



# NORGES HØYESTERETT

Den 12. september 2012 avsa Høyesterett dom i

**HR-2012-01759-A, (sak nr. 2012/492), sivil sak, anke over dom,**

Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter (advokat Morten Søvik)

mot

Statoil Holding AS (advokat Harald Willumsen)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Endresen**: Saken gjelder spørsmål om fradrag for tap ved avhendelse av et heleiet tysk kommandittselskap kan nektes med den begrunnelse at det tyske selskapet ved anvendelse av fritaksmodellen i skatteloven § 2-38, må anses å tilsvare et norsk aksjeselskap.
- (2) Fritaksmodellens siktemål er å forebygge kjedebeskatning av selskapsinntekter. Motstykket er at selskapene ikke kan kreve fradrag for tap i en situasjon der gevinsten ville vært omfattet av fritaksordningen. Avgjørende for ankemotpartens fradragsrett er følgelig om investeringen i det tyske selskapet etter sin art faller inn under fritaksordningen.
- (3) Norsk Hydro Produksjon AS ervervet ved utgangen av 2001 det tyske aluminiumskonsernet VAW Aluminum AG. Oppkjøpet ble gjort ved at det ble etablert et tysk kommandittselskap som tysk konsernspiss. Selskapet ble etablert med Norsk Hydro Produksjon AS som kommandittist og med et tysk GmbH (selskap med begrenset ansvar) som komplementar. Komplementarselskapet, som også var eiet av Norsk Hydro Produksjon AS, hadde ingen eierandel i kommandittselskapet, men var likevel fullt ansvarlig for selskapets forpliktelser.

- (4) Eierinteressene i den tyske virksomheten ble i 2002 overdradd til Norsk Hydro Holding AS (NHH). Overføringen skjedde ved at kommandittandelen ble overført. Norsk Hydro Produksjon AS fortsatte som eier av komplementarselskapet.
- (5) Både det tyske kommandittselskapet og komplementarselskapet har i den aktuelle periode skiftet navn flere ganger. Jeg benytter det navn selskapene hadde i 2005. Kommandittselskapet hadde da navnet Norsk Hydro Deutschland GmbH & Co. KG (NHD), og komplementarselskapet het Norsk Hydro Deutschland Verwaltung GmbH (HAH).
- (6) Selskapskapitalen i NHD var 10 000 euro, 80 000 kroner etter datidens kurs, men innbetalt egenkapital var i 2005 i størrelsesorden 8,7 milliarder kroner. Selv om NHHs ansvar var begrenset til selskapskapitalen, var altså den økonomiske eksponering meget betydelig. HAHs egenkapital bestod av en aksjekapital på 25 000 euro eller ca. 200 000 kroner.
- (7) Tysk lovgivning åpner for at et kommandittselskap etableres med en kommandittist med 100 % eierandel og med en komplementar uten eierandel. Komplementaren, som har ubegrenset ansvar, kan, som i Norge, være et selskap med begrenset ansvar.
- (8) I tråd med de alminnelige tyske regler for kommandittselskaper, ble NHD representert av HAH, som også forestod den daglige ledelse for kommandittselskapet. Etter selskapsavtalen lå også selskapets styrefunksjoner langt på vei til HAH, men tilsynsrådets funksjon modifiserte dette. Selskapsmøtet hadde primært en rolle tilsvarende generalforsamlingen i et aksjeselskap. Selskapsmøtet hadde imidlertid kompetanse til å gi HAH instruksjoner av generell karakter så vel som i konkrete saker.
- (9) I HAH er det også et tilsynsråd. Tilsynsrådets oppgave er ikke begrenset til HAH, men har en selvstendig funksjon som tilsynsråd også for kommandittselskapet. De fremlagte protokoller for møter i tilsynsrådet gir klart inntrykk av at disse møtene langt på vei har hatt karakter av "styremøter". Tilsynsrådets faktiske funksjon var ikke begrenset til kontroll; diskusjonene var også fremadskuende.
- (10) HAH hadde ingen andel i tap eller overskudd, og ikke krav på noen andel av et likvidasjonsutbytte. Etter selskapsavtalen fikk HAH dekket de faktiske utlegg pådradd i NHDs interesse, og skulle dessuten ha en årlig godtgjørelse på 5 % av HAHs innbetalte aksjekapital – 10 000 kroner. Godtgjørelsen var fast og ikke betinget av at kommandittselskapet oppnådde et positivt resultat. Da HAH ikke hadde anledning til å drive noen annen form for virksomhet, var det dermed ikke noen mulighet for en kapitaloppbygging av betydning i selskapet. HAH hadde heller ikke stemmerett på selskapsmøtet.
- (11) Etter tysk rett ble HAH likevel ansett som deltaker med den konsekvens at kommandittselskapet ikke ble ansett som et eget skattesubjekt.
- (12) Som et ledd i omstruktureringen av Hydrokonsernet med sikte på å kunne fusjonere olje- og gassdivisjonen med Statoil, ble kommandittandelen overdradd fra NHH til Hydro Aluminium AS. Ved denne transaksjonen oppstod det et tap på 1 653 858 000 kroner. Da fusjonen med Statoil ble en realitet, ble NHH overdradd til Statoil, og endret da navn til Statoil Holding AS. Jeg refererer likevel også i fortsettelsen til selskapet som NHH.

- (13) NHH krevde ved ligningen for 2005 fradrag for det tap som oppstod ved den interne omstruktureringen. Tapsfradraget ble nektet ved den ordinære ligningsbehandling idet ligningsnemnden fant at det tyske kommandittselskapet var et selskap tilsvarende et norsk aksjeselskap, og at investeringen da falt inn under fritaksmodellen, jf. skatteloven § 2-38. Ligningsvedtaket ble påklaget til skatteklagenemnden, som fastholdt ligningen.
- (14) NHH reiste søksmål for Oslo tingrett for å få skatteklagenemndens vedtak opphevet. Søksmålet førte ikke frem, og tingretten avsa 21. september 2010 dom med slik domsslutning:
- "1. Staten v/Sentralskattekontoret frifinnes.**
- 2. I sakskostnader betaler Statoil Holding AS innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen sakskostnader til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter med kr. 384 687,50 – trehundreogåttifiretusensekshundreogåttisju 50/100 –."**
- (15) NHH anket tingrettens dom til Borgarting lagmannsrett, som 10. januar 2012 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. Statoil Holding AS' (tidl. Norsk Hydro Holding AS) ligning for inntektsåret 2005 oppheves. Ved ny ligning skal Statoil Holding AS (tidl. Norsk Hydro Holding AS) innrømmes fradrag for tap ved realisasjon av andel i Norsk Hydro Deutschland GmbH & Co. KG.**
- 2. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter betaler saksomkostninger for lagmannsretten til Statoil Holding AS (tidl. Norsk Hydro Holding AS) med 494 425 – firehundreognittifiretusensekshundreogtjuefem – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen.**
- 3. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter betaler saksomkostninger for tingretten til Statoil Holding AS (tidl. Norsk Hydro Holding AS) med 574 610 – femhundreogsyttifiretusensekshundreogti – kroner innen to uker fra forkynnelsen av dommen."**
- (16) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter har anket lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett. Anken gjelder i hovedsak rettsanvendelsen. På enkelte mindre punkter bestrides også lagmannsrettens bevisbedømmelse. Disse bevisspørsmålene er imidlertid uten betydning for saken, og vil ikke bli berørt i det følgende.
- (17) Det er for Høyesterett fremlagt en del ny dokumentasjon, herunder regnskapsmateriale og en nærmere redegjørelse for tysk rett på det aktuelle området. For Høyesterett har staten gjort gjeldende at lagmannsrettens domsslutning må endres selv om anken ikke fører frem. Bakgrunnen for denne anførselen er at det opplyses å kunne bli aktuelt å nekte fradrag for tapet på et alternativt grunnlag. Slik jeg ser saken aktualiseres ikke problemstillingen, og jeg gjengir da heller ikke partenes ulike syn på dette spørsmålet.
- (18) For lagmannsretten gjorde ankemotparten som et selvstendig grunnlag gjeldende at det tyske kommandittselskapet måtte anses som et kommandittselskap også etter norsk rett. Anførselen er ikke opprettholdt for Høyesterett. Saken står for øvrig i all hovedsak i samme stilling for Høyesterett som for de tidligere retter.

- (19) Den ankende part, *staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (20) Det tyske selskapet kan ikke sies å tilsvare et norsk kommandittselskap. Lagmannsretten har gitt en fullt dekkende begrunnelse for dette, og anførselen om at selskapet også etter norsk rett kan anses som et kommandittselskap, er ikke opprettholdt for Høyesterett. Spørsmålet i saken er om det tyske kommandittselskapet kan sies å tilsvare et norsk aksjeselskap.
- (21) HAH kan ikke anses som deltaker i det tyske kommandittselskapet. HAH har ingen eierandel, ikke noe innskudd og ingen andel i selskapets overskudd eller tap. At HAH er ansvarlig for kommandittselskapets forpliktelser, kan ikke føre til et annet resultat; ikke minst må dette gjelde når ansvaret knapt nok er en realitet. Før HAHs ansvar kan bli en realitet, må NHD først tape egenkapitalen på 8,7 milliarder.
- (22) NHD har da bare én deltaker, og denne deltakeren har et begrenset ansvar. NHD oppfyller dermed aksjelovens definisjon av hva som er et aksjeselskap, og dette må i seg selv være avgjørende for at selskapet i forhold til bestemmelsen i skatteloven § 2-38 må sies å tilsvare et norsk aksjeselskap. Lovens forarbeider gir anvisning på en konkret helhetsvurdering, men de øvrige hensyn vil ikke kunne føre til et annet resultat enn det som følger av ansvarsformen.
- (23) På grunnlag av en bredere vurdering kom lagmannsretten til at det er for store ulikheter mellom et norsk aksjeselskap og NHD til at dette selskapet kan sies å være et tilsvarende selskap. Dette er feil rettsanvendelse.
- (24) Lagmannsretten har riktig lagt til grunn at vurderingen må gjøres med basis i norsk rett, men basert på de faktiske kjennetegn ved det utenlandske selskapet slik dette faktisk er regulert etter tysk rett. Den tyske klassifisering må det sees bort fra.
- (25) Det er ikke tilstrekkelig å foreta en abstrahert vurdering av det formelle regelverk. De reelle forhold i det aktuelle selskap må inngå i vurderingen.
- (26) Når det først er konstatert at HAH ikke er deltaker, kan tysk regulering av kommandittselskaper vanskelig ha noen relevans for tilsvarende-vurderingen. Det er heller ikke grunn til å trekke inn i vurderingen hva som måtte bli konsekvensen av en oppsigelse av selskapsavtalen fra HAHs side. Selskapet må bedømmes ut fra hvordan det faktisk opererte på transaksjonstidspunktet. Det følger for øvrig direkte av selskapsavtalen § 10 at kommandittselskapet kan videreføres etter en oppsigelse fra komplementaren.
- (27) Lagmannsretten har lagt altfor stor vekt på ulikhetene i hvordan ledelse og styring er organisert i henholdsvis norske aksjeselskaper og i NHD. At disse spørsmål er løst på ulik måte i Norge og Tyskland er klart nok uten betydning ved vurderingen av om et tysk AG eller et GmbH må anses tilsvarende et norsk aksjeselskap. Det må også legges vekt på at det er tale om rent formelle forskjeller, og at styring og ledelse av NHD fullt ut er kontrollert av Hydro-konsernet. Det understrekes i denne sammenheng at forarbeidene forutsetter at de avvikende løsninger må gjelde sentrale forhold, for at disse ulikhetene skal kunne føre til at selskapet ikke skal kunne anses å tilsvare det norske selskapet det sammenlignes med.

- (28) EØS-avtalens forbud mot forskjellsbehandling, jf. artiklene 31 og 34 om etableringsretten og artikkel 40 om fri bevegelighet av kapital, er også til hinder for at investering i et utenlandsk selskap skal bedømmes annerledes enn en investering i et tilsvarende nasjonalt selskap.
- (29) EØS-avtalen stiller også krav om at reglene utformes slik at det oppnås en tilfredsstillende forutberegnelighet. Det er uforenlig med dette krav å introdusere en ikke definert selskapsform som forutsettes å ligge et sted mellom et aksjeselskap og et kommandittselskap.
- (30) Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter har nedlagt slik påstand:
- "1. Tingrettens dom stadfestes.**
- 2. Staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett."**
- (31) Ankemotparten, *Statoil Holding AS*, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (32) Lagmannsrettens tilnærming til den "tilsvarende-vurdering" som skal foretas i forhold til skatteloven § 2-38, er systematisk sett riktig. Det er ut fra lovteksten og lovens forarbeider klart at sammenligningen ikke kan begrenses til ansvarsspørsmålet og til en vurdering av deltakelse i overskudd og underskudd. Det må også tas i betraktning hvordan den utenlandske enheten rent faktisk opererer og er organisert. Det fremheves i denne sammenheng at det så sent som i Meld. St. 11 2010–2011, side 111, understrekes at også organisasjonsmessige forhold, selskapsrettslig struktur og selskapsrettslige særegenheter vil kunne inngå i den helhetsvurdering som må foretas.
- (33) I tilsvarende-vurderingen skal NHDs faktiske egenskaper i forhold til vedtekter og tysk rett vurderes mot kravene etter norsk selskapsrett blant annet i relasjon til
- ansvar utad og kreditorenes dekningsmuligheter
  - organisering/ledelse
  - skattemessig behandling (transparens).
- (34) Det gjøres særskilt gjeldende at spørsmålet om hvorvidt HAH kan anses som deltaker i NHD må avgjøres etter de tyske regler, og at det da er utvilsomt at slik deltakelse foreligger.
- (35) Ved tilsvarende-vurderingen kan det ikke legges vekt på den særnorske regulering av kommandittselskaper etter selskapsloven av 1985. Det gir bedre veiledning å se hen til rettstilstanden forut for lovreguleringen.
- (36) Ved den konkrete vurdering må det være riktig å ta utgangspunkt i at NHD er et tysk kommandittselskap, som i de fleste henseende er bygget opp på samme måte som et norsk kommandittselskap. Selskapet må, ved korrekt anvendelse av tyske skatteregler, anses undergitt deltakerligning. Om dette etter EU-domstolens avgjørelse i Aberdeen-saken ikke i seg selv utelukker at NHD kan anses å tilsvare et norsk aksjeselskap, vil det fortsatt være et tungtveiende hensyn i den overordnede vurdering.
- (37) Komplementarselskapet er etter tysk rett deltaker i selskapet, og dette må legges til grunn også ved tilsvarende-vurderingen. HAH var et nødvendig element i

selskapskonstruksjonen. Uten dette selskapets deltakelse kunne kommandittselskapet ikke vært etablert, og HAH kan ved oppsigelse av selskapsforholdet fremtvinge oppløsning av selskapet. Ledelse og styring av kommandittselskapet er overlatt til HAH, som altså har en helt sentral funksjon for kommandittselskapet. Viktige beslutninger kan ikke treffes i NHD, heller ikke i selskapsmøte. Tilsynsrådet er også oppnevnt av HAHs eiere og av de ansatte. Det er da full dekning for lagmannsrettens sammenfatning:

**"NHD er strukturert og organisert på en måte som skiller seg fra et norsk aksjeselskap på sentrale punkter og kan derfor ikke anses som et "tilsvarende utenlandsk selskap" i forhold til et norsk aksjeselskap."**

- (38) Lagmannsrettens tilnærming har klar støtte i forarbeidene til skatteloven § 2-38, og dette er fulgt opp i en rekke uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet. Det er et gjennomgående punkt i disse uttalelsene at selskapsrettslige og strukturelle likheter/ulikheter må vurderes.
- (39) Ulikhetene mellom et tysk kommandittselskap og et norsk aksjeselskap er så fundamentale at det ikke blir meningsfullt å drøfte EØS-avtalens krav til likebehandling. Ved en slik vurdering ville for øvrig det tyske selskapet måtte vurderes etter tysk rett.
- (40) Statoil Holding AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
  - 2. Statoil Holding AS (tidl. Norsk Hydro Holding AS) tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**
- (41) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (42) Da det ble avklart at våre forpliktelser etter EØS-avtalen gjorde at den tidligere godtgjørelsesmodell ikke kunne opprettholdes uten at også skattepliktige i andre EØS-land ble omfattet, ble ønsket om å forebygge kjedebeskatning av selskapsinntekter i stedet søkt ivaretatt ved en skattefritaksordning. Fritaksordningen er nærmere regulert i skatteloven § 2-38, og forholdet til EØS-avtalen er ivaretatt ved at utenlandske selskaper som tilsvare de norske selskaper som falt innenfor ordningen, ble omfattet – både på subjekt-siden og på objekt-siden. Jeg skal i det følgende utdype hva som må vektlegges ved denne tilsvarende-vurderingen.
- (43) Det gjelder en rekke særregler for investeringer i lavskatteland utenfor EØS. Særreglene har ingen relevans for saken her, og jeg ser bort fra disse i omtalen av regelverket.
- (44) For at NHHs salg av NHD skal falle inn under fritaksordningen, må NHD anses som et selskap tilsvarende et norsk aksjeselskap, jf. skatteloven § 2-38 andre ledd.
- (45) Da fritaksordningen ble innført for skatteåret 2005, som denne saken gjelder, var ordningen begrenset til å omfatte fritak for aksjegevinster og utbytte fra aksjeselskaper. Allerede for skatteåret 2006 ble fritaksordningen utvidet til også å omfatte andel i deltakerlignet selskap. Den opprinnelige avgrensning synes imidlertid å ha vært et utslag av at man først regulerte det som ble ansett mest presserende, og utvidelsen for det påfølgende skatteår fremstår som en naturlig videreføring, som bygger på den samme

prinsipielle begrunnelse. Jeg kan ikke se at noe i denne prosessen kan bidra til å klargjøre hvordan "tilsvarende" skal forstås.

- (46) Ved den nærmere avgrensning av hva som må anses som et "tilsvarende" selskap, gir heller ikke ordlyden noen veiledning. Visse retningslinjer for skjønnet er imidlertid gitt i Ot.prp. nr. 1 (2004–2005), side 59:

**"Hvorvidt en utenlandsk juridisk person skal anses å tilsvare et norsk selskap mv. som omfattes av fritaksmetoden som subjekt eller investeringsobjekt, må vurderes konkret. Utenlandske selskaper vil normalt ikke være underlagt identiske regler som norske. Dette er ikke til hinder for at utenlandsk selskap skal kunne anses som tilsvarende under fritaksmetoden, såfremt lovgivningen i utlandet ikke på sentrale punkter gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for den norske selskapsformen som det sammenlignes med. Det må også tas i betraktning hvordan den utenlandske enheten rent faktisk opererer og er organisert.**

**Dersom det utenlandske selskapet ville blitt deltakerlignet etter norske regler, jf. skatteloven §§ 10-40 flg., må det også i forhold til fritaksmetoden legges til grunn at selskapet ikke skal anses som et eget skattesubjekt. Det vises til avsnitt 6.5.5 og 6.5.9. "**

- (47) Dette er senere fulgt opp i Finansdepartementets stortingsmelding om evaluering av skattereformen 2006, Meld. St. 11 (2010–2011). Kapittel 9 i meldingen gjelder fritaksmetoden, og kravet om at et utenlandsk selskap skal tilsvare et norsk selskap er behandlet i punkt 9.8.3. Departementet fremhever som en oppsummering at sammenligningen må skje etter en konkret helhetsvurdering, se side 111 første spalte hvor det heter:

**"Det må understrekes at sammenligningen av norske og utenlandske selskaper skal skje etter en konkret helhetsvurdering. Det kan dermed tenkes andre faktorer ved det utenlandske selskapet enn dem som er nevnt ovenfor, som kan indikere større eller mindre grad av likhet med kvalifiserende norske selskaper. Slike faktorer kan for eksempel være type organisasjon/struktur eller selskapsrettslige særegenheter."**

- (48) Både i proposisjonen og i meldingen gis det klar anvisning på at sammenligningen må gjøres på grunnlag av en klassifisering av det utenlandske selskap basert på norsk rett. Som lagmannsretten påpeker, må denne klassifiseringen likevel baseres på den faktiske posisjon de ulike parter har til det tyske selskapet. Klassifiseringen må bygges på de ulike involverte parters deltakelse i ledelsen av selskapet, ansvaret for selskapets forpliktelser og deltakelse i overskudd og underskudd, og denne avklaringen av partenes posisjoner skjer med bakgrunn i tysk rett.
- (49) Partene i saken synes for Høyesterett i all hovedsak enige om denne tilnærming. Ankemotparten har imidlertid opprettholdt det synspunkt at det må legges til grunn at HAH er deltaker i NHD allerede av den grunn at dette følger av tysk selskapsrett. Jeg finner det klart at dette ikke kan legges til grunn. Spørsmålet om HAH kan anses som deltaker må anses å utgjøre en integrert del av klassifiseringen av det tyske kommandittselskapet etter norsk rett.
- (50) Ankemotparten har anført at NHD anses som et transparent selskap etter tysk rett, og at dette må ha betydning for tilsvarende-vurderingen. Jeg kan heller ikke se at et slikt syn er forenlig med at klassifiseringen skal skje etter norsk rett.

- (51) Finansdepartementet synes i den første tiden etter at de nye reglene ble gitt, å ha oppstillet to vilkår for å anse et utenlandsk selskap som et subjekt som kvalifiserer til fritak etter de norske reglene. Det ble oppstillet som krav at det utenlandske selskap måtte bli behandlet som et selvstendig skattesubjekt, og at det faktisk ble undergitt beskatning i sitt hjemland.
- (52) Jeg finner under ingen omstendighet grunn til å gå nærmere inn på disse uttalelsene fra Finansdepartementet. Ved EU-domstolens dom av 18. juni 2009 i Aberdeen Property-avgjørelsen, sak C-303/07, ble det fastslått at de skattemessige forhold i det utenlandske selskaps hjemland ikke kan tjene som grunnlag for å behandle selskapet på annen måte enn et tilsvarende selskap i beskatningslandet. Etter Aberdeen-avgjørelsen bekreftet Finansdepartementet først i en uttalelse 16. desember 2009 at det at et selskap i en EØS-stat hadde alminnelig skattefritak i sitt hjemland, ikke var til hinder for at det kunne anses å tilsvare et norsk selskap, og derved falle inn under fritaksordningen. I en uttalelse 3. november 2011 bekreftet departementet så at det ikke er et selvstendig vilkår at det utenlandske selskap blir ansett som et selvstendig skattesubjekt i sitt hjemland; det vil være tilstrekkelig at det utenlandske selskap er selskapsrettslig etablert i en EØS-stat. Det avgjørende vil være den tilsvarende-vurdering som skatteloven § 2-38 gir anvisning på. Jeg er enig i at dette bygger på en riktig forståelse av skatteloven § 2-38, og legger dette til grunn.
- (53) Det følger klart nok av proposisjonens påpekning av at det skal foretas en "konkret" vurdering at det ikke er tilstrekkelig å se hen til den generelle lovregulering i de to land. Det må også ses hen til de valg eierne har gjort innenfor de tillatte rammer, og det må tas hensyn til forholdet mellom de ulike involverte parter, slik dette er etablert ved selskapsavtalen. Anvisningen på en konkret vurdering kan imidlertid ikke sees som en oppfordring til å foreta en nærmere vurdering av de økonomiske og styringsmessige realiteter i det utenlandske selskap.
- (54) En betydelig tilbakeholdenhet med hensyn til å trekke de styringsmessige og økonomiske realiteter for det aktuelle selskap inn i tilsvarende-vurderingen, må også sies å være best overensstemmende med EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis. Domstolene har, for å søke å effektivisere kravet til reell likebehandling, bygget på at regler som skal anvendes både overfor nasjonale selskaper og selskaper i andre EØS-stater, må være så vidt mulig klare og forutberegnelige.
- (55) Det er i denne sammenheng også relevant at Høyesterett i flere saker har påpekt at det enkelte selskap i et konsern må undergis en selvstendig vurdering uavhengig av konserntilknytningen. Særlig eksplisitt er dette uttrykt i Rt. 2002 side 456:

**"Staten har anført at som følge av styringssystemet innenfor Hydrokonsernet beholdt Hydro kontrollen over Hydro Canada til tross for overdragelsen av aksjene til Hydro Danmark, og at det derfor ikke foreligger noe endelig konstatert tap. Dette er jeg ikke enig i. Etter det som er opplyst, er Hydrokonsernet inndelt i divisjoner som går på tvers av den formelle selskapsstrukturen, og beslutninger av strategisk karakter for virksomheten i datterselskapene blir truffet av Hydro. Etter min oppfatning kan man imidlertid ikke på dette grunnlag betrakte Hydrokonsernet som en enhet. Hydro Danmark er et eget skattesubjekt, og etter aksjeoverdragelsen er det dette selskapet som har utøvd aksjonærrettighetene i Hydro Canada. Den kontroll som Hydro etter aksjeoverdragelsen hadde over Hydro Canada, er som nevnt basert på at Hydro eide alle aksjene i Hydro Danmark. Det at beslutninger av strategisk karakter for virksomheten i datterselskaper blir truffet av morselskapet, er ikke uvanlig i konsernforhold.**



**Konklusjonen må etter dette bli at såfremt det ikke foreligger grunnlag for gjennomskjæring, må Hydro gis fradragets rett for tapet ved avhendelsen av aksjene i Hydro Canada."**

- (56) Direkte er uttalelsen knyttet til om det skulle sees bort fra et realisert tap fordi dette fremkom ved en konsernintern transaksjon. Som nærværende sak illustrerer, er dette ikke lenger en aktuell problemstilling. Den generelt utformede begrunnelse peker utover dette, men betydningen av at et selskap inngår i et konsernforhold, må prinsipielt sett vurderes konkret for den aktuelle problemstilling, også ved tilsvarende-vurderingen.
- (57) Ved vedtakelsen av selskapsloven av 21. juni 1985 ble det stillet en rekke nye krav til kommandittselskaper. Det ble innført regler om bunden selskapskapital, og om innbetaling av andel av den bundne kapital. Av særlig interesse i vår sak er det imidlertid at det i § 3-1 tredje ledd ble inntatt den følgende bestemmelse:
- "Komplementaren skal skyte inn minst en tidel av selskapskapitalen, eie minst en tidel av selskapets nettoformue til enhver tid og ha minst like stor andel i overskudd og underskudd."**
- (58) Denne særregulering av kommandittselskapene har imidlertid begrenset interesse ved tilsvarende-vurderingen. Det utenlandske kommandittselskap må sammenlignes direkte med det norske aksjeselskap; at de norske krav til kommandittselskaper ikke er tilfredsstillende, vil i denne sammenheng ikke ha selvstendig betydning.
- (59) Det vil være mer nærliggende å se hen til praksis før det ved selskapsloven ble stillet spesifikke krav til komplementarens deltakelse. Det var da oftere aktuelt å vurdere om et kommandittselskap, basert på de økonomiske realiteter, måtte bedømmes som et aksjeselskap i skatterettslig sammenheng. Som jeg kommer tilbake til, vil det som måtte bli ansett å ha vært gjeldende rett da, ikke uten videre være avgjørende for den tilsvarende problemstilling i dag.
- (60) I NOU 1980: 19 punkt 5.1 er det inntatt en nærmere redegjørelse for under hvilke omstendigheter et selskap formelt sett opprettet som et kommandittselskap, likevel måtte anses regulert av lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976. Det som særlig synes å ha interesse i denne sammenheng, er at det fremheves at komplementarens stilling må være slik at denne har slike "inntekter på sin deltakelse i kommandittselskapet" at det kan akkumuleres midler som blant annet kan tjene til dekning av kommandittselskapets forpliktelser.
- (61) Finansdepartementet synes i en uttalelse 10. september 1986, Utv. 1986 side 459, å forutsette at en formell eierandel i selskapet ikke er et vilkår. I et tilfelle der komplementaren hverken hadde eierandel eller andel i overskudd, ble det at kommandittselskapet måtte bedømmes som et aksjeselskap begrunnet med at komplementaren ikke gjennom sin deltakelse hadde noen mulighet til å bygge opp kapital for å møte et ansvar for kommandittselskapets forpliktelser.
- (62) I en dom fra Oslo byrett 31. juli 1989 fant retten at komplementaren måtte anses som deltaker i kommandittselskapet, idet komplementarens ansvar hadde en betydelig realitet og fordi denne også hadde stor økonomisk interesse i kommandittselskapets virksomhet. En dom av Oslo byrett av 6. januar 1996, som også gjaldt perioden forut for

selskapsloven, gikk enda lenger i retning av å la den formelle selskapskonstruksjon være avgjørende.

- (63) Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hva som må antas å ha vært gjeldende rett forut for vedtakelsen av selskapsloven. Selv om de særlige krav selskapsloven stiller til komplementarens deltakelse i kommandittselskapet ikke får betydning for tilsvarende-vurderingen, må denne vurderingen ta utgangspunkt i den mer prinsipielle avklaring av grensen mellom ansvarlig selskap og aksjeselskaper som ligger til grunn for selskapsloven og aksjeloven av 1997. I NOU 1980: 19, side 107 er dette sammenfattet slik:

**"Videre krever lovutkastet at virksomheten må skje for deltakernes regning og risiko. I dette ligger at deltakerne må være forpliktet til å dekke underskudd på driften av virksomheten og underbalanse i virksomhetens formuesstilling. Uten at det er sagt direkte, vil deltakerne på den annen side ha rett til andel i overskudd på driften og overbalanse i formuesstillingen. En som måtte være interessert i en virksomhet ved å ha krav på betaling uten hensyn til om virksomheten går med overskudd, er ikke "deltaker" i et selskap. Karakteristisk for selskapsdeltakere er altså at de sitter igjen med "resten" til fordeling, enten resten er positiv eller negativ."**

- (64) Jeg går etter dette over til den konkrete tilsvarende-vurdering.

- (65) I aksjeloven § 1-1 andre ledd er et aksjeselskap definert slik:

**"Med aksjeselskap forstås ethvert selskap hvor ikke noen av deltakerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser, hvis ikke noe annet er fastsatt i lov."**

- (66) Det er på det rene at NHD ikke har et ubegrenset ansvar, og om HAH ikke kan anses som deltaker, vil kommandittselskapet etter norsk rett omfattes av definisjonen av et aksjeselskap. Som lagmannsretten, ser jeg da først på om HAH kan anses å være deltaker i NHD. HAH har ikke eierandel, ikke andel i overskudd eller underskudd og ikke andel i noen likvidasjonsverdi. HAH har heller ingen annen økonomisk interesse i NHDs virksomhet enn en fast avkastning på 5 % av sin egen innbetalte aksjekapital. Dette vederlaget er ikke betinget av kommandittselskapets resultat.

- (67) HAH er en nødvendig brikke i selskapskonstruksjonen, men det er ikke noen egentlig selvstendig økonomisk interesse knyttet til selskapet. HAH er fullt ansvarlig for kommandittselskapets forpliktelser, men ansvaret i seg selv kan ikke sies å være et utslag av en deltakerinteresse. At HAHs egenkapital utgjør ca. en førtiendedels promille av kommandittselskapets egenkapital, og at eksponeringen for kommandittselskapets forpliktelser først blir effektiv etter at kommandittselskapet har tapt egenkapitalen, gjør ikke vurderingen vanskeligere, men disse sidene av selskapskonstruksjonen er etter mitt syn ikke avgjørende for resultatet.

- (68) Som lagmannsretten konkluderer jeg da at HAH ikke var deltaker i NHD. Kommandittselskapet omfattes følgelig av definisjonen av et norsk aksjeselskap. Lagmannsretten kom imidlertid til at ulikheten i styringsstrukturene i NHD og et norsk aksjeselskap er så grunnleggende at NHD ikke kan sies å være et "tilsvarende" selskap. Jeg er ikke enig i dette.

- (69) Som det fremgår av det jeg har gjengitt fra forarbeidene, vil det ved tilsvarende-vurderingen etter omstendighetene være riktig å legge vekt på selskapets organisering og ledelse. Det er imidlertid ikke noe ved hvordan fritaksregelen er avgrenset som tilsier at styring og kontroll skal tillegges betydelig vekt ved tilsvarende-vurderingen. Skattefritaket gjelder fullt ut for de minste aksjeposter, og det er ikke gjort noe unntak for stemmerettsløse aksjer. Skattefritaket forutsetter med andre ord ikke noen form for kontroll over det selskap det er investert i.
- (70) EU-domstolens avgjørelse i Aberdeen-saken trekker også i retning av å ikke tillegge ulikheter vekt med mindre ulikhetene har relevans i forhold til den aktuelle regel. I dommens avsnitt 50 er dette uttrykt slik:

**"For det første bemærkes, at den omstændighed, at der ikke i finsk ret findes et selskab med en juridisk form, der er identisk med den form, som et SICAV efter luxembourgsk ret har, ikke i sig selv kan begrunde en forskelsbehandling, da det forhold, at medlemsstaternes selskabsret ikke fuldt ud er harmoniseret på fællesskabsplan, i så fald ville fratage etableringsfriheden enhver effektiv virkning."**

- (71) Som fremhevet av den ankende part er det også betydelige ulikheter i styringsstrukturen for norske og tyske aksjeselskaper. I en artikkel av Roland Mörsdorf, Det tyske aksjeselskapet (GmbH) i Revisjon og Regnskap nr. 3 2012, side 18 til 20, er ulikhetene sammenfattet slik:

**"I motsetning til i norsk rett er selskapets ledelse ikke fordelt mellom et styre og en daglig leder. Slike organer finnes ikke i tysk selskapsrett. Derimot finnes det – i GmbH – kun direktører som er ansvarlige for både den daglige ledelsen av selskapets virksomhet og for den øvrige forvaltningen av selskapet."**

- (72) Det at det er etablert et tilsynsråd for HAH, som har en selvstendig og aktiv funksjon også i kommandittselskapet, bidrar dessuten til å redusere den faktiske ulikhet mellom styringsstrukturene.
- (73) Jeg tilføyer for fullstendighetens skyld at det ved vurderingen av hvilken vekt de strukturelle ulikheter kan tillegges ved tilsvarende-vurderingen, ikke kan sees bort fra de bakenforliggende realiteter. Et vilkår for at Hydrokonsernet skulle kunne benytte den aktuelle eierkonstruksjon, var klarligvis at konsernet ble sikret full kontroll med sine betydelige investeringer. Denne kontroll hadde konsernet ved å være eneeier av så vel kommandittist som komplementar, og ved at medlemmer av konsernledelsen og andre ledende ansatte i Hydrokonsernet var medlemmer av tilsynsrådet.
- (74) Denne faktiske kontroll er ikke et utslag av konkrete omstendigheter, men en strukturell forutsetning for denne eierformen. Denne side av eierkonstruksjonen er i et verk, Germany – Partnerships, publisert på internett av Prof. Dr. Detlev J. Piltz og Dr. Jörg W. Lüttge, sammenfattet slik:

**"In the last three decades, a special type of KG has become increasingly important: the GmbH & Co. KG, a limited partnership whose general partner is a limited liability company (GmbH). It is the preferred form of closely held businesses because it offers flow-through treatment for income tax purposes, limited liability, and continuity of existence. Usually, the limited partners also control the general partner so that both entities constitute a unitary business."**

- (75) Når den reelle kontroll på tvers av de formelle strukturer er det ordinære, kan de formelle ulikheter i den formelle styringsstruktur etter mitt skjønn ikke tillegges stor vekt ved tilsvarende-vurderingen.
- (76) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at HAHs rolle i styringen av kommandittselskapet heller ikke kan føre til at selskapet kan anses som deltaker, og resultatet må bli det samme når styringsfunksjonen og det ubegrensede ansvar sees i sammenheng.
- (77) I forlengelsen av spørsmålet om deltakelse peker lagmannsretten på at både etableringen og opprettholdelsen av det tyske kommandittselskapet forutsetter komplementarens medvirkning. Hvis komplementaren sier opp selskapsavtalen, faller selskapet bort. Selskapets eksistens anses altså å avhenge av et – etter norsk rett – utenforstående selskap. Slik jeg forstår selskapsavtalen vil imidlertid en oppsigelse fra komplementarens side ikke få den konsekvens at kommandittselskapet må avvikles. Under ingen omstendighet ville en slik mulighet ha vekt ved avgjørelsen av om NHD tilsvarende et norsk aksjeselskap.
- (78) Anken har ført frem, og jeg er kommet til at staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter, i tråd med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, må tilkjennes sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett. Jeg legger statens kostnadsoppgave til grunn, og sakskostnader tilkjennes med 1 063 381 kroner. I tillegg kommer rettsgebyr i anledning ankebehandlingen med 23 220 kroner slik at det totale kostnadsbeløpet utgjør 1 086 601 kroner.
- (79) Jeg stemmer for denne

## D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Statoil Holding AS til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter 1 086 601 – enmillionogåttisekstusensekshundreog – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (80) Dommer **Webster:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (81) Dommer **Bull:** Likeså.
- (82) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (83) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(84) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Statoil Holding AS til staten v/Sentralskattekontoret for storbedrifter 1 086 601 – enmillionogåttisekstusensekshundreogen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: