

Analyse av gjennomskjæringsnormen og dens anvendelse på fisjon med etterfølgende aksjesalg

med utgangspunkt i ConocoPhillips-saken

Kandidatnummer: 607

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17977



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven.....	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode og rettskilder.....	3
1.4	Fremstillingen videre.....	3
2	SKATTETILPASNING VED FISJON MED ETTERFØLGENDE AKSJESALG	4
2.1	Innledning.....	4
2.2	Det rettslige utgangspunktet om beskatning av kapitalgevinst	5
2.3	Skattefri omdannelse ved fisjon og fusjon	5
2.4	Fritaksmetoden ved realisasjon av gevinst på aksjer.....	7
2.5	Virkninger av å kombinere reglene om kontinuitet ved fisjon og fritaksmetoden.....	8
2.6	Forholdet til gjennomskjæringsnormen	12
3	GJENNOMSKJÆRINGSNORMEN	13
3.1	Innledning.....	13
3.2	Rettslig grunnlag og vurderingstema	15
3.3	Hvorfor gripe inn overfor skatterettslig omgåelse?.....	17
3.4	Vurderingsgjenstanden ved gjennomskjæring	18
3.5	Grunnvilkåret.....	19
3.6	Totalvurderingen	20
4	ANALYSE AV RT. 2014 S. 277 CONOCOPHILLIPS II	23
4.1	Innledning.....	23
4.2	Presentasjon av ConocoPhillips-saken.....	24
4.2.1	Sakens gjenstand	24
4.2.2	Kort om faktum.....	25
4.3	Analyse og vurderinger	26
4.3.1	Hva ble prøvd mot gjennomskjæringsnormen i <i>ConocoPhillips II</i>	26
4.3.2	Rettens behandling av grunnvilkåret.....	27
4.3.3	Rettens totalvurdering	38

4.4	Drøftelser i lys av sakens gjenstand	48
4.4.1	Rettens avveininger - Ble egenverdivurderingen rasjonalisert bort i totalvurderingen?	48
4.4.2	Var fisjonen nødvendig for skattefordelen i ConocoPhillips II?	52
4.4.3	Gjennomskjæring og tilordning	56
5	FORELIGGER DET EN FORSKJELL MELLOM DER DET OVERTAKENDE ELLER OVERDRAGENDE SELSKAP SELGES	58
6	KILDEHENVISNINGER.....	61
6.1	Litteraturliste	61
6.2	Lovregister.....	64
6.3	Lovforarbeider.....	64
6.4	Domsregister	65
6.5	Administrative uttalelser, bindende forhåndsuttalelser og rundskriv.....	66
6.6	Personlige meddelelser.....	67

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Siden innføringen av fritaksmetoden i 2004 har det vært mulig gjennomføre salg av aksjer skattefritt. Det har blant annet åpnet for en type skattetilpasninger hvor en kombinerer fritaksmetoden med en forutgående skattefri fisjon. I korthet innebærer det at innmat i selskaper med tilhørende latente gevinster kan selges skattefritt som aksjer, via et ”singel purpose” selskap¹. Metoden har gjort det mulig for skattytere å overføre potensielt store verdier uten å utløse gevinstbeskatning. Bruken av en forutgående fisjon før skattefritt aksjesalg har vært gjenstand for vurdering opp mot den skattemessige gjennomskjæringsnormen både i domstolene, hos skattemyndighetene og i teorien siden fritaksmetoden trådte i kraft.

Denne formen for skattetilpasninger tilknyttet fritaksmetoden er et typisk trekk ved omgåelse relatert til realisasjonsbaserte skattesystemer ved periodisering av tap og gevinst. Ved anvendelse av gjennomskjæring på omgåelse generelt, kommer forholdet mellom privat autonomi og det offentlige interesser på spissen. I dette tilfelle mellom skattyter og skattemyndighetene. Når omgåelsessaker kommer opp for domstolene aktualiserer det også spørsmål om forholdet mellom utøvende og dømmende makt når grensene for den private autonomi skal trekkes på skatterettens området.

Våren 2014 tok Høyesterett for første gang stilling til skatterettslig gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg.²

Denne avhandlingens hovedmål er å analysere Høyesteretts tilnærming til spørsmålet om gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg.

Dommen har allerede medført endringer i praksis hos ligningsmyndighetene og synes å ha flyttet tidligere oppfatninger av grensene for skatterettslig gjennomskjæring. En nærmere analyse av dommen synes derfor å være av interesse.

¹ ”Single purpose selskaper” har til eneste oppgave å eie og/ eller leie en bestemt eiendel, typisk fast eiendom.

² Dommen er inntatt i Rt. 2014 s. 277 med navn *ConocoPhillips II*. Også kalt *Tangen 7*

1.2 Avgrensninger

Oppgaven retter seg mot gjennomskjæring på skatterettens området. Det vil derfor avgrenses mot selskapsrettslige og regnskapsmessige spørsmål som kan oppstå ved fisjon og aksjesalg, der dette ikke er av betydning for den skattemessige behandlingen.

Oppgaven er begrenset til om det foreligger omgåelse av skatteregler. Det må derfor avgrenses mot en rekke tilstøtende skatterettslige problemstillinger.

I første rekke spørsmålet om det foreligger skatteunndragelse.³ Skatteunndragelse innebærer det at skattyter gir ufullstendige opplysninger eller gale opplysninger til likningsmyndighetene, altså et spørsmål om å sanksjonere brudd på en opplysningsplikt. Spørsmål av denne karakter må ta utgangspunkt i ligningsloven §4-1

For det andre må det avgrenses mot spørsmål som har karakter av pro forma, som er et bevis-spørsmål om den form som presenteres utad er den samme som er ment mellom partene.

For det tredje må det avgrenses mot de de tilfeller der spørsmålet løses på annet hjemmelsgrunnlag gjennom innskrenkende eller utvidende tolkning. Gjennomskjæringsbetraktninger kan imidlertid i slike tilfeller komme inn og tale for et bestemt tolkningsresultat, da som relevante argumenter under rettskildebetegnelsen *reelle hensyn*.⁴ De skatteregler som benyttes i skattetilpasningen og som forsøkes omgått må imidlertid motsetningsvis danne grunnlaget for gjennomskjæringsvurderingen. Tolkning av skatteregler står dermed også helt sentralt ved anvendelse av den ulovfestete gjennomskjæringsnormen som rettslig grunnlag.

Det avgrenses i det følgende også mot en behandling av den spesielle gjennomskjæringsregel i sktl. §14-90. Sktl. 14-90 knytter seg til skatteposisjoner ”uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost”.

³ Zimmer(2014) s. 62

⁴ Gjems-Onstad(2012) s. 1072

1.3 Metode og rettskilder

I analysen av Høyesteretts tilnærming til spørsmålet om gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg benyttes alminnelig juridisk metode. Oppgaven benytter hovedsakelig Eckhoffs presentasjon av rettskildelæren.⁵

Den ulovfestet gjennomskjæringsnormen er utviklet gjennom rettspraksis, se punkt 3.2, og rettspraksis har derfor en sentral plass i denne oppgaven.

Skatteloven er også i saker om ulovfestet gjennomskjæring den primære rettskilden, og reglene om skattefri fisjon og fritaksmodellen står derfor sentralt. Reglene danner et rammeverk for analysen av Høyesteretts tilnærming og generelt for anvendelsen av gjennomskjæringsnormen på fisjon med etterfølgende aksjesalg.

Forarbeidene til reglene om skattefri fisjon og fritaksmetoden har det også vært sentralt å trekke inn. Særlig Ot.prp.nr.1 (2004-2005) *Skatte- og avgiftsopplegget 2005* og Ot.prp.nr.71 (1995-1996) *Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper* er sentrale forarbeider.

Det blir i noe grad vist til Ligningspraksis, bindende forhåndsuttalelser og administrative uttalelser fra skattemyndighetene. Dette er hovedsakelig gjort for å belyse hvordan skattemyndighetene har vurdert spørsmålet om gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg. Hvilken rettskildemessig vekt det er legitimt å tillegge slike kilder, eller hvorvidt de bør ha rettskildemessig betydning overhodet, er omstridt.

I tillegg til de overnevnte rettskilder anvendes også juridisk teori.

1.4 Fremstillingen videre

I del 2 gis det en oversikt over de skattemessige virkningene av å foreta fisjon med etterfølgende aksjesalg, og reglene om skattefritak ved aksjesalg og skattefri fisjon. Det gis også en kort oversikt over øvrige ikke-skattemessige virkninger av transaksjonene. Å presentere virkningene av å foreta fisjon med etterfølgende aksjesalg synes nødvendig for å forstå problems-

⁵ Echhoff(2001)

tillingen Høyesterett tok stilling til i Rt. 2014 s.227 *ConocoPhillips II* og hva som var gjenstand for gjennomskjæringsvurderingen.

Det synes også nødvendig med en forutgående generell innføring i gjennomskjæringsnormens anvendelse og innhold. I del 3 gjengis hovedpunktene i den ulovfestete gjennomskjæringsnormen slik de er utviklet av Høyesterett gjennom langvarig praksis, uten at den pretenderer å være uttømmende.

Oppgavens hoveddel er del 4. Her foretas en kritisk analyse av Høyesteretts argumentasjon i Rt. 2014 s. 227 *ConocoPhillips II*. Det pekes her både på sider ved Høyesteretts rettslige argumentasjon og rettskildebruk. Avslutningsvis reises det enkelte spørsmål dommen aktualiserer.

I del 5 tas det stilling til om det bør utgjøre en forskjell for gjennomskjæringsvurderingen om det er det overdragende eller det overtakende selskap etter en fisjon som selges. Skattedirektoratet har lagt til grunn at begge tilfeller skal behandles likt⁶, og det er derfor grunn til også vurdere dette spørsmål på bakgrunn av analysen i del 4.

2 Skattetilpasning ved fisjon med etterfølgende aksjesalg

2.1 Innledning

I det følgende presenteres de grunnleggende trekk i beskatningen av kapitalgevinster, herunder fritakene fra beskatning for omdannelse ved fisjon og fusjon og fritaksmetoden ved salg av aksjer. Videre presenteres de skattemessige og de ikke-skattemessige virkningene av å benytte fisjon med etterfølgende aksjesalg som transaksjonsmetode når en eiendel skal overføres til tredjemann.

⁶ SKD uttalelse av 31.03.2014

2.2 Det rettslige utgangspunktet om beskatning av kapitalgevinst

Det klare utgangspunktet i norsk skatterett er at realisasjon av formuesobjekt både i og utenfor virksomhet utløser skatteplikt for kapitalgevinster, jf. sktl.⁷ §5-1 andre ledd og sktl. §5-30. Kapitalgevinst foreligger når utgangsverdien overstiger eiendelens inngangsverdi.⁸ Av sktl. § 9-4 som lovfester symmetriprinsippet for kapitaltap, følger det at tap på kapital er tilsvarende fradragsberettiget som hovedregel.⁹ En omorganisering innebærer prinsipielt en realisasjon som utløser skatteplikt på latente gevinster eller gir mulighet for fradrag ved tap.¹⁰ Ved salg av aksjer foretas det prinsipielt en realisasjon av en eierandel som utløser gevinstbeskatning. Lovgiver har imidlertid utfra ulike hensyn oppstilt avgrensede unntak for disse tilfellene.

2.3 Skattefri omdannelse ved fisjon og fusjon

Næringslivets ønske om profittmaksimering innebærer et behov for å velge best mulig organisasjonsform. Konkurransen, endrete rammevilkår og virksomhetens utvikling innebærer at kravene til hva som er en optimal organisasjonsform endres over tid. Et av skatterettens hovedmål ved innhenting av proveny, er å gjøre dette på den mest nøytrale og effektive måten. I det ligger det et mål om å påvirke skattyternes adferd minst mulig.¹¹

Gjennom omorganisering med skattemessig kontinuitet ved fisjon og fusjon etter reglene i sktl. kapittel 11, er det lovgivers intensjon at selskaper skal velge sin organisasjonsform med utgangspunkt i hva som er mest hensiktsmessig utfra bedriftsøkonomiske vurderinger.¹² Reglene er langt på vei en lovfesting av de tidligere ulovfestede reglene med utgangspunkt i Rt. 1978 s.1184 *Grecon*. Det følger allerede av den dommen at fisjon godtas selv om formålet ikke åpenbart er omorganisering eller uenighet om driftsmessige forhold. Også salgsmotiver har vært godtatt. De gjeldene fisjon og fusjons reglene stiller ikke heller opp noe formålskrav til omorganiseringen.¹³

⁷ Lov 26 mars 1999 nr.14(sktl.)

⁸ Zimmer og Bahr (2006) s. 591

⁹ Zimmer (2009) s. 232

¹⁰ Enkelte former for omorganisering faller ikke under dette utgangspunktet, se Gjems-Onstad (2012) s. 780

¹¹ Zimmer og Bahr(2006) s. 591

¹² jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 55

¹³ Ot.prp. nr. 71 (1995-96) s.28 og Liland(2012) s. 342

Sktl. kap. 11 oppstiller i § 11-2 vilkår for at en skattefri fusjon kan foretas for aksjeselskaper eller liknende selskaper. Vilkårene for skattefri fisjon følger av sktl. §11-4. Det er her et vilkår at fisjonen er omfattet av reglene i asl./asal.¹⁴ Et øvrig sentralt vilkår, som også blir en konsekvens, er at fisjonen blir gjennomført med skatterettslig kontinuitet, jf. sktl. §11-7.¹⁵

Verken sktl. kap. 11 eller selskapsrettslige regler setter grenser for hva som kan fisjoneres ut. Eventuelle begrensinger ligger i at de formelle reglene i as/asal og sktl. for gjennomføringen blir fulgt. For selskaper med tanker om videre aksjesalg, vil det imidlertid blant annet være av betydning for nettofordelen av transaksjonsrekken hvilke avskrivningsregler som gjelder for de utfisjonerte driftsmidlene, se nedenfor i 2.5. Fisjoningering vil videre kunne skje både ut i nystiftete selskaper eller til eksisterende selskaper, jf. sktl. 11-4 første ledd og asl./asal. §14-6 andre ledd.¹⁶

Noe krav om lik fordeling av aksjer i det overtakende selskapet mellom aksjonærene i det overdragende selskapet foreligger ikke, og det vil her kunne foretas en skjevdeling mellom aksjonærene.¹⁷

Hvor en fisjon foretas med tanke på videresalg av aksjer setter ikke fisjonsreglene noen grenser for hvilket selskap som etter fisjonen kan selges. Rent teknisk utgjør det ingen forskjell om det er det overdragende eller overtakende selskap som selges.¹⁸

Adgangen til å foreta fisjonfusjoner gir skattyter ytterligere transaksjonsmuligheter.¹⁹ Det går ikke nærmere inn på disse kombinasjonene i det følgende.

¹⁴ Kapittel 14

¹⁵ Zimmer og Bahr (2014) s. 627-653

¹⁶ Zimmer og Bahr (2014) s. 636 – 638

¹⁷ Skjevdeling vil innebære en forrykning i fordelingen mellom aksjonærene og dermed innebære at det kreves enstemmighet på generalforsamlingen, jf. asl. §14-6 tredje ledd.

¹⁸ Se. punkt 5 om skattemessige konsekvenser av forskjellen

¹⁹ Gjems-Onstad (2012) s. 1107

2.4 Fritaksmetoden ved realisasjon av gevinst på aksjer.

Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper er gjennom fritaksmetoden i sktl. §2-38 som hovedregel fritatt fra skatteplikt for aksjeutbytte og aksjegevinst.²⁰ Med utgangspunkt i regelen om fordel vunnet ved kapital, sktl. § 5-1(1) og realisasjon av formuesobjekt, i sktl. §§ 5-1(2) og 5-30 innebærer regelen som sagt et unntak fra hovedregelen om gevinstbeskatning. Etter endringslov 9 des. 2011 nr.52 ble også 3 prosent regelen fjernet for gevinster ved realisasjon av aksjer.²¹ Etter endringen gjelder denne nå bare for utbytte.²²

Fritaksmetoden har til formål å forhindre at samme inntekt skal beskattes flere ganger i en selskapskjede, såkalt kjedebeskatning.²³

Reglen ble innført for inntektsåret 2004 og overtok for den tidligere RISK-modellen som hadde samme formål som fritaksmodellen. Reglene bygde på at aksjenes andel av selskapsinntektene som var direkte beskattet av selskapet og ikke utdelt til aksjonærene, kunne legges til aksjenes inngangsverdi ved gevinstberegningen.²⁴

Fritaksmetoden, jf. sktl. §2-38 gjelder for selskaper (skattesubjekter) hjemhørende i Norge, sktl. §2-38 første ledd litra a, jf. sktl. §2-2 litra a. Også lignende selskaper som er hjemhørende i utlandet er som hovedregel også subjekt for fritaksmetoden, se sktl. §2-38 første ledd litra i. Reglene om anvendelsen av fritaksmetoden for selskaper hjemhørende i utlandet har imidlertid sine nyanseringer i tredje ledd. Fritaksmodellens forhold til skattesubjekter utover de som er hjemhørende i Norge forfølges ikke videre i denne fremstillingen.

Det er uten betydning om skatteobjektet er tap eller gevinst på aksjer i utenlandske eller norske selskaper, jf. §2-38, 2 ledd a og b.

²⁰ Fritaksmetoden gjelder også flere andre selskapsformer, se sktl. §2-38 første og femte ledd.

²¹ Regelen hadde gjeldt fra 7 okt. 2008 og ga en ekstra effektiv skattebelastning på 0.84%

²² Prop.1LS (2011-2012) punkt 14.3.1 og Innst.L(2011-2012) punkt 9.1.

²³ Meld.St.11(2010-2011) punkt 9.1, Meld.St nr.29(2003-2004) side 105 flg., Innst.S.nr.232(2003-2004) s. 55, Ot.prp.nr.1(2004-2005) s. 52flg. og Innst.O.nr.10(2004-2005) s. 37

²⁴ Zimmer mfl. Bedrift, Selskap og Skatt 2014 s. 281.

Symmetriprinsippet er gjennomgående gjennomført ved fritaksmetoden.²⁵ Fradrag for tap er dermed utelukket i samme utstrekning som en gevinst er skattefri. Reglen er imidlertid ikke til hinder for at en skattyter benytter seg av internasjonale konsernstrukturer for at tap blir realisert i et land som har gevinstbeskatning og dermed gir fradrag, mens gevinster blir overført til land med fritaksmetode.²⁶ Tilpasningsmulighetene begrenser seg imidlertid ikke til internasjonal skattetilpasning. Den enkleste tilpasningen vil være å etablere en holdingselskapsstruktur.²⁷ Med utgangspunkt i norske regler vil det også være mulig å fremtvinge realisasjon på eiendel ved latente tap, mens en benytter fritaksmetoden og salg av aksjer ved latente gevinster. En oppnår dermed en såkalt *faktisk assymetri*.²⁸ Det er i hovedsak gjennomskjæringsnormen som her utgjør en terskel for hva skattemyndighetene vil godta.

2.5 Virkninger av å kombinere reglene om kontinuitet ved fisjon og fritaksmetoden.

Det har de senere år versert flere saker for skattemyndighetene og lavere domstoler hvor kombinasjonen med bruk av fisjon og fritaksmodellen har blitt vurdert opp mot gjennomskjæringsnormen. I Rt 2014 s. 227 *ConocoPhillips II* ble den aktuelle skattebesparelsen ved bruk av fisjon og etterfølgende aksjesalg fastslått til ca. 17,5 mill. I tilfeller der det foreligger urealiserte gevinster i størrelsesordenen som i den saken (63 millioner), vil en kunne oppnå betydelige skattebesparelse ved å unngå realisasjon av eiendelen som sådan og dermed gevinstbeskatning.

Fritaksmodellen gir som nevnt nullsats når salgsobjektet er aksjer. Fisjonens formål i salgsprosessen er å skape et ”rent selskap”²⁹, altså innrette det produkt kjøper er interessert i å kjøpe i aksjeselskapsform. Skattelovens kap. 11 åpner for at omorganisering, herunder fisjon kan gjennomføres skattefritt.

²⁵ jf. sktl. §2-38 første og andre ledd

²⁶ Zimmer og Bahr (2006) s. 345

²⁷ ”nullsats inntil pengene senere eventuelt tas ut av investeringsselskapet”, Gjems-Onstad(2012) s 641

²⁸ Et eksempel her er at en selger innmaten i selskapet ved latent tap, mens en selger aksjene ved latent gevinst.

²⁹ Begrepet benyttes av førstvoterende i *ConocoPhillips II* avsnitt 60

Den skattemessige fordelene ligger da noe upresist i at selve utskillelsen og salget ikke blir underlagt gevinstbeskatning. Det må imidlertid ikke forveksles med et fullstendig skattefritak. Kontinuitetsprinsippet innebærer imidlertid at den latente skatteplikten på eiendelen i det utfisjonerte selskapet overføres til kjøper. Denne vil senere kunne realiseres, det er altså snakk om ”fritak fra umiddelbar” beskatning.³⁰

For kjøper innebærer det at han overtar et selskap hvor inngangsverdiene på eiendelene videreføres. Kjøper vil da, på grunn av at kontinuitet overta eventuelle latente skatteforpliktelser, hvilket kan være en negativ effekt av transaksjonsformen for kjøper. Dersom selger hadde foretatt direktesalg med realisasjon ville kjøpers inngangsverdi tilsvare det vederlaget som kjøper betaler for eiendelen (oppjustering).

En beregning av skattefordelen for selger må derfor ta hensyn til at kjøper ønsker denne ulempen dekket gjennom redusert kjøpesum. Dette vil kunne gjøres gjennom et ulempefradrag ved prisfastsettelsen.³¹ Videre er det ingenting som hindrer kjøper i å benytte samme metode ved et senere videresalg slik at gevinsten sjeldent kommer til beskatning og aktualiseres.

Om det foreligger en nettofordel vil i utgangspunktet være betinget av hvilken avskrivningssats som gjelder for eiendelen som ønskes overført. For de fleste større driftsmidler er avskrivningssatsen under 20 %, mens 20 % er minimum av hva selger må inntektsføre fra gevinst og tapskonto, jf sktl § 14-45(4). Først ved en avskrivningssats på 20 % eller høyere vil skattefordelen ved salg av aksjer oppveie selgers inntektsføring fra gevinst og tapskonto,. Fast eiendom er ikke, i særlig grad gjenstand for slit og elde og avskrivningssatsen er følgelig lav. Foreligger det en betydelig latent gevinst på en eiendom, vil det derfor oppstå en klar nettofordel ved å foreta et aksjesalg sammenlignet med et direkte salg av eiendommen.³² Dette vil for eksempel være tilfelle for forretningsbygg, hvor avskrivningssatsen er 2 % jf. sktl. §14-43(1)

³⁰ Zimmer (2006) s. 599

³¹ Ulempefradrag er en reduksjon i kjøpesummen som blir gitt av selger til kjøper for å kompensere for den reduserte avskrivningssatsen

³² Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.76

litra i. Avtalen mellom selger og kjøper avgjør hvem av partene som oppnår mest av denne nettofordelen.

En transaksjonsrekke med fisjon og etterfølgende aksjesalg kan imidlertid også ha andre formål og virkninger. Det er grunn til å både se på virkninger for selger(skattyter) og kjøper, og hvordan disse virkningene skiller seg fra virkninger ved alminnelig innmatssalg. De virkninger som presenteres kan ikke anses som en uttømmende oversikt over ikke-skattemessige konsekvenser av å gjennomføre fisjon med etterfølgende aksjesalg, men er ment som eksempler.

Selger og salgsobjekt

Ved fisjon med etterfølgende aksjesalg er det aksjonærene i målselskapet³³ som er selgere. Ved innmatssalg vil selskapet være selger av eiendelen. Hele selskapet overdras ved aksjesalg med alle tilhørende eiendeler, rettigheter og forpliktelser (historiske og fremtidige). Eventuelle tilpasninger av salgsobjektet må da skje ved fisjonen. Fisjoneringen innebærer heller ikke i seg selv et brudd med eier- og rettighet/forpliktelseskontinuiteten. Til forskjell fra innmatssalg innebærer dette en større risiko for kjøper da alle rettigheter og forpliktelser følger med. Ved innmatssalg vil det være de angitte eiendeler i kjøpekontrakten som overdras. Kjøper overtar da ikke øvrige forpliktelser i selskapet. Risikoen for kjøper er derfor normalt lavere.³⁴

Omsetningsbegrensninger

Ved aksjesalg vil omsetningsbegrensninger eller andre rettigheter på aksjonærenes hånd kunne bli aktualisert. I de tilfeller aksjonærene er i posisjon til å foreta en forutgående fisjon vil imidlertid aksjeloven, vedtekter eller aksjonæravtaler sjeldent utgjøre en begrensning for gjennomføring av salget av det overdragende eller overtakende selskap etter fisjonen. I de tilfeller selger (aksjonæren) er et holdingselskap med eie av datterselskapet som eneste virksomhet, vil det medføre at det kreves 2/3 flertall fra aksjonærene i holdingselskapet. Ved innmatssalg vil det være avgjørende om salget av eiendelen innebærer at det vedtektsfestete virksomheten

³³ Det selskap som er gjenstad for transaksjon fra selger til kjøper, kan være både det overdragende eller det overtakende selskap etter fisjonen.

³⁴ Riisnes (2014)

opphører for om det gjelder et krav om 2/3 flertall i målselskapet. Valg av transaksjonsform kan i slike tilfeller være motivert av å unngå slike former for begrensninger.³⁵

Målselskapets avtaler og garantier

Ved fisjon med etterfølgende aksjesalg vil de avtaler med tredjeparter som ligger i målselskapet som hovedregel følge selskapet. Ved innmatsalg vil målselskapets avtaler ikke kunne overføres til kjøper uten kontraktspartens forhåndssamtykke, som følge av det skjer et kontraktpartsskifte. Er det sentralt for kjøper om tilhørende avtaler skal følge med eller ikke, vil valget av transaksjonsform kunne være motivert av hvilken transaksjonsform som muliggjør dette.³⁶

Kjøpers behov for garantier fra selger vil være større ved aksjesalg. Selskapets forpliktelser kan her utgjøre en større risiko, som ikke vil være aktuell ved eiendelssalg.³⁷

Regnskap

Ved fisjon med etterfølgende aksjesalg vil de aksjene som er gjenstand for overdragelsen balanseføres til anskaffelseskost som en eiendel i kjøpers regnskap. Foretas det innmatsalg av for eksempel anleggsmidler vil ikke hele vederlaget kunne fradragføres i anskaffelsesåret.³⁸

Merverdiavgift

Aksjesalg er en finansiell transaksjon som ikke utløser merverdiavgift for selger, og kjøper får ikke fradrag for inngående avgift ved overdragelsen. Salg av innmat vil på den andre siden være ordinær omsetning av deler av virksomheten og selger må da som utgangspunkt beregne merverdiavgift ved overdragelsen så sant det gis avgiftsfritak i medhold av Merverdiavgiftsloven § 6-14.³⁹

Dokumentavgift

³⁵ Riisnes (2014)

³⁶ Riisnes (2014) Hvor det er snakk om overdragelse av fast eiendom som eiendel eller i aksjeform, vil det kunne være sentralt for kjøper om tilhørende leieavtale/er følger med transaksjonen.

³⁷ Riisnes (2014)

³⁸ Riisnes (2014)

³⁹ Riisnes(2014)

Ved aksjesalg vil det ikke utløses dokumentavgift da det ikke skjer noe endring av hjemmels-
haver(selskapet selv). Den forutgående fisjonen vil heller ikke medføre at det inntreer doku-
mentavgift.⁴⁰ Ved innmatsalg av fast eiendom vil det som følge av det skjer en overdragelse
av skjøte inntre dokumentavgift på 2,5% for kjøper. Hvor store besparelser i avgiftsfritak det
her vil være snakk om vil avhenge av konkrete omstendigheter.⁴¹

Regulatoriske forhold

Ved fisjon og etterfølgende salg av aksjeselskap med fast eiendom som eiendel vil det ikke
utløses noe konsesjonsplikt. Ved salg av fast eiendom vil kjøpet kunne være konsesjonsplik-
tig. I begge tilfeller vil det kunne inntre meldeplikt til Konkurransetilsynet dersom selskapet
eller den overførte virksomheten ved eiendelssalg er av en viss størrelse.⁴²

2.6 Forholdet til gjennomskjæringsnormen

Når det ovenfor konstateres at det i mange tilfeller ligger en skattefordel i å foreta fisjon med
etterfølgende aksjesalg ved overføring av enkelte eiendeler, reiser det seg også et spørsmål
om skattetilpasninger av denne typen utsetter seg for en gjennomskjæringsrisiko⁴³. Den skat-
terettslige gjennomskjæringsnormen er generelt utformet og prinsipielt har den rettslig rele-
vans alle steder hvor private disposisjoner utløser mer gunstig skattemessig virkning enn al-
ternativet (ene).

Finansdepartementet uttalte i forarbeidene til reglene om skattefritak ved fisjon at reglene må
suppleres med den ulovfestede skattemessige gjennomskjæringsnormen for å hindre mis-
bruk.⁴⁴ Ved innføringen av fritaksmetoden ble det allerede ved lanseringen i skattemeldingen
sett på mulighetene for tilpasning, og forholdet til gjennomskjæringsnormen.⁴⁵ Spørsmålene
ble fulgt også videre i lovforberedelsene. Det ble her i tillegg diskutert ulike tiltak mot omgå-

⁴⁰ I rundskriv G-6/2005 har Justisdepartementet uttalt at fisjoner som bygger på kontinuitetsbetraktninger ikke
utløser plikt til å betale dokumentavgift og tinglysningsgebyr, jf. Toll- og avgiftsdirektoratets rundskriv nr.
12/2012 S.

⁴¹ Riisnes(2014)

⁴² Riisnes(2014)

⁴³ Gjennomskjæringsnormen presenteres nedenfor i punkt. 3

⁴⁴ Ot.prp.71 (1995-1996) punkt 1.2flg.

⁴⁵ St.meld.29 (2003-2004) punkt 10.4.3.

else.⁴⁶ Forarbeidende synes på dette punkt å forutsette at gjennomskjæringsnormen vil kunne komme til anvendelse.

Også rettspraksis har fastslått at gjennomskjæringsnormen vil kunne komme til anvendelse på fisjon med etterfølgende aksjesalg, senest i Rt. 2014 s. 227 *ConocoPhillips II*.

Det praktiske spørsmålet er hvordan fisjon med etterfølgende aksjesalg i står seg overfor omgåelsesbetraktninger og normens vurderingskriterier.

3 Gjennomskjæringsnormen

3.1 Innledning

Utgangspunktet er klart. Det å tilpasse privatrettslige disposisjoner for å oppnå lavest mulig skattebelastning er legitimt.⁴⁷ Spørsmålet er om det likevel skal gå en grense for hva som skal aksepteres og eventuelt hvor denne skal gå. At andre hensyn gjør seg gjeldene innenfor skatteretten enn privatretten medfører at grensen for hva som aksepteres skattemessig kan måtte trekkes annerledes enn etter privatrettslige regler.⁴⁸

Gjennomskjæringsnormen kan sies å være en hjemmel for å se forbi den rettslige formen og foreta beskatning etter realiteten.⁴⁹ Utfra sine virkninger kan det være grunnlag for å betegne gjennomskjæringsnormen som en omklassifiseringsregel⁵⁰. En slik definisjon peker mot nor-

⁴⁶ Innst.S.232 (2003-2004) s. 55-56.

⁴⁷ Se Rt. 2008 s. 1510 *Reitan*

⁴⁸ Særlig proveny hensyn vil her kunne medføre en annen skattemessig forståelse. Skattlegging er en relasjon mellom stat og individ, legalitetsprinsippet kommer derfor også inn.

⁴⁹ Bedriftbeskatning i praksis (2012) s. 1187

⁵⁰ Jeg forbeholder begrepet til der det er aktuelt å fravike den klassifiseringen den privatrettslige regelen leder til i medhold av gjennomskjæringsnormen, jf. Zimmer(2012) s.192. Se Rt. 2010 s. 527 avsnitt for en videre bruk av begrepet.

mens virkningsside, at skatteleggingen skal skje etter en annen rettslig karakteristik en den som følger av en ren privatrettslig forståelse.⁵¹

Problemet normen retter seg mot er skatterettslige omgåelser. Et typisk eksempel er at privatrettslige disposisjoner benyttes til å oppnå skattemessige fordeler som ikke står i overensstemmelse med de formål skattereglene bygger på. Et annet sentralt element er at den valgte privatrettslige formen har marginal realitet utover det å spare skatt, i motsatt tilfelle vil det være liten grunn til å foreta gjennomskjæring.⁵² I kjernen ligger den tilpasningen som kan betegnes som illojal til de formål og hensyn skattereglene bygger på og som kun foretas for å oppnå en størst mulige skattefordel. I hovedsak kan en her snakke om to hovedkategorier av problemer, sirkulære- og lineære tilpasninger til skattereglene. Sirkulære transaksjoner innebærer at transaksjon A-B blir foretatt og deretter, eventuelt samtidig, at transaksjon B-A blir foretatt. Lineære transaksjoner innebærer en reell overføring fra A-C, men det gjøres gjennom en toleddet/flerleddet transaksjon A-B og B-C.⁵³

Gjennomskjæring ses på av de fleste som anvendelse av et gitt fastlagt faktum og klassifiserte privatrettslige forhold opp mot en norm (gjennomskjæringsnormen), altså rettsanvendelse. Tilnærmingen til grunnvilkåret i gjennomskjæringsnormen⁵⁴ har i senere rettspraksis imidlertid vært at vilkåret innebærer en subjektiv bevisvurdering av skattyters motiv, jf. Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi* avsnitt 42. Anvendelsen av grunnvilkårets krav til motiv er imidlertid like fullt rettsanvendelse.⁵⁵

Gjennomskjæringsnormen er en selvstendig rettsregel.⁵⁶ Typisk for rettsregler er at de inneholder enkelte vilkår og dersom vilkårene er oppfylt inntreer visse virkninger. De rettslige virkningene av gjennomskjæring må til dels anses å være uavklarte. En virkning er imidlertid ofte at den skattefordel skattyter ønsket å oppnå med sine disposisjoner helt eller delvis bort-

⁵¹ Zimmer (2014) s. 79

⁵² Se punkt. 3.3 for ulike begrunnelser for å foreta gjennomskjæring

⁵³ Banoun (2003) s. 16.

⁵⁴ Se nedenfor i punkt. 3.5

⁵⁵ Zimmer (2014) s. 66. Harboe synes å ha en noe annen oppfatning av det subjektive vilkåret, se Harboe(2012) s. 242 og 294.

⁵⁶ Bedriftsbeskatning i praksis(2012) s. 1187

faller. En betingelse for at denne rettsvirkningen skal inntre er at vilkårene i en gitt skattepliktregel også er oppfylt. Gjennomskjæringsnormen er altså ingen pliktregel som pålegger en plikt til å betale skatt, men er en omklassifiseringsregel.⁵⁷

Gjennomskjæringsnormen er ikke alene om å ha et slikt formål, også formålsrettet tolkning av privatrettslige karakteristikk kan ha samme virkning i realiteten som gjennomskjæring. Særtrekket er imidlertid som allerede fremhevet at gjennomskjæringsnormen er en selvstendig rettsregel med egne vilkår og rettsvirkninger.

3.2 Rettslig grunnlag og vurderingstema

Gjennomskjæringsnormen er ulovfestet i norsk rett. En ulovfestet gjennomskjæringsnorm er ikke uvanlig sett i et internasjonalt perspektiv, i Sverige, Canada og Australia har de en generalklausul om gjennomskjæring.⁵⁸ I Norge har det også tidligere vært fremhevet forlag om en slik ulovfesting, se særlig forslaget fra Professor Magnus Aarbakke i Ot.prp.16 (1991-1992) s. 39flg.

Normens rettslige grunnlag i norsk rett er fast og langvarig rettspraksis. I Rt. 2007 s. 209 *Hex* i avsnitt 39 uttaler førstvoterende følgende: ”Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori(...)”.

Juridisk teori er etter Eckhoffs rettskildelære en rettskilde, men med beskjeden vekt, dette er også min oppfatning.⁵⁹ Dens rolle i utviklingen av gjennomskjæringsnormen ligger i analyse og systematisering av domsmaterialet.⁶⁰

At gjennomskjæringsnormen er en fastlagt norm befestes senest i Rt. 2014 s. 227 *ConocoPhillips II* hvor førstvoterende i avsnitt 48 uttaler: ”Gjennomskjæringsnormen er behandlet i

⁵⁷ Omklassifisering til gunst er imidlertid et uavklart rettslig spørsmål, Gjem-Onstad(2012) s. 1224

⁵⁸ Banoun (2003) s. 76flg, s 60flg. og s.44flg.

⁵⁹ Erik Boe (2010) s. 343-348, Eckhoff(2001) s. 270-280, motsatt Fleischer(1998) s. 330-331

⁶⁰ Zimmer (2014) s. 65 Det kan imidlertid ligge betydelig innflytelsesmuligheter i en slik rolle.

en rekke høyesterettsdommer, og ligger fast.”, med videre henvisning til Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi*.

At normen er ulovfestet og basert på rettspraksis og juridisk teori gir normen stor grad av dynamikk ikke bare i forhold til hvilke hensyn som kan trekkes inn, men også i forhold til dens konkrete innhold, kriterier og anvendelsesområdet. I så måte er det noe upresist når førstvoterende i Rt. 2014 s. 227 *ConocoPhillips II* sier at normen ”*ligger fast*”. Sikter imidlertid førstvoterende her til normens rettskildestatus, er dette en påstand med grunnlag tilbake til dommer på 1920-tallet.⁶¹

De siste dommene vedrørende gjennomskjæring har tatt utgangspunkt i den formulering av vurderingstemaene som ble foretatt i Rt. 2007 s. 209 *Hex* avsnitt 39:

”Den ulovfestede gjennomskjæringsregel er blitt utviklet i et samspill mellom rettspraksis og juridisk teori og består - slik den er utformet i høyesterettsavgjørelser de senere år - av et grunnvilkår og en totalvurdering. Grunnvilkåret går ut på at det hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger (herunder dens forretningsmessige egenverdi), skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen, se Høyesteretts dom 17. oktober 2006 (Rt-2006-1232)i *Tele-nor-saken* avsnitt 47 med henvisninger til tidligere rettspraksis.”

Senest i Rt.2014 s.227 *ConocoPhillips II* ble det henvist til formuleringene i *Dyvi*-dommen med videre henvisninger, herunder til *Hex*-dommen (videre bare *Hex*-formuleringen).⁶²Vurderingstemaet er således toleddet – et grunnvilkår og en totalvurdering. Det må uavhengig av hvor klart det er at skattyter har vært motivert av skattebesparelser foretas en totalvurdering hvor en rekke hensyn kan trekkes inn.

⁶¹ Se. eksempelvis Rt. 1921s.462 og Rt. 1925 s. 472

⁶² Rt. 2002 s.456 *Hydro Canada* var første gang høyesterett i klartekst tok i bruk denne toleddete vurderingen. Om den i realiteten hadde blitt praktisert tidligere er det delte meninger om i teorien, se Zimmer (2007) s. 4.

Vurderingene skal ta utgangspunkt i det ”*reelle innhold*” i de disposisjonene som er foretatt, jf. Rt. 2006 s. 1232 *Telenor* avsnitt 46. Hva det *reelle innholdet* faktisk er, er det ikke alltid lett å gi noe svar på. Anvendelse av gjennomskjæringsnormen innebærer å se bort fra den *privatrettslige form*, men om det er den *økonomiske form* man skjærer igjennom til eller om en *annen form* som skal legges til grunn skatterettslig som den reelle, er ikke alltid klart. I enkelte tilfeller er den *privatrettslige form* som er den *reelle*.

I tidligere praksis ble gjennomskjæringsvurderingen foretatt under en såkalt momentstruktur. Det ble da ikke foretatt en oppsplitting av vurderingstemaet i et grunnvilkår og en totalvurdering, men kun foretatt en helhetsvurdering. Høyesterett synes ikke å ha ment en realitetsendring med endringen. Teorien er imidlertid uenighet om endringen faktisk har hatt en slik virkning.⁶³ Kjernen i regelen er uansett fortsatt den samme. Tidligere rettspraksis fra før innføringen av et toleddet vurderingstema har derfor fortsatt relevans.

3.3 Hvorfor gripe inn overfor skatterettslig omgåelse?

Ut i fra samfunnsøkonomiske betraktninger innebærer all skattelegging effektivitetstap gjennom at tilbudet og etterspørselen etter goder i samfunnet reduseres. Skattesystemet har imidlertid viktige allokeringsevner som tilsier at skattelegging likevel kan anses gunstig. For at effektivitetstapet skal bli minst mulig har det vært en generell målsetning å foreta mest mulig effektiv beskatning. I dette ligger at transaksjonskostnadene ved omfordeling fra skattyter til stat er minst mulig. Bruk av ressurser på omgåelse innebærer effektivitetstap, da transaksjoner uten forretningsmessig begrunnelse er uproduktiv bruk av ressurser. Direkte innebærer omgåelse også at skatteprovenyet reduseres, og at kostnader til forhindring av omgåelse forhøyes for skattemyndigheter og domstoler. En generell ulovfestet omgåelsesnorm kan her fremstå som et kostnadseffektivt hjelpemiddel for å minimere effektivitetstap.⁶⁴ På den annen side er det imidlertid klar at det vil kunne påløpe høye kostnader hos skattemyndighetene og domstolene ved håndhevelsen av en slik regel.

⁶³ Zimmer mener det har skjedd en realitetsendring ved innføring av en toleddet vurdering, med et subjektivt grunnvilkår, se Zimmer (2007) s. 2. Folkvord er av motsatt oppfatning, se Folkvord (2007) s. 293.

⁶⁴ Banoun (2003) s. 98

En annen grunn til å gripe inn overfor omgåelse er hensynet til skattesystemets integritet. Videre kan motivet bak inngripen være ønske om rimelige og rettferdige resultater med tanke på at samfunnet må bære skattebyrden av at enkelte skattytere illojalt omgår reglene.⁶⁵

3.4 Vurderingsgjenstanden ved gjennomskjæring

Ved gjennomskjæring reiser det seg spørsmål om hva som kan trekkes inn i vurderingen både under grunnvilkåret og totalvurderingen. Sagt med andre ord; hva er relevante omstendigheter å ta i betraktning ved vurderingen av skattyters motiv under grunnvilkåret og eksempelvis ved spørsmålet om transaksjonene har tilstrekkelig egenverdi under totalvurderingen.⁶⁶

Det følger av Rt. 2012 s.1888 *Dyvi* avsnitt 41 at vurderingsgjenstanden er den samme under grunnvilkåret og totalvurderingen. De siste dommer vedrørende gjennomskjæring taler for at det som skal tas i betraktning ved både grunnvilkåret og i totalvurderingen er det som uttales i Rt. 2008 s. 1537 *ConocoPhillips* avsnitt 39:

”I Rt-2006-1232 (Telenor) la Høgsterett til grunn at fleire disposisjonar som gjekk inn i eit større kompleks av disposisjonar som utgjorde ein naturleg heilskap, måtte vurderast samla, jf. avsnitt 49. Føresetnaden for ei slik samla vurdering må likevel då vere at det er ein nær indre samanheng mellom disposisjonane, og at dei går inn som integrerte ledd i ein samla plan, jf. Rt-2004-1331 (Aker Maritime).”

I Rt. 2014 s.227 *ConocoPhillips II* avsnitt 49 vises det til formuleringen i *Dyvi*-dommen. Disposisjonene må således inngå i en *naturlig helhet* ,det må være nær og indre sammenheng mellom disposisjonene og de må inngå i en *samlet plan*.

Et spørsmål som har vært fremme i rettspraksis er om en, ved bedømmelsen av skattyters motiv eller transaksjonens egenverdi, kan trekkes inn forhold som setter salget i en videre forret-

⁶⁵ Banoun (2003) s. 101

⁶⁶ Eirik Jensen (2009) s. 70

ningsmessig sammenheng.⁶⁷ Dette ble gjort i Rt. 2006 s.1232 *Telenor*, men ikke i Rt. 2008 s. 1537 *ConocoPhillips*, etter en konkret vurdering i begge tilfeller.

3.5 Grunnvilkåret

Problemstillingen under grunnvilkåret er om skattyters ”*hovedsakelige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt*”.⁶⁸ Utrykket ”*å spare skatt*” må tolkes vidt og omfatter også skattefordeler i form av fordelaktig tidfesting av gevinster og tap.

I Rt.2006 s.1232 *Telenor* ble det slått fast at det er en subjektiv motivvurdering som skal foretas under grunnvilkåret. Dette er senere fulgt opp i Rt.2012 s.1888 *Dyvi*. Det som blir til vurdering er hva skattyter ”*antas å ha lagt vekt på*”, jf. *Telenor*-dommen.⁶⁹

Bevissspørsmålet må etter *Telenor*-dommen ”*avgjøres utfra en samlet vurdering av de opplysninger som foreligger i saken*”⁷⁰. Etter Rt.2012 s. 1888 *Dyvi* er det klart at ”*vanlige bevisregler*” skal legges til grunn. Faktiske virkninger vil være av bevismessig betydning for om skattyters har vært skattemessig motivert, da i form av at skattetilpasningens virkninger er bevis som deduktivt kan si noe om skattyters motiv. Når alminnelige bevisregler anvendes, er det ingen grunn til utelukkende å ta utgangspunkt i skattyters pretensjon om motivet bak transaksjonene.⁷¹

Terskelen er at skattebesparelsen må være det ”*hovedsakelige formål*”⁷² eller skattebesparelsen må være det ”*klart viktigste motiv*”⁷³. Antitetisk innebærer det at fraværet av ikke-skatterettslig motiv samlet må være så stort at det *hovedsakelige formål* ikke kan anses å være skattebesparelser. Utrykket *klart viktigst motiv* synes ikke å oppstille noe strengere beviskrav enn *hovedsakelig formål*, se punkt. 4.4.1.

⁶⁷ Er salget foretatt i sammenheng med restrukturering i selgerselskapet blir spørsmålet om dette kan trekkes inn i vurderingen av skatterytters motiv.

⁶⁸ Rt.2007 s. 209 *Hex* avsnitt 39

⁶⁹ Avsnitt 50

⁷⁰ Rt.2006s. 1232 *Telenor* avsnitt 51

⁷¹ Zimmer (2014) s. 66

⁷² Rt.2007 s. 209 *Hex* avsnitt 39

⁷³ Rt.2006 s. 1232 *Telenor* avsnitt 51

3.6 Totalvurderingen

Skatterettslig motiv er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. Det kreves i tillegg at disposisjonene strider mot skattereglenes formål etter en totalvurdering.

Grovt sett er det to hovedspørsmål som reiser seg i totalvurderingen. For det første hva skattereglenes formål er og dernest hvilke momenter som skal trekkes inn i totalvurderingen av om disposisjonene strider mot reglenes formål.⁷⁴ Den viktigste funksjonen til et slikt krav er å verne transaksjoner mot gjennomskjæring i de tilfeller lovgiver har forutsatt at transaksjoner med liten egenverdi kan gi større skattefordeler, uten at dette skal medføre gjennomskjæring.⁷⁵ I tillegg til hovedspørsmålene inneholder totalvurderingen en rekke underspørsmål om hvordan en skal avveie de ulike momenter mot hverandre i en helhetsvurdering av om skatte-tilpasningen skal aksepteres.

Det er formålet bak de skatteregler med tilknytning til skattyters foretatte disposisjoner som vil være relevante. Typisk vil det være formålet bak de reglene som er benyttet for å oppnå skattefordelen eller som forsøkes omgått.⁷⁶

Neste steg i totalvurderingen er hvilke momenter som skal trekkes inn for å slå fast at en disposisjon strider mot formålet.

Etter Hex-formuleringen er det klart at disposisjonens virkninger skal vurderes. Dette har også vært sentralt under tidligere formuleringer av vurderingstemaet i gjennomskjæringssaker. I Rt. 1999 s. 946 (ABB-dommen) uttaler førstvoterende:

”(...)dersom de skatterettslige virkningene fremstår som hovedsaken, kan det være grunnlag for gjennomskjæring. Avgjørelsen beror på den totalvurdering hvor de sentrale spørsmål er hvilken egenverdi disposisjonen har ut over skattebesparelsen.”

⁷⁴ Zimmer (2014) s. 67.

⁷⁵ Banoun (2003) s.334.

⁷⁶ Banoun (2003) s. 333 Se punkt. 4.3.3.1 for hvilke skatteregler som er relevante ved spørsmålet om gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg

Det sentrale er om det også foreligger ikke-skattemessige virkninger, herunder forretningsmessige virkninger ved disposisjonen(e). *Forretningsmessig egenverdi* retter seg mot positive virkninger utover de rent skattemessige. I flere saker har skattyter for eksempel hevdet at de foretatte disposisjoner medførte en forbedret internstrukturering av skattyters konsern. Virkninger ut over de rent forretningsmessige synes etter gjeldende rett også å tillegges vekt. Høyesteretts konkrete vekting tilsier imidlertid at tilsiktete positive virkninger ved disposisjonene tillegges mer vekt.⁷⁷

Av betydning for totalvurderingen blir så hvilken terskel som skal settes for at transaksjonen har en viss egenverdi utover de skattemessige virkninger. Spørsmålet kan stilles på to måter. Enten som et spørsmål om det foreligger ytterligere ikke-skattemessige virkninger utover skattevirkningen eller som et spørsmål om nærvær av skattemessige forhold.⁷⁸ Terskelen har ikke vært satt høyt i praksis, jf. Rt. 1997 s.1580 *Zenith*. Det kreves ikke at de ikke-skattemessige virkningene er tilnærmedesvis like viktige som skattefordelen, det er tilstrekkelig at de overstiger et visst minimum.⁷⁹ I Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi* uttaler førstvoterende i avsnitt 62: ”*Det er ingen eksempler fra høyesterettspraksis på at gjennomskjæring er godtatt ved overdragelser som har hatt en viss forretningsmessig realitet utover de skattemessige fordeler for kjøper og selger.*”

Det er virkninger både for selger og kjøper som er vurderingsgjenstand i tilfeller hvor det er skattefordeler oppnådd ved disposisjoner mellom to parter. Om virkningen har oppstått hos selger eller kjøper kan imidlertid påvirke argumentets vekt under helhetsvurderingen.⁸⁰

Snur en spørsmålstillingen og spør om det foreligger tilstrekkelig nærvær av skattemessige virkninger, belyses også det faktum at graden av skattemessig virkning er av betydning. Alle former for skattefordeler er av betydning, men det kan spørres om det kreves at skatteforde-

⁷⁷ Rt. 2002 s. 456 *Hydro Canada* og Rt. 2007 s. 309 *Hex*

⁷⁸ Banoun(2003) s. 306

⁷⁹ Rt. 1997 s. 1580 *Zenith* og Zimmer (2014) s. 68

⁸⁰ Se Rt. 2014 s. 227 avsnitt 60 *ConocoPhillips II*

len er av en viss absolutt størrelse.⁸¹ Det er nok her grunn til å anta at hvis skattefordelen er liten, at selv en minimal egenverdi vil forhindre gjennomskjæring. Kravet til ikke-skattemessig virkninger under egenverdivurderingen er således relativt i forhold til den aktuelle skattefordel.

Videre skal det, jf. Hex-formuleringen tas hensyn til skattyters formål. Dette har en allerede tatt hensyn til ved vurderingen av grunnvilkåret. Under totalvurderingen vil imidlertid skattyters formål være et *gradert* moment. En kan uttrykke det slik at det avgjørende for momentets vekt er hvor en befinner seg på en skala mellom et hovedsakelig og et utelukkende skattemotiv. Hvorvidt motivvurderingen skal være like subjektiv som under grunnvilkåret fremstår som usikkert.⁸²

Begrepet egenverdi som her allerede er benyttet en rekke ganger bør gis en nærmere introduksjon.⁸³ Begrepets innhold er ikke gitt et helt entydig innhold i rettspraksis, men viser som regel til de forhold som samlet taler for at en disposisjon har en verdi utover skattevirkningene.⁸⁴ Holder en fast ved at ordet egenverdi ikke utløser egne rettsvirkninger, men er et koblingsord synes det fortsatt formålstjenlig etter min mening å benytte begrepet da det nokså treffende beskriver vurderingen som må foretas av disposisjonens virkninger og formål.⁸⁵ Jeg presiserer at jeg benytter begrepet både om forholdets formål og virkninger som vist ovenfor.⁸⁶

Av øvrige momenter som taler for gjennomskjæring er om disposisjonene som skattyter har valgt fremstår som kunstige eller komplekse. Ettersom det er kunstige disposisjoner med samfunnsøkonomisk tap og provenyrtap først og fremst gjennomskjæringsnormen sikter mot, vil

⁸¹ Banoun (2003) s. 312-313

⁸² Slik også Zimmer(2014) s. 69

⁸³ Egenverdi-syntesen ble først fremsatt av Kvistli, Innføring i skatteretten 1962 s.109, med tilslutning fra høyestrett i Rt. 1966 s. 1089 *Vestlandske Vassdrag*, Banoun (2003) s. 299

⁸⁴ Se Rt. 1999 s. 946 *ABB*

⁸⁵ I dette ligger det også at jeg mener det må utøves forsiktighet med å trekke rettvirkninger direkte fra begrepet uten å se på hvilke elementer i vurderingen det viser til.

⁸⁶ Slik også Banoun (2003) s.342

dette momentet kunne trekkes inn.⁸⁷ Kunstighet og kompleksitet er imidlertid ikke et nødvendig eller tilstrekkelig kjennetegn for gjennomskjæring.⁸⁸ En rekke andre momenter inngår også i denne samleposten. Det blir for omfattende å prøve å gi en uttømmende oversikt i en generell del som dette.

4 Analyse av Rt. 2014 s. 277 *ConocoPhillips II*

4.1 Innledning

Under punkt 3.2 er det beskrevet at den ulovfestete gjennomskjæringsnormen er utviklet gjennom rettspraksis, da hovedsakelig høyesterettspraksis. I motsetning til ved lovtolknings-spørsmål utgjør høyesterettspraksis da ikke bare en autoritativ tolkningsfaktor, men er også den primære kilden til innholdet av den ulovfestete gjennomskjæringsnormen. Av den grunn kan en trolig si at høyesterettspraksis er en rettskilde med særlig vekt ved spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring.

Min hovedproblemstilling er gjennomskjæringsnormen og dens anvendelse på fisjon med etterfølgende aksjesalg, og Høyesteretts tilnærming til dette spørsmålet. Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2014 s.227 *ConocoPhillips II*⁸⁹ er foreløpig den eneste høyesterettsdommen som tar opp akkurat denne problemstillingen, og må derfor som et generelt utgangspunkt ha særlig rettskildemessig vekt for framtidige saker der dette spørsmålet aktualiseres.

I det følgende vil det foretas en analyse av dommens resultat og argumentasjon. Der jeg kommer med egne meninger om dommens innhold eller bemerkninger om hva Høyesterett kunne ha sagt, fremgår det uttrykkelig av teksten.

⁸⁷ Zimmer (2014) s. 69 og punkt 3.3 overfor.

⁸⁸ Banoun (2003) s. 322

⁸⁹ Videre i dette kapittel bare omtalt som *ConocoPhillips II*

4.2 Presentasjon av ConocoPhillips-saken

4.2.1 Sakens gjenstand

ConocoPhillips II er en dom vedrørende en sivilrettslig tvist mellom ConocoPhillips Scandinavia AS, tidligere Norske ConocoPhillips AS (omtales bare i det følgende som COPAS) og Staten ved Oljeskattekontoret (omtales bare som Staten i det følgende). Et hovedspørsmål i saken var om salg av aksjer i et eiendomsselskap (ConocoPhillips Investments Norge AS, videre bare COPINAS), i medhold av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kunne omklassifiseres fra aksjesalg til salg av fast eiendom (innmatsalg). Oljeskattenemnda hadde i endringssak kommet til at salget måtte omklassifiseres fra aksjesalg til eiendomssalg. Det konkrete spørsmål for Høyesterett var om Oljeskattenemndas endringsligning skulle oppheves.⁹⁰

COPAS hadde i forkant av aksjesalget foretatt en fisjon i det solgte eiendomsselskapet (COPINAS), der det som ikke var en del av salgavtalen, ble tatt ut av selskapet. Fisjoneeringen skjedde i tidsrommet mellom kontraktinngåelse og den faktiske overdragelse av aksjene. Den omtvistete gjenstand var forretningslokalene Tangen 7 som lå i COPINAS ved aksjeoverdragelsen, da som eneste eiendel som følge av den forutgående fisjonen.

Den konkrete rettslige problemstillingen Høyesterett sto overfor var om dette var en tilpasning til fisjonsreglene og fritaksmetoden som ikke kunne aksepteres med hjemmel i den ulovfestede gjennomskjæringsnormen. For å besvare spørsmålet tok Høyesterett utgangspunkt i at gjennomskjæringsvurderingen var toledet med et grunnvilkår og en totalvurdering, i samsvar med Hex-formuleringen. For førstvoterende var det ikke tvilsomt at valget av transaksjonsform hovedsakelig var skattemessig motivert og at grunnvilkåret dermed var oppfylt. Totalvurderingen ble i hovedsak sentrert rundt spørsmålet om tilpasningen var i strid med formålet bak fisjonsreglene og fritaksmetoden. Formålet bak de nevnte regelsettene ble inngående drøftet og Høyesterett bygde sitt resonnement i stor grad på betraktninger rundt lovgivers forhold til skattetilpasningen.⁹¹

⁹⁰ Oljeskattenemnda avsa den 19. juni 2008 vedtak i endringssak for selskapet for årene 2001-2005. Selskapet påklagde vedtaket og Klagenemnda for oljeskatt avsa kjennelse i saken den 22. mars 2010.

⁹¹ Se særlig avsnitt 60 og 66.

Et enstemmig Høyesterett kom til at det ikke var en illojal tilpasning til skattereglene å foreta salget av eiendommen som et salg av aksjer, og tingrettsdommens domsslutning⁹² om opphevelse av endringslikningen ble dermed opprettholdt. Lagmannsretten hadde i likhet med Klagenemnda for oljeskatt vært av den oppfatning at tilpasningen var illojal og at det var grunnlag for gjennomskjæring.⁹³

For Høyesterett var det også i den konkrete sak et spørsmål om det forelå uttak av leiekontrakt fra særskattepliktig virksomhet etter petroleumsskatteloven § 3 litra f fjerde ledd. Som følge av at uttak først ble ansett å ha skjedd ved frikjøpet av leiekontrakten og ikke tidligere, ble COPAS innrømmet et fradrag i sokkelrelatert inntekt. Problemstillingen ligger utenfor denne avhandlingens tema og kommenteres ikke ytterligere.

4.2.2 Kort om faktum

COPAS drev petroleumsvirksomhet på norsk sokkel. Selskapet hadde hovedkontorer i Tangen 7 i Dusavika. Bygningen var oppført av datterselskapet COPINAS i årene 1989-1991. Selskapet ble etablert med eiendommen som eneste eiendel, og med formål å leie ut eiendommen til COPAS.⁹⁴

Som følge av fusjonen mellom det amerikanske morselskapet Conoco Inc. og Phillips Petroleum Company i november 2001 ble hovedkontoret flyttet til Phillips kontorbygg i Tananger.

29 september 2003 ble det besluttet å forsøke å få Tangen 7 solgt og juli 2004 ble Norwegian Properties AS gitt oppdraget å finne en kjøper.

Det ble 14 januar 2005 inngått en langsiktig leieavtale mellom Stolt Offshore AS og COPINAS om leie av Tangen 7, hvor leieforholdet skulle begynne å løpe fra 1 mai 2005. Som følge av inngåelsen av leieavtalen med Stolt Offshore AS kjøpte COPAS seg fri fra leiekontrakten med COPINAS den 7 Januar 2005, som det da gjenstod 6 år igjen av. Samtidig inngikk

⁹² Inn tatt i TSTAV-2010-150009

⁹³ Se. LG-2011-204215 og Klagenemnda for oljeskatts kjennelse av 22 mars 2010 som for øvrig ble avsagt med dissens 5 mot 3 stemmer.

⁹⁴ TSTAV-2010-150009

COPAS Norge AS avtale om salg av aksjene i COPINAS til Havanacci AS med virkning fra 1 mai. 2005. Havanacci AS skulle imidlertid kun overta COPINAS med Tangen 7 som eneste eiendel. Da COPINAS også hadde andre eiendeler enn Tangen 7 i 2005 ble disse fisjonert ut i perioden mellom 14. januar 2005 og 1. mai 2005, dagen da salget til Havanacci AS ble gjennomført. COPINAS skiftet også navn til Tangen 7 AS, før den faktiske overdragelsen 1 mai 2005.

4.3 Analyse og vurderinger

4.3.1 Hva ble prøvd mot gjennomskjæringsnormen i *ConocoPhillips II*

I *ConocoPhillips II* ble det kort slått fast at fisjoneringsen av COPINAS og salget av aksjer i COPINAS måtte ses i sammenheng.⁹⁵ Førstvoterende begrunnet det med at disposisjonene utgjorde en ”naturlig helhet”.⁹⁶

At transaksjonene kunne ses i sammenheng var sentralt for å bringe på det rene om det overhode kunne være aktuelt å anvende gjennomskjæringsnormen på transaksjonsrekken. Tidligere høyesterettspraksis har oppstilt gitte vilkår for å bedømme hele transaksjonsrekker samlet, i stedet for de enkelte transaksjonsleddene isolert, se punkt 3.4.⁹⁷

Begrepet *naturlig helhet* som førstvoterende benytter gir i seg selv lite veiledning utover at transaksjonene må stå i en viss relasjon til hverandre. Utrykket må imidlertid leses i sammenheng med henvisningene til Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi*. og videre henvisninger der til Rt. 2006 s. 1232 *Telenor* og Rt. 2004 s.1331 *Aker-Maritim*.

I disse dommene er det oppstilt et krav om at disposisjonene må være i en *nær og indre sammenheng* og *inngår i en samlet plan*. Det kan imidlertid ikke ut fra tidligere høyesterettspraksis oppstilles noe krav om at salg må være endelig avtalt ved iverksettelse av fisjonen.⁹⁸ Det må imidlertid kunne kreves at det foreligger en viss grad av sannsynlighet for at det skal fore-

⁹⁵ Se punkt 3.4 for generell fremstilling

⁹⁶ Avsnitt 49.

⁹⁷ For eksempel Rt 1976 s. 302 *Ragelas*, Rt 1978 s. 60 *Smestad* og Rt 1982 s. 789 *Torkildsen*.

⁹⁸ Rt. 1994 s. 492 *Railo*

ligge en nær og indre sammenheng.⁹⁹ I lys av Rt. 2008 s.1537 *ConocoPhillips* synes det nærmere innholdet av et krav om *nær og indre sammenheng* noe uklart.¹⁰⁰

I forhold til momentet *samlet plan* har Bettina Banoun i sin analyse av høyesterettspraksis fremhevet at subjektive momenter bør tillegges lite vekt og at vurderingen i større grad bør være objektiv, hvor tiden mellom transaksjonene og risikoen ved det enkelte ledd gir klare indikasjoner på om det er grunnlag for se transaksjonene samlet.¹⁰¹

I *Rt.1994 s. 492 Railo* hadde det gått 9 måneder mellom fusjonen og videresalget. Spørsmålet var her om en fusjon og etterfølgende salg av vederlagsaksjer kunne ses i sammenheng i forhold til sktl. av 1911 §54 annet ledd om betydelig aksjesalg. I juridisk teori er det fremholdt at et langt kortere tidsrom enn 9 måneder er tilstrekkelig til at det ikke er grunnlag for se flere disposisjoner som en samlet plan.¹⁰²

Når aksjesalget skjedde samme dag som virkningene av fusjonen inntrådte, se punkt. 4.2.2 , synes det klart at transaksjonene måtte ses samlet i *ConocoPhillips II*. Førstvoterendes korte behandling av hva som var vurderingsgjenstanden synes å måtte forklares utfra at tilfellet fremsto klarere her enn i de sakene hvor dette har vært et sentralt tema.

4.3.2 Rettens behandling av grunnvilkåret

Førstvoterende i *ConocoPhillips II* tar utgangspunkt i at terskelen for grunnvilkåret er oppfylt når ”*det hovedsakelige motivet for transaksjonen var å spare skatt*”¹⁰³ med henvisning til Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi* og dens henvisninger til tidligere rettspraksis.¹⁰⁴ Førstevoterendens angivelse av terskelen er i godt samsvar med tidligere praksis.

⁹⁹ Rt 1993 s. 173 *Phonix* og Rt. 2004 s.1331 *Aker Maritime*

¹⁰⁰ Eirik Jensen (2009) s.89

¹⁰¹ Banoun (2003) s. 326

¹⁰² Gjems-Onstad (2012) s. 1094

¹⁰³ Avsnitt 50

¹⁰⁴ Avsnitt 42

Riktignok ble uttrykket ”*klart viktigste motiv*” brukt i Rt. 2006 s.1232 *Telenor*¹⁰⁵ om terskelkravet til skattyters motiv. I Rt. 2002 s.465 *Hydro Canada* og Rt. 2004 s.1331 *Aker Maritim* ble uttrykket *hovedsakelig formål* benyttet. Språklig sett kan uttrykket ”*hovedsakelige motiv*”, forstås som et lavere beviskrav enn ”*klart viktigste motiv*”. Om uttrykkene bevist har vært tilsiktet noe materielt betydning fremstår som usikkert. I Rt.2012 s. 1888 *Dyvi*, Rt. 2008 s. 1510 *Reitan* og Rt. 2007 s. 209 *Hex* var ikke grunnvilkåret avgjørende for resultatet. Gjennomskjæring var her uansett utelukket etter en totalvurdering. Dette svekker generelt den rettskildemessige vekten av argumenter om grunnvilkåret basert på disse dommene

I *ConocoPhillips II* benytter førstvoterende *hovedsakelig formål* ved angivelse av terskelen generelt og *klart viktigst motiv* i den konkrete avveiningen under den rettslige presiseringen.¹⁰⁶ Dette underbygger den tolkningen som også trolig fremsto som mest korrekt etter tidligere praksis, at det ikke er noe forskjell på *hovedsakelig formål* og *klart viktigste motiv*. Grunnvilkåret var imidlertid heller ikke her avgjørende for resultatet, da gjennomskjæring var utelukket etter totalvurderingen.

Det fremgår av avsnitt 41 i dommen at COPAS mente transaksjonene delvis var skattemessig motivert av skattefordelen transaksjonsmetoden medførte. Andre hensyn, som hensynet til at kjøper ville overta aksjer og besparelse i form av dokumentavgift, trakk COPAS fram som andre motivasjonsfaktorer. COPAS hevdet også at det fantes en alternativ måte i det å selge de øvrige eiendelene, som ikke ville ha medført vesentlig skatt.

Staten fremhevet særlig at fisjonsbeslutningen først ble tatt etter at det hadde kommet inn bud på eiendommen og at dette måtte være bevis for at skattemotivet var styrende for valget av transaksjonsform.¹⁰⁷

Med utgangspunkt i disse anførselene og den korte presentasjonen av terskelen foretar førstvoterende en subsumsjon under grunnvilkåret i avsnitt 51. Argumentasjonen kan oppsummeres i at det forelå en (i) *betydelig skattegevinst* i velge fisjon og aksjesalg framfor innmatsalg,

¹⁰⁵ Avsnitt 51

¹⁰⁶ Se avsnitt 50 og 51

¹⁰⁷ Avsnitt 28

skattyter hadde foretatt (ii) *overveielse* av hvilken transaksjonsform som skulle benyttes, det var snakk om en (iii) *profesjonell aktør* og førstvoterende vekta i liten grad (iiii) *hensynet til å spare dokumentavgift* og at *kjøper ønsket å kjøpe aksjer framfor eiendom*.

For førstvoterende var det *”ikke tvilsomt at skattebesparelse var den klart viktigste motivasjonsfaktoren for oljeselskapets valg av løsningen med fisjon og etterfølgende aksjesalg.”*¹⁰⁸

Jeg går nå nærmere inn på de enkelte momentene i førstvoterendes argumentasjon under grunnvilkåret, med utgangspunkt i de momentene jeg her har listet opp i nevnte rekkefølge ovenfor.

4.3.2.1 Skattegevinsten

Førstvoterende konstaterer kort at en skattegevinst på 17,5 millioner gir en sterk presumsjon for et skattemessig motiv.

Vurderingen av skattyters subjektive motiv peker tilbake på hva skattyter på fisjonsbeslutningstidspunktet *”antas å lagt vekt på”*, jf. Rt. 2006 s.1232 *Telenor*. I punkt 3.5 er det fremholdt at en alminnelig bevisvurdering skal legges til grunn. Det er dermed helt legitimt å se hen til omstendigheter som oppstår i etterkant av dette tidspunkt. Utgangspunktet om en *sterk presumsjon* for skattemessig motiv ved større skattefordeler har vært fremme i flere tidligere saker. I *Dyvi* uttales: *”Men er den dominerende virkning av disposisjonen at skattyteren sparer skatt av noe omfang, er det en sterk presumsjon for at skattebesparelsen har vært den viktigste motivasjonsfaktor(...)”*.

Selv om skattebesparelsens størrelse ikke kan være avgjørende for om skattebesparelsen er den *”dominerende virkning”*¹⁰⁹, synes det ikke tvilsomt for førstvoterende i *ConocoPhillips II* at skattebesparelser på 17, 5 million var tilstrekkelig for å oppstille en presumsjon om skattemessig motiv.

¹⁰⁸ Avsnitt 51

¹⁰⁹ Jf. *Telenor*

4.3.2.2 Skattyters overveielser

Førstvoterende viser til at skattyter har foretatt ”overveielser” av de skattemessige effektene av å benytte fisjon med etterfølgende aksjesalg ved eiendomsoverføringen.¹¹⁰ Det uttales imidlertid ikke hvilke bevis som førstvoterende begrunner dette standpunktet med.

At momentet er relevant er et utsalg av at grunnvilkåret er subjektivt. Etter *Telenor* kan det ikke være tvilsomt at momentet etter omstendighetene tillegges betydelig vekt.¹¹¹

Med utgangspunkt i rettspraksis fra før *Telenor* ville momentet hatt en usikker betydning. I Rt. 1963 s. 478 *Siraco* ble gjennomskjæringsvurderingen fremstilt, som en ”en objektiv bedømmelse”. Med et slikt utgangspunkt synes ikke skattyters subjektive overveielser å være relevant. Bettina Banoun uttaler imidlertid under sin analyse av rettspraksis fram til 2003 at rent faktisk har ”dokumentasjon av subjektive skattemotiver(i styrereferat etc.) ofte [vært] mer sentralt i omgåelsessaker(særlig i ligningspraksis og i prosedyren) enn man på forhand skulle anta.”¹¹² . Det kan i dag ikke være tvilsomt at *Telenor* som gir uttrykk for gjeldene rett.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hva skattyter må ha *overveid* for at det skal være relevant for bevisvurderingen under grunnvilkåret. Førstvoterende i *ConocoPhillips II* tar utgangspunktet at ”skattespørsmålet” som må ha vært overveid.¹¹³ I *Telenor*-dommen sto de ”skattemessige virkningene” sentralt:

”Gjennom advokat Sverre E. Kochs notat av 18. desember 2001 ble Telenor orientert om de skattemessige virkninger av overdragelsen av Sonofon-aksjene fra Telenor Communication AS til Dansk Mobil Holding AS. Dette var således noe konsernet var klar over da aksjeoverdragelsen fant sted tre dager senere”

Det er lite grunn til å tro at førstvoterende i *ConocoPhillips II* sikter til noe annet enn Høyesterett i *Telenor*, med denne språklige ulikheten. Det sentrale i begge dommer synes å være at

¹¹⁰ Avsnitt 51

¹¹¹ Rt. 2006 s.1232 *Telenor* avsnitt 51 og 52

¹¹² Banoun (2003) s. 311

¹¹³ Avsnitt 51

skattyter har overveid den skattemessige gevinsten av foreta en disposisjon framfor en annen.¹¹⁴

Tiden mellom fisjonen og aksjesalget vil, i likhet med graden av skattyters overveielser, kunne være en indikator på om skattebesparelser har vært en motiverende faktor for skattyter ved valg av transaksjonsform. Dimmen fremhever at der et aksjeselskap opprettes for å eie en fast eiendom like før aksjene selges, er skattemotivet åpenbart.¹¹⁵ I *ConocoPhillips II* behandler ikke førstvoterende tidsmomentet under sin redegjørelse for hvorfor grunnvilkåret var oppfylt. Det var imidlertid utvilsomt en klar tidsmessig nærhet mellom transaksjonene, jf. også førstvoterendes behandling av momentet i totalvurderingen.¹¹⁶

Årsaken til at en ser hen til tiden mellom disposisjonene under grunnvilkåret, er at tiden mellom transaksjonene indikerer om ikke-skattemessige virkninger av fisjonen har kunnet materialisere seg før aksjesalget foretas. Skattemotivet kan da etter omstendighetene fremstå mindre fremtredenene. I Utv. 2011-1659 gikk det 6-7 måneder mellom fisjonen og aksjesalget, og ettersom det ikke forelå bevis for at skattyter hadde overveid salg på fisjonstidspunktet var det ikke grunnlag for gjennomskjæring.

For førstvoterendes konklusjon om at COPAS var hovedsakelig skattemessig motivert synes det imidlertid ikke å ha betydning at momentet ikke ble trukket frem. Når det forelå bevis for at skattyter hadde overveid skatteeffekten av å foreta fisjon med etterfølgende aksjesalg (direkte bevis om subjektive forhold), ville det fremstått unødvendig å gå omveien om ”tiden mellom transaksjonene” (objektivt bevis som kunne sagt noe om de subjektive forhold). Dette viser for øvrig også sammenhengen mellom overveielsesmomentet og tidsmomentet under grunnvilkåret.

4.3.2.3 Profesjonell aktør

Førstvoterende trekker videre inn i sin behandling av grunnvilkåret at skattyter er en *profesjonell* aktør som et bevis som taler for skattemessig motiv: ”Når en profesjonell næringslivs-

¹¹⁴ I *ConocoPhillips II* fisjon med etterfølgende aksjesalg framfor direkte innmatssalg av Tangen 7

¹¹⁵ Dimmen(2007) s. 53.

¹¹⁶ Avsnitt 61

*tør oppnår en så betydelig skattebesparelse ved valg av transaksjonsform, er det en sterk presumpsjon for at det hovedsakelige formålet med disposisjonen var å spare skatt.*¹¹⁷

Momentet synes ikke å ha vært fremme i tidligere rettspraksis.

En fremhevelse av skattyter som profesjonell aktør kan tolkes som et utgangspunkt for å presumere at en kvalifisert skattyter har foretatt vurdering av skattemessige virkninger.¹¹⁸ En presumpsjon om at en profesjonell aktør gjør skattevurderingen på forhånd av transaksjoner i denne størrelsesordenen, har den konsekvens at skattyter vanskeligere kan hevde at skattevirkningene ikke var vurdert.

Skattedirektoratet uttaler for øvrig i sin kommentar til dommen at Høyesterett har gitt sin tilslutning til at det ved anvendelse av grunnvilkåret skal ”*vektlegge som bevismoment både om skattyter har oppnådd en betydelig skattebesparelse og om skattyter er en profesjonell næringslivsaktør.*”¹¹⁹

Om en fremhevelse av momentet utgjør en endring i retning av et mer objektivisert grunnvilkår, og dermed er en dreining vekk fra den subjektive motivvurderingen med utgangspunkt i *Telenor*, er usikkert.

4.3.2.4 Spart dokumentavgift og hensynet til kjøper

COPAS hadde anført at det også var en motivasjonsfaktor bak å forta fisjon og etterfølgende aksjelag framfor innmatsalg, at en da sparte dokumentavgift og at kjøper ønsket det slik. Hvorfor aksjesalg ikke medfører dokumentavgift er forklart i punkt. 2.5. Hvorfor Havanacci AS ønsket å overta aksjer kan ha mange forklaringer, jeg nøyer meg også her med å vise til punkt 2.5. Det sentrale er imidlertid at begge faktorer peker mot andre motivasjonsfaktorer enn den skattemessige. Førstvoterende fant imidlertid ikke disse omstendighetene tilstrekkelig

¹¹⁷ Rt.2014 s. 227 *ConocoPhillips II* avsnitt 51

¹¹⁸ Fremleggelse av bevis for at det faktisk er gjort en vurdering av de skattemessige virkninger kan være vanskelig, og det foreligger en risiko for at informasjonen allerede er tilpasset av skattyter.

¹²⁰ Avsnitt 51

tungtveiende: *“Etter min mening foreligger det ikke andre omstendigheter som i vesentlig grad kan endre bildet.”*¹²⁰

Førstvoterende synes imidlertid ikke å foreta noe konkret vurdering av hvilke besparelser som lå i at transaksjonen ikke utløste dokumentavgift. Under grunnvilkåret synes det heller ikke å være foretatt noe avveining mellom skattemessigmotiver eller forretningsmessige motiver.

I avsnitt 60 synes likevel førstvoterende å ha foretatt en kort forholdsmessighetsvurdering, men da i relasjon til totalvurderingen. Der fremholder førstvoterende at fisjonen og aksjesalget var ”godt forretningsmessig begrunnet” for kjøper og det konstateres at skattyter likevel hadde skattebesparelsen som det dominerende motiv.

Grunnen til at førstvoterende ikke tar selve avveiningen under grunnvilkåret, må trolig ses i sammenheng med at førstvoterende var av den oppfatning av at det var under totalvurderingen ”slaget skulle stå” i denne konkrete saken, et rent teknisk grep som ikke er ukjent i høyesterettspraksis i omgåelsessaker.¹²¹

At besparelsene i form av redusert dokumentavgift for kjøper ikke ble gitt særlig oppmerksomhet eller vekt kan ha sin begrunnelse i at det prinsipielt er betenkelig at det å unngå en avgift skal gjøre det lettere å ”unngå skatt”¹²², slik også staten hadde anført. Et annet tolkningsalternativ er at førstvoterende så på unngåelsen av dokumentavgift som en normalvirkning av den foretatte transaksjon og mente at virkningen dermed skulle ha mindre vekt.

Et slikt skille synes imidlertid ikke å fremgå klart av tidligere praksis. Anders Liland synes heller ikke å oppstille en slikt skille i sin gjennomgang av øvrige virkninger av fisjon med etterfølgende aksjesalg.¹²³

¹²⁰ Avsnitt 51

¹²¹ Se for eksempel Rt.2012 s. *Dyvi*

¹²² Skal forstås som unngå gjennomskjæring.

¹²³ Liland (2012) s.349

Det kan riktignok argumenteres for at skattyter for lett kan påvise forretningsmessig motiv hvis en alltid kan legge vekt på virkninger av selve transaksjonsformen (disse vil jo alltid inntre samtidig med skattefordelen). På den annen side synes det vanskelig å trekke en entydig grense mellom hva som er virkninger som følger direkte av transaksjonsformen og virkninger som ikke er det. Det bør generelt tale i mot å vektlegge et slikt skille. Etter min mening har det formodningen mot seg at en slik forståelse har vært avgjørende for førstvoterendes lave vektlegging av dokumentavgift-virkningen.

4.3.2.5 Burde avhendelsesalternativet vært vurdert under grunnvilkåret?

Høyesterett tok ikke stilling til COPAS' anførsel om at de eiendelene som ikke skulle følge med COPINAS ved aksjeoverdragelsen, kunne vært avhendet til andre selskaper i konsernet i stedet for at de ble fisjonert ut (i det følgende avhendelsesalternativet). Det var for øvrig kombinasjonen av fisjonen og aksjesalg (med tidsmessig nærhet) framfor innmatsalg staten mente skulle medføre grunnlag for gjennomskjæring.

COPAS hadde anført at den skattemessige effekten var lik ved avhendelsesalternativet.¹²⁴ Argumentasjonen bygde på at fisjonen ikke nødvendigvis var skattemessig motivert ettersom man kunne kommet i samme posisjon ved å foreta en alminnelig salg, som heller ikke ville utløst beskatning. Jeg tolker også COPAS anførsel dit hen at de mente at denne alternative framgangsmåten var uangripelig for gjennomskjæringsnormen.¹²⁵

COPAS hevdet sannsynligvis at en alternativ løsning, med samme skatteeffekt som ikke kunne gjennomskjæres, måtte tale for at det var andre hensyn som lå til grunn for at det nettopp var en fisjon som var foretatt. Hvilke hensyn COPAS anførte fremgår ikke av dommen. Trolig ble sett som en praktisk løsning framfor å avhende eiendelene, men kunne likegreit vært en

¹²⁴ Avsnitt 21

¹²⁵ Etter min mening vil ikke et forutgående eiendelsalg i det selskap som selges som aksjer kunne gjøre transaksjonsrekken illojal mot reglene om gevinstbeskatning ved innmatsalg og fritaksmetoden, uavhengig av hvor nære transaksjonene er tidsmessig. Jeg viser her til behandlingen av formålet med disse reglene og avveiningene under totalvurderingen i punkt. 4.5.

ren tilfeldighet. At det ikke var hensynet til å spare dokumentavgift eller til at kjøper ville overta aksjer er utvilsomt. Dette var virkninger som kun var betinget av at eiendelen ble overført til kjøper som aksjer og ikke fasteiendom.

At det foreligger en alternativ transaksjonsmåte har også vært fremme i tidligere praksis. I *Reitan* uttaler førstvoterende at:

”(...)det partielle generasjonsskiftet gjennomføres ved overdragelse av aksjer. Man kunne antakelig ha kommet i samme posisjon ved å gjennomføre en fisjon. Den fremgangsmåten som ble valgt, var imidlertid like nærliggende og naturlig.”

At det forelå fler alternative måter å gjennomføre generasjonsskifte på som ikke utløste arveavgift, ble brukt til å vise at flere *nærliggende og naturlige* disposisjoner som ikke utløste beskatning i motsetning til det alternativ som hadde utløst arveavgift.¹²⁶

I *Aker-Maritim* uttales følgende om Aker-Maritims anførsel av en liknende karakter:

”Aker Maritime har også gjort gjeldende at det er urimelig å foreta gjennomskjæring i et tilfelle der det tilsvarende resultatet kunne vært oppnådd ved en søknad om skattelempning. Heller ikke dette er en holdbar innvending. En skattyter må som regel finne seg i å bli vurdert ut fra de disposisjoner som faktisk er gjennomført. Situasjonen kunne kanskje vært en annen dersom et identisk resultat med sikkerhet ville vært oppnådd med en slik søknad. Men det er ikke tilfelle her.”¹²⁷

Det sentrale var her at skattyter generelt må bedømmes ut fra de disposisjoner han foretar og at en søknad om skattelempning var et alternativ som ikke hadde klare skattemessige konsekvenser, og den alternative metoden måtte dermed tillegges liten vekt.

I *ConocoPhillips II* var det enklere å finne fram til konsekvensen av avhendelsesalternativet. De faktiske skattekonsekvenser av å selge eiendelene var dermed etterprøvbare for Høyeste-

¹²⁶ Avsnitt 61

¹²⁷ Avsnitt 55

rett i motsetning til i *Aker Maritim. ConocoPhillips II* synes således å være et slikt tilfelle det åpnes for i *Aker Maritim*, jf. siste setning i sitatet overfor.

Aker Maritim gir imidlertid ingen indikasjoner på hvilken betydning det skal ha at det foreligger et hypotetisk handlingsalternativ. Herunder hvilken betydning det har at alternativet er fremstår uangripelig for gjennomskjæringsnormen.

Det kan anføres at når grunnvilkåret skal bedømmes ut fra hva skattyter *kan antas å ha lagt vekt på* må denne vurderingen ta utgangspunkt i hva skattyter faktisk har gjort. Sitatet ovenfor fra *Aker-Maritim* legger samme forståelse til grunn.

Hvis det er valget mellom fisjonen (den foretatte disposisjon) og innmat (den hypotetiske som hadde medført beskatning) som er det sentrale, kan ikke avhendelsesalternativet sies å kaste noe nevneverdig lys over hva som medførte at skattyter valgte som han gjorde.¹²⁸

En kan imidlertid innvende at utgangspunktet om at en skal bli vurdert ut i fra de disposisjoner man har foretatt, ikke utelukker at en også kan se hen til andre alternative disposisjoner. Avhendelsesalternativet fremstår som like hypotetisk som innmatssalgalternativet, som staten hevdet.

Zimmer er av den oppfatning at man ”ved bedømmelse av om skattyter har hatt en urimelig skattefordel som bør rammes av omgåelsesnormen, må det klart nok tillegges vekt om skattyteren kunne oppnådd (omtrent) det samme på en annen og uangripelig måte”.¹²⁹ At Zimmer synes vise til spørsmålet om skattefordelen er ”urimelig” gjør det imidlertid usikkert om han mener argumentet er aktuelt for grunnvilkåret, og ikke bare i totalvurderingen.¹³⁰ Etter min oppfatning er det trolig totalvurderingen Zimmer i hovedsak tenker på med uttalelsen. Henvisningen til ”uangripelig måte” impliserer at man har vurdert illojaliteten av handlingsalter-

¹²⁸ Kåre Lundeland er inne på det samme i sin analyse av grunnvilkåret i *Reitan*, se Lundeland(2009)

¹²⁹ Zimmer (2009) s. 69 Det kan stilles spørsmål med Zimmers henvisning til en urimelighetsvurdering har dekning i rettspraksis, men gode grunner taler for at dette som faktisk foretas når det spørres om transaksjonen er i strid med skattereglenes formål.

¹³⁰ henvisningen til skattefordelens urimelighet kan forstås som en henvisning til skattefordelens urimelighet i forhold til de aktuelle skattereglene, altså en vurdering tilknyttet totalvurderingen.

nativet. Det har videre formodningen mot seg at rettsanvenderen skal måtte foreta en fullverdig gjennomskjæringsvurdering av et hypotetisk alternativ for så slå fast hvilken vekt det hypotetiske alternativet skal tillegges i bevisvurdering under grunnvilkåret. I *Reitan*, som Zimmer viser til, uttaler Høyesterett at: ”*Man kunne antakelig ha kommet i samme posisjon ved å gjennomføre en fisjon. Den fremgangsmåten som ble valgt, var imidlertid like nærliggende og naturlig.*”, som et ledd i totalvurderingen.¹³¹

Om avhendelsesalternativet også er aktuelt for vurderingen av skattyters *hovedsakelige motiv* og grunnvilkåret, synes etter dette ikke klart. Etter min mening må argumentet ses som en urimelighetsbetraktning, altså et reelt hensyn. Jeg forstår også rettspraksis og Zimmer slik at det er urimeligheten av å gjennomskjære en transaksjon, når det foreligger en like nærliggende transaksjon som ikke kan gjennomskjæres, man ønsker bøte på. Da grunnvilkåret er en bevisvurdering¹³² og en urimelighetsbetraktning er et normativt argument kan ikke argumentet etter min mening trekkes inn som et bevis for eller imot om skattyter er skattemessig motivert. Det skulle tilsi at argumentet ikke er relevant for grunnvilkåret.

Reelle hensyn kan imidlertid trekkes inn i fastsettelse av den rettslige terskelen ”hovedsakelig motiv”, rettanvendelseselementet under grunnvilkåret, se punkt. 3.2. Det tilsier at argumentet er relevant under grunnvilkåret, ettersom terskelen for at skattyter har hatt andre motiver enn skattebesparelser kan være lavere enn i de tilfeller et slikt alternativ ikke eksisterer.

Drøftelsen her viser at argumentet var relevant, og det også under grunnvilkåret. Hvorfor førstvoterende ikke tok stilling til denne anførselen fra COPAS må ses i sammenheng med hvordan førstvoterende vektla de øvrige momentene i gjennomskjæringsvurderingen, se punkt. 4.4.1

¹³¹ Rt. 2008 s. 1510 avsnitt 61

¹³² Jf. Rt. 2012 s. 1888 *Dyvi*

4.3.3 Rettens totalvurdering

4.3.3.1 Oversikt

Førstvoterende starter sin totalvurdering med å vise til at ”formålet med flere sentrale skatteregler [må] trekkes inn”.¹³³ Førstvoterende presiseres videre at det er reglene om skattefri fisjon og fritaksmodellen som er av interesse. Reglene om gevinstbeskatning av innmatssalg finner førstvoterende ”å være uten interesse fordi reglene i fritaksmodellen nettopp har til hensikt å unnta slike gevinster fra beskatning”¹³⁴

I punkt 3.6 ble det fremholdt at også de reglene som skattyter prøver å unngå ved sine disposisjoner var relevante i totalvurderingen. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvorfor ikke gevinstbeskatningsregelen ved innmatssalg var relevant for førstvoterende i *ConocoPhillips II*.

Enkelte skatteadvokater har uttalt seg om spørsmålet. Slåtta synes å mene at gevinstbeskatningsregelen i sktl § 5-1 ved innmatssalg er relevant, men muligens mindre relevant enn formålet bak de skattemessige fisjonsreglene og fritaksmetoden.¹³⁵ Han foretar imidlertid bare illojalitetsvurderingen opp mot fritaksmetoden og fisjonsreglene. Liland gjør det samme.¹³⁶ Når Slåtta og Liland ikke gjør noe mer enn å vise til utgangspunktet om gevinstbeskatning ved innmatssalg, må det forstås dit hen at de ikke tillegger det noe materiell betydning at skattefritt salg av aksjer er i strid med formålet bak sktl. §5-1. En kan se det slik at en ikke oppnår noe mer ved å fokusere på gevinstbeskatningsregelen enn om en fokuserer på om en er innfor eller utenfor fisjonsreglene og fritaksmetoden. Er en utenfor, er det naturligvis hovedregelen som gevinstbeskatning som kommer til anvendelse.¹³⁷

Førstvoterende i *ConocoPhillips II* uttaler heller ikke at gevinstbeskatningsregelen er irrelevant, men bare at den er ”uten interesse”. Det er vanskelig å se for seg at det hadde utgjort en

¹³³ Avsnitt 52

¹³⁴ Avsnitt 53

¹³⁵ Slåtta (2005) s. 136

¹³⁶ Liland (2012) s.340

¹³⁷ En slik betraktning synes å ha gyldighet alle steder skattyter benytter en unntaksregel til å unngå en hovedregel

reell forskjell om førstvoterende også hadde behandlet formålet bak gevinstbeskatningsregelen direkte i domspremissene.

Etter å ha slått fast at formålet bak skattereglene om skattefri fisjon og fritaksmoden var de relevante skattereglene for totalvurderingen går førstvoterende over til å behandle disse nærmere. Allerede i innledningen til gjennomskjæringsvurdering påpeker førstvoterende at staten ville akseptert et aksjesalg uten gjennomskjæring, hvis Tangen 7 hadde vært eiet av et single purpose selskap.

I avsnitt 56 konkluderes det med at *"resultatet av den aktuelle transaksjonen"* ikke er i strid med *"formålet bak fritaksmodellen slik den er beskrevet i forarbeidene"*. I avsnitt 59 kommer førstvoterende til samme konklusjon vedrørende reglene om skattefri fisjon av aksjeselskaper. Om sammenhengen mellom regelsettene uttales det spesifikt at *"betydningen av hensiktsmessig organisering av næringslivet og ønsket om å komme skattemotiverte omorganiseringer til livs, må (...) leses i lys av den senere innførte fritaksmodellen."* Fra avsnitt 60 til 67 foretas vurderinger av at transaksjonene ble foretatt i *tidsmessig nærhet* og *lovgivers holdning til tilpasningen*. Etter eldre terminologi er det dette elementer i den såkalte illojalitetsvurderingen, se punkt. 3.6.

Da førstvoterendes totalvurdering i *ConocoPhillips II* i vesentlig grad er formålsoorientert, er det grunn til å først gi en nærmere fremstilling av formålet bak reglene om skattefri fisjon og fritaksmetoden. I punkt 4.3.3.2 vender jeg tilbake til selve analysen.

4.3.3.2 Fritaksmetoden formål

Fritaksmetoden ble innført for å forhindre at aksjeinntekter ble beskattet flere ganger i en eierkjede med norske selskaper (kjedebeskatning) og den innbar en klar administrativ forenkling i forhold til det tidligere RISK-systemet. Under lovforberedelsene ble det også fremholdt at fritaksmetoden ikke hadde noe usikker side mot EØS-avtalen¹³⁸ og den føyde seg inn i en internasjonal trend ved å innføre skattefritak for aksjeinntekter for selskapsaksjonærer.¹³⁹

¹³⁸ Dette var et usikkert spørsmål i tilknytning til RISK-systemet, Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.53

¹³⁹ Ot.prp.nr.1(2004-2005) s.52flg, Innst.S.nr. 232(2003-2004) punkt. 8.1, St.Meld.nr 29(2003-2004) s. 105flg. og Innst.O nr.10(2004-2005) punkt. 6

Departementet fremholdt i St.meld.nr.29 (2003-2004) punkt 10.4.2.1 at en ved å forhindre kjedebeskatning bedret kapitalmobiliteten og at skattefritak ved aksjesalg forhindret innlåsingseffekter. De samme begrunnelsene ble opprettholdt i proposisjonen.¹⁴⁰ Det var således en klar intensjon ved innføringen av modellen å legge til rette for mest mulig effektiv ressursallokering samt unngå at kapital ble stående i uhensiktsmessige selskapsstrukturer.

4.3.3.3 Formålet bak reglene om skattefri fisjon

Formålet bak de aksjeselskapsrettslige reglene¹⁴¹ om fisjon er å legge til rette for endring fra organisering i ett selskap til flere selskaper der dette forretningsmessig er ønskelig. Reglene om skattefri fisjon har til formål at dette skal kunne gjøres uten skattemessige hindringer.¹⁴²

Den primære begrunnelsen for innføring av omorganisering med skattemessig kontinuitet var å ivareta næringslivet behov for kunne omstille sin organisering til *”enhver tid mest hensiktsmessige måte ut fra bedriftsøkonomiske vurderinger”*. Departementet fremholdt imidlertid at unntak fra *”realisasjonsbeskatning ikke gjøres i større utstrekning enn det som er nødvendig og rimelig for å ivareta næringslivets behov for omstilling*. Det ble særlig pekt på at skattemotiverte tiltak ikke burde komme unntatt under skattefritaket.¹⁴³

Det ble også vurdert å innføre en lovfestet lojalitetsstandard, men det ble ikke gjort. En slik standard fulgte heller ikke av tidligere ulovfestet rett, jf. Rt. 1978 s.1184 *Grecon*, se punkt.2.3. Om forholdet til den ulovfestede gjennomskjæringsnormen uttales det at den *”vil bestå for rent eller nær rent skattemotiverte transaksjoner”*.¹⁴⁴

4.3.3.4 Resultatet av den aktuelle transaksjonen er ikke i strid med formålet

Førstvoterende i *ConocoPhillips II* konkluderer, etter å gått igjennom formålene bak reglene om skattefri omdannelse ved fisjon og fusjon og fritaksmetoden, at reglene i seg selv ikke

¹⁴⁰ Ot. prp. nr. 1 (2004-2005) s. 53

¹⁴¹ Asl.§14-1flg.

¹⁴² Ot.prp.nr.71 (1995-1996) s. 6

¹⁴³ Ot.prp.nr.71(1995-1996) s. 28

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.71(1995-1996) s. 29-30

setter noen begrensninger for bruk av fisjon til å komme i posisjon til å foreta aksjesalg etter fritaksmetoden, jf. avsnitt 60

Gjennomgangen av forarbeidene ovenfor viser at denne konklusjonen er innlysende. For det første svekkes ikke hensynet til kapitalmobilitet ved skattetilpasninger i form av fisjon med etterfølgende aksjesalg, da beskatning ikke har setter en stopper for en ønsket transaksjon. Videre skjer fisjon med etterfølgende aksjesalg på selskapsnivå, som innebærer at transaksjonene ikke medfører noe uttak til aksjonærer av midler fra overdragende eller overtakende selskap, i tråd med fritaksmodellens formål om å unngå kjedebeskatning.¹⁴⁵

I Utv. 2013 s. 768 *Hafslund-Nett* synes retten å ta utgangspunkt i at en transaksjonsrekke som resulterer i et skattefritt salg, ikke er i samsvar med formålet bak reglene om skattefri fisjon. Begrunnelsen synes å være at reglene skal legge til rette for optimal omorganisering med eierkontinuitet. Argumentet er i imidlertid ikke overbevisende ettersom kontinuiteten er ivare tatt på tidspunktet for fisjon. Det er først ved det påfølgende salget at den "brytes" på aksjonærnivået. På dette punkt synes det klart å følge allerede av Rt 1978 s. 1184 *Grecon* og det som ovenfor er sitert fra fissionsreglenes formål at et slikt etterfølgende eierkontinuitetsbrudd ikke kan være avgjørende. De skattemessige effektene av fisjon med etterfølgende aksjesalg synes dermed heller ikke å være direkte i strid med formålet bak reglene om skattefri fisjon, slik de presentert i forarbeidene.

Vurderingstemaet i totalvurderingen er imidlertid videre enn en vurdering av om resultatet av foretatte disposisjoner er strid med formålet eller ikke, se punkt 3.6. Det hadde således vært en utilstrekkelig totalvurdering om førstvoterende hadde stoppet totalvurderingen allerede her. Et trekk ved førstvoterendes argumentasjon er imidlertid at han i stedet for å for å gå rett på en konkret vurdering av skatteytters skattetilpasning og dens egenverdi, foregriper en vurdering som foretas senere i dommen av lovgivers "holdning" til skattetilpasningen.

4.3.3.5 Hadde lovgiver akseptert eiendelssalg i form av fisjon med etterfølgende aksjesalg

¹⁴⁵ Se også punkt. 2.4

Førstvoterende legger til grunn at forarbeidene må tolkes som om lovgiver ”må sies å ha akseptert”¹⁴⁶ skattemotiverte tilpasninger til regelverket i form av fisjon med etterfølgende aksjesalg. Førstvoterende utdyper standpunktet nærmere i avsnitt 66:

”I totalvurderingen av om gjennomskjæring skal foretas mener jeg det ikke kan ses bort fra at lovgiveren med åpne øyne har innført et regelverk som innbyr til nettopp den organisasjonsformen og fremgangsmåten som vår sak er et eksempel på. Samtidig har lovgiveren - etter utførlige vurderinger ved to anledninger - avstått fra å lovfeste regler som kunne begrense rekkevidden av skattefritaket dersom det var ønskelig.”

Det er grunn til å se nærmere på om denne slutningen fra forarbeidene var en holdbar tolkning basert på alminnelige rettskildeprinsipper.

Hugo Matre, Advokat i Schjødt og leder av Skatteklagenemnda ved SFS, har i sin domskommentar framholdt at forarbeidene åpnet for to alternative tolkninger.¹⁴⁷ Enten kan en se lovgivers tilbakeholdenhet som at det ligger en aksept i lovgivers vurderinger. Som et utgangspunkt for en slik tolkning fremholder Matre det prinsipielle utgangspunkt om at gjennomskjæring ikke er hjemmel for å endre lovgivningen, men bare et grunnlag for justere anvendelsesområdet i henhold til skattereglenes formål. Alternativt kan forarbeidene tolkes slik at lovgiver har overlatt den nærmere vurderingen til domstolen. Matre poengterer i den forbindelse at det særlig ved gjennomskjæring vil fremstå som ”*unaturlig å lage egne lovregler om spesifikke sider ved vurderingen eller bestemte disposisjoner.*”

Av lovforarbeidene til fritaksmetoden fremgår det at departementet var klar over tilpasningsmuligheter til fritaksmetoden og det ble derfor signalisert lovtiltak.¹⁴⁸ Om anvendelsen av den ulovfestede gjennomskjæringsnormen fremholdt Finansdepartementet at ”*de kan være grunnlag for skattemessig gjennomskjæring*” i de tilfeller ”*valget av transaksjonsform må*

¹⁴⁶ Avsnitt 59

¹⁴⁷ Hugo Matre (2014)

¹⁴⁸ Ot.prp nr.1(2004-2005) s. 76 og 78

*anses som hovedsakelig skattemessig motivert og illojalt mot formålet bak reglene med skattereglene”.*¹⁴⁹

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at lovgiver ikke mente at alle skattemotiverte transaksjoner skulle gi grunnlag for gjennomskjæring.¹⁵⁰ Det fremheves særlig at aktørene ikke har plikt til å innrette seg slik at de må betale mer skatt enn nødvendig og at *”i mange tilfeller er det heller ikke åpenbart hvilken form som er ”mest riktig” for den aktuelle transaksjon. I praksis vil det derfor være vanskelig for ligningsmyndighetene å nå fram med gjennomskjæringssynspunkter i denne typen saker”*¹⁵¹

I forarbeidene til skattereglene for fusjon og fisjon av selskaper fremhever departementet innledningsvis at *”skattereglene må utformes slik at de ikke motvirker rasjonelle omorganiseringer av det selskapsrettslige rammeverket rundt virksomheter”* og at *”nærmere avgrensninger må skje utfra praktiske hensyn og for å hindre misbruk.”* Videre uttales det:

”For fusjon og fisjon vil den ulovfestede regel innebære at skattefritak og rett til videreføring av skatteposisjoner ikke gjelder dersom formålet med fusjonen eller fisjonen bare er å spare skatt, eller dette skatteformålet er helt dominerende i forhold til andre, forretningsmessige formål. Gjennomskjæringsregelen vil imidlertid vanskelig kunne anvendes i tilfeller hvor omorganiseringen har en viss egenverdi, selv om skattemotivet er større.”

Departementet fremhevet også at terskelen ville ligge høyt da gjennomskjæring er et inngripende tiltak, og det vil være vanskelig å påvise at *”skattemotivet er enerådende eller nært enerådende.”*

En rent språklig forståelse av forarbeidene til både reglene om skattefri omdannelse ved fisjon og fusjon og forarbeidene til fritaksmetoden viser etter min mening ingen tegn på at lovgiver har gitt noen *aksept* for den transaksjonsform COPAS benyttet. Forarbeidene fremhever rik-

¹⁴⁹ Ot.prp.nr.1(2004-2005) punkt. 6.5.6.1

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.1(2004-2005) punkt. 6.5.6.1

¹⁵¹ Ot.prp.nr.1(2004-2005) punkt. 6.5.6.1

tignok, jf. ovenfor, at det ville være vanskelig å nå frem med omgåelses betraktninger. Det er imidlertid en prinsipiell forskjell mellom å vise til varsomhet ved anvendelse av gjennomskjæringsnormen, og det at forarbeidene tilsier at lovgiver har akseptert skattemotiverte tilpasninger til fritaksmodellen og fisjonsreglene. På den annen side sier de heller er ikke noe om når gjennomskjæringsnormen bør anvendes.

Førstvoterende i *ConocoPhillips II* synes å legge avgjørende vekt på at lovgiver hadde vurdert en lovfestet gjennomskjæringsregel, men avstått fra å gjøre dette.¹⁵² Det fremgår av forarbeidene til fritaksmodellen at departementet ikke fant en slik lovfestet gjennomskjærings særlig heldig.¹⁵³ En lojalitetsstandard var også vurdert ved innføringen av reglene om skattefri fisjon, men ingen av forslagene ble innført.¹⁵⁴ Heller ikke senere har noen tiltak blitt gjennomført fra lovgivers side.¹⁵⁵

Til førstvoterendes argument kan det spørres om lovgivers ”kvaler” med innføre en lovfestet regel skal påvirke domstolenes bruk av den ulovfestede gjennomskjæringsnormen.

Det er klar gjeldene rett at den ulovfestede gjennomskjæringsnormen kan virke ved siden av mer spesielle regler mot skattetilpasninger. Et eksempel er her den ulovfestede gjennomskjæringsregel som gjelder side om side med sktl. §14-90 ved overføring av skatteposisjoner uten tilknytning til eiendel eller gjeldspost.¹⁵⁶

En konsekvens av førstvoterendes slutning fra forarbeidene er at den ulovfestede gjennomskjæringsnorms anvendelse synes å begrenses utfra om lovgiver innfører en annet rettsgrunnlag for å motvirke fisjon med etterfølgende aksjesalg. Det ligger prinsipielt ingen automatikk i at det foreligger en slik sammenheng. Det synes like nærliggende å tolke forarbeidene slik at lovgiver overlater og inviterer domstolen til å foreta den nærmere avgrensingen av anvendelsesområdet til den ulovfestede normen.¹⁵⁷ Etter min mening kan derfor heller ikke lovgivers

¹⁵² Avsnitt 66

¹⁵³ Ot.prp.nr.1(2004-2005) punkt. 6.5.6.4 (i)

¹⁵⁴ Ot.prp.nr.71(1995-1996) avsnitt 2.3.5.4

¹⁵⁵ Meld St. 11 (2010-2011) s.103

¹⁵⁶ Se Folkvord (2006) s. 203-211 og Banoun(2003) s. 338

¹⁵⁷ Matre (2014)

tilbakeholdenhet ved å innføre en lovfestet regel mot skattemotiverte tilpasninger til fritaksmetoden, benyttes som argument.

Slik jeg ser det er det imidlertid usikkert om førstvoterende i avsnitt 59 faktisk tolket forarbeidene isolert slik at lovgiver hadde akseptert den transaksjonsformen COPAS benyttet. Uttalelsene i siste halvdel av avsnitt 66 taler for at førstvoterende også så hen til andre rettskildesfaktorer:

*”Ligningsmyndighetene, og domstolene, bør i en slik situasjon etter min oppfatning være varsomme med å anvende den ulovfestede gjennomskjæringsregelen. Jeg viser til det jeg tidligere har uttalt om hensynet til forutberegnelige regler på skatterettens område.”*¹⁵⁸

På dette grunnlag kan førstvoterendes uttalelser trolig tolkes som at førstvoterende mener at legalitetsprinsippets krav til forutberegnelighet og muligens rimelighetsbetraktninger¹⁵⁹ setter stopper for hvor langt domstolene ønsker å gripe inn for å lage millimeterrettferdighet i den enkelte sak.

Dette foranledninger et spørsmålet om hvilken vekt hensynet til forutberegnelighet og legalitetsprinsippet skal ha i gjennomskjæringsaker.

I følge en undersøkelse foretatt av Gjems Onstad i 2001 hadde Høyesterett til da vist til forutberegnelighet i 10% og til legalitetsprinsippet i 2% av skattesakene.¹⁶⁰ Det har videre vært en generell oppfatning at legalitetsprinsippet ikke har vært en sentral avveinings faktor på skatterettens området. Det er allikevel ikke omtvistet at skattlegging innebærer et inngrep fra det offentlig overfor det private og at legalitetsprinsippet danner en ytre ramme for rettsanvendel-

¹⁵⁸ Uttalelsene har støtte i Rt. 1997 s.1580 hvor førstvoterende uttaler at domstolen skal være varsomme med gjennomskjæring der lovgiver lenge har vist interesse for konsekvens av skattetilpasningen.

¹⁵⁹ I Rt. 1970 s. 417 *Derros* synes førstvoterende å benytte rimelighets betraktninger ved sin tolkning av forarbeidene.

¹⁶⁰ Gjems-Onstad (2001) s. 74.

sen innenfor skatteretten. Vernet av økonomiske rettigheter og posisjoner vil imidlertid kunne sies å være lavere enn i saker vedrørende personlige og politiske rettigheter.¹⁶¹

I punkt 3.2 har jeg lagt til grunn at gjennomskjæring dreier seg om rettsanvendelse. Under denne rettsanvendelsen har legalitetsprinsippet etter min mening en sentral plass, men vil ofte fremstå mer som en tolkningsregel som trekkes inn når det trekkes slutninger fra øvrige relevante rettskilder, altså en harmoniseringsfaktor.¹⁶² Når legalitetsprinsippet slik sett opererer skjult i harmoniseringsprosessen, er ikke slike oversikter som den til Gjem-Onstad nødvendigvis betegnende for i hvilken grad legalitetsprinsippet og forutberegnelighetshensyn har influert rettsanvendelsen. At hensynet til forutberegnelighet på skatterettens område generelt må tillegges betydelig vektlagt og presisert av Høyesterett i Rt.1990 s.1293 *Ytterbø*.

Når regelverket for skattefri fisjon ikke stenger for salgsmotiverte fisjoner, og reglene om skattefritt aksjesalg nettopp legger opp til at salg av aksjer skal være unntatt gevinstbeskatning som følge av realisasjon, taler det for at fisjon med etterfølgende aksjesalg er tilpasning som ligger tett opp til kjernen hva som var formålet med reglene. Kravet til vern av skattyters forutberegnelighet synes da å være styrket i tråd med legalitetsprinsippet.

At gjennomskjæring var signalisert i forarbeidene til både fisjonsreglene og fritaksmetoden kan imidlertid tilsi at forutberegnelighetshensyn skal tillegges mindre vekt. Det har videre generelt blitt anført at forutberegnelighet er et verdibasert standpunkt, med samme svakheter som omgåelsesnormen.¹⁶³ Det kan tilsi at en ikke bør benytte forutberegnelighet som et selvstendig argument mot gjennomskjæring, men at hensynet beskyttelsesverdighet bør ses i lys av det konkrete tilfellet.¹⁶⁴ Kanskje kan det konkrete faktum at, bruk av fisjon og etterfølgende aksjesalg ved overdragelse av fast eiendom er blitt vanlig i praksis, tilsi at forutberegnelighet med riktighet ble tillagt vekt i *ConocoPhillips II*.

¹⁶¹ Rt. 1976 s.1 (Kløfta) og Rt. 1996 s.1440 (Thunheim)

¹⁶² Eckhoff(2001) s.368

¹⁶³ Aarbakke (1970) s. 8

¹⁶⁴ Banoun (2003) s.93

Analysen her synes imidlertid å indikere at det vel så mye er rettskilden *reelle hensyn* som *forarbeidene* som begrunner førstvoterendes standpunkt om at skattemotiverte tilpasninger til fritaksmetoden ikke gir grunnlag for gjennomskjæring.

4.3.3.6 Den tidsmessige nærhet

Det fremgår av gjengivelsen av statens anførsler i *ConocoPhillips II* at Staten i sterk grad fremhevet at fisjonsbeslutningen var tatt etter at det var kommet inn bud på eiendommen.¹⁶⁵ Momentet har stått sentralt i en rekke BFU'er fra skattemyndighetene og i teorien.¹⁶⁶ Argumentasjonen har særlig vært at der det går kort tid mellom fisjonen og aksjesalget, synes fisjonen å ha liten egenverdi utover å oppnå den skattemessige konsekvensen av å foreta aksjesalg framfor innmatsalg. Argumentet har dermed blitt brukt til å påvise skattemessig motiv hos skattyter og for å underbygge manglene egenverdi i totalvurderingen. Ved at det ble fokusert sterkt på denne siden av totalvurderingen, ble blant annet resultatet i BFU 36/06 og BFU 47/06 at tilstrekkelig "luft" mellom transaksjonsleddene gjorde at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for gjennomskjæring.

Førstvoterende i *ConocoPhillips II* synes å anlegge en annen tilnærming til spørsmålet og uttaler at *"Det lar seg da vanskelig begrunne at en ellers akseptabel fremgangsmåte skal bli illojal og gjenstand for gjennomskjæring bare fordi fisjonen og salget skjer tilnærmet samtidig."*¹⁶⁷

Etter min mening må uttalelsen tolkes som en uttalelse om tidsmomentets vekt og ikke momentets relevans. Hadde førstvoterende ment at tiden mellom transaksjonene var irrelevant, hadde det vært i strid med lang rettspraksis om gjennomskjæring av flerleddete transaksjoner, jf. blant annet Rt. 1994 s. 492 *Railo* og Rt. 2006 s. 1062 *A*.

Førstvoterendes lave vektlegging av momentet må trolig begrunnes i den motsvarende sterke vektleggingen av transaksjonsrekkens forhold til formålet bak de aktuelle skattereglene, lovgivers holdning til skattetilpasningen og høyesteretts forståelse av sin egen rolle i spenningen

¹⁶⁵ Avsnitt 28

¹⁶⁶ Se. blandt annet BFU 05/05, BFU 4/12 og Gjems-Onstad (2012) s..110

¹⁶⁷ Avsnitt 61.

mellom lovgivende og dømmende makt. Til det hører det også førstvoterende synes å ha tatt hensyn til den kritikk som har kommet i teorien av skattemyndighetenes sterke vektleggingen av dette momentet. Kritikken har særlig fokusert på de lave faktiske virkningene ett slikt tidskille vil skape, da skattyter kun trenger å utsette salget.¹⁶⁸

4.4 Drøftelser i lys av sakens gjenstand

4.4.1 Rettens avveininger - Ble egenverdivurderingen rasjonalisert bort i totalvurderingen?

Et generelt utgangspunkt er at en transaksjonsrekke med manglende egenverdi utover de skattemessige virkningene, lettere vil stå i strid med formålet bak skattereglene. Når skatteyter reduserer sine skatteforpliktelser uten at transaksjonen har tilsvarende forretningsmessige konsekvenser (egenverdi), fremstår det også illojalt mot lovgiver som har forutsatt slike virkninger.¹⁶⁹

Kjernen i spørsmålet om transaksjonsrekken er i strid med formålet bak skattereglene, har derfor i teorien blitt presentert som avveininger mellom om de skattemessige fordeler og de forretningsmessige fordeler av de foretatte disposisjoner. I tilknytning til denne vurderingen, er det en sikkerhetsventil ved at transaksjoner som oppnår skattefordeler og som harmonerer med formålet, ikke rammes av gjennomskjæringsnormen.¹⁷⁰

Denne generelle beskrivelsen av hovedelementene i totalvurderingen synes imidlertid ikke å passe helt på den vurdering førstvoterende foretar i Rt.2014 s.227 *ConocoPhillips II*.

Etter min mening er det særlig to karaktertrekk ved førstvoterendes vurdering som skiller seg ut.

For det første, synes førstvoterende å betrakte gjennomskjæringsspørsmålet ut fra at det foreligger et *valg mellom flere framgangsmåter*. I slike tilfeller har også tidligere rettspraksis vist

¹⁶⁸ Se Slåtta (2005) og Liland (2012)

¹⁶⁹ Banoun (2003) s. 334

¹⁷⁰ Zimmer (2009) s.65-67

at det vil være vanskelig å nå frem med en realitetsvinkling som tilsier *et høyeste skatts prinsipp*. I *ConocoPhillips II* synes den skatterettslige realiteten vel så mye å være den privatrettslige formen skattyter benyttet.¹⁷¹ Et annet eksempel på det samme er Rt. 2008 s. 1510 *Reitan* der den privatrettslige formen ble ansett *nærliggende og naturlig*.

For det andre, synes egenverdivurderingen rasjonalisert bort. Førstvoterende fortolker etter min oppfatning lovverket slik at det åpner for lav egenverdi, se nedenfor og punkt. 3.6. Dommen kan derfor ses i sammenheng med blant annet Rt.1994 s. 492 *Railo* hvor det avgjørende synes å være at *"man befinner seg innenfor rammen av det sedvanebestemte unntaket for fusjoner, og om man oppfatter dette som en svakhet ved lovverket ville det ha vært naturlig å endre loven"*.¹⁷² I slike tilfeller har domstolen også tidligere i stor grad vektlagt lovgivers godtagning av lavere egenverdi, og i mindre grad vektlagt de konkrete virkningene av disposisjonene, herunder den tidsmessige nærheten mellom dem.¹⁷³

Min vurdering er at dommen ikke innebærer noe nytt med hensyn til det overnevnte.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om førstvoterende senker terskelen for hva som er et tilfelle av "godtatt lav egenverdi"¹⁷⁴. Bettina Banoun skrev i 2003 at verken skattemyndighetene eller lovgiver bør *"skjære igjennom et arrangement lovgiver uttrykkelig har akseptert skattekonsekvensene av"*.¹⁷⁵ Analysen i punkt 4.3.3 viser at lovgiver i best fall kunne oppfattes som uklar på hvor det skulle gå en grense for skattemotiverte tilpasninger til fritaksmetoden. Førstvoterende i *ConocoPhillips II* synes imidlertid å mene, i motsetning til Banoun, at det ikke kreves noe mer enn at en indirekte aksept kan innfortolkes og at flere reelle hensyn må trekkes inn når skattereglenes formål skal kartlegges.

Førstvoterende viser dermed etter min mening tydelig at formålet med skattereglene og lovgivers intensjoner ikke nødvendigvis er to like størrelser. I så måte viser dommen at skattemyndighetene ikke alene kan basere seg på uttrykte, men lite konkrete intensjoner i forarbeider om

¹⁷¹ Se punkt 3.2 for kort beskrivelse av form og realitets betraktninger ved gjennomskjæring.

¹⁷² Banoun(2003 s. 335

¹⁷³ De etterfølgende konkrete avveiningene i *Railo* synes ikke å være avgjørende for Høyesterett i den saken.

¹⁷⁴ Begrepet er hentet fra, Banoun(2003) s.334

¹⁷⁵ Banoun (2003) s. 327

å begrense skattemotiverte transaksjoner. Formålet bak skattereglene må også ta opp i seg mer overordnede krav til forutberegnelighet, i lys av legalitetsprinsippet. Det samme må gjelde de tilfeller det vanskelig kan sies å foreligge noe klar intensjon. Formålet bak reglene må rettsanvenderen selvstendig søke gjennom tolkning av de rettskilder som foreligger, og i enkelte tilfeller vil legalitetsprinsippet sette en stopper for å legge til grunn de intensjoner lovgiver har hatt, men som en ikke har maktet å uttrykke i autoritative rettskilder.¹⁷⁶ Om førstvoterendes forståelse er en endring eller korreksjon av tidligere oppfatninger er uklart, men Banouns henvisning til ”uttrykkelig” synes ikke å være treffende for den rettsanvendelsen førstvoterende har foretatt i *ConocoPhillips II*.

Det har tidligere vært fremholdt i teorien at Høyesterett, i liten grad har påpekt at det skal være lovgivers sak å rydde opp i *omgåelsesproblemer*, og at reglene i mellomtiden får anvendes slik de er, etter alminnelige rettskildelære.¹⁷⁷ Einar Harboe fremhever Rt. 2008 s. 1537 *ConocoPhillips* som et unntak. Høyesterett kan her oppfattes som til avventende å gjennomskjære i tilknytning til et regelsett som lovgiver viet betydelig oppmerksomhet og hvor det knapt kan være domstolens jobb å finne fram til en ny systemløsning med usikker forankring i regelverket og lovgivers intensjoner.¹⁷⁸

Førstvoterendes i *ConocoPhillips II* skriver i avsnitt 66 at: ”I totalvurderingen av om gjennomskjæring skal foretas mener jeg det ikke kan ses bort fra lovgiveren med åpne øyne har innført et regelverk som innbyr til nettopp den organisasjonsformen og fremgangsmåten som vår sak er et eksempel på.

Etter min mening må trolig *ConocoPhillips II* også ses som et slikt unntak Harboe taler om. Begge dommene kan ses som uttrykk for at Høyesterett ikke i særlig grad vil vike fra normalvirkninger av lovbestemmelser, når det skattemyndighetene i realiteten prøver å gjennomskjære, er systemkonsekvenser. I *ConocoPhillips* kan skattefordelen som COPAS oppnådde ses som ”baksiden av medaljen” av de fordeler fritaksmodellen førte med seg. Til det hører det at fritaksmodellen var et grunnleggende trekk ved innføringen av ny skattereform i

¹⁷⁶ Eckhoff (2001) s. 71

¹⁷⁷ Harboe (2012) s. 329

¹⁷⁸ Harboe (2012) s. 329

2004/2006. Fritaksmetoden er en del av et mer helhetlig system hvor man innførte 28% beskatning på selskapenes inntekter, og 28% der midlene tas ut av selskapssektoren (nå 27%), til sammen 48,16% (nå 46,74%). En skatteprosent som er ment å stå i samsvar med høyeste skatt for lønnsinntekter. Situasjonen er dermed en annen enn i de tilfeller der lovgiver ikke har greid å gardere seg mot ”små hull” i regelverket som den skattemotiverte skattyter prøver å utnytte. Det er min oppfatning at domstolen i større grad vil utnytte tøyeligheten i rettskildelæren og gjennomskjæringsnormen for å motvirke intuitive illojaliteter mot skattesystemet i disse tilfelle.

Når Høyesterett argumenterer på så generelt nivå forsvinner de mer detaljerte elementene i egenverdivurderingen, og særlig spørsmålet om tiden mellom transaksjonene kan bidra til vurdere egenverdien av mellomledd, se punkt 4.3.3.6. Tidsmomentet har som tidligere nevnt vært fremme i flere BFU’er og underrettssaker vedrørende bruk av fisjon med etterfølgende aksjesalg.¹⁷⁹ Førstvoterendes henvisning til disposisjonenes ”hensiktsmessig[het]” i Rt. 2014 s.227 *ConocoPhillips II* avsnitt 60 kan her være illustrerende.

Det er imidlertid en kjensgjerning at jus ikke kan ses adskilt fra faktum. Oppfatninger om faktum preger jussen og omvendt. Dertil kommer det at en rettsanvender vanskelig kan ta stilling til en transaksjons illojalitet uten å ha noe begrep om disposisjonenes egenverdi.¹⁸⁰

Etter min oppfatning er Rt.2014 s. 227 *ConocoPhillips II* noe uklar på hvordan førstvoterende faktisk oppfattet de transaksjonene COPAS foretok. En fullverdig analyse må derfor også undersøke nærmere om det utgangspunktet førstvoterende bygger sine generelle premisser på i dommen faktisk var en riktig oppfattelse av disposisjonenes virkninger og formål. Dette gjøres nedenfor i punkt 4.4.2 hvor det ses nærmere på førstvoterendes oppfatning av fisjonens rolle i transaksjonskjeden.

¹⁷⁹ Hafslund-Nett, BFU 05/05

¹⁸⁰ Banoun (2003) s. 334

4.4.2 Var fisjonen nødvendig for skattefordelen i ConocoPhillips II?

4.4.2.1 Problemstillingen

Gjennomskjæringsnormen har ikke et fastlagt innhold og det kan heller ikke oppstilles skarpt avgrensede vurderingstemaer, dette er særlig tydelig under totalvurderingen. Gjennomskjæringsnormen har mange nyanser, og rettspraksis viser at de lett glir over i hverandre. Et element som imidlertid går igjen i en eller annen form er en vurdering av om de aktuelle transaksjonene har formål og/eller virkninger utover å bidra til å skape en skattefordel som allerede har vært fremme i ulike former i denne avhandlingen. Gjems-Onstad har med grunnlag i rettspraksis oppstilt en rettsregel som retter seg mot egenverdien av mellomledd i flerleddete transaksjonsrekker, som lyder: *“Med rimelig sikkerhet kan oppstilles den rettsregel basert på rettspraksis om omgåelsesstandarder at forretningsmessige unødvendige mellomledd som bare tjener skatteformål, kan skattemyndighetene se bort fra”* med henvisning til Rt. 2006 s. 1062 som nyeste eksempel.¹⁸¹

Det stilles ikke her spørsmål ved om Gjems-Onstad har grunnlag for å si at det har dannet seg en slik rettsregel eller om det å karakterisere et underordnet vurderingstema i gjennomskjæringsnormen som en rettsregel er en treffende rettslig karakteristikk. Problemstillingen er her om fisjonen i *ConocoPhillips II* ikke hadde noe annet formål en å skape skattefordelen. Eller sakt på en annen måte, om det hadde til formål å bidra til at skattyter kom i posisjon til å foreta et skattefritt salg etter fritaksmetoden og dermed var unødvendig i den forstand at den kun bidro til å skape denne fordelene.

Ved å stille et slikt spørsmål foretar en i realiteten en innsnevring av vurderingsobjektet ved gjennomskjæring, se punkt. 4.3.1 Banoun uttaler i denne sammenheng at det er de forhold som gir skattefordelen som må være utgangspunktet for hva som skal vurderes.¹⁸² Hun viser til en rekke dommer¹⁸³ at egenverdikravet i saker vedrørende lineære tilpasninger til skatte-reglene har blitt anvendt på enkelte transaksjonsledd, slik tilfelle er når en betrakter mellomledd i en transaksjonsrekke.¹⁸⁴

¹⁸¹ Gjems-Onstad(2012) s. 1094

¹⁸² Banoun (2003) s. 301

¹⁸³ Rt. 1978 s. 60, Rt. 1982 s. 789, Rt. 1994 s.499 og Rt. 1994 s. 492

¹⁸⁴ Banoun (2003) s. 302 og 303

4.4.2.2 Nærmere om skattefordelen

”Betegnelsen skattefordel omfatter enhver reduksjon eller utsettelse av skatt, samt enhver økning i inngangsverdier, refusjon av skatt, godtgjørelse eller annet beløp.”¹⁸⁵

Ved fisjon med etterfølgende aksjesalg og spørsmålet om aksjesalget skal omklassifiseres til innmatsalg er det det prinsipielle utgangspunkt at reglene muliggjør to alternative måter å foreta overføring av eiendeler på, salg av aksjer i ”singel purpose” selskap eller salg av eiendel direkte.¹⁸⁶ I Reitan-dommen¹⁸⁷ fremhever førstvoterende at skattyter ikke er forpliktet til å velge den transaksjonsmetoden som utløser beskatning.

Det er videre transaksjonsalternativene og deres rettslige konsekvenser som er vurderingsobjektet under egenverdivurderingen.¹⁸⁸ Banoun uttaler at det må *”være den påståtte skattekonsekvensen relatert til den aktuelle transaksjonen som skal prøves mot lojalitetskravet, og ikke bare transaksjonen isolert sett.”*¹⁸⁹

Ser en dette i sammenheng med hva som skal utgjøre vurderingsobjektet, skulle valget, som blant annet presenteres i Reitan-dommen, stå mellom skattefordelen oppnådd med fisjon med etterfølgende aksjesalg og fraværet av denne skattefordelen ved innmatsalg for skattyter.

Den skattefordelen som har vært utsatt for gjennomskjæring i tidligere rettspraksis og hos ligningsmyndighetene har vært den skattefordelen som har oppstått ved å foreta en fisjon for å komme i posisjon til å foreta et skattefritt aksjesalg.¹⁹⁰ Mellomleddet har fremstått som unødvendig og blitt ansett å være i strid med skattereglenes formål. I Hafslund-Nett-dommen hvor det overtakende selskap etter fisjon ble solgt som aksjer, uttalte tingretten direkte at en av fisjonens virkninger var at det ble lagt til rette for en skattefordel på 17 millioner ved å foreta

¹⁸⁵ Banoun (2003) s. 342

¹⁸⁶ I ConocoPhillips-saken var det også en tredje mulighet i det å selge eiendelene i stedet for å foreta en fisjon, jf. COPAS anførsler, se avsnitt 21

¹⁸⁷ Rt. 2008 s.1510 avsnitt 62

¹⁸⁸ Banoun (2003) s. 299 og 300

¹⁸⁹ Banoun (2003) s.331

¹⁹⁰ BFU 05/05

aksjesalg.¹⁹¹ Resultatet i saken ble at fisjonen og det etterfølgende aksjesalget var i strid med skattereglene, det var dermed grunnlag for gjennomskjæring.¹⁹²

Med henvisning til punkt 2.5 er det aksjesalget som gir den skattemessige fordelingen ved tilpasninger i form av fisjon med etterfølgende aksjesalg, nettopp fordi fritaksmodellen da kommer til anvendelse. Riktignok utelukker ikke dette at forutgående transaksjoner som legger til rette for en skattemessig virkning i et senere transaksjonsledd generelt ikke kan anses å ha et skattemotivert formål, jf. blant annet Rt. 1976 s.302 *Ragelas*.

Skattefordelen i *ConocoPhillips II* synes imidlertid ikke å være preget av at det foretas en fisjon.¹⁹³ Statens resonnement som Høyesterett synes å være enig i er at fisjonen og det påfølgende aksjesalget var nødvendig for å oppnå den skattefrie gevinsten. Førstvoterende mener at det foreligger to alternative transaksjonsmetoder og der det ene alternative innebærer bruk av fisjon for å komme i posisjon til å foreta aksjesalg.¹⁹⁴ Førstvoterende konkluderer med at valget for kjøper fremsto som *hensiktsmessig*, men at det for selger var klart at metoden hovedsakelig var skattemessig motivert.¹⁹⁵ Fisjonen synes dermed å være vurdert i en større sammenheng.

I *ConocoPhillips II*-saken foretar ikke skattyter (COPAS) seg noe for å komme i posisjon til foreta aksjesalget. Eiendommen Tangen 7 lå allerede i COPINAS som var gjenstand for aksjesalget. Videre eide skattesubjektet COPAS allerede aksjer i COPINAS og skattyter gikk således ikke fra eie en eiendel (Tangen 7) til å eie aksjer via en fisjon. De samme aksjene (og dermed eiendommen) kunne derfor vært solgt skattefritt uten den forutgående fisjonen. Det eneste "problemet" syntes å være at kjøper da også får endel andre eiendeler med på kjøpet som det ikke ønsker. Dette er imidlertid ikke et skattemessig "problem", men et forretnings-

¹⁹¹ *Hafslund-Nett*

¹⁹² Dommen er et eksempel på en annen variant av fisjon med etterfølgende aksjesalg, hvor det er det overtagnede selskap som selges. Nærmere om det utgjør en forskjell fra når det overdragende selskap selges i punkt 5.1.

¹⁹³ Hugo Matre (2014)

¹⁹⁴ Avsnitt 51 og 61

¹⁹⁵ Avsnitt 60

messig problem, som følgelig må løses (i dette tilfelle ved en fisjon, men kunne også vært foretatt innmatssalg) ut i fra forretningsmessige begrunnelser.

Drøftelsen av grunnvilkåret ovenfor under punkt. 4.4.1 viser at det trolig var riktig at det var et endelig mål for ConocoPhillips II at Havanacci AS skulle overta aksjer og at skattebesparelsen var det *hovedsakelige formålet* bak det samlede opplegget av disposisjoner. Førstvoterende synes imidlertid ikke å ha vært bevist forhold til fisjonens rolle for å oppnå dette formålet. Hvis skattefordelen ikke er påvirket av fisjonen, ville det i realiteten bare være aksjesalget i seg selv som kan ha skapt skattefordelen.

Fisjonen i ConocoPhillips II synes således ikke å være et nødvendig mellomledd for oppnå den skattemessige virkningen. Det kan dermed se ut som ConocoPhillips-saken i realiteten var nærmere typetilfellet *direkte salg av aksjene i et "singel purpose" selskap framfor innmat*. Denne transaksjonsformen var partene ikke uenige om at gikk klar av gjennomskjæringsnormen.¹⁹⁶ Det synes her tilstrekkelig å vise til drøftelsene ovenfor av fritaksmodellens formål og Rt. 2008 s. 1510 *Reitan* for å bekrefte at gjennomskjæring i et slikt tilfelle hadde vært utelukket, slik også Slåtta.¹⁹⁷

Når ikke fisjonen var nødvendig for å oppnå den skattefordelen som var gjenstand for gjennomskjæringsvurderingen, må det være en logisk slutning at fisjonen i seg selv ikke kan ha hatt et skattemessig formål, men at den, som førstvoterende viser til (imidtild bare for kjøper), hadde en hensiktsmessig funksjon i det å klargjøre det produkt kjøper ønsket å kjøpe. Et formål som må anses å være forretningsmessig eller i det minste ikke-skattemessig også for skattyter.

En kan innvende mot denne konklusjonen at gjennomskjæringsvurderingen "låses" opp til skattesubjektet og kun betrakter fisjonen utfra hvilke disposisjonsalternativer som var mulig for subjektet som Staten ville tilordne skatteplikten etter gjennomført gjennomskjæring i Co-

¹⁹⁶ Rt.2014 s.227 *ConocoPhillips II* avsnitt 47

¹⁹⁷ Slåtta(2005) s. 150

nocoPhillips II. Staten synes å ha skilt dette tilordningsspørsmålet ut fra gjennomskjærings-spørsmålet i saken.¹⁹⁸

Benytter en ikke spørsmålstillingen *unødvendig mellomledd* synes vurderingstemaet å bli et rent spørsmål om fisjon med etterfølgende aksjesalg (den naturlige helhet, jf. Rt. 2006 s.1232 *Telenor*) kan skattemessig omklassifiseres til innmatsalg. Ut fra en slik innfallsvinkel blir utgangspunktet for egenverdivurderingen av fisjonen i *ConocoPhillips II* at utfisjonering gjorde at spørsmålet om gjennomskjæring ble mer aktuelt, fordi salget av aksjene nå fikk større karakter av salg av bare fast eiendom.

Dette ”løser” imidlertid ikke etter min mening *problemene* ved at gjennomskjæringsvurderingen ikke er knyttet til et klart skattesubjekt, og særlig spørsmålet om hvordan man skal forholde seg til ”tilordningsspørsmålet” i gjennomskjæringsvurderingen.

4.4.3 Gjennomskjæring og tilordning

Tilordning er generelt et spørsmål om hvilken skattyter som skal skattlegges for hvilken inntektspost. Utgangspunktet er at det subjekt som etter det underliggende forhold er den berettigede skal tilordnes inntekten.¹⁹⁹ Grensen mellom hva som er spørsmål om tilordning og hva som er anvendelse av gjennomskjæringsnormen kan i enkelte tilfeller være uklar, ofte innebærer omklassifisering etter gjennomskjæringsnormen også en tilordning av skatteplikt.²⁰⁰ I de tilfeller gjennomskjæring innebærer en tilordning må spørsmålet om hvem som skal tilordnes skatteplikten være en del av spørsmålet om hvilke rettsvirkninger/konsekvenser gjennomskjæring skal ha. En åpning for å trekke inn slike argumenter i gjennomskjæringsvurderingen kan sies å følge av Rt.2008 s. 1510 *Reitan* avsnitt 61 og spørsmålet om den ”*fremgangsmåten som ble valgt, var (...) nærliggende og naturlig.*” I teorien har også konsekvensene av gjennomskjæring vært ansett relevant for gjennomskjæringssspørsmålet.²⁰¹

¹⁹⁸ Rt.2014 s. 227 *ConocoPhillips II* avsnitt 32

¹⁹⁹ Zimmer (2009) s.110-111

²⁰⁰ Bla. Rt. 2008 s. 1537 *ConocoPhillips* kan ses som en gjennomskjæringsdom om tilordning, Harboe (2012) s. 148

²⁰¹ Se særlig Liland (2012) s.353

Anders Liland fremholder en rekke konsekvenser ved gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg. Han anfører blant annet at det vil skje en skattlegging tre ganger. Førstegang når fisjonen med etterfølgende aksjesalg blir omklassifisert til direkte innmat salg, andre gang når eiendeler i det overdratte selskapet senere selges direkte og sist når gevinsten av direkte salg deles ut som utbytte til personlige aksjonærer. Etter hans mening er dette direkte i strid med formålet bak fritaksmetoden.²⁰² Han fremholder også at praksis der fisjon med etterfølgende aksjesalg blir utsatt for gjennomskjæring vil kunne medføre at skattytere legger eiendeler i egne ”singel purpose” selskap også i de tilfeller dette ikke er hensiktsmessig, ut fra rent forretningsmessige vurderinger. Dette er etter hans mening i strid med formålet bak reglene om skattefri omdannelse ved fisjon og fusjon som nettopp er å legge til rett for det som er mest ønskelig ut fra forretningsmessige vurderinger.²⁰³

I *ConocoPhillips II* synes imidlertid en enda mer fremtredende konsekvens å gjøre seg gjeldene. Det å foreta gjennomskjæring i et slikt tilfelle medfører som nevnt ovenfor at et selskap som aldri hadde eid annet en aksjer (aksjene i datterselskapet som igjen eide driftsmiddelet) hadde blitt beskattet. I *ConocoPhillips*-saken innebar dette at oljeselskapet ville bli tilordnet en skatteplikt for en eiendom de kun hadde en leieavtale med COPINAS. Det medfører ikke bare en gjennomskjæring av fisjonen som mellomstasjon og aksjeformen som transaksjonens gjenstand, men også en gjennomskjæring av holdingstrukturen mellom mor (COPAS)- og datterselskap (COPINAS).

De hypotetiske konsekvensene av at det hadde blitt foretatt gjennomskjæring i *ConocoPhillips II* er utvilsomt inngripende for skattyter. Videre synes det, som vist ovenfor, å stride mot rettsvernet til et aksjeselskap som et eget rettssubjekt, jf. Rt. 1990 s.958 *Quatro*²⁰⁴.²⁰⁵

Det som her er sagt bør også gjelde tilfelle hvor det opprinnelige selskap fisjoneres i to nystiftede selskaper, mens det selv opphører og et selskapene etter fisjonen selges. I tilfelle gjen-

²⁰² Liland (2012) s. 357-358

²⁰³ Liland(2012) s. 356.

²⁰⁴ Også Ot.prp.nr.16(1991-92) s. 40(Utredning av dr. Juris Magnus Aarbakke)

²⁰⁵ Ble også prosedert av COPAS,

nomskjæring får en et samme spørsmål om hvem som skal skattlegges? Det selskap som er solgt kan vanskelig skattlegges og det andre selskapet har aldri vært eier av eiendommen.

Benytter man spørsmålstillingen i *Reitan* på problemstillingen synes de forutgående drøftelser, etter min mening, å tale sterk for at den privatrettslige form skattyter hadde benyttet fremsto *naturlig og nærliggende* (som skattemessige realitet) tatt i betraktning konsekvensene av gjennomskjæring.²⁰⁶

5 Foreligger det en forskjell mellom der det overtakende eller overdragende selskap selges

I *ConocoPhillips*-saken var det som sagt det overdragende selskap som ble solgt til tredjemand. Tilfellet hvor det overtakende selskap er gjenstand for aksjesalget var tilfelle blant annet i Hafslund Nett-dommen og i BFU 05/05 som tidligere er referert.

Med det *overdragende selskap* siktes det til det opprinnelige selskap hvor eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres fra til et annet (evt. nytt) selskap ved en fisjon. Med *overtakende selskap* siktes til det selskapet(er) som overtar eiendeler, rettigheter og forpliktelser fra det overdragende selskap i forbindelse med en fisjon.

For drøftelsen av om det utgjør en forskjell hvilket selskap som selges etter fisjonen, forutsettes det her at fisjonen er foretatt i umiddelbar nærhet med aksjesalget, og at det ellers ikke er tvil om at disposisjonene kan ses i sammenheng.²⁰⁷ Det forutsettes også at tilordning av skatteplikt ved eventuell gjennomskjæring fortas til det overdragende selskap, når det foretas fisjon med etterfølgende aksjesalg med det overtakende selskap som salgsobjekt.

²⁰⁶ Slik også Utv 1997 s 1159

²⁰⁷ Skattyter på fisjonstidspunktet har vært i kontraktsforhandlinger om salg av innmat, eller i kort tid etter gjennomføringen av fisjonen igangsatt en salgsprosess om salg av aksjene i selskapet.

Ligningsmyndighetene synes å mene at tilfellene skal behandles likt i omgåelsessammenheng. I BFU 8/14 konkluderer Skattedirektoratet etter et langt sitat fra Rt. 2014 s.227 *ConocoPhillips II* at det ikke var grunnlag for gjennomskjæring. Skattyter hadde her presentert det slik at det var det overtakende selskap som ble solgt etter fisjon.

På bakgrunn av det overnevnte og min analyse ovenfor av Rt.2014 s.227 *ConocoPhillips II* er naturlig å knytte noen kommentarer til om disse tilfellene skal behandles likt.

Når det overdragende selskap blir solgt går ikke skattyter (morselskapet) fra å eie eiendom til å eie aksjer, se punkt. 4.4.2. De samme aksjene (og dermed eiendommen) kunne derfor potensielt vært solgt skattefritt uten den forutgående fisjonen. Dette ble under punkt 4.4.2 tatt til inntekt for at fisjonen ikke fremsto som et unødvendig mellomledd, og for at andre hensyn måtte ha vært motiverende for valg av fisjon som fremgangsmåte, hvertfall i *ConocoPhillips II*.

Når det overtakende selskap selges går skattyter (det overdragende selskapet) fra å eie eiendelen direkte til å eie eiendelen gjennom et ”singel purpose selskap”. Etter omstendighetene kan valget av å flytte eiendelen ut i et eget selskap, her lettere fremstå skattemessig motivert.

En annen forskjell er at det som regel ikke oppstår problematiske spørsmål om hvem skal beskattes hvis en ser bort i fra mellomleddet (det overdragende selskap), når det overtakende selskap selges.²⁰⁸ Hvis skatteyter A’s disposisjoner A-B og B-C, gjennomskjæres til A-C, faller skatteplikten for realisasjonsgevinsten på A. Salg av det overtakende selskap virker dermed å være mer likt tidligere dommer om bruk av mellomledd.²⁰⁹ Felles for disse tilfellene er at det selskapet staten har ønsket å beskatte, er det samme som kunne foretatt innmatsalg framfor fisjon og etterfølgende aksjesalg. I *ConocoPhillips II* var det som sagt et annet selskap (morselskapet) som ble tilordnet skatteplikten.

Når det kommer til vurderingen av formålet og lovgivers holdning til tilpasningsformen er det irrelevant om det er det overdragende eller overtakende selskap som selges. Det fremgår ikke

²⁰⁸ I motsetning til det når det overdragende selskap selges, se punkt. 4.4.3

²⁰⁹ Eksempelvis Rt. 1982 s, 789 *Torkildsen*

noe av forarbeidene til reglene om skattemessig fisjon eller til fritaksmetoden som tilsier at lovgiver har sett forskjellig på tilfellene, jeg viser her til analysen i 4.3.3.

Det er således både er likheter og ulikheter i hvordan tilfellene står seg mot den ulovfestete gjennomskjæringsnormen.

Spørsmålet om det er grunnlag for gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg der det overtakende selskap selges, har ikke vært oppe for Høyesterett. Et sentralt spørsmål for om tilfellene skal behandles likt blir derfor hvilken prejudikatsverdi *ConocoPhillips II* skal ha for tilfeller der det overtakende selskap selges.

Ulikheten i fakta mellom der det overdragende eller det overtakende selskap selges kan tilsi at *ConocoPhillips II* ikke skal tillegges prejudikatsverdi på grunn av faktum likhet. Generelt bør en også være varsom med anvende prejudikater på bakgrunn av resultat innenfor skatteretten. Grunnen er at skatteretten er særlig gjenstand for kontinuerlige endringer.²¹⁰ En slik forståelse utelukker imidlertid ikke at premissene i *ConocoPhillips II*, om hvordan en skal vurdere formålet bak reglene om skattefri fisjon, fritaksmetoden og lovgivers holdning til tilpasningsformen, kan ha betydelig prejudikatsverdi.²¹¹ Her blir imidlertid spørsmålet om disse premissene ble skrevet med riktig intensjonsdybde slik enkelte allerede har fremhevet i forbindelse med dommen.²¹² Synspunktet om riktig intensjonsverdi må imidlertid etter min mening ikke overdrives.

Som vist i punkt 4.3 indikerer *ConocoPhillips II* en presisering av at gjennomskjæring ikke skal foretas der det ikke kan rettes noen klare innvendinger mot tilpasningsformen ut fra formålet bak reglene om skattefri fisjon og fritaksmetoden. Framhevelsen av at lovgiver har ”akseptert” tilpasningsformen er et argument vi finner igjen bla. Rt. 2008 s. 1510 *Reitan*. Førstvoterende i *ConocoPhillips II* synes å være av den oppfatning at momenter av konkret art som tidsmomentet, og egenverdien av mellomledd mv. først må tillegges vekt når en har etablert

²¹⁰ Harboe (2012) s.321

²¹¹ Eckhoff s. 165

²¹² Matre (2014)

hvilke premisser forarbeidene eller generelt lovgivers har satt for vurderingen av disposisjonenes egenverdi, se punkt. 4.4.1.

Når det ikke er noe i forarbeidene til reglene om skattemessig fisjon eller til fritaksmetoden som tilsier at lovgiver har sett ulikt på tilfellene, blir det etter min mening tilfeldig å behandle tilfellene forskjellig, selv på bakgrunn av de faktiske forskjeller jeg har fremhevet. Til denne konklusjonen hører det også at gjennomskjæringsregelen bør være et *stoppsignal* for skattemessig omgåelse. Den benyttes ikke så ofte, men legger føringer på hvordan skattytere og deres rådgivere driver skatteplanlegging. Et slikt *stoppsignal* bør ha reelle virkninger. Det vil det neppe bli om vi skiller mellom tilfellene, da det er meget lett for skattyter å tilpasse seg. Alt skattyter trenger å gjøre er å ”snu” fisjonen.

Skattedirektoratets gjør dermed etter min mening korrekt når de legger til grunn at tilfellene skal behandles skattemessig likt: *“(…)den ulovfestede gjennomskjæringsregelen kommer ikke til anvendelse når skattyter benytter skattefri fisjon som mellomledd for å komme i posisjon til å selge innmat/ virksomhet ved salg av aksjer.”*²¹³

Det synes dermed å være opp til lovgiver om skattyter skal nektes å benytte fisjon med etterfølgende aksjesalg ved overføring av betydelige eiendeler.

6 Kildehenvisninger

6.1 Litteraturliste

²¹³ SKD uttalelse av 31.03.2014

- Aarbakke (1970) Magnus Aarbakke, *Omgåelse av skatteregler som rettsanvendelsesproblem*, Lov og Rett, 1970 s. 8
- Banoun (2003) Bettina Banoun, *Omgåelse av skattereglene; en studie av høyesterettspraksis*, Cappelen, Oslo, 2003.
- Bedriftsbeskatning i praksis (2012) Knut Morten Carlsen(red), *Bedriftsbeskatning i praksis*, Fagbokforlaget, Bergen, 2012
- Boe (2010) Erik Boe, *Innføring i juss*, Universitetsforlaget, Oslo 2010
- Dimmen (2007) Ole Andreas Dimmen *Fritaksmetoden – en gavepakke til skatteplanleggerne?* Institutt for offentlig retts skriftserie 8/2007.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff (red.) *Rettskildelære 5.utg v/ Jan E. Helgesen*, Universitetsforlaget 2001, 2.opplag 2005.
- Fleischer (1998) Carl August Fleischer *Rettskilder og juridisk metode*, 1.utg, Gyldendal Akademisk Forlag 1998.
- Folkvord (2006) Benn Folkvord *Skatt ved fusjon og fisjon*. Bergen, Gyldendal Akademisk 2006.
- Folkvord (2007) Benn Folkvord, *Er skattemessig motivasjon et grunnvilkår for gjennomskjæring?* Universitetsforlaget, Skatterett nr. 4 2007 s. 293. (sitert fra idunn.no)
- Gjems-Onstad (2001) Ole Gjems-Onstad, *Norsk Bedriftsskatterett*, 5 utg. Gyldendal Akademisk, Oslo, 2012
- Gjems-Onstad (2012) Ole Gjems-Onstad, *Norsk Bedriftsskatterett*, 8. utg. Gyldendal Akademisk, Oslo, 2012
- Harboe (2012) Einar Harboe, *Skattemessig gjennomskjæring*, Universitetsforlaget, Oslo 2012
- Jensen (2009) Eirik Jensen, *Hva er vurderingsgjenstand etter omgåelsesnormen? – Refleksjoner etter Høy-*

- teretts dom I Norske Conoco-saken*, Tidsskrift i rettsvitenskap: skatterett 2009 nr. 1.(sitert fra idunn.no)
- Liland (2012) Anders H Liland, *Gjennomskjæring av fisjon og etterfølgende aksjesalg – Illojalt eller i strid med skattereglernes formål?*, Universitetsforlaget, Skatterett nr. 4 2012(sitert fra idunn.no)
- Lundeland (2009) Kåre Lundeland Den ulovfestede gjennomskjærings- regel i skatte- og avgiftsretten – Hva med grunnvilkåret i Reitan-dommen? Universitetsforlaget, Skatterett 2009 s. 56.(sitert fra idunn.no)
- Matre (2014) Hugo Matre, *Ulovfestet gjennomskjæring av fisjon med etterfølgende aksjesalg*, Revisjon og regnskap nr. 4 2014
- Riisnes (2014) Christina Riisnes, Janne Sylta Hagen, Valgets kvaler: kjøp og salg av innmat eller aksjer?, Jusspluss,2014,
<http://jusspluss.no/2014/09/valgets-kvaler-kjop-og-salg-av-innmat-eller-aksjer>
[sitert 19.11.2014]
- Slåtta (2005) Bjørn S. Slåtta, *fisjon med påfølgende skattefritt salg av aksjer – spørsmål om skattemessig gjennomskjæring*, Universitetsforlaget, skatterett nr. 2 2005(sitert fra idunn.no)
- Zimmer og Bahr (2006) Frederik Zimmer (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BAHR *Bedrift, selskap og skatt*. 4. Utg. Oslo, 2006.
- Zimmer og Bahr (2014) Frederik Zimmer (red.) i samarbeid med advokatfirmaet BAHR *Bedrift, selskap og skatt*. 6. Utg. Oslo, 2014.
- Zimmer (2009) Frederik Zimmer *Lærebok i skatterett*, 6 utg. Universitetsforlaget, Oslo, 2009.

Zimmer (2014)

Frederik Zimmer *Lærebok i skatterett*, 7 utg.
Universitetsforlaget, Oslo, 2014.

6.2 Lovregister

Asal.	Lov 13.juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)
Asl.	Lov 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)
Sktl.	Lov 26.mars 1999 nr.14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)
EØS-Avtalen	Inkorporert ved Lov 27.november 1992 nr.109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
Mval.	Lov 19 juni 2009 nr.58 om merverdiavgift (merverdiavgiftsloven)

6.3 Lovforarbeider

Ot.prp.nr. 16 (1991-1992)	Oppfølging av skattereformen 1992
Ot.prp.nr. 71 (1995-1996)	Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper
Ot.prp.nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer
Ot.prp.nr. 1 (2005-2006)	Skatte- og avgiftsopplegget 2006 – lovendringer
Prop.1 LS (2011-2012)	Skatter, avgifter og toll 2012
Innst.S.nr. 232 (2003-2004)	Innstilling fra finanskomiteen om skattereform
Innst.O.nr. 10 (2004-2005)	Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer
Innst.4 L (2011-2012)	Innstilling fra finanskomiteen om skatter og avgifter 2012 – lovendringer
St.meld.nr. 29 (2003-2004)	Melding til Stortinget om skattereform
	Melding til Stortinget om evaluering av skatte-reformen 2006

6.4 Domsregister

Høyesterett

Rt. 1921 s. 462

Rt. 1925 s. 472

Rt. 1963 s. 478

Rt. 1966 s. 1089

Rt. 1976 s.1

Rt. 1976 s. 302

Rt. 1978 s. 60

Rt.1978 s.1184

Rt.1982 s. 789

Rt. 1990 s.958

Rt.1990 s. 1293

Rt.1993 s. 173

Rt.1994 s. 492

Rt.1996 s. 1440

Rt.1997 s. 1580

Rt.1999 s. 946

Rt.2002 s. 456

Rt.2004 s. 1331

Rt.2006 s. 1062

Rt.2006 s. 1199

Rt.2006 s. 1232

Rt.2007 s. 209

Rt.2008 s. 1510

Rt. 2008 s. 1537

Rt.2012 s. 1888

Rt.2014 s. 227

Siraco

Vestlandske Vassdrag

Kløfta

Ragelas

Smedstad

Grecon

Torkildsen

Quatro

Ytterbø

Phønix

Railo

Thunheim

Zenith

ABB

Hydro Canada

Aker Maritim

A

Nagell-Erichsen

Telenor

Hex

Reitan

ConocoPhillips

Dyvi

ConocoPhillips II

Lagmannsretten

LG-2011-204215

Tingretten

TSTAV-2010-15009(Stavanger Tingrett)

Utv. 2011 s. 1659(Oslo Tingrett)

Utv. 2013 s. 768(Oslo Tingrett)

Hafslund-Nett

6.5 Administrative uttalelser, bindende forhåndsuttalelser og rundskriv

Administrative uttalelser

SKD uttalelse av 31.03.2014

Høyesteretts dom av 12. mars 2014 (Tangen 7) – Skattedirektoratets domskommentar avgitt 31.03.2014

Bindende forhåndsuttalelser

BFU 05/05

Spørsmål om den skattemessige behandlingen ved utfisjonering og etterfølgende salg av aksjene (skatteloven § 2-38 og ulovfestet gjennomskjæring)

BFU 36/06

Fisjon, overføring av aksjer etter overgangsregel E og etterfølgende salg av aksjer, spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring

BFU 47/06

Spørsmål om salg av innmat rammes av skatteloven § 14-90 eller av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen

BFU 4/12

Aksjesalg og etterfølgende fisjon – ulovfestet gjennomskjæring

BFU 8/14

Skattefri fisjon og påfølgende aksjesalg – spørsmål om ulovfestet gjennomskjæring

Rundskriv

Rundskriv G 06/2005

Den tinglysningsmessige fremgangsmåten
når fast eiendom blir overført i forbindelse
med fusjon, fisjon og omdanning

6.6 Personlige meddelelser

Eirik Jensen(Advokat, Partner Kluge)

E-post den 6 November 2014