg annerledes. Hvor grensen for hva som er illojalt og ikke skal gå, synes i hvert fall å være svært usikkert. Stabilitet og forutsigbarhet var et av hovedformålene bak skattereformen.¹¹⁶ Utstrakt bruk av gjennomskjæring vil derfor lett komme i strid med disse hensynene. Utvikles en presumsjon om illojalitet der aksjer er solgt like etter opprettelsen av selskapet, kan resultatet også bli at enkelte venter kunstig lenge med å selge - i frykt for gjennomskjæring. Dette vil være til hinder for kapitalmobiliteten. I tillegg skal den ulovfestede regelen benyttes til en *konkret* vurdering, og den skal ikke få sjablonpreg.

Høyesterett har tidligere tatt stilling til spørsmålet om å omklassifisere aksjesalg til salg av innmat, og på 1920-tallet kom elleve slike saker opp. I seks av dem ble omklassifisering resultatet, mens aksjesalget ble godtatt i fem.¹¹⁷

Dommene hvor omklassifisering ble resultatet, var Rt 1921 s. 331 (Stilloff), Rt. 1921 s. 462 (Skovveien), Rt. 1924 s. 435 (Heidenrichs dødsbo), Rt. 1926 s. 735 (Odden Dampsag), Rt. 1927 s. 1064 (Hannevig) og Rt. 1927 s. 1078 (Nielsen-Vigeland).

En kan diskutere om Høyesteretts argumentasjon i første rekke bygger på pro forma- eller omgåelsesbetraktninger.

¹¹⁶ Se pkt 2.1 ovenfor.

¹¹⁷ Banoun (2003) s. 113.

For eksempel uttales følgende i Rt. 1921 s. 462 (fra byrettens dom, som Høyesterett i det vesentlige tiltrådte): ”Jeg kan heller ikke komme til andet resultat, end at der her virkelig foreligger en avhændelse av fast eiendom. Herpaa tyder det hele forhold og specielt den oprettede kontrakt, som efter sit indhold i virkeligheten ikke er andet end en kontrakt om eiendommen mellem de gamle og nye eiere og som maa antages at ha hat et helt andet indhold, om den alene hadde gjældt aktiesalg.”

Uansett skar Høyesterett gjennom der det forelå en felles- eller selskapsbeslutning om salg av *alle* aksjene, og la vekt på at det tilsiktede salgsobjektet i realiteten var innmaten.¹¹⁸ Aksjesalget var altså bare en form, realiteten var salg av eiendelen.

Høyesterett har understreket at en aksjeoverdragelse som hovedregel *ikke* påvirker selskapets skatterettslige stilling, jf. Rt. 1997 s. 1580 (Zenith). Dette utgangspunktet har blant annet blitt vurdert opp mot prinsippet om at det ikke er adgang til å overføre skatteposisjoner.¹¹⁹ I dag er det vel belegg for å si at man gjennomgående legger noe større vekt på selskapsformen enn man gjorde i de nevnte dommene på 1920-tallet. Uansett har fritaksmetoden gjort vurderingen enda mer aktuell, enten det gjelder skatteposisjoner *med* eller *uten* tilknytning til eiendel.

5.3.2 Bindende forhåndsuttalelser

Det er særlig fisjon med påfølgende aksjesalg som har avgitt praksis *etter* innføringen av fritaksmetoden, og her har flere administrative uttalelser gitt signaler på hvor grensen mellom lovlige tilpasninger og ulovlig omgåelse skal gå.

I en bindende forhåndsuttalelse avgitt i februar 2005 (BFU 05/05) drøfter Skattedirektoratet problemstillingen med fisjon og påfølgende aksjesalg. En bygård ble utfisjonert, og deretter ble aksjene i det utfisjonerte selskapet solgt. Fritaksmetoden fremsto som den hovedsakelige årsaken til fisjonen, mens *salget av eiendommen* var planlagt på et tidligere stadium. Fisjonen ble ansett som et ”unødvendig mellomledd”.

¹¹⁸ Banoun (2003) s. 116.

¹¹⁹ Rt. 1966 s. 1189 (Bergesen) og Rt. 1999 s. 946 (ABB).

En utnyttet reglene om skattefri fisjon kombinert med fritaksmetoden for å omgå gevinstbeskatningsreglene. Det var etter Skattedirektoratets mening ikke slike tilfeller fisjonsreglene skal beskytte. Utfisjoningeringen med etterfølgende aksjesalg av det utfisjonte selskapet ble derfor ansett som illojal i forhold til regelverket. Den ulovfestede omgåelsesregelen var anvendelig.

Fisjonen var hovedsakelig skattemotivert, og ble ansett å være i strid med fisjonsreglenes formål. Men det synes ikke å være like opplagt at disposisjonen var i strid med *fritaksmetodens* hovedformål – å unngå kjedebehandling. Dersom utfisjoning for salg skal kunne gjennomkjæres, kan en risikere at selskaper må vente en periode (for å unngå gjennomkjæring). Dette kan gi innlåsnings effekter – i strid med *fritaksmetodens* formål. I tillegg åpner dette for skjønnsmessige vurderinger som kan gi lite forutsigbarhet og stabilitet – i strid med *skattereformens* formål. En slik bruk av den ulovfestede omgåelsesnormen er også problematisk; den blir nærmest brukt for å bøte på systemsvakheter i regelverket, noe Finansdepartementet har advart mot.¹²⁰ Etter min mening kan en slik praksis som denne uttalelsen legger opp til, skape lite stabilitet. Det kan føre til stor usikkerhet i næringslivet.¹²¹

I oktober 2005 kom Skattedirektoratet med en ny bindende forhåndsuttalelse (BFU 67/05). En del tomter ble utfisjont fra selskap D1 til søsterselskap D2, og kun forretningseiendommer ble liggende igjen i D1. Morselskapet (til både det overdragende og overtakende selskapet) ville så redusere sin eierandel i D1 (det overdragende selskapet) gjennom å selge en del aksjer til et nytt selskap Newco – og dermed få frigjort likviditet. En viss eierandel (mellom 34 og 49 prosent) ble likevel kjøpt opp igjen. En hadde altså skilt ut forretningseiendommene i et eget selskap (D1) før disse ble solgt. (Riktignok ville morselskapet deretter erverve en minoritetsandel av aksjene i Newco, som ville ha som eneste oppgave å eie aksjene i D1.)

Et viktig argument for å velge å fisjonere ut deler av eiendelene til D2 før salg av aksjene i D1 (i stedet for salg av *eiendommene* i D1) var *skattefriheten for gevinsten*,

¹²⁰ Se om dette under pkt. 4.4.

¹²¹ I samme retning Slåtta (2005).

samtidig som en unngikk *dokumentavgift*. Fisjonen av D1 var ikke et nødvendig ledd for å kunne selge aksjene i stedet for eiendommene, og transaksjonsrekken ble ansett som hovedsakelig skattemessig motivert. Men Skattedirektoratet påpekte samtidig at fritaksmetoden gir skattytere et sterkt incitament til å velge salg av aksjer fremfor salg av eiendommer i slike tilfeller, og understreket at skattyter som utgangspunkt *ikke er forpliktet til å velge det alternativet som gir mest skatt*. Skattedirektoratet uttalte at det ”må noe mer til” for å definere transaksjonsvalget som illojalt. I dette ble fisjonen med påfølgende aksjesalg ansett for å ligge ”innenfor de formål og tilpasningsmuligheter” skattereglene åpner for. Målet om å frigjøre likviditet for morselskapet som en del av konsernets finansielle strategi, ga nok *egenverdi* i transaksjonen (hadde en tilstrekkelig forretningsmessig funksjon) til å gå klar av gjennomskjæring.

Å forsøke å unngå dokumentavgiften, i kombinasjon med at modellen gir størst likviditetseffekt, var relevante formål med tilstrekkelig egenverdi - i samsvar med fritaksmetodens formål om å øke kapitalmobiliteten. At de forretningsmessige grunnene var gode nok her, viser hvor *sterkt alle andre økonomiske hensyn* enn de skattemessige står. Dersom en har tilstrekkelige andre grunner for fisjonen, er et valg av å selge aksjene i stedet for eiendommene ikke i strid med regelverkets formål. Det kan synes noe oppsiktsvekkende at formålet om å *unngå en annen avgift* (dokumentavgift) er *relevant* (om enn neppe tilstrekkelig) ved en egenverdivurdering. En kan spørre seg hva som er forskjellen på skattebesparelse og unngåelse av en avgift – hvorfor skal de stilles ulikt?

Faktum i BFU 67/05 og BFU 05/05 er ikke sammenfallende, men i begge sakene var rent økonomiske hensyn bakgrunnen for valgene som ble tatt. En hadde kommet markant lengre i salgsprosessen i BFU 05/05 enn i BFU 67/05 før en besluttet å fisjonere ut eiendommen. En kan derfor neppe konkludere at terskelen for gjennomskjæring er *hevet* etter BFU 67/05. Jeg kan likevel ikke se hvor en eventuelle prinsipielle linje mellom de to sakene kan tenkes å gå.

Skattedirektoratet tok stilling til en sak der fisjonen ble gjennomført *etter* aksjesalget i en bindende forhåndsuttalelse avgitt i desember 2005 (BFU 71/05). Et selskap (P) ville selge en del aksjer datterselskapet H til kjøperselskapet M. Deretter skulle det foretas en fisjon av H. Selskap M hadde da etter avtalen selskapene imellom krav på en viss del av

fiskekvoten som P i utgangspunktet hadde. Resten av den tildelte kvoten (og resten av balansen) skulle fortsatt ligge hos P. (Selskap H ble reelt sett fordelt mellom M og P etter fisjonen.) På denne måten fikk P overført deler av H til M uten gevinstbeskatning. Restruktureringen førte til at man fikk et eierfellesskap som muliggjorde en fordeling av en fiskekonsesjon. En restrukturering av tildelte kvoter kunne ut fra fiskerilovgivningen bare gjøres mellom rederier i eierfellesskap, det krevdes binding mellom fartøy, kvoter og eiere. En fisjon med *etterfølgende* aksjesalg var altså ikke et alternativ.

Reelt sett fikk man overført fiskekvoter, selv om et *rent salg av slike ikke var tillatt* etter fiskerilovgivningen. Skattedirektoratet kom til at transaksjonsrekken hadde ”betydelig egenverdi”. At også skattemessige fordeler ble resultatet var ikke nok til at gjennomskjæring kunne være aktuelt.

Skattedirektoratet uttalte: ” I nærværende sak er begrunnelsen og motivet for transaksjonen forklart i rent regulatoriske forhold i relasjon til fiskerilovgivningen.” Det bemerkes videre: ”Ved å fordele aksjene slik som beskrevet i avtalen, får man lovlig fordelt og overført konsesjonen til tross for at et rent salg av konsesjonen som sådan ikke er lovlig.”

Her gikk etter min mening Skattedirektoratet (igjen) svært langt i å godta andre formål som tilstrekkelige. Satt på spissen var en transaksjonsrekke for nærmest å *omgå fiskerilovgivningen* faktisk ansett å være et tilstrekkelig ikke-skattemessig formål som forhindret gjennomskjæring. Dette synes å være trekke linjen enda lengre i moderat retning overfor gjennomskjæring enn BFU 67/05, hvor formålet med å unngå dokumentavgift var et relevant ikke-skatterettlig formål. En kan stille spørsmålet om hvorfor en i det hele tatt skal vurdere gjennomskjæring i slike situasjoner, når det kan virke som stort sett *alle økonomiske og juridiske formål utenom skattereglene* kan tenkes å være relevante i egenverdivurderingen.

En parallell kan trekkes til Hydro Canada-dommen (Rt. 2002 s. 456). Der ble ønsket om å oppnå dansk skattemessig konsolidering – å utnytte danske skatteregler - godtatt som et akseptabelt forretningsmessig hensyn.

Norsk Hydro solgte aksjene i datterselskapet Hydro Canada til et Hydro Danmark, et annet datterselskap. Å utnytte danske skatteregler (om konsernbekskatning) var et viktig formål. Spørsmålet var om dette var et formål med tilstrekkelig egenverdi til at gjennomskjæring var utelukket. (Staten hadde argumentert med at en slikt standpunkt ville føre til at man kan komme i den situasjon at skattemessig motiverte disposisjoner i ulike land gjensidig opprettholder hverandre.) Førstvoterende, som talsmann for flertallet (dissens 3-2), uttalte følgende: ”Så lenge det er tale om å overføre aksjene til et selskap som er reelt etablert, må det være forretningsmessig legitimt at selskaper som driver en internasjonal virksomhet, ved avgjørelsen av hvor forretningsaktivitet skal plasseres, legger vekt på skattereglene i ulike land.”

Slik sett er det ikke noe nytt at rekkevidden av hva som kan kvalifiseres som relevant egenverdi blir ansett å være omfattende. De to sistnevnte uttalelsene kan, særlig sett i sammenheng med Hydro Canada-dommen, gi grobunn for utallige ”forretningsmessige” hensyn. Når det å unngå andre avgifter, å tilpasse seg andre lands skatteregler og å omgå annen lovgivning er relevant (og til dels tilstrekkelig), synes åpningene for tilpasninger å være svært store.

I desember 2005 avga Skattedirektoratet en bindende forhåndsuttalelse i en sak der fisjon med påfølgende aksjesalg var en del av en lengre transaksjonsrekke (BFU 74/05). Et konsern besto av A ASA som konsernspiss, med A Varehandel AS og A Industri AS som datterselskaper. A Varehandel AS eide flere varehandelsselskaper, mens A Industri AS eide A Fabrikk AS, Bolaget OY og et fabrikkområde i Ungarn. Dette var transaksjonsrekken: Produksjonen av X ved A Fabrikk AS ble fisjonert og skilt ut i et nytt AS som videreførte navnet A Fabrikk AS. Aksjene i (nye) A Fabrikk ble så solgt fra A Industri AS til Bolaget OY og aksjene i Bolaget OY overdratt fra A Industri til A ASA. (Deretter ble det foretatt et par navneendringer.)

Spørsmålet var om dette, som et ledd i en større omstrukturering av konsernet, var en ulovlig omgåelse. Innsender argumenterte med at transaksjonsrekken, hvor alle leddene var nødvendige for å oppnå den ønskede struktur, var bedrifts- og samfunnsøkonomisk begrunnet. Skattedirektoratet anså reorganiseringen for å ha tilstrekkelig bedriftsøkonomisk egenverdi, og konkluderte med at det ikke var grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring.

Skattedirektoratets argumentasjon tyder på at omstruktureringene uansett ville funnet sted, eller i det minste var forretningsmessig fornuftige. (Slik skiller denne saken seg klart fra BFU 05/05.) Skattemotivet ble ikke ansett for å være tilstrekkelig høyt til at spørsmålet om illojalitet i forhold til reglene måtte drøftes. Igjen var Skattedirektoratet tilbakeholden med å bruke den ulovfestede omgåelsesregelen, men resultatet her fremstår som en naturlig følge av den linjen direktoratet gradvis har lagt seg på.

I BFU 74/05 ble i tillegg ansett å være av ”vesentlig betydning” at alle transaksjonene var hundre prosent konserninterne. De bakenforliggende eierinteressene ble altså ikke forrykket. Dette kan trolig sies å gjelde generelt. Der en ønsker å overføre eiendeler til selskaper *innenfor* samme konsern, vil trolig omorganiseringer normalt godtas uten fare for gjennomskjæring.

Ved gevinst er det fordelaktig å velge aksjesalg. Men situasjonen kan også speilvendes: En har tap eller underskudd som gir foranledning til å *velge innmatsalg* i stedet for aksjesalg. Kan det anses som omgåelse at fisjonsalternativet - av skattemessige hensyn - ikke blir valgt?

I BFU 47/06 (september 2006) ble et slikt tilfelle behandlet. Morselskapet S ønsket å selge deler av innmaten i datterselskapet K til et nystiftet selskap Z. Bakgrunnen var at K drev med to ulike typer virksomhet. S skulle etter transaksjonen eie 100 % av både K (som skiftet navn til SF) og Z. Spørsmålet var om *valget av å selge deler av innmaten* kunne rammes av gjennomskjæring. (En valgte altså verken innmatsalg av hele K eller fisjon av K.) Transaksjonsvalget måtte vurderes opp mot den ulovfestede omgåelsesnormen. Valget av å selge *innmaten* var hovedsakelig skattemessig motivert, ettersom det muliggjorde utnyttelse av skatteposisjoner. Både ikke-tidfestede tap (tom positiv saldo og negativ gevinst- og tapskonto) og fremførbart underskudd kunne benyttes skattemessig av K etter transaksjonen. Dette ble ikke ansett å være stridende mot skattereglenes formål – ettersom det ikke var et ”unødvendig mellomledd eller en mer komplisert fremgangsmåte” enn fisjonsalternativet. Direktoratet fremhevet også at konsernet ”ikke har plikt til å innrette seg slik at det må betales mer skatt enn nødvendig.” Det mest interessante er at det uttales at dette kan stille seg annerledes dersom konsernet ”konsekvent” velger å gjennomføre konserninterne transaksjoner med

gevinst som *fisjoner*, mens transaksjoner med tap gjennomføres etter de alminnelige reglene for realisasjonsbeskatning – noe som gir fradragsrett.

Skattedirektoratet synes her å åpne for *en begrenset valgfrihet* av transaksjonsform. Dersom fremgangsmåten ikke er ”unødvendig” eller ”kompliserende”, kan en selv velge transaksjonsform uten risiko for gjennomskjæring – selv om valget hovedsakelig er skattemessig motivert. Men dette valget kan en ikke foreta *hver gang* – da kan en risikere gjennomskjæring. Det åpnes altså for en bredere vurdering (og oppfølging) enn bare å se på den aktuelle transaksjonen, og uttalelsen vil i ytterste konsekvens tvinge skattytere til – en gang i blant – å velge det minst gunstige alternativ. Etter min mening er denne tankegangen et blindspor som domstolene ikke bør følge opp.

5.3.3 Omgåelsesnormen – egnethet

Rettstilstanden kan på ingen måte sies å være avklart, men slik jeg analyserer uttalelsene kan enkelte retningslinjer trekkes opp:

Dersom en *fra før* er i posisjon til å velge transaksjonsform, kan dette som utgangspunkt gjøres fritt - i hvert fall der de ulike transaksjonsformene fremstår som like kompliserte. Å velge aksjesalg ved gevinst og salg av eiendel ved tap er lovlig – med det mulige unntaket at en velger det gunstigste alternativet *hver gang*.

Spørsmålene settes på spissen der det foreligger en transaksjonsrekke, typisk fisjon med påfølgende aksjesalg. I slike tilfeller må valget av transaksjonsrekken ha minst ett *annet formål* enn det skattemessige (forberedelse til videresalg). Dette kan være av hensyn til en mer effektiv struktur i et konsern eller andre *typisk forretningsmessige* hensyn. Terskelen synes svært lav. Å unngå dokumentavgift på eiendom er et relevant (men ikke nødvendigvis tilstrekkelig) moment, og å omgå andre regler enn de skatterettslige (som fiskerilovgivningen) kan også være det.

Poenget for selskapene er altså *prinsipalt* å anføre enkelte økonomiske formål (utenom skattebesparelse) bak fisjonen, og at skattebesparelse ikke var det overveiende motivet.

Rekkevidden av hva som er forretningsmessige hensyn er foreløpig umulige å kartlegge, men den går i hvert fall klart lengre enn de typiske forretningsmessige hensyn (som for eksempel en mer rasjonell oppbygning av et konsern). Å finne relevante hensyn vil nok vanligvis være forholdsvis kurant. Gjennomskjæring vil derfor sjelden være aktuelt om selskapet har planlagt godt. Skulle skattemotivet likevel bli vurdert som det hovedsakelige formålet, vil den *subsidiære* anførselen være at valget ikke medførte en mer komplisert fremgangsmåte. En sto overfor et valg, og da må en kunne velge den skattemessig gunstigste løsningen.

Fortsatt vil muligens situasjoner lignende BFU 05/05, der prosessen med salg av innmaten har kommet langt, fortsatt føre til gjennomskjæring. Men i praksis vil nok trolig svært få tilpasninger totalt gjennomskjæres – i hvert fall om Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser følges opp av domstolene.

Avgjørelsene er ikke enkle, og frykten for at omgåelsesnormen skal bli for sjablonpreget kan gi svært konkrete vurderinger. Dette vil samtidig gi en risiko for ”gråsoner” og lite stabilitet. At omgåelsesnormen er lite anvendbar for denne typen planlegging fremgår også av forarbeidene, hvor det uttales at det i mange slike tilfeller heller ikke er ”åpenbart hvilken form som er ”mest riktig” for den aktuelle transaksjonen”.¹²² En kan for eksempel ikke nødvendigvis kreve at aksjesalg blir valgt der en har en eiendel med tap, selv om eiendelen er lagt i et selskap.

Gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag synes derfor *lite egnet* til å fange opp tilpasninger som søker å kunne velge mellom salg av innmat og aksjer. Det er ikke i første rekke urimelige resultater som er årsaken til at omgåelsesnormen er lite egnet. Men heller særlig med tanke på *forutsigbarhet og stabilitet*, bør ligningsmyndighetene være varsomme her. Ut fra forhåndsuttalelsene synes Skattedirektoratet å være enig i dette, de har (i hvert fall etter BFU 05/05) lagt seg på en tilbakeholden linje.

¹²² Innst. O. nr. 10 (2004-2005) pkt. 6.6.1.

5.3.4 Fisjon – aksjesalg alltid godtas?

For store selskaper med langsiktig perspektiv og egne rådgivere synes det altså lite problematisk å anføre tilstrekkelig egenverdi ved transaksjonsvalget.

Slik fritaksmetoden er utformet, legges det etter min mening opp til denne typen tilpasninger, og at gevinstbeskatningen dermed nærmest opphører for en rekke selskaper. Muligens må en godta denne type tilpasninger av hensyn til formålet om økt *kapitalmobilitet*. Innmaten blir tross alt værende innenfor selskapssektoren, utdeling til personlige aksjonærer senere vil gi *utbytteskatt*. Fritaksmetoden søker å fremme kapitalmobilitet innenfor sektoren, og tilpasninger i form av aksjesalg etter fisjon strider ikke direkte mot dette. Ettersom det også synes *enkelt å unngå gjennomskjæring*, bør etter min mening fisjon med påfølgende aksjesalg alltid godtas. Dermed slipper *mindre bedrifter* uten særlige rådgivningsressurser å bli stoppet – med små virkninger for provenyet. Med dagens praksis risikerer man at de ressurssterke går klar av gjennomskjæring. Derimot kan de som ikke foretar grundige nok skattemessige vurderinger på forhånd, rammes.

Å granske slike transaksjoner er også *ressurskrevende* for skattemyndighetene, noe en må ta i betraktning ved utarbeidelse av mulige tiltak.

Skal en imidlertid vurdere automatisk å godta aksjesalg med påfølgende fisjon, er det nødvendig med andre tiltak som kan forhindre uønskede tilpasninger.

5.4 Mulige tiltak

5.4.1 Innledning

Å posisjonere seg for å kunne velge mellom salg av eiendeler eller aksjer er de mest åpenbare tilpasningsmulighetene fritaksmetoden åpner for. I realiteten undergraver en slik mulighet til ”regelshopping” reglene om skatt på gevinst på eiendeler – og det oppstår en faktisk asymmetri i regelverket. At det synes svært vanskelig å stoppe slike tilpasninger ved omgåelsesnormen, gjør tilpasningsmuligheten til en potensiell stor

bivirkning av fritaksmetoden. Om gevinstbeskatningen på eiendeler skal være effektiv, bør regler med mer konkrete og enklere retningslinjer vurderes innført.

5.4.2 Begrense incentivene til tilpasninger

I det følgende behandles en rekke ulike tiltak som kan *begrense incentivene* til tilpasninger, men som alle har begrenset rekkevidde.

Enkelte mulige tiltak er drøftet i forarbeidene.¹²³ For det første ble det vurdert en eksplisitt regel om at *realiteten skal gå foran formen*. Der et salg av aksjer i realiteten er salg av et produkt, vil da gevinsten være skattepliktig. Dette forslaget har tidligere blitt vurdert og forkastet i Sverige. Ulempen med tiltaket er at vurderingene nødvendigvis må knytte seg til et vanskelig skjønnstema. Jeg kan heller ikke se at en slik regel skal gi noe særlig annet enn den generelle omgåelsesnormen allerede gjør.

Et annet forslag som ble drøftet, var regler om *betydelig aksjesalg*. Før skattereformen i 1992 kunne aksjer selges skattefritt etter tre år, så lenge de var utenfor næring. Men overdragelse av over 45 prosent av aksjene i selskapet utløste skatteplikt. En gjeninnføring av denne type regler ble forkastet med begrunnelsen at de både er kompliserte, kostbare administrativt og lite egnet til å hindre omgåelser. Jeg tiltrer her konklusjonen og begrunnelsen.

For det tredje, ble det drøftet om *særregler om beskatning av aksjer i selskaper som eier fast eiendom, skip, bygg og anlegg mv.* kan være egnet. Grunnlaget for et slikt forslag er at det særlig er i disse selskapene fordelene ved å kunne velge transaksjonsform er stor. En begrensning kan gjøres der en viss andel av selskapets verdier er fast eiendom mv. Nylig ervervede andre typer eiendeler og likvide midler trekkes da ifra, for å unngå omgåelsesforsøk. Ellers vil det være fare for at selskapene *tilføres andre eiendeler* enn fast eiendom mv. like *før* overføringen av aksjene. At også en slik regel vil kunne

¹²³ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.6.4.

ramme lite presist, og være krevende å håndheve (en må verdsette selskapene), ble trukket frem som argumenter imot.

Her kan det være interessant å se på særregler som er innført i andre land. For eksempel avgrenser Finland fritaksmetoden mot inntekter fra *eiendomsselskaper* – selskaper som hovedsakelig eier fast eiendom. Et selskap regnes som et eiendomsselskap dersom over 50 prosent av verdien av eiendelene refererer seg til *fast eiendom i Finland*. Disse selskapene beskattes innen et eget regime.¹²⁴

En slik regel skaper et krav om verdsettelse av alle aktiva i selskapene, og skaper således noe merarbeid. Men samtidig vil en slik regel kunne fange opp en praktisk viktig gruppe tilpasninger. Særlig ettersom den ulovfestede omgåelsesnormen synes å være lite egnet til å trekke grenser for fritaksmetoden her, bør en avgrensning mot selskaper som hovedsakelig eier skip, fast eiendom og bygg og anlegg muligens vurderes på nytt.

I skatteavtalene er normalt hovedregelen at formuesgevinster beskattes i aksjonærens hjemstat.¹²⁵ OECDs mønsteravtale har ingen egne regler for aksjegevinster. Enkelte land har altså, som Finland, særregler om beskatning av inntekter fra selskaper som hovedsakelig eier fast eiendom. Derfor inneholder noen skatteavtaler særregler for fordelingen av beskatningen i disse tilfellene. NSA art. 13 (2) bestemmer at aksjegevinster fra et selskap ”hvis hovedsakelige formål er å eie fast eiendom” og hvor verdiene utgjør mer enn 75 prosent fast eiendom beliggende i en annen stat, kan skattlegges der.

Et fjerde tiltak kan være å *begrense adgangen til tapsfradrag* for eiendeler med høy verdi, og som ikke avskrives eller avskrives med lave satser. Det er ved gevinst på slike eiendeler hvor fordelene med å velge salg av *eiendelen* i tapssituasjoner er størst, for eksempel bygg, eiendommer og anlegg.¹²⁶ En begrensning vil sørge for at slike tap bare kan fradras i gevinster på *samme type* objekter. Med en slik regel ville altså fordelene av å velge salg av innmat i tapssituasjoner bli mindre. Men i praksis vil gevinst være

¹²⁴ Ministry of Finance Publications, Finland (2005), s. 68.

¹²⁵ Se for eksempel OECDs mønsteravtale art. 13 (4).

¹²⁶ Se pkt. 5.1.2 ovenfor for forskjellen i praksis.

vanligere, og her vil fordelene ved å velge aksjesalg være like stor. Faktisk kan en slik begrensning føre til at enda flere vil legge eiendeler i egne selskaper, ettersom en slik konstruksjon er åpenbart fordelaktig ved gevinst. Ved tap kan en så vurdere om det er gunstigst å selge aksjene (uten fradragsrett) eller innmaten (med begrenset fradragsrett). Men hvis alle gevinster ligger i selskaper, blir det lite å trekke fra i. En slik regel kan etter min mening fort føre til at muligheten for fradrag i praksis blir minimal. Forarbeidene peker også på at det ville kunne føre til praktiske problemer for ligningsmyndighetene å følge opp en slik regel.¹²⁷ I tillegg vil det kunne gi utfordringer for bedrifter der ett driftsmiddel står for en stor del av kapitalen. Det kan bli mindre attraktivt å selge driftsmiddelet med tap uten fradragsrett – selv om bedriftsøkonomiske hensyn ellers tilsier det. Jeg kan ikke se at det skal være hensiktsmessig å innføre en slik regel.

Eventuelt kan en *utsette tidfestingen av fradragsretten for tapet*. En reduserer da prosenten av negativ saldo som kan fradragsføres (jf. sktl. § 14-45, 4. ledd). Et selskap som vil realisere tap som skal føres på gevinst- og tapskonto, ikke får like raskt tapsfradrag – og fordelene ved å velge salg av innmat blir mindre. Dette vil også kunne minske incentivene til å realisere tilsvarende gevinster gjennom aksjesalg. (Satsen må reduseres fra 20 prosent og ned til et nivå hvor den faktiske asymmetrien blir minst mulig.) Dette vil være mest aktuelt å innføre for selskaper som er omfattet av fritaksmetoden, for at ikke alle andre skal bli rammet av den utsatte periodiseringen. Men da vil en få et tosporet system som ville kunne innby til andre uønskede tilpasninger – gjerne transaksjoner mellom ulike typer nærstående foretak. For eksempel peker forarbeidene på muligheten for at et aksjeselskap overfører en eiendel med latent tap til et enkeltpersonsforetak.¹²⁸ Enkeltpersonsforetaket vil få raskere tapsfradrag, de samme typer driftsmidler vil for forskjellige skattytere fradras med ulik hastighet. I tillegg vil heller ikke dette gjøre noe med tilpasninger for å motta skattefri gevinst – og dette bør være den sentrale utfordringen.

¹²⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.6.4.

¹²⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.6.4.

Etter min mening er derfor verken begrensninger i tapsfradraget eller utsettelse av periodiseringen et nødvendige eller tilstrekkelig effektive tiltak mot tilpasningsmuligheten.

En regel som kan vanskeliggjøre visse skattemotiverte transaksjoner, er å sette krav til eiertiden. Dette vil i det minste fordre langsiktig planlegging, og en slipper å ta stilling til om fisjonen og aksjesalget kom for tett på hverandre i tid. Derfor vil den ulovfestede gjennomskjæringsregelens utilstrekkelighet i disse tilfellene kunne være et argument for en *porteføljeavgrensning* som setter krav til eiertiden (for eksempel to år). Men da må det i så fall innføres en begrensning i reglene om skattemessig *kontinuitet* ved fisjon, ellers vil normalt eiertiden være oppfylt. Et unntak kunne sørge for at en regner eiertiden fra den eventuelle fisjonen, og frem til tidspunktet for aksjesalget.

En slik regel vil i det minste forhindre fisjoner den siste perioden før aksjesalget, og etter min mening kan den i en viss grad begrense incentivene til denne typen tilpasninger. Så får en heller godta at enkelte vil planlegge et salg av eiendel (som ikke er tilvirkningsvare) i god tid (minst to år) før et planlagt salg.

Om en porteføljeavgrensning totalt sett bør innføres, drøftes i et eget kapittel 9 nedenfor.

5.4.3 Avgrense mot aksjer som har karakter av varer

At varesalg (indirekte) skal være fritatt for skatt, er ikke i tråd med formålene. Et spørsmål er derfor om det finnes egnede virkemidler til å holde *aksjer som har karakter av varer*, utenfor fritaksmetoden.

For eksempel er det i *Nederland* et vilkår at aksjene ikke skal eies som en del av *varelageret*. Nederlandsk praksis har nærmest oppstilt tre kumulative vilkår for at aksjer skal regnes som en del av varelageret. *For det første* skal aksjene eies med tanke på å selges, og være en del av eierens omløpsmidler ("floating assets"). *For det andre* må eierandelene være i et selskap som ikke (lenger) driver aktivt – en eventuell virksomhet

må være avsluttet.¹²⁹ *Det tredje vilkåret* er at selskapet ikke (i realiteten) har noen eiendeler – de er tomme selskaper ("cash companies").¹³⁰

Er de tre nevnte vilkårene oppfylt, er aksjene å regne som en del av varelageret. Gevinst og utbytte på slike aksjer omfattes dermed ikke av fritaksmetoden.

De nederlandske reglene baserer seg her til en viss grad på skjønnsmessige vurderinger. En innføring av slike regler vil også kunne gi en utfordring når det gjelder stabilitet og forutberegnelighet, det vil kunne ta tid før praksis har utarbeidet klare nok retningslinjer. Men å ha eksplisitte regler for varer kan i det minste gi en større preventiv effekt og bedre veiledning om hva som er grensene for lovlige tilpasninger, enn det den ulovfestede omgåelsesnormen gjør alene.

I Sverige gjelder fritaksmetoden bare "næringsbetingede" andeler. Et vilkår for at en andel skal kunne klassifiseres slik, er at den skal medføre en kapitaltilgang. Dermed vil andeler som har karakter av varelager hos eieren ikke være næringsbetingede, og heller ikke gi skattefrie gevinster.¹³¹

I Sverige finnes det også en særbestemmelse for *foretak med få eiere*, hvor foretaket eier boligeiendom som brukes av en av deltakerne. Dette skal forhindre at kapitalgevinst blir skattefri gjennom å legge boligen inn i et selskap.¹³² Men dette er uansett lite lønnsomt i Norge, og derfor ingen særlig aktuell problemstilling.

I *Storbritannia* er det en betingelse for skattefritak at selskapet man får aksjeinntektene fra, er et såkalt handelsselskap. Dette ekskluderer selskaper som er opprettet for å eie kun ett driftsmiddel.¹³³ En slik begrensning kan tenkes å gjøre det vanskeligere å komme i posisjon til å kunne velge transaksjonsmåte ut fra skattehensyn, og ligner på det nederlandske kravet om at et selskap skal drive aktivt. Riktignok vil regelen også

¹²⁹ Lambooi (2006) s. 338.

¹³⁰ Sverige avgrensner fritaksmetoden direkte mot tomme selskaper, se om dette under pkt. 7.4.1 nedenfor.

¹³¹ Rabe (2005) s. 400.

¹³² Rabe (2005) s. 403.

¹³³ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.6.3.

ramme selskaper som er opprettet av andre hensyn enn de skattemessige. Men den vil likestille innmat i og utenfor aksjeselskap. Naturligvis vil dette åpne for tilpasninger i form av å inkludere ”ubetydelige” eiendeler i samme selskap, og det kan kreve ressurser å forhindre dette. Det vil igjen bli nødvendig med skjønnsmessige vurderinger. Fordelen kan likevel uansett være en viss preventiv effekt. Men dette er etter min mening ikke et godt nok grunnlag for at en slik regel bør innføres.

En mulighet er å opprette skatteplikt for aksjegevinster der selskapet i det vesentlige består av *nytilvirkede* formuesobjekter. Dette vil kunne forhindre forsøk på å unngå beskatning av overskudd fra varetilvirkning. Varetilvirkningstilfellene er særegne, og bør være mulige å skille ut fra andre varesalg. Avgrensningsspørsmål vil likevel oppstå her også. Finansdepartementet uttrykte ønske om å avvente erfaringene med fritaksmetoden først, og gikk ikke inn for å begrense dens virkeområde i tilvirkningstilfellene.

Et spørsmål er hvordan overskuddet *praktisk* kan bli beskattet dersom aksjegevinst etter varetilvirkning ikke skal være skattefritt.

Et forslag ble drøftet i forarbeidene.¹³⁴ Der foreslås det at den nytilvirkede varen (skattemessig) skal anses å ha blitt solgt og tilbakekjøpt til virkelig verdi – på samme tidspunkt. En vare er solgt for 100, og produksjonskostnadene var 60. En anser da varen som solgt for 100 og kjøpt tilbake for 60. Dermed blir bare *overskuddet* på 40 beskattet hos selskapet. Alternativt kunne en holdt tilvirkningstilfellene helt utenfor fritaksmetoden, og beskattet gevinsten etter de alminnelige reglene for varer. I eksempelet ville da 100 minus aksjenes inngangsverdi (som kunne vært lavere eller høyere enn 60) blitt beskattet. Ulempen er da at en ikke får isolert skatteplikten til gevinsten på den nytilvirkede *varen*.

Etter min mening taler gode grunner for å unnta ren varetilvirkning fra fritaksmetodens nullskattesats. For eksempel kan (som nevnt i forarbeidene) tilvirkning av varer som tilsvarer driftsmidlene nevnt i § 14-43, 1. ledd litra e til i tenkes unntatt. Slik vil

¹³⁴ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.6.4.

aksjesalg etter bygging av skip, fly og bygg være underlagt gevinstbeskatning på samme måte som om objektet ikke hadde vært lagt i et eget aksjeselskap. Da vil andre forretningsmessige formål, særlig risikobetraktninger, avgjøre om prosjektet blir lagt i et eget selskap. Jeg kan ikke se at en slik begrensning da vil favne særlig videre enn omgåelsestilfellene – vareomsetning skal alltid skattlegges. Det ville derimot en regel om skatteplikt ved realisasjon av aksjer i selskaper som eier den *samme type formuesobjekter*, gjort.

Forarbeidenes forslag om å anse varen som solgt og tilbakekjøpt synes å være et fornuftig måte å beregne gevinsten på. En kan stille spørsmålet om hvordan regelens anvendelsesområde skal avgrensens der selskapet også eier *andre typer objekter*. Men dette trenger ikke nødvendigvis blir noe stort problem. Der andre typer objekter i selskapet som overdras er omfattet av fritaksmetoden, kan disse fisjoneres ut i egne selskaper. En kan derfor oppstille en regel om at aksjeinntekt fra selskap som i det hele tatt *inneholder* nyttilvirket driftsmiddel (av typen som er nevnt i § 14-43, 1. ledd litra e til i) faller utenfor fritaksmetoden – og i stedet beskattes på den skisserte måten.

5.5 Forslag

Det er ikke enkelt å treffe tiltak som er presise og effektive nok til å fjerne tilpasningsmuligheten helt. Derfor bør en konsentrere seg om å begrense de mest opplagte tilpasningene. Fritaksmetoden bør derfor ikke få anvendelse ved overskudd fra varetilverkning. *Inntekter fra selskaper som har visse nyttilvirkede eiendeler*, vil da automatisk falle utenfor fritaksmetoden og gevinstbeskattes etter de alminnelige reglene.

Men fortsatt vil en risikere at en rekke eiendeler selges gjennom aksjesalg. Etter min mening bør derfor et generelt krav til *eiertiden* innføres, for eksempel to år. Dette *kan* gjøres ved en avgrensning mot porteføljeinntekter med krav til eiertid og eierandel. For at en eiertidsbegrensning skal ha effekt i denne relasjonen, må det innføres et unntak fra reglene om skattemessig kontinuitet ved fisjon.

Kombinasjonen av disse endringene vil føre til at mange av dagens tvilssituasjoner automatisk faller utenfor fritaksmetoden. Flere salg av det som reelt sett er eiendeler, vil beskattes etter gevinstbeskatningsreglene. Samtidig kan jeg ikke se at endringene vil ramme uforholdsmessig upresist eller vidt.

Fisjon med påfølgende aksjesalg hvor eiertiden er oppfylt – og hvor det overførte selskapet ikke eier noen av de omtalte nyttilvirkede eiendelene – bør derfor etter dette tillates uten en vurdering opp mot omgåelsesnormen. Dette gir en ytterligere fordel ved at grensene for hva som er lovlig av tilpasninger blir langt klarere, med den forutberegnelighet og ressursbesparende effekt det vil gi.

6 Holdingselskap

6.1 Innledning

Aksjeselskaper er subjekt under fritaksmetoden, i motsetning til personlige aksjonærer. For personer og virksomheter med aksjeinntekter vil det derfor være ønskelig å motta disse i et aksjeselskap.

Der en ønsker å endre organisasjonsform fra et *enkeltpersonforetak* eller deltakerlignet selskap for å komme inn under fritaksmetoden, kan reglene om *skattefrie omdannelser*¹³⁵ benyttes. Etter sktl. § 11-20, jf. fsfin. § 11-20-1 til § 11-20-11, kan ”personlig eid virksomhet” overføres til et nystiftet aksjeselskap som den næringsdrivende i det vesentlige selv eier. Det er altså et krav om at det drives virksomhet. Omdannelsen skjer da med skattemessig kontinuitet, det nystartede aksjeselskapet trer inn i skatteposisjonene som knytter seg til virksomheten.

Det stilles krav til eierkontinuiteten ved omdannelsen, men ikke etter at den er gjennomført – noe det ble gjort frem til 1996.¹³⁶

For fysiske personer som investerer i aksjer, og som ikke driver enkeltpersonsforetak i næringsvirksomhet, kan det synes å lønne seg å opprette *holdingselskaper*. Et slikt selskap har primært sine aktiva i form av aksjer i andre selskaper. For private aksjonærer, kan tilpasningen være gunstig både med tanke på gevinst- og utbyttesituasjonen. Et holdingselskap kan, som andre aksjeselskaper, motta aksjeutbytte og -gevinst skattefritt, og midlene kan så benyttes til reinvesteringer. Riktignok vil videreutdeling fra holdingselskapet medføre utbytteskatt. Men på denne måten kan aksjonærene i det minste styre *når de vil ta skattebelastningen*, i stedet for å bli løpende beskattet for inntektene.

¹³⁵ Reglene for skattefrie omdannelser behandles ikke nærmere her, men hører med i helhetsbildet. Det skatterettslige *virksomhetsbegrepet* problematiseres heller ikke nærmere.

¹³⁶ Zimmer m.fl. (2006) s. 650.

Både aktive og passive eiere kan utnytte fritaksmetoden. Aktive eiere av driftsselskaper kan danne *konsernstrukturer med et holdingselskap* på toppen – for senere å kunne selge (deler av eller hele) virksomheten. Holdingselskapet vil da motta vederlaget for aksjene skattefritt.

I det følgende benyttes konsekvent *aksjeselskapsformen*. Etter asl. § 3-1 skal et aksjeselskap ha en aksjekapital på minst 100 000 kroner. Aksjene kan ikke tegnes til underkurs, innskuddet kan altså ikke være lavere enn pålydende, jf. asl. § 2-12. Etter § 2-7 kan ikke eiendeler som ikke kan balanseføres etter regnskapsloven (§ 6-2) brukes som aksjeinnskudd. Aksjeandeler balanseføres, så dette er ikke til hinder for å bruke aksjer som tingsinnskudd. Totalt må altså verdien av aksjene (eventuelt i kombinasjon med penger) være minst 100 000 kroner ved stiftelsen.

En person som planlegger å investere i aksjer, kan opprette et eget aksjeselskap og bruke det som holdingselskap. Eier han aksjer fra før, kan disse eventuelt selges (til markedspris) til en nyopprettet selskap. Da blir en eventuell gevinst beskattet på investorens hånd. Dette vil derfor være naturlig ved aksjetap, så den personlige investoren kan få fradrag for tapet.

Tilpasningsmulighetene som behandles i det følgende er i prinsippet tilpasninger til den innførte aksjonærmodellen med utbytteskatt. Men ettersom utbytteskatten fremstår som et premiss for å ha en fritaksmetode, må disse gjennomgås. Et særlig sentralt spørsmål er om en risikerer at aksjeinntekter ikke blir beskattet ved overgangen fra selskap til fysisk person – slik intensjonen er.

6.2 Personlig investeringsselskap

6.2.1 Kapitalakkumulering

Det har pågått en offentlig debatt om – og eventuelt i hvilken grad – det er fordelaktig å investere i aksjer gjennom et holdingselskap. Finansdepartementets holdning har vært at investorer med og uten holdingselskap likebehandles. Enten må utbytteskatten betales med en gang, eller så må den betales ved senere uttak. Teoretisk sett skal det derfor være likegyldig om en investerer gjennom et holdingselskap eller ikke. Oppsparing både i og utenfor holdingselskap vil bli beskattet to ganger, gjennom selskapsskatt og utbytteskatt. Forskjellen er tilsynelatende bare *tidspunktet* for utbytteskatten.

Formålet med eksemplene i det følgende er å kartlegge om nøytralitet mellom investering utenfor og gjennom holdingselskap alltid foreligger.

Utgangpunktet for eksemplene er at et ubytte på 500 kr. gis til henholdsvis **(A)** en personlig aksjonær og **(B)** en aksjonærs holdingselskap. *Skjermingsfradrag holdes i første omgang utenfor.*

Eksempel 1: Sparing i bank

Alternativ A: Utbyttet på 500 kr. gir 140 kr. (28 prosent) i utbytteskatt. 360 kr. settes i banken til en rente på 3 prosent, og dette gir 10,80 kr i avkastning. Kapitalskatten på avkastningen utgjør 3,02 kr. Aksjonæren sitter igjen med 367,78 kr.

Alternativ B: De 500 kr. settes i banken, og gir en avkastning på 15 kr. Disse beskattes med 28 prosent (selskapsskatt) – 4,20 kr. Igjen i selskapet er 510,80 kr. Ved videreutdeling til fysisk aksjonær beskattes dette med 28 prosent utbytteskatt – 143,02 kr. Den personlige aksjonær sitter igjen med 367,78 kr.

Konklusjon: Nøytralitet.

Der utbyttet settes i bank og gir renteinntekt, og dermed *skattepliktig* inntekt, er det nøytralitet mellom de to investeringsformene. Spørsmålet blir så om resultatet blir et annet dersom utbyttet *reinvesteres i aksjer* – slik investorer gjerne vil gjøre.

Eksempel 2: Reinvestering i aksjer

Begge investorene velger å reinvestere utbyttet i *aksjer* (med samme avkastning, 3 prosent). *Skjermingsfradrag holdes fortsatt utenfor.*

Alternativ A: Aksjer for 360 kr. gir 10,80 kr. i avkastning. Utbytteskatten av dette utgjør 3,02 kr, og aksjonæren sitter igjen med 367,78 kr.

Alternativ B: De 500 kr. reinvesteres i aksjer, og gir en avkastning på 15 kr. Igjen i selskapet er 515 kr. Utbytteskatt (28 prosent) ved videreutdelingen utgjør 144,20 kr. Aksjonæren sitter igjen med 370,80 kr.

Konklusjon: Fordelaktig å investere gjennom et holdingselskap.

Aksjeselskapet kan reinvestere et større beløp enn den personlige aksjonæren. Ettersom avkastningen av aksjene ikke skattlegges i selskapet, blir det en fordel å investere gjennom holdingselskap.

Men neste spørsmål er om reglene om *skjermingsfradrag* medfører at det likevel blir nøytralitet. Det forutsettes et skjermingsgrunnlag på 10 000 kr. og en skjermingsrente på 2 prosent for begge. Det reinvesteres i aksjer, og avkastningen av reinvesteringen er også 2 prosent. Hvert av de to alternativene har sine særegne *fordeler*, og det er disse som sammenlignes.¹³⁷

Skjermingsfradraget utgjør skjermingsgrunnlaget multiplisert med en skjermingsrente, jf. sktl. § 10-12, 2. ledd. Skjermingsgrunnlaget er inngangsverdien, innkjøpsprisen (jf. § 10-32, 2. ledd).

Eksempel 3: Reinvestering i aksjer – med avkastning lik skjermingsrente

Alternativ A: Skjermingsfradraget utgjør 200 kr. Aksjonæren betaler 84 kr. i skatt (28 prosent av de resterende 300 kr.), og reinvesterer 416 kr.

Skjermingsgrunnlaget for aksjonæren med *holdingselskap* vil ved uttak året etter være økt med 200 kroner, det *fremførte* skjermingsfradraget, jf. § 10-12, 2. ledd. For den personlige aksjonær vil reinvesteringen av de 200 kr. også innebære at skjermingsgrunnlaget øker med 200 kr. (den nye kostprisen). Dermed er det 216 kr. i

¹³⁷ Dette oppsettet isolerer *fordelene*, noe eksempler med bruttobeløp gjerne ikke vil gjøre. Ved utbytte på 2 prosent i år 1 (dvs. 200 kr. av 10 000), vil utbyttet hele veien være skattefritt både i alternativ A og B. For å kunne sammenligne alternativene, må en derfor forutsette et høyere utbytte i år 1 – her på 500 kr.

økt skjermingsgrunnlag som er den personlige aksjonærs særegne *fordel* i forhold til alternativ B, ikke hele beløpet som reinvesteres (416 kr.).

Dette betyr at avkastningen på 4,32 kr. blir skattefri (2 prosent av 216 kr.), og dette utgjør en skattebesparelse på 1,21 kr. (28 prosent av 4,32 kr.).

Alternativ B: Fordelen med dette alternativet er at også *skattekreditten* (den utsatte utbytteskatten) på 84 kr. kan reinvesteres. Dette gir 1,68 kr. i avkastning. Men skjermingsgrunnlaget øker ikke tilsvarende, så senere utdeling til personlig aksjonær utløser utbytteskatt på 0,47 kr. (28 prosent av 1,68 kr.). Fordelen blir på 1,21 kr.

Konklusjon: Nøytralitet

Når avkastningen er lik skjermingsrenten, blir resultatet det samme om man investerer gjennom et holdingselskap eller ikke. Det samme vil bli tilfelle der avkastningen er lavere enn skjermingsrenten, ubenyttet skjerming er fremførbar etter § 10-12.

Eksempel 4: Reinvestering i aksjer – med avkastning høyere enn skjermingsrenten

Avkastningen på aksjer vil gjerne være høyere enn skjermingsrenten, som skal tilsvare risikofri avkastning. Gitt at den er 5 prosent (og at skjermingsrenten fortsatt er 2 prosent), blir avkastningen av *skattekreditten* 4,20 kr. Senere utbytteskatt utgjør 1,18 kr. Investoren sitter igjen med 3,02 kr.

Konklusjon: Fordelaktig å investere gjennom et holdingselskap. Fordelen utgjør her 1,81 kr. (3,02 kr. - 1,21 kr.)

Dersom avkastningen er 10 prosent, utgjør denne 8,40 kr. Senere utbytteskatt blir 2,35 kr. Investoren sitter igjen med hele 6,05 kr. Fordelen med å investere gjennom et holdingselskap blir 4,84 kr. (6,05 kr. - 1,21 kr.).

Tallene er ikke ment å gi uttrykk for forholdstall, de er kun egnet til å påvise at det ikke er nøytralitet og at forskjellen øker med høyere avkastning. For eksempel vil en høyere avkastning

med påfølgende *ny* reinvestering utenfor holdingselskap medføre økt skjermingsgrunnlag for den personlige aksjonæren, noe som vil *minske fordelene* med holdingselskapet noe.

Dersom avkastningen er høyere enn skjermingsrenten, er det altså ikke nøytralitet mellom investeringsalternativene. Forutsatt at dette er tilfelle, vil det for private (stor)investorer lønne seg å investere i aksjer gjennom et holdingselskap. Jo høyere avkastningen er, desto større blir fordelene.

Finansdepartementet har i enkelte eksempler anført at en må la investeringsforutsetningene være like for å kunne sammenligne alternativene. Strategien er at den personlige aksjonær reinvesterer hele utbyttet (i mitt eksempel 500 kr.) i nye aksjer, og heller ta opp *lån* for å finansiere utbytteskatten (84 kr.).¹³⁸ Da blir aksjeinvesteringen den samme som man kunne gjort gjennom et holdingselskap. Investoren får i tillegg oppjustert skjermingsfradraget. Finansdepartementet har operert med en forutsetning at rentesatsen på lånet tilsvarer skjermingsrenten.¹³⁹ Men ved normale betingelser vil rentenivået ligge en god del høyere enn skjermingsfradraget. En får ikke lån til aksjeinvesteringer med en rente på 1,7 prosent (som skjermingsrenten nå ligger på). Selv om man skulle ta med fordelene med fradrag for renteutgifter, vil en slik måte å investere på sjelden lønne seg. Etter min mening er derfor denne måten å sammenligne alternativene på lite hensiktsmessig.

6.2.2 Lønn i form av utbytte

Gjennom kapitalakkumulering kan en for eksempel spare til egen pensjonstid, bruke midler til nye investeringer (typisk porteføljeinvesteringer) eller legge dem i fast eiendom – gjennom aksjeselskaper. Samtidig vil en del kunne motta forholdsvis lave lønninger, og desto høyere aksjeinntekter. Det kan gi et visst press på at skattepliktige arbeidsinntekter gis form av skattefrie aksjeinntekter.

Den aktuelle problemstillingen er særlig om investorer har nedlagt en arbeidsinnsats som ikke reflekteres av arbeidsinntekten – og om en da skal tilegnes ”tvangslønn”. For store investorer må en i så fall *konstruere* en inntektsstrøm som i utgangspunktet ikke er

¹³⁸ Se for eksempel Halvorsen (2006) og Axelsen (2006).

¹³⁹ Halvorsen (2006).

der. Enkelte kan leve av å motta utbytte innenfor skjermingsfradraget – og dermed ikke skattlegges – selv om det i realiteten er vederlag for arbeid de mottar.

Høyesterett avsa en dom i en slik sak 7. desember 2006.¹⁴⁰ Her ble § 13-1 benyttet til gjennomskjæring der en deltaker i et ansvarlig selskap ikke mottok arbeidsgodtgjørelse. Det ble ansett som ”ikkje tvilsamt” at avtale om eller gjennomføring av vederlagsfri arbeidsinnsats kommer inn under bestemmelsen. Dette er første gang Høyesterett fastslår dette, og dommen var enstemmig i sin konklusjon om gjennomskjæring. Saken gjaldt riktignok den opphevede delingsmodellen. Men dommen kan få relevans også for bruken av investeringsselskaper. Der en investor mottar utbytte som i realiteten er vederlag for arbeidsinntekt, vil § 13-1 være aktuell.

Departementet har i forarbeidene lagt til grunn at en bør være varsom med gjennomskjæring i disse tilfellene.¹⁴¹ Denne problemstillingen favner vidt, og behandles ikke nærmere her.¹⁴²

6.2.3 Lån fra og til eget selskap

En tilpasningsmulighet er å ta opp lån fra eget selskap (typisk holdingselskap). Riktignok må det betales tilbake med renter, og renteinntekter hos selskapet blir dobbeltbeskattet. (Først beskattes inntekten på selskapets hånd, deretter utbytte på aksjonærens hånd.) Men en betaler i realiteten renter til seg selv. I tillegg får investoren fradrag for renteutgiftene, jf. sktl. § 6-40, jf. § 6-1. Dette synes å være en svært gunstig løsning der holdingselskapet har midler nok til å kunne gi lån.

Selskapsrettslige grenser avgjør maksimal lovlig størrelse på lånet, jf. asl./asal. § 8-7, 1. ledd. Kreditt (uttrykket innebefatter lån) kan bare gis ”innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte”, og det må i tillegg stilles betryggende sikkerhet. Etter § 8-1

¹⁴⁰ HR-2006-02054-A.

¹⁴¹ Ot. prp. nr. 92 (2004-2005) pkt. 1.8.2.3.

¹⁴² Se Gjems-Onstad (2006).

kan deler av årsresultatet deles ut som utbytte. Men et holdingselskap vil typisk ha atskillig opptjent inntekt, så dette vil neppe være et særlig stort hinder for denne typen tilpasninger.

Etter min mening reiser slike typer tilpasninger ikke bare spørsmål rundt fritaksmetoden, men også den mer prinsipielle debatten om ubegrenset rentefradrag. Ved lån fra eget selskap, er ikke utgiftene (rentene) ”pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre *skattepliktig* inntekt”, jf. § 6-1. At alle gjeldsrenter er fradragsberettiget, jf. § 6-40, representerer altså en utvidelse. De gode mulighetene for å akkumulere kapital i holdingselskaper gir nye utfordringer. For lån som ikke har sammenheng med skattepliktige inntekter, som lån til personlig forbruk, burde etter min mening heller ikke renteutgiftene være fradragsberettiget. Dette ville i så fall også ramme lån fra eget selskap.

I forkant av skattereformen har det vært mulig å ta ut aksjeutbytte, som deretter kunne skytes inn som lån i selskapet. Dermed kan midler tas ut skattefritt ved tilbakebetaling av lånet fra aksjonærene. Dette blir altså lån *til* eget selskap, og denne tilpasningen var aktuell i forkant av den nye aksjonærmodellen. Dette ble gjort fordi en effektiv utbytteskatt skulle innføres. Men tilpasningsmetoden viser at det finnes ulike muligheter til å få ut midler fra selskaper uten utbytteskatt, særlig for dem som var forutseende på et tidlig tidspunkt.

Aksjeutbytte skattlegges nå på aksjonærens hånd med 28 prosent, og midlene er tidligere selskapsbeskattet med 28 prosent – til sammen 48,16 prosent. Renteinntekter var tidligere beskattet lavere (selskap og aksjonær samlet sett), og dette kunne motivere til at kapitaltilskudd til selskapet ble gjort som lån fra aksjonærene.¹⁴³ Derfor inneholder nå sktl. § 5-22 regler om skattlegging av renteinntekter på lån fra personlig skattyter til selskaper.

¹⁴³ Zimmer m.fl. (2006) s. 342.

6.2.4 Kapitalnedsettelse i stedet for utbytte

Det finnes også andre måter til å få tatt ut midler fra et selskap på. En aksjonær kan få ut igjen tidligere innskutte midler gjennom kapitalnedsettelse, og unngår med det utbyttebeskatning. Forutsetningen er at utbetalingen skatterettslig *ikke klassifiseres som utbytte*.

Etter sktl. § 10-11, 2. ledd er *tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital* unntatt fra den ordinære utbyttedefinisjonen. Slike kapitalnedsettelser regnes altså ikke som utbytte, og rammes dermed heller ikke av utbytteskatten.

Utbytte kunne i praksis tas ut skattefritt før skattereformen 2004-06, og deretter skytes inn som egenkapital. En del selskaper kan ha gjort dette for senere å kunne nedskrive kapitalen. På denne måten kan aksjonæren(e) motta midlene skattefritt.

For eksempel kan en aksjonær skyte inn børsnoterte aksjer med 1 million kroner i omsetningsverdi i sitt holdingselskap. Aksjonæren får aksjer (for 1 mill. kr.) i vederlag. Hvert år har holdingselskapet et overskudd på 100 000 kr. Aksjonæren kan da i ni år ta ut 100 000 kroner per år uten beskatning i form av kapitalnedsettelser.

Etter ni år er innbetalt aksjekapital nede i 100 000 kroner, som er lovens minimum. (Tilbakebetalingen må også være forsvarlig. Det kan den være for eksempel hvis selskapet har tilstrekkelig overskudd som ikke er utdelt.) Aksjonæren har nå skattefritt fått tilbake 90 prosent av investeringen. I tillegg har han fremførbare skjermingsfradrag for alle disse årene til gode hvis han senere skal heve utbytte fra holdingselskapet.¹⁴⁴ Riktignok er ikke en kapitalnedsettelse helt uten ulemper. Aksjens inngangsverdi blir redusert (jf. sktl. § 10-35), og det vil gi lavere skjermingsfradrag for aksjonærene de kommende årene. Dermed blir mulighetene for å utbetale skattefritt utbytte i fremtiden reduserte. Besparelsene for aksjonærene vil likevel gjerne være store totalt sett.

¹⁴⁴ Eksempel fra Torggrimsen (2006).

En problemstilling er hvilke utbetalinger som er utbytteutdelinger, og hvilke som er tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. I et brev av fra mars 2006¹⁴⁵ uttaler Finansdepartementet at det ”ikke er grunnlag for å oppstille et vilkår om at opptjent kapital må deles ut før det kan være aktuelt å betrakte utdelingen som tilbakebetaling av innbetalt kapital”.¹⁴⁶

Hvilken del av kapitalen som skal anses utbetalt (når den består av både innbetalt kapital og opptjent inntekt) er altså *valgfritt*. Enten kan en utbetale etter reglene for utbytte eller etter reglene for kapitalnedsettelse. Men når det selskapsrettslige valget er gjort, er det også skatterettslig bindende.

Loven oppstiller likevel en begrensning. Etter sktl. § 10-11, 5. ledd skal utbetaling til aksjonærene ved nedskrivning av kapitalen ”avregnes mot den forhøyelsen av kapitalen uten nytegning som er foretatt sist”. Dette vil typisk være *fondsemisjoner*. Fondsemisjon fra selskapets overkursfond er skatterettslig (normalt) likestilt med innbetalt aksjekapital, jf. sktl. § 10-11, 2. ledd. Fondsemisjon fra ”*fri egenkapital*”, jf. asl. § 10-20, 1. ledd, er altså det aktuelle her. Reduksjonen av aksjekapitalen avregnes da mot den *fondsemisjonen som er foretatt sist*. Utdelingen beskattes dermed som utbytte.

Nedsettelse av selskapets aksjekapital med tilbakebetaling til aksjonærene (og tilbakebetaling av innbetalt overkurs) fører til at *inngangsverdien reduseres*, jf. sktl. § 10-35.

Situasjonen kan da synes å bli uklar der aksjekapitalen delvis er innbetalt og delvis har tilkommet gjennom fondsemisjon. (For eksempel der utbetalingsbeløpet overstiger tidligere fondsemisjoner.) Her må trolig løsningen være at bare *den delen* av utdelingen som kan avregnes mot den tidligere fondsemisjonen beskattes som utbytte. Den resterende delen er tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital (og ikke utbytte), og nedsetter inngangsverdien på aksjene. Nedsettelse av inngangsverdien for den delen

¹⁴⁵ Brev til KPMG Law Advokatfirma DA av 28. mars 2006.

¹⁴⁶ Uttalelsen synes å korrigere et tidligere brev fra desember 2005 (Utv. 2006 s. 118), som ga uttrykk for det motsatte standpunkt. Men dette gjaldt uansett en overgangsregel.

som er skattlagt som utbytte (på grunn av fondsemisjon) ville ellers ført til dobbeltbeskatning.

Problemstillingen om hva som er innbetalt og hva som er opptjent kapital reiser også en rekke andre spørsmål. For eksempel er et viktig tema om en kan ”vaske” aksjekapital – foreta en fondsemisjon som i realiteten *overfører midler fra aksjekapital til annen egenkapital*. Dette kan gjøres ved å først nedsette aksjekapitalen tilsvarende den fondsemitterte kapitalen. Så overføres midlene til *annen egenkapital*. (Etter § 10-11, 5. ledd skal utbetaling avregnes mot forrige fondsemisjon, men dette gjelder innenfor *aksjekapitalen*.) Til slutt nedsettes resten av aksjekapitalen, noe den kan gjøres ned til grensen på 100 000 kroner. Dette blir da skattefri utbetaling av innbetalt aksjekapital.¹⁴⁷ Spørsmålet er om dette regnes som en tilpasning som kan gjennomskjæres etter den ulovfestede omgåelsesnormen. Ser man disposisjonsrekken i sammenheng, kan dette være nærliggende.¹⁴⁸

I ukene før statsbudsjettet for 2007¹⁴⁹ kom i oktober 2006 gikk det rykter om at uttak ved kapitalnedsettelse skulle skattlegges – ved en form for utbytteskatt – dersom selskapet også hadde fri egenkapital som kunne benyttes til utbytte.¹⁵⁰

Ved å utnytte forskjellen mellom regelsettet før og etter reformen kan en del av egenkapitalen være tidligere uttatt (skattefritt) utbytte. I overgangsperioden kunne derfor en beskatning av kapitalnedsettelse med utdeling til aksjonærene tenkes å være et effektivt virkemiddel for å unngå at tilpasninger unntar store midler fra beskatning.

Det finnes klare argumenter mot en slik regel. Dersom en setter kapital inn i et selskap - for deretter å få pengene tilbake – beskattes man med for eksempel 28 prosent. Men den som gir selskapet et lån – og får det tilbake – beskattes ikke. På denne måten vil regelen kunne føre til at selskaper i større grad blir finansiert med lån, og mindre med

¹⁴⁷ Dette, og en rekke andre nærliggende spørsmål, er behandlet av Tjølsen (2006).

¹⁴⁸ En nærmere drøftelse av dette anses ikke for å være hensiktsmessig i denne sammenhengen.

¹⁴⁹ Ot. prp. nr. 1 (2006-2007), St.meld. nr. 1 (2006-2007) og St.prp. nr. 1 (2006-2007), som ble fremlagt 6. oktober 2006.

¹⁵⁰ Se for eksempel forsiden av Dagens Næringsliv 4. oktober 2006.

egenkapital. Samtidig vil tilpasninger før skattereformen kunne sørge for at enkelte ikke trenger å ta ut *utbytte* de nærmeste årene – en velger kapitalnedsettelse i stedet.

Ifølge meldingene Brønnøysundregistrene¹⁵¹ har mottatt, ble det utført mellom 15 og 40 kapitalnedsettelse pr. uke i uke 26 (26. juni - 2. juli) til 37 (11. – 17. sept.). I uke 38 ble det meldt om 53 kapitalnedsettelse. Så eksploderte antallet til 148 i uke 39 og 186 i uke 40, da statsbudsjettet ble lagt frem. Det kan være mange årsaker til at kapitalnedsettelse velges, men det kan synes som at ryktene om beskatning har påvirket markedet. At så mange selskaper har hatt muligheten til å gjøre dette, kan også gi signaler om at enkelte har vært overkapitalisert – muligens som en følge av at utbytte tidligere har blitt tatt ut (skattefritt) for deretter å bli satt inn som egenkapital. Men dette er antagelser om tidligere tilpasninger. Mange av disse har trolig satt beløpene inn igjen som lån. Men dette medfører flere ulemper. Blant annet vil *skjermingsgrunnlaget* bli lavere, og den personlige aksjonær må betale *formuesskatt* av hele fordringen – det blir ingen aksjerabatt ved beregningen.

6.3 Fordeler med investeringselskap

I utgangspunktet legger utbyttebeskatningen til grunn at det er nøytralitet mellom å eie aksjer direkte og å investere gjennom et holdingselskap. Men nøytraliteten synes likevel å være basert på *tre forutsetninger* som ikke nødvendigvis alltid er oppfylt.

Eksemplene under pkt. 6.2.1 ovenfor viser at *det for det første* er en forutsetning for nøytralitet at avkastningen er lik (eller lavere) enn skjermingsrenten. Dette er den normalt ikke i aksjemarkedet.

For det andre er ikke utbytte den eneste muligheten til å få ut midler fra selskapet på. Tre alternative metoder er behandlet ovenfor (pkt. 6.2.2, 6.2.3 og 6.2.4).

For det tredje må midlene en eller annen gang tas ut av selskapssektoren for at det skal bli skattemessig likebehandling. Dette vil ikke alltid skje. Alle investorer har ikke behov for å ta ut midler (ut over skjermingsfradraget) til privat forbruk. Skjermingsfradraget

¹⁵¹ <http://www.brreg.no>

kan for enkelte investorer være nok. (Med 2 prosents skjermingsrente vil aksjer for 100 millioner gi 2 millioner i skattefritt utbytte.) Har man mer å investere for, blir inngangsverdien – og dermed skjermingsfradraget – større i forhold til det man normalt trenger til forbruk.

I situasjoner hvor en av de tre forutsetningene ikke slår til, vil det derfor kunne bli svært fordelaktig å investere gjennom et holdingselskap. Enkelte investorer kan gjennom disse metodene benytte fritaksmetoden til å unngå – eller i hvert fall minimalisere - inntektsskatten.

Det finnes også andre gode grunner til å beholde midlene i holdingselskapet, i hvert fall for en periode. For eksempel kan *formuesskatten* bli lavere.

Etter sktl. § 17-10 skal ikke skattyters samlede skatter overstige ”80 prosent av alminnelig inntekt”. I så tilfelle skal formuesskatten nedsettes, maksimalt ned til 0,6 prosent av netto formue, jf. § 17-10, 1. ledd 2. pkt. For eksempel vil personer som har så høye skjermingsfradag at de kan leve av det få 0 kr. i alminnelig inntekt. Dermed blir formuesskatten redusert til 0,6 prosent av formuen. For en investor med 100 millioner i formue, vil dette utgjøre 500 000 kroner i spart formuesskatt.¹⁵²

Ved generasjonsskifte blir også *arveavgiften* lavere dersom midlene ligger i selskapet. Etter aal. § 11 A verdsettes ikke-børsnoterte aksjer kun til 30 prosent av aksjenes forholdsmessige andel av selskapets formuesverdi.

En ytterligere mulighet for skattekreditt er at det kan ta tid før verdistigning i et selskap fører til beskatning der – aksjekursene er også basert på *forventet inntjening*. Dermed vil aksjonærene i selskapet kunne få avkastning av denne *skattekreditten* dersom de selger aksjene før inntektene er opptjent i driftsselskapet. Enda mer interessant blir det dersom inntjeningen senere viser seg å ikke bli som forventet. Dersom kjøper er et selskap, vil denne ikke få fradrag for sitt aksjetap. Det oppstår dermed en asymmetri der både selger og kjøper er selskaper: Selger får *skattefri gevinst*, kjøper får *tap som ikke er*

¹⁵² Torgrimsen (2006).

fradragsberettiget. I tillegg blir skattesatsen i slike tilfeller totalt (samlet for driftsselskapet og selger) lavere enn forutsatt – (deler av) gevinsten selger mottok skattefritt har aldri kommet til beskatning hos driftsselskapet.

Særlig det faktum at porteføljeinvesteringer innenfor EØS er omfattet av fritaksmetoden kan legge til rette for aksjespekulasjon. Det er en økonomisk terskel for å opprette et aksjeselskap, småsparere vil gjerne eie aksjene direkte. Det er altså investorer med en viss kapital som har muligheten til å nyte godt av disse fordelene med å investere gjennom et eget holdingselskap.

6.4 Konsern med holdingstruktur

6.4.1 Innledning

Det kan være flere grunner til at man ønsker et konsern med et holdingselskap på toppen, annet enn de mulige fordelene ved kapitalakkumulering. Det særlig interessante i denne sammenheng er at en slik struktur gjør det mulig senere å selge hele eller deler av virksomheten med skattefri gevinst. Det er altså særlig *gevinstfritaket*, og ikke utbyttefritaket, som er i fokus her. På mange måter blir problemstillingen den samme som valget mellom salg av eiendeler og aksjer, som ble behandlet i kap. 5. Men her er man et steg tidligere i prosessen, det foreligger ingen *konkrete* planer om salg – en posisjonerer seg for et *mulig salg* i fremtiden. Ved å ha holdingstruktur på et tidlig tidspunkt, kan en unngå problematikken med gjennomskjæring av omorganiseringer *like før* salg.

I det følgende gjennomgås enkelte alternative *fremgangsmåter* for å komme i posisjonen til senere å kunne dra fordeler av fritaksmetodens nullskattesats. Både tilfeller der en *ny virksomhet* skal startes og der en ønsker et holdingselskap på toppen i et *konsern*, behandles. Når holdingstruktur først er etablert, blir problemstillingene de samme som for de personlige investeringsselskapene.

En gründer skal for eksempel starte en virksomhet i samarbeid med to andre. (Fordelingsbrøken en kan selvsagt velge, for eksempel 40 prosent til gründeren og 30

prosent til hver av de to andre.) De tre kan da opprette hvert sitt private holdingselskap, som sammen eier det nystiftede selskapet A AS. For å ha frihet og fleksibilitet i forhold til senere investeringer, opprettes et datterselskap av dette. Ved å overføre driften hit, blir A AS et holdingselskap som fullt ut eier driftsselskapet. Dette holdingselskapet kan også for eksempel eie patenter, lisenser og andre immaterielle eiendeler. På denne måten kan driftsselskapet senere selges skattefritt for A AS. Utbytte fra driftsselskapet til holdingselskapet, og fra A AS til de private holdingselskapene, blir også skattefritt.

Dersom en plasserer 100 000 kroner i aksjekapital i ett selskap, kan disse midlene deretter benyttes til ny aksjekapital for å opprette et datterselskap. Slik kan de samme midlene i realiteten brukes i flere ledd i en konsernkjede.

6.4.2 Konserninterne overføringer

En fremgangsmåte er å gå veien om konserninterne overføringer. Etter sktl. § 11-21 kan eiendeler overføres mellom selskaper uten å utløse skatteplikt. Dette gjelder bare selskaper innen samme *konsern*. I tillegg må morselskapet eie mer enn 90 prosent av aksjene i datterselskapet, og ha minst samme stemmeprosent på generalforsamlingen.

Hele eller deler av innmaten i et driftsselskap kan overføres til et nystiftet datterselskap. Ved hel overdragelse blir da dette det nye driftsselskapet, og det opprinnelige selskapet blir et rent holdingselskap. Utbytte fra datterselskapet blir skattefritt inntekt for morselskapet, og midlene kan brukes til reinvestering. Denne omstruktureringen gir et holdingselskap på toppen. Men så lenge aksjene skal beholdes, er det lite å tjene på dette – det blir 28 % selskapsskatt på overskudd uansett.

En stor ulempe med å omstrukturere gjennom konserninterne overføringer, er kravet til *eierandel*. Holdingselskapet må for alltid eie minst 90 prosent av driftsselskapet for å unngå å utløse skatteplikt, jf. fsfin. § 11-21-2 og § 11-21-10. Hvis ikke, opphører skattefritaket. Dette kan gi en viss innlåsnings effekt, og innebærer at det ikke alltid vil være forretningsmessig fordelaktig å velge konserninterne overføringer for å utnytte fritaksmetoden. Den vil da selvsagt aldri være aktuell som forberedelse til salg.

Andre konserntilpasninger er derfor mer aktuelle.

6.4.3 Aksjebytte

Konserndannelser kan skje gjennom *aksjebytte* – der to selskaper bytter aksjer.

For eksempel kan dette skje der et utenlandsk selskap ønsker å komme inn under den norske fritaksmetoden før selskapet skal investere i aksjer. Det utenlandske selskapet kan avtale aksjebytte med et (mindre) norsk selskap. Samtlige aksjer i det norske selskapet blir overført til det utenlandske selskapet mot vederlag i form av aksjer i sistnevnte selskap. Dermed har det utenlandske selskapet fått et datterselskap i Norge, som aksjene investeres fra. Det norske selskapet får skattefritak for aksjeinntekter gjennom fritaksmetoden, og blir et holdingselskap for aksjeinvesteringer i konsernet.

Aksjebytte kan også foretas innad i Norge for å oppnå holdingstruktur. Særlig kan aksjebytte med mindre private aksjonærer være enkelt å gjennomføre.

6.4.4 Fisjonsfusjon med samtidig/etterfølgende trekantfusjon

Vertikal fisjon, hvor en overfører verdier til et nystartet datterselskap, kan ikke gjøres skattefritt etter reglene i sktl. § 11-1 flg. En restrukturering som gir et holdingselskap på toppen, er en fisjonsfusjon med samtidig trekantfusjon ("drop-down"). Formålet med dette i forhold til fritaksmetoden vil primært være å *legge til rette for salg* av deler av virksomheten.

Et bestående selskap fisjoneres i *A AS* og et nystiftet selskap *Newco AS*. *Newco* fusjoneres så med et (nystiftet) datterselskap av *A AS* – *Datter AS*. Oppgjøret til aksjonærene i *Newco* ved fusjonen blir gitt ved aksjer i *A AS*, som nå er blitt et holdingselskap.

Datter AS er heleid av A AS. Slik overføres eiendeler til et datterselskap uten å bruke reglene om konserninterne overføringer.¹⁵³ Fremgangsmåten ble godkjent som en skattefri omdanning av Skattedirektoratet i juni 2002 (BFU 37/02), etter en uttalelse fra Finansdepartementet som godtok at ”uekte” (vertikale) fisjoner ikke er konserninterne overføringer.¹⁵⁴ Det samme standpunktet ble senest opprettholdt i en bindende forhåndsuttalelse i mai 2006 (BFU 34/06), selv om innføringen av fritaksmetoden har økt incentivene til slike tilpasninger.

I den sistnevnte uttalelsen var det kun spørsmål om *omdanning kunne gjøres skattefritt*, gjennomskjæring ble ikke drøftet (ettersom det ikke ble reist spørsmål om dette i anmodningen). Skattedirektoratet godtok også at vederlagsaksjene kan utstedes i et mormorselskap, eller det kan utstedes i et morselskap som *ikke er øverste morselskap* i konsernet. I den aktuelle saken var alle selskapene 100 prosent eid innenfor samme konsern, og da ble transaksjonsrekken godtatt ettersom eierkontinuiteten ”ikke ble brutt på en måte som er i strid med reglenes formål”. Etter dette har man ulike muligheter for hvor vederlagsaksjene skal utstedes i forbindelse med trekantfusjonen.

Trekantfusjonen kan også gjennomføres i etterkant av fisjonen. Da oppnår en å få overført *hele* det fisjonerte selskapets aktivitet over i datterselskaper. For å komme i denne posisjonen må en også opprette et nytt holdingselskap.

En aksjonær ønsker å opprette en holdingstruktur for det heleide selskapet sitt, *ABC AS*. Aksjeselskapet fisjoneres i tre deler, *A AS*, *B AS* og *C AS*. Aksjonæren oppretter et eget holdingselskap, *Holding AS*. Dette blir eier av tre tomme datterselskaper; *X*, *Y* og *Z*. Så fusjoneres *A* med *X*, *B* med *Y*, og *C* med *Z*. Dette blir trekantfusjoner; aksjonæren får vederlag i form av aksjer i *Holding AS*. Da står aksjonæren igjen med et heleid holdingselskap med tre datterselskaper. Virksomheten er delt opp i tre, og et konsern er dannet. Slik kommer inntektene fra aksjonærens virksomhet inn under fritaksmetoden, og aksjonæren er i posisjon til å kunne selge deler av virksomheten skattefritt på et senere tidspunkt.

¹⁵³ Gjems-Onstad (2003) s. 1202.

¹⁵⁴ Brev fra Finansdepartementet til Skattedirektoratet av 30.05.02.

En omorganisering på denne måten ble godtatt som en skattefri omdanning av Skattedirektoratet i mai 2003 (BFU 29/03). Det interessante i denne uttalelsen, var at også *omgåelsesspørsmålet* ble vurdert. Innsender hadde blant annet anført at restruktureringen var begrunnet i et ønske om å skille ut forskjellige virksomhetsområder i egne selskaper. Skattedirektoratet fant på bakgrunn av dette at transaksjonsrekken hovedsakelig var forretningsmessig motivert. Det ble derfor ikke nødvendig å ta stilling til om transaksjonsrekken kunne være stridende mot skattereglenes formål.

Den sistnevnte uttalelsen kan synes å åpne helt opp for denne typen konserndannelser, ettersom det ofte vil være forretningsmessige argumenter for å dele opp en virksomhet. Men begge de gjennomgåtte uttalelsene ble *avgitt før fritaksmetoden ble vedtatt*. Å komme i posisjon til å utnytte fritaksmetoden - med tanke på senere gevinstfritak - er et skattemessig motiv. En kan derfor tenke seg at kravet til *egenverdi* i realiteten øker – fritaksmetoden kan fort gjøre de skattemessige hensynene mer tungtveiende.

Uansett er det en rekke forretningsmessige formål som også gjerne vil spille inn. En typisk fordel med fisjoner er spredning av risiko. Ulike virksomhetstyper, ofte med ulik risiko, kan skilles ut i egne selskaper. Der en slik oppdeling ikke fremstår som unaturlig, vil det normalt ikke være særlig vanskelig å argumentere for at fisjonene har tilstrekkelig egenverdi. Men sett i sammenheng med de etterfølgende trekantfusjonene, som sikrer et konsern med et holdingselskap på toppen, kan disposisjonsrekken likevel anses å være hovedsakelig motivert av å komme i posisjon til å benytte seg av fritaksmetoden. Totalt sett vil nok omgåelsesspørsmålet stå i omtrent samme stilling som ved fisjon med sikte på salg.

6.5 Forslag

At det ikke er nøytralitet mellom å eie aksjer gjennom holdingselskap og å eie aksjene direkte (ved avkastning over skjermingsrenten) innebærer at mulighetene for kapitalakkumulering er langt bedre i et aksjeselskap – selv om midler senere skulle tas ut av selskapet. Sett i sammenheng med at det finnes andre måter å få ut midler på enn gjennom utbytte, synes fordelene å være uholdbart store.

Etter min mening er dette et klart argument for å innføre en porteføljebegrensning. Dette vil ramme investorer med holdingselskap, og kunne bidra til større nøytralitet i praksis. Riktignok vil fortsatt eierandeler av en viss størrelse kunne gi investoren de samme fordelene, men for en rekke ”aksjespekulanter” er gjerne porteføljeinvesteringer mest aktuelt. En porteføljeavgrensning vil uansett få en rekke andre konsekvenser. Om en slik regel totalt sett bør innføres, drøftes derfor nærmere i et eget kapittel 9 nedenfor.

7 Overføring av generelle skatteposisjoner

7.1 Problemstillingen

En *skatteposisjon* kan defineres som en bestemt skattyters stilling i forhold til en bestemt skatteregel på et gitt tidspunkt.¹⁵⁵ Som hovedregel må vilkårene i en skatteregel oppfylles hos vedkommende skattesubjekt. Skatteposisjoner kan altså i utgangspunktet ikke overføres til andre skattesubjekter. Men en rekke skatteposisjoner kan være av større verdi for andre selskaper enn det som innehar posisjonen.

Etter sktl. § 14-6 kan underskudd (jf. § 6-3) fremføres til et år hvor skattyteren har overskudd. Etter § 6-3 oppstår underskudd ”når fradragsberettigede kostnader overstiger inntekter fra samme inntektskilde”. Fritaksmetoden innebærer at aksjeinntekter er skattefrie for selskaper. For selskaper med primært aksjeinntekter, typisk holdingselskaper, vil det derfor ikke være noe særlig skattepliktig inntekt å fremføre. Det er selskaper *med skattepliktig inntekt*, det vil si andre inntekter enn aksjeinntekter, som kan dra nytte av å kjøpe et underskuddsselskap.

En kan for eksempel legge virksomhet med stor risiko i et eget selskap. Blir det underskudd, fremføres dette. Skulle virksomheten gå dårlig en lengre periode, kan en selge selskapet med underskudd som har bygget seg opp over mange år (grensen på maksimalt ti år er nå fjernet). Dette underskuddet kan være av stor verdi for andre overskuddsselskaper.

Fritaksmetoden øker kapitalmobiliteten ved at aksjegevinster ikke beskattes, og dette vil også gjelde selskaper med skatteposisjoner uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost (generelle skatteposisjoner). At selskapsandeler med gevinst skattefritt kan overføres, gjør handel med tomme (eller nærmest tomme) selskaper mer aktuelt. Uten fritaksmetode, ville den latente gevinsten gjerne blitt beskattet ved transaksjonen. En trenger derfor, i enda større grad enn tidligere, virkemidler til å stoppe slike tilpasninger – særlig salg av ”tomme” selskaper.

¹⁵⁵ Zimmer (2005) s. 103.

7.2 Overføring av tomme selskaper

Etter overdragelse av all virksomhet (innmaten) har selskaper bare likvide midler, verdipapirer og fordringer igjen. De kan da ha ulike generelle skatteposisjoner. Dette kan for det første være *skattefordeler*, for eksempel fremførbart underskudd. Og skatteposisjonen kan være et resultat av avskrivningsreglene. For *saldogruppe a til d* i § 14-43 skal visse inntekter nedskrives på saldo (såfremt de ikke er inntektsført), jfr. § 14-44, 2. ledd. (Så lenge det er gjenstander på saldoen er dette en skatteposisjon *med tilknytning* til eiendel.) For *saldogruppe e til i* føres gevinst og tap på gevinst- og tapskontoen, jfr. § 14-44, 3. ledd. Dersom et selskap har *tom* (driftsmidlene er realisert) positiv saldo, reflekterer dette normalt et tap som ikke er tidfestet. Det samme er resultatet ved negativ gevinst- og tapskonto. For det andre kan *skatteforpliktelses* utnyttes. Ved negativ saldo og positiv gevinst- og tapskonto, som reflekterer en ikke-tidfestet gevinst, blir skatteforpliktelsene utsatt.

Dette innebærer at både positiv og negativ gevinst- og tapskonto, og tom positiv og negativ saldo vil kunne gi en fordelaktig generell skatteposisjon i forbindelse med en transaksjon ved bruk av fritaksmetoden. Skatteposisjoner kan ikke overføres til et annet skattesubjekt. Der slike posisjoner utgjør store potensielle verdier for kjøper, vil fritaksmetoden kunne gi særlige incentiver til handel av (mer eller mindre) tomme selskaper med (for kjøper) gunstige skatteposisjoner. Det sentrale er altså at aksjer overdras på grunn av at *det overdratte selskapet har skatteposisjon(er) som kjøper kan utnytte*.

Følgende eksempel er brukt i forarbeidene:¹⁵⁶ Ved salg av hele sin virksomhet, vil et datterselskap oppnå en utsatt skattemessig tidfesting av gevinsten. Etter salget har det kun kontanter som eiendeler, og den utsatte skatteforpliktelsen er gjelden. Dersom morselskapet deretter selger *aksjene* i datterselskapet, utløses ingen skatteplikt på grunn av fritaksmetoden. Dette åpner for muligheter for tilpasninger: Et kjøperselskap som har *fremførbart underskudd*, eller forventer å generere underskudd de kommende årene, kan da avregne den latente gevinsten (i det overdratte selskapet) mot underskuddet. Dette

¹⁵⁶ St.meld. nr. 29 (2003-04) pkt. 10.4.3.2.

kan gjøres ved konsernbidrag, for eksempel etter hvert som gevinsten inntektsføres. Datterselskapet yter da bidraget til kjøperselskapet. Eventuelt kan det fusjoneres inn i kjøperselskapet. Det samme kan gjøres enten det gjelder skattefordeler eller skatteforpliktelser.

Der et selskap har latent skatteplikt på grunn av ubeskattet inntekt, kunne en tenke seg at markedsverdien til selskapet ville synke tilsvarende. Men i Sverige ble slike selskaper i praksis likevel verdsatt til 85-90 prosent av nominell verdi. For selv om verdien av selve aksjene reduseres med skatteforpliktelsene, er det sentrale poenget at kjøper har *bedre mulighet til å utnytte skatteposisjonen* enn selgeren har. Fortjenesten ved dette deler de gjennom prisingen. Den ubeskattede inntekten kommer ofte aldri til (full) beskatning. Det er særlig to grunner til dette. For det første kan kjøperen av selskapet tømme det for likvide midler. Ingen midler er igjen til å betale skatten. For det andre kan kostnadsposter, for eksempel avskrivninger av eiendeler som er vanskelig å verdsette, skapes for å forsøke å eliminere den ubeskattede gevinsten.¹⁵⁷ Førstnevnte metode er ulovlig *selskapstømming*, mens den sistnevnte kan være lovlig – men den må vurderes i forhold til omgåelsesreglene.

7.3 Gjennomskjæring på ulovfestet grunnlag

Høyesterett tok i Rt. 1999 s. 946 (ABB) stilling til en sak hvor overføring av skatteposisjoner sto sentralt. Et morselskap solgte mer enn 99 prosent av aksjene i et inaktivt datterselskap med betingede skattefritak. Det ble understreket i dommen at et fullstendig eierskifte av aksjene normalt ikke er til hinder for at skatteposisjonene i det solgte selskapet videreføres. På den annen side er det ikke adgang til å overføre et betinget skattefritak til andre rettssubjekter.¹⁵⁸ Den rettslige realiteten ble av flertallet ansett å være at skatteposisjonene ble benyttet som salgsvare, og den ulovfestede omgåelsesnormen kunne benyttes.

¹⁵⁷ Lodin (2005).

¹⁵⁸ Jf. bl.a. Rt. 1966 s. 1189.

Det solgte selskapet, NEBB, hadde omløpsmidler på 546 millioner kroner og betingede skattefrie avsetninger og negative saldi på til sammen 409 millioner kroner – og ingen aktivitet. Selger, ABB, ble ansett å ha kjøpt seg ”fri fra skatteansvaret ved å overføre det til et annet selskap med risiko for at myndighetene dermed avskjæres fra å få inndrevet kravet”.¹⁵⁹ Selskapet ble ansett å være oppløst – i skatterettslig forstand – på et tidligere tidspunkt enn da overdragelsen fant sted. Selger ble gjort ansvarlig for den skatten som ble ilignet kjøper etter overføringen. Muligens er en bakenforliggende årsak til dette at det var selgeren som fikk skattefordelen ved at aksjene ble overdratt i stedet for at selskapet ble likvidert.¹⁶⁰

Nå vil en rekke slike transaksjoner måtte vurderes opp mot § 14-90. Der er terskelen for gjennomskjæring lavere, og således synes tidligere praksis å være ”konsumert” av denne bestemmelsen. Men *rettsfølgene* ved bruk av § 14-90 er begrenset til at skatteposisjonene faller bort. Ved bruk av den ulovfestede omgåelsesnormen kan også andre rettsfølger være aktuelle, for eksempel full likvidasjonsbeskatning. ABB-dommen, hvor det overførte selskapet ble ansett å være skatterettslig oppløst, kan således fortsatt være relevant ved vurderingen av nye tilfeller.

7.4 Mulige tiltak

7.4.1 Særregel mot selskapstømming

Det overordnede temaet i kapitlet er alle typer overføringer av generelle skatteposisjoner. Dersom en går ett skritt videre og ser på selskaper som *ikke driver virksomhet*, oppstår spørsmålet om såkalt *selskapstømming*.

Selskapstømming har blant annet blitt definert som ”en overdragelse af beslutningsretten over et overskudsselskab, således at skatteforpligtelser udsættes for en risiko, hvorved skattemyndigheden lider tab”.¹⁶¹ Dette peker på problemet - at skattemyndighetene lider tap ved at slike selskaper overdras og latente gevinster aldri kommer til beskatning.

¹⁵⁹ Rt. 1999 s. 946, sitat fra s. 956.

¹⁶⁰ Banoun (2003) s. 165.

¹⁶¹ Sørensen (1997) s. 16.

I Danmark ble overføring av skatteposisjoner gjennom selskapstømming et stort problem på begynnelsen av 1990-tallet. En utstrakt handel med overskuddsselskaper (der den opprinnelige virksomheten var opphørt, og selskapets eneste reelle aktiva var pengebeholdningen) førte til en rekke saker, og flere av dem gikk til Høyesteret. Prisen på selskapet ble fastsatt som indre verdi med tillegg av en del av den skyldige selskapsskatten som normalt påhvile selskapet. Kjøper tok så ut selskapets likvide midler (som utbytte), og selskapene ble deretter ofte tvangsoppløst. Det var ikke midler igjen til å betale skatt. Denne systematiske selskapstømmingen førte til en lovendring i 1994.¹⁶²

Dersom det betales *overpris* ved overdragelsen, hefter etter lovendringen den som selger kapitalandelene for et beløp som tilsvarer overdragelsessummen. Etter lovens ordlyd foreligger dette når betalingen for andelene ”*klart overstiger*” den forholdsmessige andel av selskapets nettoverdi. Dette beløpet skal dekke latente skatteforpliktelser som forelå på tidspunktet for overdragelsen. Heftelsen kan kun gjøres gjeldende dersom utlegg i selskapet senere forgjeves er forsøkt. Den har altså form av sikkerhetsstillelse. I tillegg stilles det et krav til ond tro, at overdrageren ”vidste eller burde vite” at erververen betalte overpris for aksjene eller andelene.¹⁶³ Det er også oppstilt krav til selgers eierandel i selskapet (normalt minimum 10 prosent), og at selskapet på overdragelsestidspunktet i det vesentlige er uten økonomisk risiko ved ervervsmessig aktivitet.¹⁶⁴ Mot et gebyr kan det søkes om forhåndstilsagn om at skattemyndighetene ikke vil gjøre heftelsen gjeldende.¹⁶⁵

En slik regel danner et unntak fra prinsippet om at aksjonærer ikke hefter for selskapets forpliktelser, heller ikke for skatten.

Den danske regelen knytter seg sterkt til *prisen* på selskapet. Ettersom en ikke kan stilles til ansvar dersom en er i *aktsom god tro* om prisen, vil likevel vurderingen om

¹⁶² Michelsen (2003) s. 1123.

¹⁶³ Selskabsskatteloven (SEL) § 33 A.

¹⁶⁴ Selskabsskatteloven (SEL) § 33 A, stk. 2 og 3.

¹⁶⁵ Michelsen (2003) s. 1124.

ansvar få et skjønsmessig preg. Det vil ventelig heller ikke alltid være enkelt å vurdere om overpris er betalt. Samtidig gir bestemmelsen et klart verktøy for å ansvarliggjøre selgeren som bistår til utnyttelse av generelle skatteposisjoner.

I *Sverige* har man også et eget regelsett som skal forsøke å hindre skattemotiverte salg av slike selskaper. Ved salg av aksjene i såkalte ”skalbolag”, det vil si tomme selskaper (definisjonen fremgår av loven), beskattes selgeren for hele kjøpesummen. Men ved å opprette en ”skalbolagsdeklaration” (og stille sikkerhet for den latente skatten om skattemyndighetene krever det), betales bare skatt av gevinsten.¹⁶⁶

Finansdepartementet vurderte om en lignende ordning som i *Sverige* burde innføres her, men forkastet forslaget. Begrunnelsen var at regelen ikke egnet seg godt nok til å ”hindre uønskede tilpasninger ved overføring av eierandeler i selskaper med generelle skatteposisjoner”.¹⁶⁷ Den ble ansett å egne seg bedre til å forebygge rene ”unndragelser” enn uønskede tilpasninger. Muligens er dette et uttrykk for at regelen er best egnet til å unngå ren *selskapstømming*, og ikke andre transaksjoner med generelle skatteposisjoner. Ulempen med en slik særregel for tomme selskaper er at den kan ramme lojale transaksjoner – det er vanskelig å finne en definisjon som treffer presist nok. Hovedregelen om at selger hefter for hele vederlaget er nærmest av pønalt karakter.

De svenske reglene gjør i praksis selgeren ansvarlig for ulovligheter kjøperen kan tenkes å foreta. Dette er ingen alminnelig regel i Norge, men det på linje med ABB-dommens resultat. Høyesterett har altså kommet frem til dette *uten* særregler. Jeg kan derfor ikke se at en slik regel skal kunne gi noe særlig mer enn en eventuell preventiv effekt.

Etter min mening bør en ikke innføre regler tilsvarende de danske eller svenske, ettersom de i liten grad bidrar til å gi klarere grenser enn det Høyesterett allerede har trukket opp.

¹⁶⁶ Rabe (2005) s. 406.

¹⁶⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.3.

7.4.2 Verdsettelse

Departementet vurderte også en annen løsning for å hindre ulovlig overføring av skatteposisjoner. Dersom to hovedkriterier var oppfylt, skulle skatteposisjonene ikke kunne utnyttes: For det første måtte det overførte selskapet ha *netto generelle skatteposisjoner*, og disse må være ”relativt betydelige” i forhold til verdien av virksomheten og driftsmidlene. Dernest måtte kjøperen komme i en posisjon hvor *avregning ble mulig* – for eksempel ved konsernbidrag.

Forslaget ble forkastet fordi regelen ville blitt for komplisert og teknisk. Det ville vært problematisk å finne verdien av virksomheten, og en kunne risikere at regelen rammet en rekke lojale transaksjoner. Skulle en skjønnsmessig ”sikkerhetsventil” forhindre dette, ville regelen blitt ytterligere innviklet.

7.4.3 Karantenetid

Et tredje alternativ som ble drøftet i forarbeidene, var å innføre en slags ”*karantenetid*”, hvor avregning bare kan skje mot selskapets *eget* over- eller underskudd de første årene. En slik regel vil danne et unntak fra konsernbidrags- og fusjonsreglene. Dette ville gjelde der kjøperen ervervet en vesentlig eierinteresse. Også dette forslaget ble forkastet på grunn av forventede praktiske og ligningstekniske problemer.¹⁶⁸

Regelen ville medføre at selskapene måtte følges opp over flere år, og en må skille (de opprinnelige) selskapene resultatmessig. Det kan virke kompliserende ved fusjoner. I tillegg rammer en karantenetid alle transaksjoner hvor et selskap har en skatteposisjon, selv om dette ikke var motivet bak fusjonen.

Sverige har lignende sperrer for konsernbidrag og utnyttelse av generelle skatteposisjoner etter fusjoner. De første fem inntektsårene etter en fusjon kan *ikke* inntekter avregnes mot gammelt underskudd (enten det gjelder overdragende eller

¹⁶⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.7.3.

overtakende selskaps underskudd), og konsernbidrag kan ikke gis noen vei der man har kjøpt et selskap (i stedet for å fusjonere).¹⁶⁹ Fusjonssperren gjelder den del av det gamle underskuddet som overstiger 200 prosent av anskaffelsesverdien.¹⁷⁰ Den overstigende del blir altså satt i karantene frem til det sjette beskatningsåret. Det gjøres unntak for selskaper som kunne gi konsernbidrag til hverandre før fusjonen.¹⁷¹

I praksis betyr dette at kun underskudd som oppstår *etter fusjonen*, kan avregnes mot overskudd. Underskudd fra tidligere år, må fremføres til (minst) det sjette inntektsåret. Men underskudd som oppstår de første fem årene etter fusjonen, kan naturligvis benyttes fritt. Disse sperrene synes å gi et vern mot en stor andel overdragelser hvor overføring av skatteposisjoner (særlig underskudd) er det reelle formålet.

Riktignok kan karantenetiden kunne skape administrative utfordringer. At konsernbidrag ikke kan ytes de første *fem årene*, vil neppe være særlig krevende i så henseende. Ved fusjoner mellom selskaper som driver ulik virksomhet, burde også atskilte regnskap sørge for at regelen følges. Utfordringen oppstår der to selskaper som driver den samme type virksomhet, fusjoneres.

Jeg kan ikke se noen begrunnelse for at fusjoner av selskaper som driver samme type virksomhet skal behandles annerledes enn andre fusjoner av selskaper med ulik virksomhet. I tillegg kan det skape problemer å definere hva ”samme type virksomhet” må innebære. Et unntak for slike fusjoner bør derfor ikke oppstilles.

Å kreve at de to tidligere selskapene skal holdes skattemessig atskilt de første fem årene, synes heller ikke hensiktsmessig.

Dermed er muligens den svenske modellen nødvendig for å få en effektiv karantenetid. Underskudd som stammer fra før fusjonen, kan da først avregnes i overskudd fra det sjette inntektsåret. Etter § 14-6 er det nå adgang til å fremføre underskudd på ubestemt

¹⁶⁹ Rabe (2005) s. 478.

¹⁷⁰ Sverige: Inkomstskattelag (1999:1229) 40 kap. 15 §.

¹⁷¹ Sverige: Inkomstskattelag (1999:1229) 37 kap. 25 §.

tid, og det er da liten fare for at *underskudd fra (et av selskapene) før fusjonen* aldri skal kunne utnyttes. Regelen er dermed ingen sterk sanksjon, slik som bortfall av skatteposisjonen etter § 14-90. En ulempe er at regelen vil ramme videre enn formålet om å unngå omgåelse – også fusjoner hvor skattemotivet ikke er fremtredende, blir omfattet. I tillegg vil langsiktig planlegging medføre at det gamle underskuddet kan benyttes etter at karantenetiden er utløpt.

Etter min mening kan en slik regel i det minste legge en demper på antallet skattemotiverte overføringer av generelle skatteposisjoner. Det bør derfor innføres en fullstendig avskjæring av muligheten til å utnytte underskudd fra før fusjonen de første fem årene, kombinert med en sperre for konsernbidrag. En slik regel er klar, og en slipper de skjønsmessige vurderingene § 14-90 og flere av de alternative tiltakene legger opp til.

7.4.4 Endring av § 14-90

Finansdepartementet vurderte alle de nevnte variantene til å være for kompliserte, ligningsteknisk vanskelige og for lite treffsikre. Derfor ble resultatet den konkrete vurderingen av transaksjonen som § 14-90¹⁷² legger opp til.

Behovet for egne regler for å regulere overføringer av generelle skatteposisjoner synes åpenbart. § 14-90 kan tenkes å være like godt egnet til å forhindre dette som de svenske og danske reglene for tomme selskaper, selv om den er mindre konkret. Men en så skjønsmessig bestemmelse vil behøve en konsekvent praksis, og det kan ta noe tid før grensene klargjøres. Særlig hvordan en beregner det ”overveiende motiv” på en objektiv måte, kan synes uklart. Her er en mulighet å forenkle vurderingen til å gjelde kun økonomisk målbare verdier. Fordelen overføringen av skatteposisjonen vil gi, i kroner og øre, veies mot *andre* målbare fordeler ved transaksjonen. Faren ved en så kategorisk regel er likevel at en tilpasser seg ved at verdien av skatteposisjonene utgjør noe under 50 prosent. Det kan derfor være fornuftig å ikke endre § 14-90 i denne retningen.

¹⁷² Behandlet under pkt. 4.3 ovenfor.

7.5 Forslag

Etter min mening er ikke § 14-90 et *tilstrekkelig* virkemiddel. Da kan en regel om *karantenetid* for utnyttelse av tidligere års underskudd (enten hos kjøper eller i det overførte selskapet) være effektivt. Dette vil kunne minske antall saker hvor usikre prognoser og vurderinger av motiv skal avgjøre om skatteposisjonene skal bestå etter transaksjonen.

8 Internasjonale tilpasninger

8.1 Innledning

For utbytte og gevinst som stammer fra norske selskaper, er det betalt løpende skatt av inntekten. Men dersom inntektene kommer fra et selskap hjemmehørende i et land med *lavere eller ingen løpende skatt på selskapsinntekter*, endres situasjonen.

Fritaksmetoden kan gi incentiver til tilpasninger som utnytter et lavere skattenivå i andre land, for deretter å føre inntektene skattefritt til Norge. Da vil midlene totalt sett bli beskattet lavere enn de 48,16 prosentene som er intensjonen.

Avgrensningen mot lavskatteland og porteføljeinvesteringer *utenfor EØS* begrenser mulighetene for tilpasninger. Disse unntakene er presentert (i konsentrert form) under pkt. 3.4.3 ovenfor. I tillegg er NOKUS-reglene, innenfor sitt virkeområde, ment å bidra til det samme.

Tilsynelatende kolliderer delvis fritaksmetoden og NOKUS-reglene. Samspillet mellom disse regelsettene drøftes i pkt. 8.3. Deretter gjennomgås ulike tilpasningsmuligheter (pkt. 8.4), og avslutningsvis diskuteres mulige tiltak (pkt. 8.5).

Men aller først må en kartlegge hvilke kriterier som avgjør hvor et selskap er ”hjemmehørende”, slik at en kan avgjøre om særreglene for fritaksmetoden utenfor EØS eller NOKUS-reglene i det hele tatt er aktuelle.

8.2 Hvor et selskap er ”hjemmehørende”

8.2.1 Innledning

Begrepet ”hjemmehørende” brukes gjennomgående i reglene om fritaksmetoden. Men begrepet kan sies å være særlig interessant i *to ulike relasjoner*.

For det første refererer *porteføljebegrensningen* på objektsiden (§ 2-38, 3. ledd litra b til d) seg til inntekter fra selskaper hjemmehørende utenfor EØS. Hvor et selskap er

hjemmehørende, er dermed avgjørende for om en konkret inntekt (eller tap) et selskap har hatt fra porteføljeinvesteringer kommer innenfor fritaksmetoden eller ikke.

For det andre er inntekter fra selskaper hjemmehørende i *lavskatteland* utenfor EØS ikke omfattet av fritaksmetoden på objektsiden, jf. § 2-38, 3. ledd litra a.

Aller først gis en kort redegjørelse for hvilke kriterier som ligger til grunn ved vurderingen av om et selskap er *hjemmehørende i Norge*. Det blir da et spørsmål om alminnelig skatteplikt etter § 2-2. Begrepets innhold her viser likheter og forskjeller mellom de ulike relasjonene. I tillegg vil spørsmålet om et selskap blir rammet av noen av unntaksreglene utenfor EØS, ikke komme opp der det anses som hjemmehørende i Norge.

I forhold til fritaksmetoden kommer denne vurderingen direkte inn ved grensen mellom § 2-38, 1. ledd litra a (norske subjekter) og litra i (utenlandske subjekter). Men denne grensen er ikke særlig interessant, norske og *tilsvarende* utenlandske selskaper likebehandles.

For ytterligere å belyse at begrepet kan ha mange ulike betydninger, kan en også se på skatteavtalene. For eksempel avgjør den nordiske skatteavtalen (som følger OECDs mønsteravtale) i art. 4, 3.ledd, at en juridisk person skal anses å være hjemmehørende kun i den stat den ”virkelige ledelse” befinner seg dersom selskapet anses for å være hjemmehørende i flere stater. Om den ”virkelige ledelse” betyr styret eller den daglige ledelsen er neppe åpenbart etter *ordlyden*. Det engelske uttrykket i OECDs mønsteravtale er ”place of effektive management”. I kommentarene til OECDs mønsteravtale uttales det at dette skal være ”the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity’s business are in substance made.” Det understrekes videre at det normalt vil være der selskapets enhetlige avgjørelser blir tatt, og at avgjørelsen må baseres på en bred vurdering av alle relevante fakta og omstendigheter. I tillegg presiseres det at ”an entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management”.¹⁷³ Det pågår et arbeid i OECD om revisjon av kommentarene til denne artikkelen, og forslagene tyder på at det i enda sterkere grad presiseres at den reelle innflytelsen på strategiske og kommersielle valg skal være avgjørende.¹⁷⁴

¹⁷³ van Raad (2003) s. 94.

¹⁷⁴ Se for eksempel OECD (2003).

8.2.2 Alminnelig skatteplikt

Et selskap som er ”hjemmehørende” i Norge, er alminnelig skattepliktig til landet, jf. § 2-2. Lovteksten definerer ikke begrepet.

I Rt. 2002 s. 1144 uttalte førstvoterende (med tilslutning fra de øvrige dommere) at ”et utenlandsk selskap må anses skattepliktig hjemmehørende i Norge dersom selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge”. Det viser at det er det *reelle*, og ikke det formelle, som er avgjørende.

Uttalelsene ligner synspunktene i en eldre dom, Rt. 1937 s. 443 (Panama). Her ble et norsk rederi stiftet i Panama, men likevel ansett å være hjemmehørende i Norge og dermed skattepliktig hit. Denne dommen synes nok likevel mest å bygge på at selskapet var registrert pro forma, altså at det var avvik mellom det som ble presentert utad og det som i virkeligheten var gjeldende. I lovforarbeidene til skatteloven av 1999¹⁷⁵ ble det i tilknytning til § 2-2 pekt på at det i grensetilfeller skal legges ”avgjørende vekt på om selskapets virkelige ledelse, det vil si ledelse på styrenivå, finner sted i Norge”. Det samme er blant annet uttrykt i Finansdepartementets uttalelse inntatt i Utv. 1998 s. 848 og i Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse avgitt 26. mai 2005 (BFU 25/05). Det finnes også ligningspraksis fra Sentralskattekontoret for storbedrifter (SfS) som underbygger dette.¹⁷⁶

Det er dermed klart at et selskap kan være hjemmehørende i Norge selv om det formelt sett er registrert i et annet land.

Spørsmålet er om det er *styrefunksjonen* som blir sett på som den reelle ledelsen. Dette trenger ikke være selvsagt, den *daglige ledelsen* av selskapet kunne vært lagt til grunn, og i Rt 2002 s. 1144 ble dette spørsmålet, muligens bevisst, holdt åpent av Høyesterett.

I en uttalelse inntatt i Utv. 1998 s. 848 bemerket Finansdepartementet at det i utflyttingstilfellene må foretas en samlet vurdering hvor mange momenter kan inngå, blant annet lokalisering av generalforsamlingsmøtene, hovedadministrasjon og daglig ledelse. Legges dette til grunn, er det

¹⁷⁵ Ot. prp. nr. 86 (1997-1998) s. 33.

¹⁷⁶ Se for eksempel: 1992-310 (OLN), 1995-505 (OLN), 2002-604 og 2005-604, gjengitt i Almvik (2006) s. 30 flg.

altså ikke nødvendigvis helt symmetri mellom de to ulike tilfellene. Saken stiller seg tilsynelatende noe ulikt om selskapet er *stiftet i Norge og ledes fra utlandet* eller om det er *stiftet i utlandet og ledes fra Norge*. Finansdepartementets uttalelse har blitt kritisert, og det har blitt anført at ett kriterium at - hvor den faktiske ledelsen er - gjennomgående har vært lagt til grunn i Norge i begge tilfellene.¹⁷⁷

8.2.3 Inntekter fra porteføljeinvesteringer utenfor EØS

Når det gjelder hvilke kriterier som er avgjørende for unntaket for inntekter fra porteføljeinvesteringer utenfor EØS, jf. § 2-38 litra b til d, kom Finansdepartementet med en prinsipputtalelse i mai 2005.¹⁷⁸ Her ble det uttalt at det avgjørende er hvor selskapet er alminnelig skattepliktig *etter de aktuelle landenes rettsregler*. Hvilke kriterier de ulike landene legger vekt på, er ifølge uttalelsen uten betydning. Enten et land fastlegger alminnelig skatteplikt etter reelle eller formelle kriterier, skal dette legges til grunn.

I Norge er alminnelig skatteplikt *rettsfølgen* av at et selskap er "hjemmehørende" her. Mens for aksjeinntekter fra utlandet er det nærmest motsatt: Kriteriet uttalelsen setter for § 2-38, er om selskapet har skatteplikt til det aktuelle landet. Alminnelig skatteplikt til det aktuelle landet er altså i denne relasjonen *vilkåret* for selskapet skal anses som hjemmehørende i det samme landet (i forhold til de norske regelen om porteføljeinvesteringer).

For å avgjøre om et selskap er hjemmehørende innefor eller utenfor EØS, må en derfor se på de aktuelle landenes regler. Stater kan legge vekt på ulike kriterier, og dette innebærer at et selskap kan være *alminnelig skattepliktig til flere land*. Etter uttalelsen fra Finansdepartementet i Utv. 2006 s. 485 skal inntekten eller tapet fra et selskap som *både* er hjemmehørende i land innenfor og utenfor EØS, i utgangspunktet omfattes av fritaksmetoden. Legges dette synet til grunn, vil unntakene i § 2-38, 3. ledd litra b til d i realiteten altså bare gjelde der selskapet *utelukkende* er hjemmehørende utenfor EØS.

¹⁷⁷ Hole (2000).

¹⁷⁸ Utv. 2006 s. 485.

Slik blir konfliktsituasjoner løst til gunst for skattyter ved inntekt fra et slikt selskap, men til ugunst der skattyter har tilsvarende tap.

Løsningen vil etter uttalelsen i Utv. 2006 s. 485 være den motsatte i de tilfellene selskapet *likevel ikke* beskattes i EØS-landet på grunn av en *skatteavtale* mellom dette og et land utenfor EØS. I disse tilfellene vil selskapet ikke anses å være hjemmehørende i EØS-landet. Dermed begrenses den praktiske rekkevidden av at bare inntekter fra selskaper som utelukkende er hjemmehørende utenfor EØS, rammes av unntakene.

En må altså først se hen til de aktuelle landenes *interne rett* (om alminnelig skatteplikt foreligger), og dernest om EØS-landet har gitt *avkall på beskatningsrett* gjennom skatteavtale før en kan avgjøre hvor selskapet er hjemmehørende i denne relasjonen.

8.2.4 Inntekter fra lavskatteland utenfor EØS

Neste problemstilling blir hvordan ”hjemmehørende” i § 2-38, 3. ledd litra a – avgrensningen mot inntekter fra lavskatteland utenfor EØS – skal forstås.¹⁷⁹

I unntaket for aksjeinntekter fra lavskatteland utenfor EØS, jf. § 2-38 3. ledd litra a, er det henvist til § 10-63 om hva som skal regnes som *lavskatteland*. Det er derimot ikke eksplisitt nedtegnet at kriteriene for hvor et selskap er *hjemmehørende* skal være de samme i fritaksmetodens avgrensning som i NOKUS-reglene.

Først er det naturlig å kartlegge kriteriene som avgjør hvor et selskap er hjemmehørende etter *NOKUS-reglene*, for deretter å drøfte om disse – eller de samme kriteriene som etter § 2-38, 3. ledd litra b til d – er avgjørende.

I Utv. 1996 s. 1159 påpekte Finansdepartementet at andre kriterier er avgjørende for hvor et selskap er ”hjemmehørende” etter NOKUS-reglene enn etter bestemmelsen om alminnelig skatteplikt. Departementet antok at ”et norsk kontrollert selskap registrert i et

¹⁷⁹ Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2006 s. 485 gjelder direkte bare *litra b til d*.

lavskatteland, men bestyrt fra et tredje land, vil være omfattet av NOKUS-reglene med mindre selskapet anses skattemessig hjemmehørende i det land hvor bestyrelsen finner sted etter dette lands regler”.

Hvor selskapet blir styrt fra er altså ikke automatisk avgjørende på samme måte som etter § 2-2. Gitt at et selskap formelt er opprettet i et lavskatteland, men reelt drives fra et ”ikke-lavskatteland”. Etter de norske reglene om alminnelig skatteplikt (§ 2-2), ville selskapet vært hjemmehørende i ikke-lavskattelandet. Det blir også resultatet der ikke-lavskattelandet bruker samme kriterier som Norge. Men dersom ikke-lavskattelandet legger det formelle til grunn (stiftelsessted), er selskapet altså ikke skattemessig hjemmehørende i dette landet. Da skal det heller ikke være det etter de norske NOKUS-reglene – selskapet regnes som hjemmehørende i lavskattelandet. Finansdepartementets standpunkt synes naturlig ut fra formålet med reglene – å unngå flytting av skattefundamenter til skatteparadisier.

Spørsmålet blir så om hvordan uttalelsen om NOKUS¹⁸⁰ forholder seg til uttalelsen om porteføljereglene,¹⁸¹ og om hva som bør legges til grunn etter § 2-38, 3. ledd litra a.

Det er klart at de *aktuelle landenes kriterier for alminnelig skatteplikt* som utgangspunkt skal legges til grunn, uansett hvilken type kriterier landene baserer avgjørelsen på. Konflikten oppstår der et selskap har alminnelig skatteplikt til et lavskatteland utenfor EØS og samtidig til et ikke-lavskatteland.

Jeg kan ikke se at inntekter fra et selskap som reelt sett drives fra et ikke-lavskatteland, og som er alminnelig skattepliktig dit, ikke bør omfattes av fritaksmetoden. Etter min mening gjør de samme hensynene seg gjeldende her som ved NOKUS-reglene, og en tilsvarende løsning bør velges. Resultatet bør da være at det avgjørende er hvor den *reelle ledelsen* holder til, altså en tilsvarende vurdering som etter § 2-2. Der ikke-lavskattelandet legger formelle (og lavskattelandet reelle) kriterier til grunn, regnes selskapet hjemmehørende i lavskattelandet. Men kanskje mer praktisk: Der et selskap er

¹⁸⁰ Utv. 1996 s. 1159.

¹⁸¹ Utv. 2006 s. 485.

hjemmehørende i et lavskatteland utenfor EØS (alminnelig skatteplikt basert på formelle kriterier) og et ikke-lavskatteland (alminnelig skatteplikt basert på reelle kriterier), blir løsningen at selskapet etter § 2-38, 3. ledd litra a anses hjemmehørende i ikke-lavskattelandet. Inntekter fra et slikt selskap omfattes dermed ikke av unntaket fra fritaksmetoden i § 2-38, 3. ledd litra a, og aksjeinntekten blir skattefri.

Men det bør muligens, i tråd med kriteriene etter § 2-38, 3. ledd litra b til d, gjøres unntak der en skatteavtale mellom de to landene legger beskatningen til lavskattelandet – i den grad slike skatteavtaler er praktiske.

8.3 Samspillet mellom fritaksmetoden og NOKUS-reglene

8.3.1 Forholdet mellom regelsettene

NOKUS-reglene i sktl. § 10-60 til § 10-68 gjelder norsk-kontrollerte utenlandske selskaper i lavskatteland, både *innenfor og utenfor EØS*. Disse bestemmelsene skal forhindre at norske skattytere samler opp overskudd i slike selskaper for å unngå løpende norsk beskatning.¹⁸²

Det er forutsatt i forarbeidene at reglene vil være effektive innenfor sitt virkeområde, også etter innføringen av fritaksmetoden.¹⁸³ NOKUS-reglene skal altså gå foran der både de og fritaksmetoden er anvendelige, noe en også kan begrunne i *lex specialis*-prinsippet.

Utenfor EØS gjelder for det første ikke fritaksmetoden for porteføljeinvesteringer. At kun direkteinvesteringer omfattes, begrenser mulighetene for spekulasjon og tilpasninger. Men med eierandel over ti prosent vil en kunne utnytte et lavere skattenivå,

¹⁸² NOKUS-reglene i alminnelighet gjennomgås ikke nærmere her. Bare enkelte sider av dem som har betydning for fritaksmetoden tas opp. For øvrig har departementet varslet en gjennomgang av NOKUS-reglene.

¹⁸³ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.2.

ved så å føre inntektene til Norge skattefritt ved fritaksmetoden. Forutsetningen er da at landet selskapet holder til i, ikke er definert som et lavskatteland.

For det andre avgrenses nemlig fritaksmetoden mot inntekter fra *lavskatteland utenfor EØS*, og dermed har ikke eierandelen noe å si for disse inntektene. Tilpasninger til fritaksmetoden gjennom å hente ut inntekter fra lavskatteland er derfor ikke aktuelle utenfor EØS.

8.3.2 Begrensninger i NOKUS-reglene

Fritaksmetoden kan likevel motivere til å flytte skattefundamenter ut av landet, av flere grunner.

For det første gjelder NOKUS-reglene bare der norske skattytere *eier eller kontrollerer minst halvparten* av selskapets andeler eller kapital, jf. § 10-62.

Dette innebærer at en rekke investeringer ikke rammes, og dette vil kunne gi incentiver til å investere i land innenfor EØS med et lavere nivå på den løpende inntektsskatten for selskapet enn det norske. En aksjonær oppretter et holdingselskap i Norge. Dette investerer i aksjer i *lavskatteland* innenfor EØS. Så lenge *den norske eierandelen totalt* i hvert selskap holdes under 50 prosent (og de norske aksjonærene ikke har kontroll av andre grunner), får man utnyttet fritaksmetoden uten å beskattes etter NOKUS-reglene. For eksempel kan en aksjonær eie 49 prosent av aksjene i et selskap i land med lav løpende skattesats, som Irland, Slovakia eller Liechtenstein. Men dette forutsetter at ingen andre norske skattytere har eierandeler i det samme selskapet – norske aksjonærers eierandel regnes sammen.

For det andre gjelder NOKUS-reglene først når *skattenivået i landet er mindre enn to tredjedeler av det norske*. I land hvor skattenivået er lavere enn i Norge, men likevel minst to tredjedeler av norsk nivå, kan man fritt investere. I kombinasjon med

mulighetene for å plassere mellomselskaper i andre land,¹⁸⁴ kan fritaksmetoden tenkes å flytte skattefundamenter ut av landet.

For det tredje kommer ikke NOKUS-reglene til anvendelse overfor land Norge har skatteavtale med, med mindre selskapets inntekter hovedsakelig er av *passiv karakter*, jf. § 10-64. Norge har i dag skatteavtale med en lang rekke land, inkludert så å si alle europeiske stater. I praksis gjelder derfor NOKUS-reglene bare der selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter. Dette begrenser effekten av reglene innenfor EØS. For eksempel kan det fritt investeres i aksjer i selskaper som hovedsakelig har inntekter fra aktiv virksomhet.¹⁸⁵

Flere mulige endringstiltak ble drøftet i forarbeidene, blant annet å senke minstekravet til norsk kontroll – det vil si utvide anvendelsesområdet for NOKUS-reglene. Men å utvide reglene i særlig grad ble forkastet av praktiske grunner. Dokumentasjonskravene ville blitt for omfattende for minoritetsaksjonærer, og NOKUS-beskatning ville kunne ført til likviditetsproblemer hos aksjonæren. Små aksjonærer har ikke kontroll over selskapenes utbyttepolitikk.¹⁸⁶ Men mange land har likevel slike regler.

For å begrense incentivene til å foreta utenlandsinvesteringer og -transaksjoner der NOKUS-reglene ikke er anvendbare, ble det vurdert å begrense fritaksmetodens virkeområde ved å stille *minstekrav til skattesatsen i utlandet*. Hvis dette ikke er oppfylt, beskattes aksjonæren når han mottar utbytte eller gevinst fra investeringen. Eventuelt kan et slikt krav begrenses til utenlandske selskaper som i stor grad har finansiell eller passiv inntekt. Et spørsmål er hvordan en slik begrensning stiller seg i forhold til EØS-retten.

I Rederiskatteutvalgets utredning fra 2006 drøftes fritaksmetodens betydning for valget mellom avskaffelse og videreføring av *rederiskatteordningen* i Norge. Konsekvensene av en mulig opphevelse ble da tegnet opp: Ved å la et selskap i et lavskatteland innenfor

¹⁸⁴ Behandles under pkt. 8.4.3 nedenfor.

¹⁸⁵ Distinksjonen mellom inntekter av passiv og aktiv karakter behandles ikke nærmere her.

¹⁸⁶ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.2.

EØS eie skip, kan ubeskattet (eller lavt beskattet) inntekt overføres til en norsk selskapsaksjonær. Denne kan være et aksjeselskap. Ordinær løpende skatt blir ingen eller liten, og utbyttet blir skattefritt. I dagens ordning er skipsfartsinntekt fritatt fra beskatning, men dette gjelder bare så lenge midlene holdes innenfor ordningen. Etter en eventuell avskaffelse, kan man flytte til et land som fortsatt unntar skipsfartsinntekt – enkelte land har særegne lavskatteregimer for rederivirksomhet. I tillegg slipper man innlåsingeffekten dagens rederiskatteordning har, en kan reinvestere midlene også utenfor rederivirksomhet. En avskaffelse av rederiskatteordningen vil altså øke utfordringene med tilpasninger, også til fritaksmetoden.

Totalt sett vil dette kunne gi sterke incentiver til å flytte virksomhet ut og til å investere i utlandet.¹⁸⁷ Et av virkemidlene utvalget foreslår for å hindre skatteflukt, er en utvidelse av NOKUS-reglene.¹⁸⁸

Flertallet i Rederiskatteutvalget gikk, til tross for tilpasningsmulighetene, inn for en avvikling av rederiskatteordningen – og for en overgang til ordinær beskatning.

Men et premiss for dette, er at utvidelsen – og eksistensen av NOKUS-regler i det hele tatt - ikke er i strid med EØS-retten.

8.3.3 NOKUS-reglene i strid med EØS-retten?

NOKUS-reglene har lenge hatt en *usikker side mot EF-retten*. EF-retten vil ha relevans for selskaper innenfor hele EØS. Finansdepartementet har derfor tidligere varslet en gjennomgang av regelsettet.¹⁸⁹

¹⁸⁷ NOU 2006:4, pkt. 7.5.2, som også inneholder regneeksempel som viser økt skattekilø mellom investeringer i Norge og i utlandet.

¹⁸⁸ NOU 2006:4, kap. 8.

¹⁸⁹ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.2.

EF-domstolen kom i september 2006 med sin avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken, som omhandler engelske CFC-regler (i relevante deler tilsvarende norske NOKUS-regler).¹⁹⁰ Det britiske selskapet *Cadbury Schweppes* hadde et datterselskap i Irland, hvor den aktuelle typen selskap hadde en svært lav skattesats. Datterselskapet gikk med overskudd, og morselskapet ble da skattlagt for dette – i tråd med CFC-reglene i Storbritannia. Spørsmålet var om CFC-systemet er ulovlig i forhold til reglene om etableringsretten.

For det *første* var det et spørsmål om reglene om etableringsretten overhodet kunne påberopes. Domstolen anså ikke at etableringen av datterselskapene i Irland (som lavskatteland) var et misbruk av en av de fire friheter i det EUs indre marked, retten til fri etablering. Disse reglene kunne derfor påberopes. Dette til tross for at selskapene bare var lagt til Irland av skattemessige hensyn.

Den *andre* problemstillingen ble da om etableringsretten ble krenket gjennom CFC-reglene. At morselskapet skattlegges for overskuddet til datterselskaper i lavskatteland, men ikke for datterselskaper i hjemlandet, ble ansett å være en forskjellsbehandling som kan utgjøre en hindring for utøvelsen av etableringsretten.

For det *tredje* måtte det vurderes om denne hindringen likevel kunne være lovlig. Restriksjoner kan kun opprettholdes om de begrunnes i *relevante* hensyn, de er *egnet* til å ivareta hensynet og de ikke er mer inngripende enn nødvendig for å ivareta hensynet (*proporsjonalitet*).¹⁹¹

Den britiske regjeringen (med støtte av en rekke andre lands regjeringer) anførte at formålet med CFC-reglene var å unngå bestemte typer skattetilpasninger.¹⁹² EF-domstolen måtte altså ta stilling til om dette kunne begrunne hindringene for etableringsretten. Det ble åpnet for at restriksjoner som relaterer seg til kunstige etableringer ("wholly artificial arrangements") kan være lovlige. CFC-reglene i

¹⁹⁰ Sak C-196/04.

¹⁹¹ Avsnitt 47.

¹⁹² Avsnitt 48.

Storbritannia er utvilsomt egnet til å oppfylle sitt formål, men spørsmålet var om de går lengre enn nødvendig. EF-domstolens konklusjon ble at CFC-regler som ikke bare rammer kunstige etableringer er i strid med EF-retten. (I den konkrete saken ble for så vidt avgjørelsen angående de britiske CFC-reglene overlatt til den nasjonale domstolen.)

Dette innebærer at CFC-regler, og tilsvarende regler som rammer for vidt i forhold til formålet, ikke er i samsvar med EF-retten.

De norske NOKUS-reglene har, i likhet med reglene i Storbritannia, et sjablonpreg – om etableringen er reell har ingen betydning. Stiller så saken seg annerledes for Norge på grunn av at vi ikke er medlem i EU? En ulikhet er at bistandsdirektivet, som gir medlemsstatene rett til å innhente opplysninger fra skattemyndighetene i andre medlemsland, ikke er omfattet av EØS-avtalen.¹⁹³ I forbindelse med utflyttingsskatten, har Finansdepartementet lagt til grunn at dette kan rettfærdiggjøre sterkere restriksjoner enn det som godtas av EU-landene.¹⁹⁴ Men mange av skatteavtalene Norge har inngått, inneholder en bistandsbestemmelse.¹⁹⁵ I tillegg er Norge part i en bistandskonvensjon i regi av Europarådet og OECD.¹⁹⁶ En rekke land er ikke omfattet av noen slike avtaler. Jeg kan likevel ikke se at det faktum at man ikke har avtaler med visse stater skal kunne gi rett til å opprettholde en slik forskjellsbehandling. Det ville i så fall kunne gitt incentiver til *ikke* å inngå flere bistandsavtaler.

Etter min mening kan en derfor legge til grunn at NOKUS-reglene – i hvert fall slik de er utformet i dag – ikke er i samsvar med EØS-retten. Dermed må reglene endres innenfor EØS-området.¹⁹⁷

Med utgangspunkt i at NOKUS-reglene ikke er i samsvar med våre EØS-forpliktelser, blir spørsmålet om hva dette betyr for fritaksmetodens avgrensninger. Ettersom Norge

¹⁹³ Direktiv 77/799/EØF.

¹⁹⁴ Ot. prp. nr. 1 (2006-2007) pkt. 6.10.2.3.

¹⁹⁵ Se OECDs mønsteravtale art. 26 om ”exchange of information”.

¹⁹⁶ Bullen (2005) s. 554.

¹⁹⁷ Hvilke endringer som eventuelt kan være aktuelle, behandles ikke nærmere her. Kun de delene av dommen som får betydning for fritaksmetoden drøftes.

har skatteavtale med de fleste EØS-statene, vil dette kunne få betydning for selskaper med inntekter som hovedsakelig er av passiv karakter.

Selv om EFD til en viss grad respekterer allokeringshensyn (fordelingen av skattefundamentene)¹⁹⁸ vil etableringsretten stå sterkt. Dermed må all utflytting som er reell, godtas. Spørsmålet er hvor mye som kreves for at den skal være *reell*. For en del virksomhet (særlig selskaper med stor andel av passive inntekter), vil det ikke være nødvendig med særlig mye aktivitet for å holde selskapet i gang. Et selskap med bare royalty-inntekter kan for eksempel opprettes på Kypros, hvor beskatningen ligger på et lavt nivå. Det kan neppe kreves mye aktiv forvaltning derfra, ettersom det er lite forvaltning som kreves for å holde et slikt selskap i gang.

Her reises vanskelige grensespørsmål. Kan for eksempel lokal arbeidskraft leies inn? Holder det å ha delaktivitet i staten, eller må hele selskapets aktivitet være lokalisert der?

Deretter kan inntektene flyttes til Norge, skattefritt gjennom fritaksmetoden. På denne måten har man utnyttet et *lavskatteland innenfor EØS og fritaksmetoden*.

EF-domstolen godtar normalt ikke kompenserende beskatning – at en skattefordel i ett land nøytraliseres av en skatteulempe i et annet. Hensynet til å avverge skatteflukt er heller ikke automatisk et relevant allment hensyn.¹⁹⁹ EU *ønsker* en viss skattekonkurransen. Dette reiser utfordringer i forhold til hvilke virkemidler en kan ta i bruk for å unngå skatteflukt.

Statsstøttereglene, EØS-avtalens art. 61 til 64, vil i hvert fall danne en skranke. Statsmidler som ”vri eller truer med å vri konkurransen” ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av bestemte varer, er ulovlig dersom den påvirker samhandelen mellom landene. En rekke unntak fra dette utgangspunktet er oppstilt i art. 61. Statsstøttereglene behandles ikke nærmere her.

¹⁹⁸ Se for eksempel sak C-446-03, *Marks and Spencer*.

¹⁹⁹ Bullen (2005) s. 463 og 566.

Egne *pro forma-regler* – basert på EF-domstolens uttalelser – kan bidra til å begrense skatteflukt. En mulighet kan være å endre NOKUS-reglene til å bare gjelde der det foreligger ”wholly artificial arrangements”. På denne måten kan en sikre beskatning av selskaper som ikke er reelt etablerte i lavskatteland. Men her må vurderingstemaene ikke avvike fra EF-retten, så slike regler får ventelig begrenset effekt – særlig med tanke på at det neppe kan stilles så store krav før et selskap er reelt etablert i et land.²⁰⁰

At NOKUS-reglene neppe kan opprettholdes i dagens utforming, er derfor et moment en må ta med i vurderingen av tilpasningsmulighetene som drøftes i det følgende.

8.4 Tilpasningsmuligheter

8.4.1 Innledning

I det følgende behandles ulike tilpasningsmuligheter til fritaksmetoden som innebærer internasjonal aktivitet. Både tilpasninger innenfor og utenfor EØS drøftes, enten de involverer lavskatteland eller ikke.

8.4.2 Skattearbitrasje med utenlandske selskaper

For å konvertere skattepliktige inntekter til skattefrie, kan fritaksmetoden motivere til at norske selskaper agerer i land med lavere skattenivå. Forutsetningen er at staten ikke er et lavskatteland utenfor EØS. For eksempel kan et norsk selskap ta opp lån til finansiering av egenkapitalinnskudd i et selskap hjemmehørende i det andre landet. Så kan det utenlandske selskapet plassere midler i eksempelvis rentebærende papirer (statsobligasjoner eller lignende) – om man ikke skal drive virksomhet. Effekten blir den samme i de to tilfellene. Det norske selskapet kan motta utbytte fra selskapet skattefritt. Disse inntektene stammer fra renteinntekter med lav beskatning. Så lenge NOKUS-reglene ikke kommer til anvendelse, for eksempel på grunn av for lav norsk eierandel, vil dette være kurant. *De motsvarende renteutgiftene blir derimot*

²⁰⁰ Temaet er nærmere behandlet av Bullen (2006).

fradragsberettiget for det norske selskapet. Slike tilpasninger reduserer den skattbare inntekten til selskapet (og dermed inntektsskatten). Men det reelle overskuddet er det samme.²⁰¹ Ettersom NOKUS-reglene neppe kan beholdes i sin nåværende form innenfor EØS, vil dette særlig være aktuelt for lavskatteland innenfor EØS. Men tilpasningen vil også være aktuell for land utenfor EØS som ikke er lavskatteland.

8.4.3 Plassering av mellomsselskap

Fritaksmetoden gir skattefritak for aksjegevinster, men samtidig ikke fradragsrett for tap. Land uten fritaksmetode har derimot skatt på gevinst, og samtidig fradragsrett for tap. Dette innebærer at begge regelsettene har potensielle fordeler for selskapene. Ved gevinst vil det være en fordel at det at selskapet ligger i et land med fritaksmetode, ved tap i et land utenfor.

Et *mellomselskap* kan plasseres i et land med fritaksmetode, som Norge. Morselskapet holder til i et land uten fritaksmetode, driftsselskapet kan holde til hvor som helst innenfor fritaksmetodens rekkevidde. Ved gevinst kan det norske selskapet selge aksjene i driftsselskapet – skattefritt. Ved tap, kan morselskapet selge aksjene i det norske – med fradragsrett. Norge brukes som gjennomstrømningsland. Ved en slik konstruksjon vil utbytte fra driftsselskapet være skattefritt for mellomsselskapet. Men eventuelt utbytte til morselskapet vil være skattepliktig.

På samme måte kan et morselskap i Norge plassere et mellomsselskap i et annet land *uten* fritaksmetode. Driften kan foregå hvor som helst, inkludert i Norge. Ved gevinst selger morselskapet aksjene i mellomsselskapet, ved tap selger mellomsselskapet aksjene i driftsselskapet.

En kan tenke seg ulike organiseringer basert på disse grunnstrukturene, og de medfører at begge typene regelsett (fritaksmetode eller ikke) utnyttes. På denne måten er tilpasningsmulighetene et argument for mer harmoniserte skatteregler landene imellom.

²⁰¹ St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.4.3.3.

Ved porteføljeinvesteringer er også tilpasningen aktuell. En investor (med eget investeringselskap) i et land med porteføljeavgrensning kan opprette et heleid datterselskap i Norge, som igjen eier porteføljeaksjene innenfor EØS. En klarer ikke på denne måten å få fradrag for tap. Men utbytte og gevinst blir skattefritt for det norske mellomskapet.

For eksempel investerer visstnok nå en del svensker i porteføljeaksjer gjennom et norsk holdingselskap, på grunn av at inntekter fra porteføljeinvesteringer er omfattet av fritaksmetoden i Norge (i motsetning til i Sverige).

Norske investorer (for eksempel med eget investeringselskap i Norge) som har investert i *lavskatteland utenfor EØS*, kan tjene på å ha et mellomskap i et annet EØS-land. Dette mellomlandet bør ikke ha fritaksmetode, ettersom denne da normalt er avgrenset mot lavskatteland utenfor EØS (på linje med Norge). Men et land uten fritaksmetode, men med lav selskapsskatt, er egnet for plasseringen av mellomskapet. Da blir skattesatsen for mellomskapet lav, og videreutdeling til det norske morselskapet skattefritt. Slik kan skatten totalt bli langt lavere enn om aksjene i lavskattelandet utenfor EØS hadde vært eid direkte av det norske selskapet. Denne tilpasningen er aktuell både for porteføljeinvesteringer og direkte investeringer. Men på grunn av NOKUS-reglene bør mellomskapet ved direkte investeringer ikke være plassert i et lavskatteland innenfor EØS (i hvert fall inntil NOKUS-reglene endres).

At utenlandske konserner får skattemessig gunstige forhold ved å danne konsernstrukturer med morselskap, kan forhåpentligvis også bidra til at enkelte vil velge å flytte deler av produksjonen til Norge – kanskje også hovedkontor. Selv ved nærmest ren gjennomstrømming vil det gjerne bli noe inntekt til beskatning i Norge.

Andre land kan være mindre begeistret for at gunstige skatteregler tiltrekker seg kapital, og dette er en viktig bakgrunn for såkalte "Limitation of benefits"-klausuler i skatteavtaler. Ved å utnytte nettet av skatteavtaler i kombinasjon med ulike regler (fritaksmetode eller ikke), kan tilpasninger gi store skattebesparelser. Disse LOB-klausulene begrenser skattyters adgang til skatteavtalens

fordeler, og skal forhindre slik "treaty shopping" og dobbelt ikke-beskatning.²⁰² Det eksisterer en rekke ulike typer LOB-klausuler. Begrepet "begrensning av fordel" eller "skattefritak" er for Norges del bare benyttet i avtalene med Barbados, De Nederlandske Antiller, Sør-Afrika, Gambia, Irland, Singapore og Storbritannia.²⁰³

8.4.4 Utflytting før gevinst realiseres

Fritaksmetoden legger som nevnt opp til akkumulasjon av ubeskattede midler i personlige holdingselskaper. En personlig aksjonær kan spare i et holdingselskap i Norge over tid, for deretter å flytte ut av landet før aksjene realiseres. Slik kan en risikere at ubeskattede midler, i selskaper med store akkumulerte verdier, aldri blir gjenstand for norsk gevinstbeskatning. Utflytteren kan likvidere investeringsselskapet etter at han har flyttet til utlandet, og deretter eventuelt flytte tilbake til Norge med formuen. Dette forutsetter at det er tale om en *reell* flytting.

Utflyttingsskatten i § 2-3, 3. ledd, er ment å *forhindre eller begrense slik skattemotivert utflytting*. Her likestilles utflytting med realisasjon.

Sktl. § 2-3, 3. ledd, henviser til selskaper som nevnt i § 2-38. Inntektene er altså de samme som i § 2-38, 2. ledd. Her henvises det til 1. ledd, som igjen henviser til § 2-2, 1. ledd litra a til d. Det blir altså en forholdsvis omfattende hjemmelskjede. Lovteksten legger opp til en omfattende delegering – store deler av regelsettet skal gis av departementet i forskrifts form, jf. § 2-3, 4. ledd.

Innenfor EØS vil betalingsplikten automatisk bli *utsatt* til aksjene realiseres i aksjene i utlandet.²⁰⁴ Dersom realisasjon ikke har skjedd innen fem år etter at *bostedsskatteplikten* til Norge er opphørt, faller skatteplikten bort. Bostedsskatteplikten opphører normalt tre år etter utflyttingen, jf. § 2-1, 3. ledd litra b. Dermed er tanken å sikre norsk beskatning i åtte år etter den faktiske utflyttingen.

²⁰² Det avgrenses mot en nærmere behandling av dette temaet.

²⁰³ Skaar m.fl (2006) s. 844.

²⁰⁴ Innst. O. nr. 1 (2005-2006) pkt. 11.1.4.

Slik begrenses tilpasningsmulighetene. Men med langsiktig planlegging kan en unnta store verdier fra norsk gevinstbeskatning. De som ikke har store aksjeinntekter vil neppe vurdere skattemessig emigrasjon uansett – dette er hensiktsmessig for de rike. Og der det kan være millioner å spare, vil nok utflytting vurderes til tross for at en må vente noen år med å realisere aksjene.

I oktober 2006 kom regjeringen med et forslag til nye regler om utflyttingsskatt, som skal gjelde fra 01.01.07 om de blir vedtatt.²⁰⁵ Formålet med reglene er nettopp å forhindre skattemotivert utflytting. Det nye forslaget er ment å ta hensyn til tilpasningsmulighetene fritaksmetoden åpner for – noe også de gjeldende regler skulle.²⁰⁶

Også dette forslaget baserer seg på en slags utsatt skatteplikt, og ikke en ren ”exit tax” ved utflyttingen. Det er meningen å beskatte verdistigning i Norge, men dette skjer kun om aksjene realiseres innen fem år etter at personen anses å være utflyttet etter § 2-1 eller etter skatteavtalen.²⁰⁷ Gevinsten skal være skattepliktig som om aksjen var *realisert siste dag før* dette tidspunktet.²⁰⁸ Men skattyter må stille betryggende *sikkerhet* for å få utsatt betalingsforpliktelsen. Et terskelbeløp på 500 000 (i samlet gevinst) er satt for at ikke små gevinster skal blir rammet – i tråd med formålet.

Det er et komplekst rettskilddebilde å ta hensyn til, både skatteavtalene og EØS-retten danner på hver sine måter skranker for lovgiver. For eksempel vil kravet om sikkerhetsstillelse ved flytting til andre EØS-land (unntatt der man har inngått en folkerettslig bistandsavtale) kunne være en (ulovlig) restriksjon etter EØS-retten.²⁰⁹

²⁰⁵ Ot. prp. nr. 1 (2006-2007) kap. 6.

²⁰⁶ Ot. prp. nr. 1 (2006-2007) pkt. 6.2.

²⁰⁷ Jf. forslaget til ny § 10-70, 9. ledd litra c.

²⁰⁸ Jf. forslaget til ny § 10-70, 1. ledd.

²⁰⁹ En mer detaljert redegjørelse om gjeldende rett – og det nye forslaget – faller utenfor oppgavens rammer. Det fokuseres på betydningen dette har for fritaksmetoden og tilpasningsmulighetene til denne. Forholdet mellom forslaget om sikkerhetsstillelse og EØS-avtalen drøftes derfor heller ikke mer inngående.

Kravet om sikkerhetsstillelse vil blant annet ramme skattytere som flytter til Spania, så det vil kunne bli svært praktisk.

Ved å konstruere en realisasjon ved utflytting, får en også et verdsettelsesproblem for aksjer som ikke er børsnoterte – i tillegg til at arbeidsbyrden med å følge opp reglene ser ut til å bli stor både for skattyter og ligningsmyndighetene.

Reglene vil ramme alle som flytter ut, ikke bare de skattemotiverte utflyttingene – noe som er det sentrale formålet med slike regler. En kan i hvert fall spørre seg om en person med en latent skatteplikt på 140 000 kroner (28 prosent av 500 000) vurderer å flytte ut *på grunn av* muligheten for å unnsnippe denne beskatningen. Reglene synes derfor å treffe *videre enn formålet*, og deres til dels kompliserte og omfattende karakter må sees i sammenheng med tilpasningsmulighetene fritaksmetoden åpner for. Men samtidig er den mest åpenbare tilpasningen fortsatt åpen: En investor har et eget holdingselskap, som han investerer gjennom. Han flytter ut av landet. Aksjene i *holdingselskapet* (ikke de underliggende aksjepostene) skal da verdsettes og skattlegges. Men betalingsplikten er betinget av at de realiseres innen fem år etter utflytting. Investoren har valgt seg et land med lav eller ingen skatt på utbytte og gevinster, og venter den nødvendige perioden med å overføre midler fra selskapet til seg selv – enten det gjelder utbytte eller gevinst ved salg av holdingselskapet. Det er neppe en særlig stor byrde å vente med dette noen år, og Norge vil da være avskåret fra å beskatte avkastningen som ble skapt i Norge. Altså rekker reglene også *kortere enn formålet skulle tilsi*.

Konklusjonen blir at verken de gjeldende eller foreslåtte reglene om utflyttingsskatt er særlig egnet til å forhindre skattemotiverte utflyttinger etter akkumulering av kapital i holdingselskap ved hjelp av fritaksmetoden. Andre tiltak må vurderes.

8.5 Mulige tiltak

8.5.1 Innledning

Ettersom utflyttingsskatten ikke ser ut til å være et tilstrekkelig effektivt virkemiddel, reises også noen mer overordnede problemstillinger om sammenhengen i systemet. Et slags underliggende premiss for å ha en (i hvert fall liberal) fritaksmetode, er at midlene blir beskattet ved overgangen mellom selskapssektoren og den private aksjonær. En må derfor utvilsomt forsøke å begrense tilpasningsmulighetene som unntar midlene fra en slik beskatning, deriblant muligheten for å flytte ut med latente gevinster.

Risikoen blir likevel at man har en liberal fritaksmetode, for så å *stramme inn tilstøtende regler*. Dette vil raskt føre til at en rekke regler favner videre enn formålet skulle tilsi – som for eksempel utflyttingsskatten synes å gjøre. Om man anser tilpasningsmulighetene til fritaksmetoden for å være for store, bør man heller forsøke å begrense disse *innenfor rammene av fritaksmetoden*. Dette kan innebære særregler eller generelle begrensninger.

8.5.2 Porteføljeavgrensning

En avgrensning mot porteføljeinntekter vil kunne begrense en rekke investorers muligheter til å akkumulere ubeskattede midler i Norge før utflytting.

Tilpasningsmuligheten vil bare være tilstede ved direkte investeringer. Etter min mening kan dette være en vel så egnet måte å forhindre (en del) skattemotiverte utflyttinger på som en vidtfavnende utflyttingsskatt. Uansett vil det kunne lette presset på utflyttingsskatten, som neppe i tilstrekkelig grad er effektiv for å unngå skattemotivert utflytting.

Men om en porteføljeavgrensning skal innføres, må en rekke andre faktorer vurderes. Dette gjøres i kapittel 9 nedenfor.

8.5.3 Generell avgrensning mot investeringer i lavskatteland

Der inntektene stammer fra et selskap i et lavskatteland, vil ikke fritaksmetodens formål (om å unngå kjedebeskatning) få samme gjennomslagskraft. For å sikre at inntekten blir beskattet skikkelig én gang, er en mulighet å avgrense fritaksmetoden mot investeringer i lavskatteland. Utenfor EØS er denne avgrensningen gjort, jf. § 2-38, 3. ledd litra a. Dermed forhindres det at inntekten blir (tilnærmet) skattefri to ganger – først ved minimal (eller null) *selskapsskatt*, og deretter ved *utbytte og gevinst* gjennom fritaksmetoden.

At slike inntekter omfattes av fritaksmetoden innenfor EØS, kan gi incentiver til tilpasninger. Enkelte EØS-stater kan ha så lav beskatning at de må anses som lavskatteland. Ut fra *likebehandling* og formålet om å unngå *kjedebeskatning*, bør en generell avgrensning mot investeringer i lavskatteland innføres. Spørsmålet er om en slik regel vil være i samsvar med våre EØS-forpliktelser.

Finansdepartementet gikk ikke inn for en generell avgrensning, særlig på grunn av at dette kan ha en usikker side mot EØS-retten.²¹⁰

Etter EFDs uttalelser i Cadbury Schweppes-saken kan neppe de norske NOKUS-reglene sies å være i samsvar med EØS-retten. Spørsmålet er om en skattemessig kan særbehandle inntekter fra visse land (lavskatteland) i en annen relasjon – fritaksmetoden. For å avgjøre hva som er et lavskatteland, må en her anvende de samme reglene som for NOKUS-beskatning. Dette innebærer blant annet at det kan være en risiko for at de rammer for vidt, for eksempel der den underliggende inntekten er opptjent på et langt tidligere tidspunkt (og med strengere beskatning) enn når den innvinnes.

EF-domstolen godtar normalt ikke ekstraordinær beskatning som nøytraliserer en skattefordel i et annet land, og hensynet til å avverge skatteflukt er ikke automatisk et

²¹⁰ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.3.

relevant allment hensyn for inngrep i de grunnleggende friheter.²¹¹ En avgrensning mot lavskatteland innenfor EØS vil lett få et preg av å være kompensierende beskatning. *Reelle* etableringer skal ikke ”straffes”, noe Cadbury Schweppes-dommen poengterte.

Som tidligere nevnt, godtar normalt heller ikke EF-domstolen kompensierende beskatning – at en skattefordel i ett land nøytraliseres av en skatteulempe i et annet. Hensynet til å avverge skatteflukt er heller ikke automatisk et relevant allment hensyn

En generell avgrensning mot investeringer i lavskatteland – slik tilfellet er utenfor EØS – synes derfor ikke å være i samsvar med EØS-retten, og kan dermed neppe innføres.

For å unngå at lavskatteland benyttes for å unngå beskatning, kan en mulighet være å innføre en eksplisitt pro forma-regel: Dersom et selskap ikke *reelt sett* kan anses å drive sin virksomhet fra lavskattelandet, vil fritaksmetoden ikke kunne anvendes. Det er likevel et spørsmål om hvilken effekt en slik regel vil få. Allerede nå skal tilsvarende vurderinger gjøres når en avgjør hvor et selskap er ”hjemmehørende”.²¹²

8.5.4 Avgrensning mot finansielle aktiviteter i lavskatteland

I Danmark har fritaksmetoden vært avgrenset mot utbytte fra *finansielle* datterselskaper i lavskatteland innenfor EØS. Dette innebærer at utbytte fra investerings-, holding-, royaltyselskaper, samt captives, ikke har vært skattefrie for morselskapet i Danmark.²¹³ Men nå er dette nylig endret, i frykt for at det var i strid med Danmarks EU-forpliktelser med en slik avgrensning.²¹⁴ Selv om en slik avgrensning kunne vært et relevant virkemiddel for å unngå en del tilpasninger, bør den etter dette heller ikke innføres i Norge.

²¹¹ Bullen (2005) s. 463 og 566.

²¹² Se pkt. 8.2 ovenfor om hvor et selskap er hjemmehørende.

²¹³ Werlauff (2005) s. 354.

²¹⁴ Aktieavancebeskatningsloven, LBK nr 1017 af 10/10/2006.

8.6 Forslag

Etter min mening er muligheten for kapitalakkumulering før utflytting et sterkt argument for en *generell avgrensning* av fritaksmetoden mot porteføljeinvesteringer. I lys av EØS-avtalen synes det vanskelig gjennom nasjonal lovgivning å forhindre at mellomselskap plasseres (innenfor EØS) ut fra skattehensyn. Her vil heller avtaler om utveksling av *informasjon* og et sterkt fokus på å kontrollere at mellomselskapenes plasseringer er *reelle*, være viktige virkemidler. Den sistnevnte vurderingen krever ikke en særskilt pro forma-regel, men er allerede forankret i begrepet "hjemmehørende".

9 Porteføljeavgrensning

9.1 Ulike typer investeringer

I det følgende drøftes en porteføljeavgrensning av fritaksmetoden på prinsipiell basis. Utenfor EØS er det en slik avgrensning, spørsmålet er om den bør innføres også innenfor EØS.

Grensen mellom *direkte investeringer* (stor eierandel) og *porteføljeinvesteringer* (liten eierandel) er flytende. Å oppstille en fast skillelinje blir derfor nødvendigvis noe tilfeldig. Men enkelte typesituasjoner kan trekkes frem. Ved direkte investeringer har investoren oftere til hensikt å *utøve effektiv innflytelse* på selskapet, han har mulighet til å påvirke selskapets driftsmessige og finansielle styring. I tillegg har investoren gjerne en *lengre tidshorisont*. Den økonomiske forbindelsen er sterkere. Om en slik investor forholder seg passiv (noe han kan gjøre), har han i det minste *bidratt vesentlig til selskapets kapitalgrunnlag*. Direkteinvesteringer er derfor spesielt viktige for verdiskapningen i samfunnet.

For porteføljeinvesteringer er investoren normalt ikke i posisjon til å påvirke selskapets beslutningsprosesser. Her vil investeringen oftest alene være motivert av muligheten for å kunne *motta passiv kapitalinntekt* til økning av egen formue. (Dette kan for så vidt også godt være tilfelle ved direkteinvesteringer.) Slike investeringer kan gjøres både med tanke på kortsiktig og langsiktig gevinst. Tilknytningen til selskapene man investerer i er mindre, og for mange investorer vil kapitalen flyttes oftere.

Porteføljeinvesteringer står for en stor andel av nordmenns investeringer i utlandet. I utenriksregnskapets balanse registreres årlige nettoinvesteringer i utlandet. I perioden 1995 til 2003 var omtrent to tredjedeler (av all norsk kapital som var investert i utenlandske aksjer) porteføljeinvesteringer (definert som under 10 prosents eierandel). Dette utgjorde 440 milliarder norske kroner. Riktignok er disse tallene ingen presis indikator på fordelingen. Beholdningstall baserer seg på bokført verdi, mens transaksjonstall (som her) baserer seg på markedsverdi. I tillegg er en god del av porteføljeinvesteringene foretatt gjennom petroleumsfondet.²¹⁵ Like fullt

²¹⁵ Grünfeld (2005).

antyder tallene at porteføljeinvesteringer spiller en vesentlig rolle når norske investorer (enten selskaper eller private gjennom holdingsselskaper) satser på utenlandske aksjer. En avgrensning av fritaksmetoden mot slike investeringer, vil derfor trolig få praktisk stor betydning.

Ved avgrensning mot porteføljeinvesteringer, blir spørsmålet om det også skal settes et krav til *eiertiden*. Utenfor EØS må skattyteren ha eid minst 10 prosent av kapitalen og hatt minst 10 prosent av stemmene ved generalforsamlingen – sammenhengende de *to siste årene* – for å omfattes av fritaksmetoden. Om det ikke settes slike krav, vil både langsiktige og kortsiktige investeringer omfattes av fritaksmetoden. De sistnevnte vil gjerne bidra lite til selskapenes utvikling, og er gjerne gjort med ønske om rask profit.

En porteføljeavgrensning uten eiertid, innbyr også til særegne *tilpasninger*. Gitt at kravet til eierandel settes til 10 prosent, og at en investor eier 7 prosent av aksjene i et annet selskap. Før utbytteutdeling, kunne denne kjøpt seg opp i selskapet – og dermed mottatt utbyttet skattefritt. Deretter kan aksjene selges igjen. Dette er det såkalte ”*parkerings*”-problemet. På samme måte ville det bli fordelaktig å kjøpe seg opp til 10 prosent like før salg av aksjene. Gevinsten ville bli skattefri. Motsatt ville mange ønske å ligge rundt 10 prosent, for enkelt å tilpasse seg – alt etter om det blir tap eller gevinst ved salg av aksjene. Det bør derfor settes krav til eiertiden dersom det settes krav til eierandelen.

Hvordan man bør beregne eiertiden, synes ikke opplagt. For eksempel er opsjoner omfattet av fritaksmetoden. Innebærer det at eiertiden bør starte når opsjonen blir anskaffet? Eller skal tidspunktet for overtakelsen av aksjene være avgjørende?

9.2 Vurdering i lys av formålene

De typiske ulikhetene mellom direkte investeringer og porteføljeinvesteringer reiser enkelte prinsipielle spørsmål rundt fritaksmetodens formål. For det første er fritaksmetodens primære formål å *unngå kjedebeskatning*. Samme inntekt skal bare beskattes én gang innenfor selskapssektoren. Dette hensynet taler klart for at porteføljeinvesteringer skal være inkludert – ellers vil inntekter fra slike investeringer beskattes en ekstra gang.

I forarbeidene uttales følgende om hensynet til å unngå kjedebeskatning: ”Hensynet til å unngå kjedebeskatning står etter departementets vurdering sterkest i forhold til inntekt på direkteinvesteringer der eierskapet kan utøve en viss innflytelse på det underliggende selskapet, men gjør seg også gjeldende for inntekt på porteføljeinvesteringer. Utgangspunktet er derfor at fritaksmetoden også skal gjelde for porteføljeinvesteringer.”²¹⁶ Sett at porteføljeinvesteringer holdes utenfor fritaksmetoden. Et selskap tjener 2000 kr. Selskapsskatten er 28 prosent. Før utbetaling til investorene har selskapet 1440 kr. igjen. Mottaker *A Holding*, som har en eierandel på 5 prosent, mottar 72 kr. Av dette må selskapet betale 28 prosent i utbytteskatt, 20,16 kroner. (Skjermingsfradrag holdes utenfor her.) Totalt er 48,16 kr. betalt i skatt av *A Holdings* eierandel, og *A Holding* har igjen 51,84 kr. Ved utbytte fra *A Holding* til aksjonæren betales nye 28 prosent i skatt, 14,52 kr. Investoren sitter altså igjen med 37,32 kr. Totalt har midlene blitt beskattet med en skattesats på 62,68 prosent.

Bedret kapitalmobilitet antas å gi samfunnsøkonomisk gevinst, og dette hensynet ivaretas også best uten en porteføljeavgrensning. En rekke kapitalsterke investorer baserer seg på porteføljeinvesteringer, og totalt sett kan dette få stor betydning for næringslivet. At kapitalen enkelt og skattefritt kan flyttes (ved å eie gjennom et holdingselskap) maksimerer, i hvert fall teoretisk sett, ressursforvaltningen i samfunnet. En dobbel skattlegging innenfor selskapssektoren kan gi innlåsnings effekter ved at selskaper unnlater å selge aksjer av skattemessige hensyn. Bedret kapitalmobilitet kan også stimulere til flere investeringer og mindre privat forbruk hos investorer.

Administrativt sett vil en avgrensning mot porteføljeinvesteringer heller ikke medføre besparelser – heller tvert imot.

I tillegg vil en avgrensning mot porteføljeinvesteringer medføre *ulik skattesats for investorer* – avhengig av eierandelen. Investorer som eier porteføljer direkte, vil få en skattesats på 48,16 prosent (selskapsskatt 28 på prosent og utbytteskatt på 28 prosent). Eier man porteføljen gjennom et holdingselskap får man nesten 63 prosent (utbytteskatt på 28 prosent to ganger). En slik innføring betyr altså at det lønner seg å eie aksjene direkte dersom man baserer seg på porteføljeinvesteringer. Virkningen av dette er usikker, men å investere gjennom et eget selskap med *begrenset ansvar* kan tenkes å gi noe ryddigere økonomiske forhold.

²¹⁶ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

I realiteten har store investorer rådgivere og kunnskap som kan sammenlignes med *fondsforvaltere*. Der en privatperson investerer gjennom fond, beskattes midlene kun to ganger - selskapsskatt og utbytteskatt. Ved en ren avgrensning mot porteføljeinvesteringer, vil midlene beskattes tre ganger for investorer med holdingselskaper – selskapsskatt, porteføljeskatt og utbytteskatt. To såpass like måter å investere på bør helst beskattes på samme nivå. Dette er derfor et argument mot en avgrensning. Fondsinvesteringer kan bli mer attraktivt i forhold til å investere selv (gjennom egne holdingselskaper) – noe som kan føre til lavere risiko og dermed mindre satsing på usikre prosjekter med stort potensial.

En innføring av en porteføljeavgrensning vil altså *ikke kunne hvile på begrunnelsene* som sto sentralt bak innføringen av fritaksmetoden. Andre formål må inn i bildet. At utbytte til personlig aksjonær beskattes, fremstår som et underliggende premiss for å ha en fritaksmetode. Der dette ikke slår til (ved hjelp av enkelte av tilpasningsmetodene), blir kapitalinntekten beskattet svært lavt. Med tanke på at *utjevning av skattenivået på inntekt fra arbeid og fra kapital* var et av hovedformålene bak skattereformen, vil fritaksmetoden *i disse tilfellene* ikke ha eksistensberettigelse.

En aksjegevinst kan også i det vesentlige være basert på en forventning om fremtidige resultater, som ikke nødvendigvis innfris. Da er (datter)selskapet ikke skattlagt, men gevinsten likevel ikke skattlagt på aksjonærnivå. Her blir det heller ikke beskattning to ganger (totalt 48,16 prosent) etter intensjonen.

Ulempen er at småsparere lett faller utenom fritaksmetoden, de vil sjelden opprette et eget aksjeselskap å investere gjennom. Dermed blir skattesatsen nærmere 50 prosent (48,16) totalt (inkludert selskapsskatten) for deres investeringer i aksjer. Det er de som ”må” ta ut utbytte fra egne investerings- og holdingselskaper, eller som ikke har slike, som er *garantert* å bli belastet med den totale skatteprosenten som er i samsvar med intensjonen.

Spørsmålet er likevel om en, på grunn av enkelte tilpasningsmuligheter, skal gi alle porteføljeinvestorer en høyere skattesats. Etter min mening bør en heller se på de konkrete tilpasningsmulighetene, og vurdere tiltak for å minske incentivene til å gjøre slike tilpasninger. At akkumulering i investeringselskaper er skattefritt, er etter min

mening ikke problematisk før midlene kan tas ut av investeringsselskapet uten utbytteskatt. Det er altså i *overgangen mellom selskapssektoren og personlige investorer* det er viktig å ha effektive regler som sikrer likeverdig beskatning. Dette er sentralt av likhetshensyn og av hensyn til skatteprovenyet. *Innad i selskapssektoren* bør i utgangspunktet ikke midlene beskattes mer enn én gang.

Sett fra en pragmatisk synsvinkel, er det likevel et faktum at mange av tilpasningene er vanskelige å unngå uten at negative effekter oppstår. Det synes å være store fordeler med å investere gjennom et holdingselskap, særlig med tanke på kapitalakkumulering. Dette kommer særlig store investorer til gode. Det samme gjør mulighetene til å få ut midler uten å gå veien om utbytte. Dette fordi det en har mer kapital å investere, og det dermed gir større besparelser ved å tilpasse seg – gjerne ved hjelp av skatteplanleggere.

I tillegg synes utflyttingsskatten å være forholdsvis enkel å unngå. Ved å ha midlene i et holdingselskap, og investere gjennom det, er det bare å vente de nødvendige antall år etter utflytting med å ta ut utbytte fra – eller selge – holdingselskapet. Da er utflyttingsskatten satt på sidelinjen, og skatteplikten til Norge opphørt. De som har minst behov for midlene, har størst incentiver og muligheter til å utnytte regelverket.

På grunn av de gjennomgåtte tilpasningsmulighetene, vil det derfor trolig forbli en risiko for at skattesatsen ikke alltid blir de teoretiske 48,16 prosent. På denne måten kan fritaksmetoden bidra til å *oppretholde en stor forskjell i skattesatsen* for ulike typer inntekter. For å unngå dette, kan en fort stå overfor et valg: Enten må andre, tilstøtende, regler favne videre enn formålet med dem skulle tilsi, ellers må selve fritaksmetoden strammes inn. Jeg kan ikke se at den første løsningen er hensiktsmessig eller formålstjenelig, og lander da på at det er fritaksmetoden som må endres.

En slik holdning er inntatt overfor porteføljeinvesteringer *utenfor EØS*. Årsaken til avgrensningen mot dette, er etter forarbeidene *informasjonsutfordringer*. Det kan være vanskelig for selskaper med porteføljeinvesteringer i utlandet å dokumentere at landet ikke er et lavskattelend – og kontrollen med dette innebærer merarbeid for

ligningsmyndighetene.²¹⁷ Men en kan stille spørsmål ved om dette argumentet alene rettferdiggjør porteføljeavgrensningen utenfor EØS. En kunne for eksempel tenke seg at land man har tilstrekkelige informasjonsutvekslingsavtaler med, skulle være unntatt porteføljeavgrensningen. Jeg anser i hvert fall likebehandling av investeringer innenfor og utenfor EØS (i ikke-lavskatteland) som et argument for en *generell* avgrensning mot porteføljeinvesteringer.

I reglene om utbytteskatt skiller det for eksempel mellom land Norge har og ikke har *bistandsavtaler* med. En kan spekulere i hvorfor avgrensningen utenfor EØS er gjort med en så tilsynelatende spinkel begrunnelse, når den er i strid med hovedformålet om å unngå kjedebeskatning. Ønsket man ideelt sett å ha en porteføljeavgrensning i utlandet, og samtidig ikke i Norge? EØS-avtalen umuliggjør i hvert fall en slik løsning.

For det andre reiser det seg spørsmål om *viktigheten av skattefritak* for porteføljeinvesteringer – samfunnsøkonomisk sett. En avgrensning mot disse investeringene vil kunne dempe investeringslysten, og kapitalmobiliteten blir svekket. Etersom de er små eierandeler, vil slike investeringer likevel ikke være de viktigste for *verdiskapningen* i samfunnet.

En kan diskutere hvilke *provenymessige* konsekvenser en porteføljeavgrensning vil bety. Det ble påpekt i forarbeidene at personlige aksjonærer får skjermet den risikofrie avkastningen på sine porteføljeinvesteringer gjennom aksjonærmodellen.²¹⁸ Å unnta porteføljeinvesteringer *helt* fra fritaksmetoden ville derfor kunne føre til tilpasninger ved at slike investeringer legges til personlige aksjonærer, og det ble anført at provenyfordelene dermed ble redusert.

En må se på hvilke investeringer som typisk vil påvirkes av en porteføljeavgrensning. Regelendringen vil ikke ramme *store og langsiktige* investeringer. Investorer som eier porteføljeaksjer *direkte* vil heller ikke berøres (typisk småinvestorer). Det store gruppen som står igjen er kortsiktige investeringer i små eierandeler hvor investoren har eget

²¹⁷ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

²¹⁸ St.meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.4.4.3.

holdingselskap – typisk *aksjetradere*. Det er altså i første rekke denne gruppen investorer som nyter godt av at porteføljeinvesteringer innenfor EØS er omfattet av fritaksmetoden.

Driftsselskaper som investerer i andre selskaper rammes også. Men her vil aktivt eierskap gjerne være et formål, og eierandelen derfor ofte være over 10 prosent.

Svært viktig er det at *presset på reglene om utflyttingsskatten lempes*. Det er gjerne investorer med stor andel av porteføljeinvesteringer som en kan tenke seg er aktuelle for skattemotiverte utflyttinger.

Fordelene med skattefritaket (for næringslivet og samfunnet) må veies opp mot disse momentene. Etter min mening står argumentene for fritaksmetoden sterkere for gruppen som *ikke* vil påvirkes av en endring. Særlig med tanke på mulighetene til å unngå utbytteskatt kan nullskattesatsen for porteføljeinvesteringer bli et gode bare noen få klarer å utnytte maksimalt.

Men avgjørelsen om en porteføljeavgrensning skal innføres avhenger på mange måter av et prinsipielt valg: Skal først og fremst hensynet til kjedebeskatning ivaretas, eller skal andre, til dels tidligere lite omtalte, hensyn tillegges sterkere vekt?

9.3 Andre lands regler

Internasjonalt betegnes gjerne fritaksmetoden som ”participation exemption”, og idéen har vært at økonomisk dobbeltbeskatning for deltakende selskaper skal unngås. Det er særlig *mor- og datterselskaper* som skal beskyttes. En behandler konserner samlet i større grad enn i et regelverk uten fritaksmetode. En rekke land har nå denne typen regler, men normalt avgrenses det mot porteføljeinvesteringer – nettopp fordi det ikke er denne typen investeringer som anses som de mest beskyttelsesverdige.

Nederland anser *skattekonkurranse* som et viktig hensyn. Dette blir fremhevet som en viktig grunn til å ha gunstige skatteregler for selskaper. Landet har lenge tiltrukket seg

kapital, blant annet gjennom en liberal fritaksmetode. Men selv her er skattefritaket avgrenset mot porteføljeinvesteringer, det er direkteinvesteringer skattefritaket skal gjelde for. Grensen er lav, 5 prosents eierandel. Småinvesteringer faller altså utenom.

Nederland har følgende betingelser for skattefritak: For det første må inntektene stamme fra et selskap som har delt opp kapitalen i aksjer. Dette skiller seg lite fra hva som er objekt for fritaksmetoden i Norge. For det andre må holdingselskapet ha minst 5 prosents eierandel i selskapet. (Hvis eierandelen er lavere, må aksjene ikke være en porteføljeinvestering. Det er altså en viss mulighet til å komme innenfor fritaksmetoden med lavere eierandel – uttrykket *porteføljeinvestering* brukes ikke likt som i den norske modellen.) For det tredje skal aksjene ikke eies som en del av varelageret. For inntekter fra utenlandske selskaper er det to tilleggsvilkår: At selskapet som inntektene stammer fra, har vært skattlagt i hjemstaten og at aksjene ikke er porteføljeinvesteringer. Hva som avgjør det sistnevnte kriteriet, har vært utviklet i praksis. Særlig selskaper med overvekt av finansiell aktivitet faller utenfor fritaksmetoden. I et forslag fra regjeringen (lagt frem i april 2005) til en skattereform for 2007, ble det foreslått en absolutt grense på 5 prosent - og en avskaffelse av den mer skjønnsmessige vurderingen.²¹⁹ Selv om grensene for hva som var porteføljeinvesteringer var forholdsvis godt utviklet over tid, ser Nederland ut til å velge en enklere løsning. Det bør også Norge gjøre, om porteføljeinvesteringer skal holdes utenfor.

Nederland har ikke noe krav til eiertid.

Også i *Sverige* er porteføljeinvesteringer i praksis unntatt fra fritaksmetoden. Skattefritaket gjelder kun for ”næringsbetingede andelar”. For at aksjer skal regnes som næringsbetingede, må minst ett av tre vilkår være oppfylt. *For det første* regnes unoterte aksjer automatisk som næringsbetingede. *For det andre* er at selskapet innehar minst 10 prosent av stemmene i det utdelende selskapet. *For det tredje* kan aksjer likevel anses som næringsbetingede dersom eierinteressen er betinget av virksomheten.²²⁰

I Sverige gjelder det krav til eiertid kun for *børsnoterte* aksjer. Også her er regelen *ett år*. Andelene anses ikke for å være næringsbetingede om vilkåret ikke er oppfylt, og i så fall beskattes inntekten.

²¹⁹ Lambooi (2006) s. 338.

²²⁰ Rabe (2005) s. 400.

Danmark har i dag en grense på hele 20 prosent, men denne skal trappes ned til 10 prosent.

Også EU-direktiver kan indirekte få påvirkningskraft som *modell* for fritaksmetodens avgrensninger i EU-land – selv om de ikke gjelder beskatningen. I Danmark må morselskapet eie minst 20 prosent av datterselskapets aksjekapital for å regnes som morselskap. Før 2002 var kravet 25 prosent. EUs mor/datterselskapsdirektiv²²¹ skal beskytte konserner med selskaper i flere medlemsstater. I utgangspunktet gjaldt en grense på minst 25 prosents eierandel for at selskaper skulle regnes som mor- og datterselskaper. Dette ble endret i 2004, slik at minstebrøken skulle settes ned til 20 prosent i 2005, til 15 prosent i 2007 og til 10 prosent i 2009. Danmark skal følge denne nedtrappingen også i *grensene for porteføljeavgrensningen i fritaksmetoden*.²²² Etter mor/datterselskapsdirektivet står medlemsstatene fritt til å velge å ha et krav til eiertid for at selskapene skal regnes som mor og datter, men dette kan maksimalt være to år. EF-domstolen har avgjort at de to årene ikke nødvendigvis må være tilbakelagt før utbytteutdelingen.²²³ Men totalt skal eierandelskravet være oppfylt. EF-domstolen har angitt ulike metoder for å sikre seg mot tap av proveny gjennom omgåelse av eiertidskravet.²²⁴

I Danmark må aksjene eies i minst *ett år* for å få skattefritak for gevinst ved salg. Kravet til eierandel må være oppfylt i en sammenhengende periode på minst ett år for at gevinsten skal være fritatt for beskatning. Det er også krav om ett års eiertid for å kunne motta skattefritt utbytte, men hele året trenger ikke å ha gått før utbytteutdelingen. Derimot beskattes utbyttet, i etterkant, om aksjene selges innen ett år er gått fra kjøpet.²²⁵

Danmark har i tråd med EF-domstolen avgjørelse i Denkavit-saken²²⁶ endret ordlyden i loven. Hvis utbyttet er mottatt skattefritt, og hele eiertiden (ett år) senere ikke oppfylles, skal utbyttet beskattes.

²²¹ Direktiv 90/435.

²²² Den danske selskabsskatteloven § 13.

²²³ Sak C-283/94, Denkavit m.fl.

²²⁴ Sak C-283/94, Denkavit m.fl.

²²⁵ Werlauff (2005) s. 347 flg.

²²⁶ Sak C-283/94, Denkavit m.fl.

Også *Finland* setter krav til eierandelen, 10 prosent er grensen. Denne andelen må eies i minst ett år, gjennom en periode som er avsluttet maksimalt ett år før transaksjonen av aksjene. En trenger altså ikke å ha hatt en andel på 10 prosent hele det *siste* året.²²⁷

9.4 Tiltrekke seg kapital - skattekonkurransen

At kapitalsterke utenlandske selskaper investerer i Norge, kan gi positive effekter for norsk næringsliv. Gjennom fritaksmetoden kan Norge komme bedre ut i skattekonkurransen, og dermed tiltrekke seg kapital. Men det er ikke ved å investere i norske *driftsselskaper* en utnytter fritaksmetoden, det er som hjemsted for *morselskaper* at reglene er attraktive. Ved at mange land har fritaksmetode med porteføljeavgrensning, kan man risikere at Norge først og fremst utnyttes av investorer som ikke har til hensikt å utøve aktivt eierskap.

En risikerer at Norge blir et paradisi for kapitalakkumulering for tradere og spekulanter fra hele EØS-området – normalt er (som påvist) ikke porteføljeinvesteringer omfattet av andre lands fritaksmetoder. En kan opprette et investeringsselskap her i landet, og deretter investere (særlig i lavskatteland) innenfor EØS. Spørsmålet er om et slikt scenario er ønsket eller ikke. På den ene siden kan dette føre til at kapital akkumuleres (skattefritt) før den forsvinner med sine norske eiere ut av landet – utflyttingsskatten synes ikke å være tilstrekkelig. I tillegg kan Norge bidra til at tradere (som ikke nødvendigvis bidrar så mye til verdiskapningen) minimaliserer beskatningen i forhold til andre inntektstyper. Samtidig kan det gi Norge et fortrinn i den internasjonale skattekonkurransen. Norge tjener imidlertid ikke store summer på at utenlandske spekulanter investerer gjennom et norsk holdingselskap.

De såkalte "skatteparadisene" lever av at konserner og investorer oppretter selskaper der, selv om statenes inntekter fra selskappsskatt er lav eller null. Ved at et selskap reelt skal drives fra en stat, må det utøve en viss aktivitet der. Dette kan gjerne innebære at et kontor blir opprettet, at noen få blir ansatt og at møter og konferanser iblant holdes der. I tillegg har man kanskje kontakt med nasjonale konsulenter og hjelpere. Totalt sett blir dermed en del penger lagt igjen i landet, i

²²⁷ Ministry of Finance Publications, Finland (2005).

form av honorarer, driftsutgifter, hotellrom, restauranter etc. Samtidig har en rekke av disse landene gebyrer, riktignok lave, for å ha et selskap der. Med en mengde selskaper, utgjør dette betydelige summer. Å tiltrekke seg kapital kan altså gi en del positive økonomiske effekter – selv om investeringene settes i driftsselskaper utenfor landet. Men slike effekter gjelder først og fremst direkte investeringer.

9.5 Egen ”spekulantskatt” – den gyldne middelvei?

En tredje vei kan være en *mellomløsning* innenfor EØS. For eksempel kan porteføljeinvesteringer beskattes med halv sats – 14 prosent. Dette vil sikre at midlene i det minste beskattes med 38,08 prosent totalt – selv om investoren planlegger seg utenom utbytteskatten.

Et selskap tjener 100 kr. Selskapsskatten utgjør 28 kr. Av de resterende 72, betales 14 prosent (10,08 kr.) i ”porteføljeinntektsskatt”. Skatteprosenten blir 38,08. For sammenligningens skyld, brukes her halv skattesats. Rent teknisk er det nok enklere at halve inntekten er skattepliktig, og at halve tapet er fradragsberettiget.

Med et normalt forløp (selskapsskatt på 28 prosent, ”porteføljeskatt” på 14 prosent og utbytteskatt på 28 prosent) blir skatteprosenten totalt 55,42 prosent. Dette er altså 7,26 prosent høyere enn for investorer som eier aksjene direkte. Men prosenten ligger i samme sjiktet som for arbeidsinntekter.

I det følgende omtales selskapsskatten for porteføljeinvesteringer som ”porteføljeskatt”. Dette er likevel ikke et helt presist uttrykk, på grunn av kravet til *eiertid*. Gevinst ved salg av en eierandel på for eksempel 80 prosent vil derfor beskattes med ”porteføljeskatten” dersom salget skjer innen to år (eller en annen tidsgrense) etter kjøpet av aksjene. Betegnelsen brukes likevel, ettersom tidskravet i første rekke er satt for å unngå tilpasninger.²²⁸

Etter min mening kan en innføring av en lavere skattesats på porteføljeinvesteringer ha gode grunner for seg. Det oppstår en viss kjedebeskatning, men (fortsatt) ikke i

²²⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5.

langsiktige konsernforhold. Provenymessig vil også en slik beskatning gjøre skadevirkningene ved eventuelle tilpasninger mindre.

Skattefordelene ved å ha et holdingselskap reduseres. Samtidig kommer Norge mer på linje med *andre lands begrunnelser* for å ha fritaksmetode.

Med en lavere skattesats (i stedet for ren avgrensning) vil Norge samtidig fortsatt kunne være *attraktivt* for private investorer og internasjonale konserner. Vi blir fortsatt et konkurransedyktig holdingland for småinvesteringer og spekulasjon – men særlig for direkte investeringer. Videre vil dette kunne gi positive effekter for næringslivet innad i landet. Norge vil fortsatt være et forholdsvis attraktivt holdingland – og med porteføljeskatten vil dette gi klare økonomiske konsekvenser. En redusert, i forhold til full, skattesats for porteføljeinvesteringer, kan således faktisk tenkes å gi *provenyfordeler*. En ren avgrensning (og dermed full sats) kunne ledet til at porteføljeinvesteringer oftere ville blitt lagt til andre land, eventuelt til personlige aksjonærer. For aksjetradere – som er den typiske investoren med denne valgmuligheten – hadde altså kjedebeskatning gjerne ikke funnet sted.

Grensen på *10 prosent* (tilsvarende inntekter fra selskaper utenfor EØS i dag) synes fornuftig som en avgrensning. Da vil man også være på linje med prosentgrensen i andre land.

For at porteføljeskatten skal bli et effektivt virkemiddel i slike situasjoner, bør kravet til *eiertid* etter min mening settes til to år. Eies over 10 prosent av aksjene i over to år, bør inntekten være skattefri gjennom fritaksmetoden. Eies de samme aksjene i under to år, inntreer porteføljeskatten. Det er eiere med en viss eierandel, og som har vært med over en periode, som i første rekke har bidratt til et eventuelt godt økonomisk resultat.

To år er i tråd med kravet til aksjeinntekter fra selskaper *utenfor EØS* i dag. For utbytte, bør en (på linje med EF-domstolen) ikke stille krav om at de to årene har gått før utdelingen. Dette kunne ført til et press på generalforsamlingen om å begrense utbyttet når viktige investorer nylig har kommet inn, så disse skal kunne opparbeide seg lang nok eiertid. Trolig vil det mest hensiktsmessige være at et *betinget skattefritak* for

utbytte der eiertiden ikke er oppfylt. Ved salg av aksjene før toårsperioden er utløpt, beskattes det tidligere mottatte utbyttet. Hvis aksjonæren (med tiden før og etter utbyttet sammenlagt) oppfylder tidskravet, blir endelig skattefritak gitt. Med et fungerende *aksjonærregister* skulle dette være mulig i praksis. Eventuelt kan en få fradrag for innbetalt utbytteskatt når aksjen er eid i to år.

[Selskapers skatteprosent for aksjeinntekter]

Eiertid Aksje- andel			< 2 år	> 2 år
	> 10 %	Innenfor EØS		14 % (0 %)
Utenfor EØS			28 %	0 %
< 10 %	Innenfor EØS		14 % (0 %)	14 % (0 %)
	Utenfor EØS		28%	28%

Tallene i parentes er gjeldende retts skattesatser, der forslaget avviker fra denne. Som det fremgår av tabellen, vil innføringen av en egen porteføljeskatt ramme *kortsiktige* (både store og små) investeringer og *små* (både kortsiktige og langsiktige) investeringer.

Ved en porteføljeskatt, følger det av symmetriprinsippet²²⁹ at det gis *fradragrett for tap i samme utstrekning* for slike investeringer.

Jeg legger til grunn den samme skattesatsen som nå for porteføljeinvesteringer utenfor EØS. Men dersom hensynet til likhet skal vektlegges, kan porteføljeskatten på 14 prosent også innføres utenfor EØS.

²²⁹ Jf. sktl. § 9-4.

10 Konklusjon

Innledningsvis ble tre hovedspørsmål stilt, og disse har vært styrende for avhandlingen.

I avslutningskapitlet besvares de i konsentrert form:

(1) Hvilke tilpasninger innbyr fritaksmetoden særlig til?

Fritaksmetoden innbyr blant annet til salg av eiendeler skattefritt gjennom salg av aksjer, akkumulering i holdingselskap med muligheter for å ta ut midler utenom utbytteregele, overføring av selskaper med skatteposisjoner som kjøper kan utnytte (typisk opparbeidet underskudd), skattemotiverte plasseringer av mellomsselskaper i ulike land og utflytting før akkumulert kapital tas ut.

(2) Hvilke virkemidler har skattemyndighetene for å forhindre uønskede tilpasninger, og i hvilken grad er disse effektive?

Fritaksmetodens grenser er på mange områder uklare, og i dag er det stort sett bare den ulovfestede omgåelsesnormen og § 14-90 om generelle skatteposisjoner som skal tegne opp grensene. Rundt hver eneste tilpasning som lovens ordlyd ikke nekter, må en derfor vente på at det blir tilstrekkelig praksis. Etter min mening bør skattemyndighetene ved flere av tilpasningsmulighetene være varsomme med å gjennomskjære, ettersom det kan gi lite forutsigbarhet og stabilitet. Av hensyn til både skattyterne og skattemyndighetene bør en så praktisk viktig regel som fritaksmetoden ha klarere og tydeligere avgrensninger. Samtidig bør flere av tilpasningsmulighetene begrenses i større grad enn gjennomskjæringsreglene kan gjøre.

(3) Bør mulighetene for tilpasninger begrenses ved nye tiltak, eventuelt hvilke?

Min konklusjon på det første spørsmålet er *ja*. Det er riktignok mange hensyn som må vurderes opp mot hverandre om fritaksmetoden skal endres, mindre skjønnspregede grenser kan gi urimelige resultater i enkelte saker. At NOKUS-reglene ikke kan videreføres innenfor EØS,²³⁰ øker imidlertid behovet for andre begrensninger ytterligere.

Enkelte regelendringer bør i det minste vurderes:

- Skatteplikt for overskudd av varetilvirkning også ved aksjesalg.²³¹

Fortjenesten ved salg av varer er skattepliktig, og det burde da gjelde alle varesalg. Ved å innføre skatteplikt for aksjegevinst som i realiteten er overskudd av varetilvirkning, vil i det minste de mest opplagte tilpasningene – å legge tilvirkningsvarer i et eget AS – ikke være mulig lenger. Begrensningen kan gjøres ved at aksjeinntekter som stammer fra selskaper som inneholder nyttilvirket driftsmiddel (av typen som er nevnt i § 14-43, 1. ledd litra e til i), er unntatt fra fritaksmetoden.

- Karantenetid for utnyttelse av tidligere års underskudd.²³²

For å begrense det potensielt store problemet med salg av underskuddsselskaper, kan en innføre en regel om karantenetid. Dette kan gjøres ved at inntekter ikke kan avregnes mot gammelt underskudd (fra før fusjonen) de første fem årene etter fusjonen. Samtidig kan konsernbidrag ikke gis noen vei der en velger å overdra et selskap i stedet for fusjon. På sitt område vil en karanteneregel overta for den skjønnsmessige § 14-90, og kunne gi mer effektive begrensninger for slike skattemotiverte transaksjoner.

²³⁰ Se pkt. 8.3.3.

²³¹ Behandlet under pkt. 5.4.3.

²³² Behandlet under pkt. 7.4.3.

- Porteføljeavgrensning innenfor EØS med lavere skattesats.²³³

Det finnes muligheter for å få ut midler uten å måtte gå gjennom utbyttreglene, og enkelte av dem synes vanskelig å avskjære – for eksempel utflytting. I tillegg har investorer med holdingselskap et fortrinn når det gjelder kapitalakkumulering. En *generell* porteføljeavgrensning vil fjerne den gunstige stillingen ”spekulanter” har i dag. Dette vil føre til kjedebeskatning. Med en lavere skattesats på porteføljeinntekter (enn selskapsskatten), begrenses imidlertid effekten av kjedebeskatningen. Samtidig vil Norge fortsatt ha et konkurransefortrinn når det gjelder å tiltrekke seg kapital, selv om den særegne beskyttelsen av (i første rekke) aksjetradere modifiseres.

En porteføljebegrensning vil også, gjennom tidskravet på to års eiertid, kunne sette en stopper for en rekke fisjoner med påfølgende aksjesalg. Dette kan gjøres ved at eiertiden starter å løpe ved *fisjonen*, altså et *unntak fra reglene om skattemessig kontinuitet*. Der aksjene har vært eid i over to år, bør da omorganiseringen alltid godtas uten en nærmere vurdering. Eiertiden vil danne den absolutt skranken, og en slipper å måtte vurdere hver transaksjon etter den ulovfestede og skjønnsmessige omgåelsesnormen.

At tilpasninger også vil forekomme etter eventuelle endringer, er opplagt. Men ved å innføre enkelte av de foreslåtte regelendringene, kan en i det minste *begrense* uønskede effekter av fritaksmetoden. Klarere grenser for hva som er lovlig eller ikke, vil samtidig gi en langt større grad av forutberegnelighet og stabilitet.

²³³ Behandlet under pkt. 9.5.

Kilder

Litteratur

Almvik, Fred-Ove og Kristiansen, Vegard. *Bedriftsbeskatning i praksis*. Bergen, 2006.

Axelsen, Geir. *Spart skatt ved eget AS? I: Aftenpostens økonomidel s. 6*, 20. februar 2006.

Banoun, Bettina. *Omgåelse av skattereglene*. Oslo, 2003.

Brønnøysundregistrene på nett: <http://brreg.no>

Bullen, Andreas og Banoun, Bettina. *En spiker i kisten for NOKUS-beskatning i EØS. I: Revisjon og Regnskap 2006 nr. 7 s. 43 flg.*

Bullen, Andreas. *EU, EØS og skatt*. Oslo, 2005.

Dagens Næringsliv 4. oktober 2006. (Forsiden: "Tømmer kassen".)

Eide, Erling og Stavang, Endre. *Rettsøkonomi 1*. Oslo, 2005.

Finansavisen 1. juni 2006 s. 32 flg. ("En kilde til uro").

Folkvord, Benn. *Skatt ved fusjon og fisjon*. Oslo 2006.

Fourcans, André og Warin, Thierry. *Can Tax Competition Lead to a Race to the Bottom in Europe? A sceptical view*. Middlebury College Economics Discussion Paper no. 06-04 (2006).

Gjems-Onstad, Ole. *Valg av selskapsform*. 4. utg. Oslo, 1999.

Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 6. utg. Oslo, 2003.

Gjems-Onstad, Ole. *Tvangslønn – konstruerte lønnsuttak i sparegrisselskaper*. I: Revisjon og Regnskap 2006 nr. 5 s. 48 flg.

Grünfeld, Leo A. *Kapitalens utvandrere: Norske investeringer og aktiviteter i utlandet*. Økonomisk forum 2005 nr. 4.

Grydeland, Aleksander. *Hvor langt rekker fritaksmetoden?* I: Finansavisen 23. desember 2006 s.50.

Hole, Geir Peter. *Skattemessig emigrasjon av aksjeselskaper*. I: Skatterett 2000 s. 18 flg.

Hovland, Øyvind. *Fritaksmetoden og koblingen til definisjonen av lavskatteland i NOKUS-reglene*. I: Skatterett 2006 s. 116 flg.

Lambooij, Machiel og Peelen, Sacha. *The Netherlands Holding Company – Past and present*. I: Bulletin for international taxation, volume 60, number 8/9 – 2006.

Lignings-ABC 2005 (Skatteetaten) på internett:

<http://www.skatteetaten.no/Templates/HandbokForside.aspx?id=32113&epslanguage=NO>

Lodin, Sven-Olof...[et al.]. *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt*. Tionde upplagen. Lund, 2005.

Michelsen, Aage...[et al.]. *Lærebog om indkomstskat*. 10. utg. København, 2003.

Ministry of Finance Publications. *Taxation in Finland*, nr. 3/2005 (publikasjon fra den finske finansdepartementet).

OECD: Discussion Draft of 27 May 2003: *Place of effective management concept: Suggestions for changes to the OECD model tax convention* (2003)
(<http://www.oecd.org>).

OECD: *The OECD's project on harmful tax practises: 2006 update on progress in member countries* (2006) (<http://www.oecd.org>).

Persson, Mats. *Den nya ekonomin: globalisering, skattekonkurrens och tillväxt*. I: *Ekonomisk Debatt* 2000 nr. 6.

Rabe, Gunnar og Bojs, Johan. *Det svenske skattesystemet*. Artonde opplagen. Stockholm, 2005.

Skaar, Arvid Aage m.fl. *Norsk skatteavtalerett*. Oslo, 2006.

Slåtta, Bjørn S. *Fisjon med påfølgende skattefritt salg av aksjer – spørsmål om skattemessig gjennomskjæring*. I: *Skatterett* 2005 s. 128 flg.

Sparebankforeningens nettside: <http://www.sparebankforeningen.no>

Sørensen, Poul G. *Selskabstømning*. København, 1997.

Tjølsen, Anne Taran. *Skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital til aksjonærene*. I: *Revisjon og Regnskap* 2006 nr. 5 s. 43 flg.

Torgrimsen, Bjørn. *Aksjonærmodellen og formuesskatt – en uventet bivirkning?* I: *Skatterett* 2006 s. 206 flg.

Verdipapirfondenes forenings nettside:

http://www.vff.no/Internett/Fakta_om_fond/Hva_er_et_verdipapirfond+/

van Raad, Kees. *Materials on International & EC Tax Law*. Third Edition. Leiden, 2003. (Inkludert OECD Model Tax Convention 2003.)

Werlauff, Erik. *Selskabsskatteret 2005/06*. København, 2005.

Wilskow, Petter Chr. (red.). *Bedriftsbeskatning i praksis*. Oslo, 1997.

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo, 2005.

Zimmer, Frederik (red.), i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt*. 4. utg. Oslo, 2006.

Rettspraksis mv.

Høyesterett

Rt. 1921 s. 462

Rt. 1924 s. 435

Rt. 1926 s. 735

Rt. 1927 s. 1064

Rt. 1927 s. 1078

Rt. 1937 s. 443

Rt. 1966 s. 1189

Rt. 1990 s. 1293

Rt. 1997 s. 1580

Rt. 1997 s. 1602

Rt. 1999 s. 946

Rt. 2002 s. 456

Rt. 2002 s. 1144

Rt. 2003 s. 293

HR-2006-01761-A

HR-2006-02054-A

Lagmannsretten

RG 2005 s. 1542 (Utv. 2005 s. 771)

EF-domstolen

Sak C-283/94

Denkavit m.fl.

Sak C-319/02	<i>Manninen</i>
Sak C-446/03	<i>Marks and Spencer</i>
Sak C-196/04	<i>Cadbury Schweppes</i>

EFTA-domstolen

Sak E-1/04	<i>Fokus Bank ASA</i>
------------	-----------------------

Utenlandsk praksis

Sverige: RÅ 1996 ref. 69

Administrativ praksis

1992-310 OLN ved Sfs

1995-505 OLN ved Sfs

2002-604 Sfs

2005-604 Sfs

Administrative uttalelser

Utv. 1996 s. 1159 FIN *Forståelsen av begrepet "hjemmehørende i lavskatteland" i Selskapsskatteloven § 7-1.*

Utv. 1996 s. 1259 FIN *To samvirkelags deltakelse i ansvarlig selskap – spørsmål om fradrag for bonus og avsetning.*

Utv. 1998 s. 848 FIN *Spørsmål om alminnelig skatteplikt til Norge/likvidasjonsbeskatning når et norskregistrert aksjeselskap flytter styrefunksjonen og den administrative ledelse til utlandet.*

Utv. 2005 s. 702 FIN *Fritaksmetoden og pensjonskasser.*

Utv. 2005 s. 1245 FIN *Beskatning av utbytte i bygdeallmenninger.*

Utv. 2005 s. 1398 FIN *Spørsmål om konvertible obligasjoner omfattes av skatteloven § 2-38 (fritaksmetoden) som objekt, brev til KPMG Law Advokatfirma DA av 6. desember 2005.*

- Utv. 2006 s. 118 FIN *Overgangsregel E – skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.*
- Utv. 2006 s. 485 FIN *Skatteloven § 2-38 og forholdet til aksjeindeksobligasjoner, brev til Nordea Bank Norge ASA av 8. september 2005.*
- Utv. 2006 s. 485 FIN *Begrepet ”hjemmehørende” i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d.*
- Brev til KPMG Law Advokatfirma DA av 28. mars 2006.
 - ”Spørsmål vedrørende fusjon/fisjon og konserninterne overføringer”, brev fra Finansdepartementet til Skattedirektoratet av 30.05.02.
 - Halvorsen, Kristin. Svar på spørsmål nr. 486 fra stortingsrepresentant Gjermund Hagesæter, brev av 23.02.06.
 - Finansdepartementets pressemelding av 27. januar 2006.
- BFU 37/02 *”Fisjonsfusjon med samtidig trekantfusjon (skatteloven kapittel 11).”*
- BFU 29/03 *”Omstrukturering ved fisjoner med etterfølgende trekantfusjoner (Skatteloven kapittel 11 og ulovfestet gjennomskjæring).”*
- BFU 111/04 *Spørsmål om gjennomskjæring (ulovfestet gjennomskjæring og gjennomskjæring etter skatteloven § 14-90).*
- BFU 05/05 *”Spørsmål om den skattemessige behandling ved utfisjonering og etterfølgende salg av aksjene (skatteloven § 2-38 og ulovfestet gjennomskjæring).”*
- BFU 25/05 *”Spørsmål om utenlands selskap er skattemessig hjemmehørende i Norge og faller inn under fritaksmetoden (skatteloven §§ 2-2 og 2-38).”*
- BFU 67/05 *”Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring ved fisjon og salg av aksjer i eiendomsselskap.”*
- BFU 71/05 *”Spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring.”*
- BFU 74/05 *”Spørsmål om fisjon og senere salg av aksjer mellom konsernselskaper – ulovfestet gjennomskjæring.”*

- BFU 34/06 *”Spørsmål om fisjonsfusjon med samtidig trekantfusjon og vederlagsaksjer i ”mormorselskap” (skatteloven § 11-2 første ledd).”*
- BFU 35/06 *”Spørsmål om tilordning av RISK ved mor-datterfusjon (tidligere praksis).”*
- BFU 47/06 *”Spørsmål om salg av innmat rammes av skatteloven § 14-90 eller den ulovfestede gjennomskjæringsregelen.”*

Lover og forarbeider

Norske lover

- 1988 Lov om forsikringsvirksomhet (forsikringsvirksomhetsloven) av 10. juni
1988 nr. 39
- 1988 Lov om finansieringsvirksomhet og finansinstitusjoner
(finansieringsvirksomhetsloven) av 10. juni 1988 nr. 40
- 1991 Lov om statsforetak (statsforetaksloven) av 30. august 1991 nr. 71
- 1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25.
september 1992 nr. 107
- 1997 Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 44 (asl.)
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr.
45 (asal.)
- 1999 Lov om interkommunale selskaper av 29. jan. 1999 nr. 6
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars 1999 nr. 14 (sktl.)
- 2003 Lov om bustadbyggjelag (bustadbyggjelagslova) av 6. juni 2003 nr. 38
- 2005 Lov om europeiske selskaper ved gjennomføring av EØS-avtalen (SE-
loven) av 1. april 2005 nr. 14
- 2005 Lov om stiftelser av 15. juni 2005 nr. 59

Utenlandske lover

Danmark:

- Lov om anpartsselskaber (lovbekendtgørelse nr. 573 af 24. juni 1994)
- Selskabsskatteloven (SEL): Bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber mv. (lovbekendtgørelse nr. 299 af 27. april 2000)
- Lov om den skattemæssige behandling af gevinst og tab ved afståelse af aktier mv. (aktieavancebeskatningsloven), (lovbekendtgørelse nr. 1017 af 10. oktober 2006)

Sverige:

- Inkomstskattelag (1999: 1229)

Forskrifter

FOR 1993-02-19 nr. 117 (Forskrift om forsikringsvirksomhetslovens anvendelse på pensjonskasser og pensjonsfond.)

FOR 1999-11-19 nr. 1158 (Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 – Fsfm.)

Lovforarbeider

NOU 2002:6	<i>Lov om samvirkeforetak</i>
NOU 2003:9	<i>Skatteutvalget – forslag til endringer i skattesystemet</i>
NOU 2005:2	<i>Uttaksutvalget Skattlegging av personlig næringsdrivende ved utdeling</i>
NOU 2005:13	<i>Om forvalterregistrering i norske selskaper</i>
NOU 2006:4	<i>Rederiskatteutvalget</i>
Ot. prp. nr. 35 (1990-1991)	<i>Skattereformen 1992</i>
Ot. prp. nr. 71 (1995-1996)	<i>Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper</i>

Ot. prp. nr. 86 (1997-1998)	<i>Ny skattelov</i>
Ot. prp. nr. 1 (2004-2005)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer</i>
Ot. prp. nr. 92 (2004-2005)	<i>Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.</i>
Ot. prp. nr. 1 (2006-2007)	<i>Skatte- og avgiftsopplegget 2007 - lovendringer</i>
Ot. prp. nr. 20 (2006-2007)	<i>Om lov om endringer i skatteloven mv.</i>
St.prp. nr. 1 (2006-2007)	<i>Forslag til Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2007</i>
St.meld. nr. 29 (2003-2004)	<i>Om skattereform</i>
St.meld. nr. 1 (2006-2007)	<i>Nasjonalbudsjettet</i>
Innst. S. nr. 232 (2003-2004)	<i>Innstilling fra finanskomiteen om skattereform</i>
Innst. O. nr. 10 (2004-2005)	<i>Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer</i>

EU-direktiver

77/91/EØF	<i>Rådets direktiv 77/91/EØF af 13. december 1976 om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde.</i>
77/799/EØF	<i>Rådets direktiv 77/799/EØF af 19. december 1977 om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området direkte skatter.</i>
90/435/EØF	<i>Rådets direktiv 90/435/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning for moder- og datterselskaber fra forskellige medlemsstater.</i>

EU-resolusjoner

98/C 2/01 Code of Conduct on business taxation (*Conclusions of ECOFIN Council 1 December 1997 "Concering Taxation Policy"*).

Forordninger

Rådsforordning (EF) nr. 2157/2001 (SE-loven)

Annet

Samtaler med skatterettsgruppen i advokatfirmaet Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen (BA-HR).