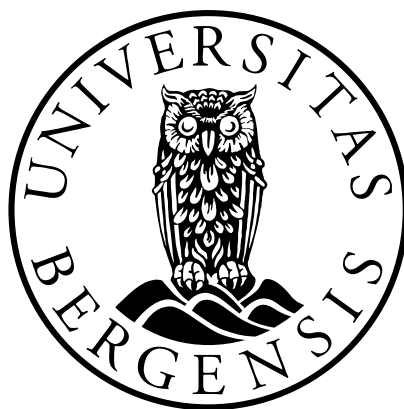


Skattemessig kontinuitet ved fisjon av aksjeselskaper

Hvordan skal skatteposisjoner fordeles på aksjonærnivå ved fisjon av aksjeselskaper for å oppnå skattemessig kontinuitet?

Kandidatnummer: 213894

Antall ord: 14 869



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Generelt	3
1.2 Begreper.....	4
1.3 Rettskildebruk.....	4
1.4 Formål og hensyn	5
1.4.1 Nøytralitetshensynet.....	5
1.4.2 Konsekvens- og systemhensyn.....	7
1.4.3 Eierkontinuitet.....	7
1.4.4 Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå	8
1.5 Avgrensning og forutsetninger	10
2 Skatteposisjonene inngangsverdi og ervervstidspunkt.....	11
2.1 Generelt	11
2.2 Nærmere om fordelingen.....	12
2.2.1 Forståelsen av sktl. § 11-7 fjerde ledd.....	12
2.2.2 Fordeling på nytstedte aksjer.....	15
2.2.3 Fordeling på eksisterende aksjer	18
2.2.4 Vederlagsaksjer som havner mellom to grupper.....	21
2.2.5 Betydningen av tilleggsvederlag – fleksibilitet.....	24
2.2.6 Betydningen av tilleggsvederlag – skjev utdeling.....	26
3 Skal sktl. § 11-7 fjerde ledd anvendes på andre skatteposisjoner?	30
4 Skatteposisjonene skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming	33
5 Skatteposisjonene innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs.....	34
5.1 Generelt	34
5.2 Nærmere om fordelingen.....	34
5.3 Forholdet til fordelingen på selskapsnivå.....	35
5.3.1 Kort om fordelingen på selskapsnivå	35
5.3.2 Skatteloven § 11-7 fjerde ledd sammenlignet med sktl. § 11-8 første ledd.....	36
5.3.3 Skal innbetalt kapital fordeles i henhold til sktl. § 11-7 fjerde ledd eller § 11-8 første ledd på aksjonærnivå?	37
5.4 Sammendrag	45

6	Et helhetsblikk på fordelingen av skatteposisjoner	46
	Litteraturliste	49
	Lover	49
	Forarbeider	49
	Rettspraksis	49
	Forvaltningsuttalelser	49
	Juridisk teori.....	49

1 Innledning

1.1 Generelt

Fusjoner og fisjoner er to svært praktiske måter å omorganisere virksomhet på. Mange bedrifter organiserer seg i dag som aksjeselskaper, og etter hvert som en bedrift blir større vil den ofte ha behov for en annen selskapsstruktur enn da den begynte.

Virksomhet kan drives på mange måter i Norge, og når man starter opp er det mange som begynner i et enkeltpersonforetak eller ansvarlig selskap. Virksomhet av en viss størrelse organiseres som regel gjennom aksjeselskaper for å oppnå ansvarsbegrensningen denne selskapsformen tilbyr. Når virksomheten blir enda større, eller når det skal nye investorer inn i virksomheten, vil det ofte oppstå et behov for å strukturere virksomheten på andre måter.

Det kan være ønskelig å ha fast eiendom i egne eiendomsselskaper eller å skille ut særlig risikofylte deler av virksomheten slik at denne ikke kan komme til skade for den mindre risikofylte delen. Det kan også være ønskelig å komme inn i en holdingstruktur for å oppnå fordelene av fritaksmetoden, og hver personlige aksjonær kan ønske å forvalte sine investeringer gjennom et eget holdingselskap.

Det er dette svært praktiske behovet for å kunne omorganisere virksomhet som har gjort at man har fått selskapsrettslige regler om fusjoner og fisjoner og også skatterettslige regler som på visse vilkår medfører skattefritak for omorganiseringen. Å kalle det et skattefritak kan hevdes å være unyansert, da det er mer presist å omtale det som utsatt beskatning. Likevel vil det for enkelhets skyld bli referert til som skattefritak for fusjoner og fisjoner i denne oppgaven.

Oppgaven vil fokusere på fisjoner og de skatterettslige vilkårene for å unngå umiddelbar beskatning av omorganiseringen. Enkelt sagt stiller skatteloven krav om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet for å oppnå skattefritaket. Begge disse kontinuitetskravene bygger på nøytralitetshensynet, som vil bli forklart nærmere nedenfor. Imidlertid vil det i denne oppgaven først og fremst være fokus på kravet om skattemessig kontinuitet ved tolkningen av reglene om skattefritak for fisjoner. Skattemessig kontinuitet handler om at man skal videreføre skattemessige verdier etter fisjonen, slik at den i realiteten kun medfører en strukturell omorganisering. Oppgaven vil derfor ta for seg hvordan man skal fordele

skatteposisjoner for å oppnå skattemessig kontinuitet, og det er da særlig skatteposisjoner på aksjonærnivå som vil bli behandlet. Hovedhjemmelen for skattemessig kontinuitet og fordeling av skatteposisjoner på aksjonærnivå er sktl. § 11-7 fjerde ledd, og denne bestemmelsen vil stå sentralt i oppgaven.

En grundigere gjennomgang av nøytralitetshensynet, samt konsekvens og systemhensyn, og kravene om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet gis i punkt 1.4. I punkt 2 flg. drøftes det så hvordan skatteposisjoner på aksjonærnivå skal fordeles helt konkret.

1.2 Begreper

Når man snakker om skattemessig kontinuitet i fisjoner, er det vanlig å skille mellom kontinuitet på aksjonærnivå og selskapsnivå, uten at disse begrepene normalt defineres nærmere.¹ På selskapsnivå finner man skatteposisjoner med selskapet som skattesubjekt, mens på aksjonærnivå ligger skatteposisjoner med aksjonærene som skattesubjekter. Det er aksjonærnivået som er fokus i oppgaven, og de ulike skatteposisjonene på aksjonærnivå vil bli behandlet fortløpende i oppgaven.

Aksjeloven skiller mellom det overtakende selskapet og det overdragende selskapet, og skatteloven benytter de samme begrepene, se blant annet sktl. § 11-7 fjerde ledd. Det overtakende selskapet skal motta de eiendeler, rettigheter og forpliktelser som utfisjonerer fra det overdragende selskapet, og det overtakende selskapet skal normalt utstede vederlag for denne overføringen til aksjonærene i det overdragende selskapet, jf. asl. § 14-2. Vederlaget består hovedsakelig av aksjer i det overtakende selskapet, såkalte vederlagsaksjer, men kan også delvis bestå i annet vederlag etter asl. § 14-2 første ledd nr. 2, jf. sktl. § 11-4 første ledd.

1.3 Rettskildebruk

Oppgavens tema er regulert i skatteloven kapittel 11, og de relevante forarbeidene for reglene i dette kapittelet er Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) *Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper*. Proposisjonen vil bli brukt til å utlede reglenes formål og sentrale hensyn på området, men den går i liten grad inn på detaljspørsmål.

¹ Frederik Zimmer (red.) mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, 6. utgave, Oslo 2014 (Zimmer (red.) 2014) s. 626

De fleste av problemstillingene i oppgaven er tidligere drøftet i juridisk teori, og som oppgaven vil vise er juridisk teori og reelle hensyn utledet fra forarbeidene de eneste kildene man har for å løse en del detaljerte spørsmål.

Administrative uttalelser og bindende forhåndsuttalelser antas generelt å være en relevant rettskilde på skatterettens område.² Bindende forhåndsuttalelser fra skatteforvaltningen og uttalelser fra blant annet Skattedirektoratet bygger ofte på argumentasjon rundt ganske detaljerte spørsmål, og kan være en kilde til rettslige argumenter. Skatte-ABC (tidligere Lignings-ABC) er generelt antatt å gi uttrykk for praksis i skatteforvaltningen, men går sjeldent inn på noen nærmere begrunnelse for standpunkter som legges til grunn. Uttalelser fra forvaltningsorganer har begrenset rettskildemessig vekt alene. Likevel kan praksisen få en viss betydning i tilfeller der andre rettskilder er uklare, særlig ut fra hensynet til forutberegnelighet. Forvaltningspraksis kan også brukes til støtte for tolkninger utledet av andre rettskilder.

1.4 Formål og hensyn

1.4.1 Nøytralitetshensynet

Nøytralitetshensynet er hensynet til at skattereglene i minst mulig grad skal påvirke skattesubjektenes handlinger. Bak dette ligger det en presumpsjon om at skattytere i alminnelighet organiserer virksomhet på en bedriftsøkonomisk effektiv måte, som igjen har ønskelige samfunnsøkonomiske virkninger. I Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 20 viser departementet til en «*presumpsjon for at omorganiseringer og endrede selskapsstrukturer er bedriftsøkonomisk lønnsomt*». Presumpsjonen bygger på at en skattyter som driver virksomhet med økonomisk formål vil ha insentiv til å utføre det handlingsalternativet som i størst grad øker fortjenesten, og dette antas også være det mest effektive alternativet for bedriften som sådan. Hvis skattereglene gjør at fornuftig omorganisering av virksomhet blir mindre gunstig, kan det medføre at omorganiseringen aldri skjer, og at virksomheten dermed blir mindre effektiv, som igjen er ugunstig for næringen og på sikt vil redusere skattegrunnlaget. For en

² Zimmer (red.) 2014 s. 47-48

Benn Folkvord, *Skatt ved fusjon og fisjon*, Stavanger 2006 (Folkvord 2006) s. 29

mer utførlig fremstilling av bakgrunnen for nøytralitetshensynet vises det til Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 20 og Folkvord 2006 s. 55 flg.³

En fisjon medfører i utgangspunktet både overføring av eiendeler, rettigheter og forpliktelser på selskapsnivå og overføring av aksjer på aksjonærnivå, jf. asl. § 14-2. Uten særskilte regler om fisjoner ville slik omorganisering blitt realisasjonsbeskattet både for selskapet og aksjonærene, jf. sktl. § 5-1 andre ledd. I kapittel 11 i skatteloven er det imidlertid gitt regler om skattefritak for fisjoner, som er ment å ivareta hensynet til nøytralitet. Skattefritaket utgjør et unntak fra hovedregelen om realisasjonsbeskatning, jf. sktl. § 11-1 første ledd.

Da reglene om skattefrie fusjoner og fisjoner skulle lovfestes ble det i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) gjort en grundig gjennomgang av begrunnelsen for å tillate at fisjoner gjennomføres skattefritt. Under henvisning til utgangspunktet om at fusjoner og fisjoner er skattepliktige, uttalte departementet følgende innledningsvis i proposisjonen på s. 9:

«Det prinsipielle utgangspunkt må vurderes opp mot at skattereglene ikke bør være til hinder for rasjonelle omorganiseringer som reelt sett er en videreføring av den samme virksomheten og med de samme eierinteresser.»

Sitatet viser tydelig at det er hensynet til nøytrale skatteregler som ligger til grunn for at man i det hele tatt har regler om skattefrie fisjoner. Formålet med skattefritaket er at skattereglene ikke skal hindre rasjonelle omorganiseringer. Samtidig kommer man allerede her inn på et av de største problemene ved reglene om skattefrie fisjoner: Hvilke fisjoner er rasjonelle og bør komme inn under skattefritaket, og hvilke vilkår må man stille for å hindre at også irrasjonelle omorganiseringer omfattes?

Dersom fisjoner er skattefrie, når andre former for realisasjon er skattlagt, kan fritaket lede til favorisering av fisjon som omorganiseringsform uten at dette nødvendigvis er den mest rasjonelle måten å realisere verdiene på rent bedriftsøkonomisk. Dersom skattefritaket motiverer skattyter til å foreta ellers irrasjonelle omorganiseringer virker fritaket unøytralt, og på den måten kan nøytralitetshensynet anføres både for og mot å ha skattefritak for fisjoner.

Skattereglene bør helst hindre en irrasjonell favorisering av fisjoner over andre former for realisasjon, samtidig som beskatning ikke bør komme i veien for å foreta en rasjonell omorganisering. Ved å sette vilkår som hensyntar begge disse målsetningene vil man oppnå

³ Folkvord 2006 s. 55 flg.

størst grad av nøytralitet. Det er stilt krav om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet for fisjoner, med den hensikt å oppnå disse målene og fremme nøytralitet ved reglene om skattefrie fisjoner. Kravene behandles nedenfor i punkt 1.4.3 og 1.4.4.

1.4.2 Konsekvens- og systemhensyn

Reglene om skattefritak for fisjoner er svært kompliserte når det kommer til den konkrete fordelingen av skatteposisjoner på aksjonærnivå, og dette taler for å ta hensyn til konsekvens og system på tvers av de ulike fordelingsspørsmålene. Man bør også ta hensyn til konsekvens og system mellom reglene om skattefrie fisjoner og reglene det gjøres unntak fra, nemlig reglene om realisasjonsbeskatning. På grunn av skattereglenes kompleksitet, antar Folkvord at konsekvens- og systembetraktninger har en mer fremtredende rolle på skatterettens område enn på andre rettsområder.⁴ Konsekvens- og systemhensyn tas særlig opp i forbindelse med kravet om skattemessig kontinuitet, i punkt 1.4.4 og punkt 3.

1.4.3 Eierkontinuitet

I Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) gjentas det flere ganger at de «samme eierinteresser» må foreligge etter fisjonen (se blant annet sitatet gjengitt i punkt 1.4.1 fra proposisjonen s. 9). Noe tilsvarende følger også av rettspraksis. I Rt. 2005 s. 86 (Fjeld-dommen) avsnitt 26 viser Høyesterett til et krav om eierkontinuitet:

«Det gjelder med andre ord et krav til eierkontinuitet, ved at det skal være kontinuitet på selskaps- og aksjonærnivå, slik at de samme verdiene eies av de samme aksjonærene som tidligere. Det forutsettes at det ikke skjer noen verdioverføring mellom aksjonærene.»

Det mest sentrale som fremgår av dette sitatet er at det ikke kan skje noen verdioverføring mellom aksjonærene. En verdioverføring mellom aksjonærer innebærer en endring i selskaps- og formuerettslige forhold, og dermed endres også de skattemessige forhold, ettersom aksjonærene nødvendigvis vil skattlegges annerledes ved endrede eierinteresser. Fisjonen vil da i realiteten få karakter av å være en overdragelse, og hensynene som ligger bak skattefritaket, hovedsakelig nøytralitetshensynet, slår ikke inn. Dette synspunktet er også lagt til grunn i Zimmer (red.) 2014: «Uten noen krav om eierkontinuitet ville transaksjoner som reelt sett er overdragelse, i større grad kunne gjennomføres som fusjoner/fisjoner for å unngå

⁴ Folkvord 2006 s. 28

umiddelbar beskatning».⁵ Ved verdioverføringer bør man derfor holde fast ved hovedregelen om skatt ved realisasjon.

Likevel har man akseptert en viss grad av verdioverføringer gjennom tilleggsvederlag etter asl. § 14-2 første ledd nr. 2, jf. sktl. § 11-4 første ledd. I Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) slår departementet fast følgende: «*utdeling av tilleggsvederlag ved fusjon innebærer et brudd på prinsippet om full eierkontinuitet*», og følger opp med å si at «*Ved at adgangen til å yte tilleggsvederlag begrenses ... må hensynet til at det skal foreligge eiermessig kontinuitet anses tilstrekkelig ivaretatt*». For det første understreker disse uttalelsene at det er «*full eierkontinuitet*» som i utgangspunktet er målet. Videre er det tatt eksplisitt stilling til hvor store unntak fra full eierkontinuitet som kan aksepteres. Av den grunn bør det vises forsiktighet med å tolke reglene i skatteloven kapittel 11 slik at det kan skje verdioverføringer mellom aksjonærer ut over det tilleggsvederlaget tillater, ettersom det totale avviket fra full eierkontinuitet da vil bli større enn forutsatt av lovgiver. Betydningen av tilleggsvederlag vil bli nærmere drøftet nedenfor i punkt 2.2.5 og 2.2.6.

Ut fra hensynet til nøytralitet i skattereglene og med støtte i forarbeidene og rettspraksis må kravet til eierkontinuitet forstås som et strengt krav, slik at man vanskelig kan tolke reglene om skattefrie fisjoner på en måte som åpner for verdioverføringer mellom aksjonærer. Eierkontinuitet er dermed en viktig forutsetning for skattefritaket, men kommer sjeldent på spissen, fordi det har karakter av å være et absolutt krav. Av den grunn vil det i punkt 2 flg. i oppgaven være større fokus på skattemessig kontinuitet ved tolkningen av reglene om skattefritak for fisjoner enn kravet om eierkontinuitet.

1.4.4 Skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå

Formålet med skattefritaket for fisjoner er å tilrettelegge for omorganisering av virksomhet. Nøytralitetshensynet taler for slik tilretteleggelse fordi det medfører at skattereglene ikke står i veien for at skattytere omorganiserer sin virksomhet når det er rasjonelt ut fra bedriftsmessige forhold, jf. punkt 1.4.1 ovenfor. Den andre siden av nøytralitetshensynet er imidlertid at skattefritaket ikke bør kunne misbrukes, slik at fisjoner i realiteten er motivert av skattemessige forhold. Ved å stille et krav om skattemessig kontinuitet er det meningen å

⁵ Zimmer (red.) 2014 s. 639

reducere omgåelsesmulighetene ved skattefritaket, slik at det i størst mulig grad kun er rasjonelle omorganiseringer som kommer inn under fritaket.

Kjernen av hva som ligger i begrepet skattemessig kontinuitet er forklart på et overordnet plan i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) på s. 33:

«de skattemessige forhold som gjaldt før fusjonen eller fisjonen videreføres også etter transaksjonen selv om organiseringen av virksomheten er endret.»

For å kunne si at de skattemessige forhold som gjaldt før fisjonen på aksjonærnivå har blitt videreført, må man sette vilkår som gjør at aksjonærene beskattes i samme grad etter som før fisjonen. Dersom en aksjonær ved utbytte eller realisasjon av en aksje oppnår høyere eller lavere beskatning enn før fisjonen, gjelder ikke lenger de samme skattemessige forhold, og det foreligger skattemessig diskontinuitet. Dette kan gi et insentiv til omorganisering som ikke er begrunnet i bedriftsmessige, men skattemessige forhold, og reglene virker dermed unøytralt, jf. punkt 1.4.1.

Skattemessig kontinuitet kan også begrunnes i konsekvens- og systemhensyn. Skattereglene er bygget opp rundt et system der realisasjoner leder til beskatning. En realisasjon utløser et skatteoppgjør der ulike skatteposisjoner knyttet til formuesgjenstanden avgjør skattegrunnlaget. Etter realisasjonen vil formuesgjenstanden ha nye skatteposisjoner. Dersom det ikke skjer noen realisasjonsbeskatning har derimot gjenstanden fremdeles de samme skatteposisjonene. Når det så er gjort fritak for skatt ved fisjon, følger det av dette systemet at skatteposisjonene knyttet til aksjer må videreføres. Det samme systemet gjelder også for eksempel ved arv og gaveoverføringer, jf. sktl. § 9-7.

Skatteloven § 11-7 fjerde ledd angir de konkrete reglene for videreføring av skatteposisjoner på aksjonærnivå. Dermed står denne bestemmelsen helt sentralt for hvilke krav til kontinuitet lovgiver har bestemt at skal gjelde med hensyn til aksjenes skattemessige verdi. Regelens anvendelse gjennomgås i punkt 2, og i punkt 3 vurderes det hvorvidt regelen også skal gjelde utenfor sitt direkte virkeområde. I punkt 3 vil det dermed bli foretatt en mer grundig vurdering av hvilke krav som må stilles til kontinuitet i aksjenes skattemessige verdi. Her i innledningen vil det av den grunn ikke gås nærmere inn på dette.

For å ivareta nøytralitetshensynet stilles det for det første et krav om eierkontinuitet og for det andre et krav om skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå. Kravet om skattemessig

kontinuitet er i denne oppgaven avgrenset til kontinuitet i den skattemessige verdien på de enkelte aksjer i fisjonen. Kravet er ikke like klart avgrenset som kravet om eierkontinuitet, hverken i lovteksten, rettspraksis eller i teorien. Videre i oppgaven vil det av den grunn måtte foretas en mer inngående vurdering av i hvilken grad man skal kreve kontinuitet i de skattemessige verdiene, og ikke minst for hvilke skatteposisjoner kravet er relevant.

Denne innledende behandlingen av skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå er ment å gi en generell oversikt. Det vil imidlertid ikke alltid være mulig eller hensiktsmessig å oppnå fullstendig skattemessig kontinuitet. Av den grunn må det for samtlige av spørsmålene som behandles i det følgende foretas en avveining mellom formålet om å tilrettelegge for rasjonelle omorganiseringer og hensynet til å unngå at skattefritaket misbrukes til skatteomgåelse. Altså vil det overordnede hensynet til nøytralitet også stå sentralt i oppgaven.

1.5 Avgrensning og forutsetninger

Det er i teorien reist spørsmål om hvorvidt man skal anvende FIFU-prinsippet eller en gjennomsnittsmetode ved fordeling av skatteposisjoner i en fisjon.⁶ Etter sktl. § 10-36 skal den aksjen som er anskaffet først anses for å være realisert først (FIFU-prinsippet). Ved fordeling av skatteposisjoner innebærer FIFU-prinsippet at man må ta hensyn til ervervstidspunkter, slik at man vet hvilke aksjer som er realisert først også etter fisjonen. Ved bruk av en gjennomsnittsmetode vil man tildele en gjennomsnittlig verdi av skatteposisjonene til hver aksje, slik at aksjene blir like etter fisjonen. Gjennomsnittsmetoden angir dermed en mye enklere fremgangsmåte enn FIFU-prinsippet.

Bestemmelsene om skattemessig kontinuitet i skatteloven kapittel 11 forutsetter anvendelse av FIFU-prinsippet, blant annet ved at man må overføre ervervstidspunkter på vederlagsaksjene (mer om dette i punkt 2.2.1 nedenfor). Også forarbeidene forutsetter bruk av FIFU-prinsippet og i teorien synes det å være enighet om at dette er den rette løsningen ut fra rettskildebildet i dag.⁷ Det forutsettes heretter at man må anvende FIFU-prinsippet ved fordeling av skatteposisjoner.

⁶ Se særlig Folkvord 2006 s. 227-228

⁷ Folkvord 2006 s. 227-228
Zimmer (red.) 2014 s. 647

2 Skatteposisjonene inngangsverdi og ervervstidspunkt

2.1 Generelt

Her i punkt 2 gjennomgås fordelingen av skatteposisjonene inngangsverdi og ervervstidspunkt. I punkt 3 vurderes rekkevidden av sktl. § 11-7 fjerde ledd. Fordelingen av skatteposisjonene skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming berøres kort i punkt 4, og i punkt 5 gjennomgås fordelingen av skatteposisjonene innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs.

Inngangsverdi og ervervstidspunkt er skatteposisjoner som knytter seg til aksjer eid av en bestemt aksjonær, og skatteposisjonene eksisterer ikke på selskapsnivå. Inngangsverdi er i hovedsak kostpris på aksjen, nå som RISK-reglene er opphevet.⁸ Inngangsverdien har betydning for beregning av skjerming ved utdeling av skattepliktig utbytte og for beregning av tap eller gevinst ved realisasjon av aksjen. Ervervstidspunkt har først og fremst betydning ved realisasjon, ettersom den aksjen som er ervervet først anses realisert først (FIFU-prinsippet), jf. sktl. § 10-36.

Etter innføringen av fritaksmetoden i perioden 2004-2006 er fordelingen av inngangsverdi og ervervstidspunkt av mindre praktisk betydning for selskapsaksjonærer, jf. sktl. § 2-38 første ledd bokstav a. Fritaksmetoden innebærer likevel en inntektsføring av tre prosent av inntekter fra utbytte som i utgangspunktet er fritatt, jf. sktl. § 2-38 sjette ledd.⁹ Personlige aksjonærer omfattes ikke av fritaksmetoden, men beskattes i stedet etter aksjonærmodellen, jf. sktl. § 10-12. For personlige aksjonærer har derfor fordelingen av inngangsverdi og ervervstidspunkt fremdeles stor betydning. Dette kan igjen få betydning for selskapsaksjonærer som ønsker å selge sine aksjer til personlige aksjonærer.

⁸ Før de ble opphevet i 2004 hadde RISK-reglene betydning for inngangsverdien. Se bla. Zimmer (red.) 2014 s. 280-281.

⁹ Utbytte fra selskaper som eies med «*mer enn ni tideler av aksjene*» er likevel unntatt i sin helhet, uten inntektsføring av tre prosent, jf. sktl. § 2-38 sjette ledd bokstav c.

2.2 Nærmere om fordelingen

2.2.1 Forståelsen av sktl. § 11-7 fjerde ledd

Skatteloven § 11-7 fjerde ledd bestemmer hvordan skatteposisjonene inngangsverdi og ervervstidspunkt skal fordeles:

«Samlet inngangsverdi og ervervstidspunkt for skattyters vederlag i form av aksjer settes lik skattyters samlede inngangsverdi og ervervstidspunkt for aksjer i overdragende selskap.»

Ordlyden presiserer at skatteposisjonene skal fordeles på samme «skattyters» aksjer. I lys av kravet om eierkontinuitet, som drøftet i punkt 1.4.3, må denne ordlyden forstås slik at det ikke skal skje noen verdioverføring mellom aksjonærene. Én aksjonærs skatteposisjoner kan altså kun videreføres på aksjer som den samme aksjonæren mottar i det overtakende selskapet.

Det eneste som fremgår av ordlyden er at alle ervervstidspunktene skal videreføres og samlet inngangsverdi skal videreføres, men det er uklart på hvilke aksjer disse skatteposisjonene skal videreføres. I Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) bemerker departementet følgende på s. 33 om fordelingen:

«[FIFU-prinsippet] tilsier at aksjonærenes ervervstidspunkt for de innløste aksjene i det overdragende selskapet må videreføres på vederlagsaksjene. ... Dette gjør at omfordelingen av inngangsverdien må foretas aksje for aksje.»

At inngangsverdien skal fordeles «aksje for aksje» må forstås slik at inngangsverdiene ikke skal fordeles likt på vederlagsaksjene, men i forhold til de videreførte ervervstidspunktene. På grunn av FIFU-prinsippet og reglene om skjerming vil skattleggingen ved realisasjon avhenge av hvilke inngangsverdier som knytter seg til de ulike ervervstidspunktene. Dersom høye inngangsverdier kan realiseres tidligere og lave inngangsverdier realiseres senere etter fisjon, vil fritaksreglene gi incentiv til å gjennomføre en fisjon for å oppnå gunstigere beskatning ved en forestående realisasjon av aksjer. Dette strider mot nøytralitetshensynet, og reglene bør i stedet tolkes slik at man også får kontinuitet i forholdet mellom inngangsverdiene og ervervstidspunktene, slik forarbeidene forutsetter.

For at de skattemessige forholdene ikke skal endres ved fisjonen må derfor inngangsverdiene knytte seg til samme ervervstidspunkter etter fisjonen som før. I en bindende forhåndsuttalelse, BFU 17/11, har Skattedirektoratet lagt dette til grunn:

«Skatteposisjonene må omfordeles slik at skatteposisjonene på den eldste aksjen i det overdragende selskapet omfordeles på den/de eldste aksjene i overtakende osv.»

Som det påpekes videre i uttalelsen vil en slik fordeling medføre størst grad av skattemessig kontinuitet, ved at realisasjon av en aksje etter fisjonen vil gi samme skjermingsgrunnlag og dermed samme skattegrunnlag som en tilsvarende realisasjon ville gitt før fisjonen.

Skatteloven § 11-7 fjerde ledd bestemmer etter sin ordlyd hvilke skatteposisjoner aksjene i det overtakende selskapet skal ha. Imidlertid er det fullt mulig å gjennomføre en fisjon der kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet skjer ved oppskrivning av pålydende på eksisterende aksjer.¹⁰ I disse tilfellene vil det ikke gi mening å sette ervervstidspunktet og inngangsverdien på de eksisterende aksjene lik ervervstidspunktet og inngangsverdien på innløste eller nedskrevne aksjer i det overdragende selskapet.

Her må sktl. § 11-7 fjerde ledd klart nok forstås slik at de videreførte skatteposisjonene skal legges til allerede eksisterende skatteposisjoner på aksjene i det overtakende selskapet. I BFU 30/12 er denne løsningen forklart som følger: *«Skatteposisjonene på aksjene i det overtakende selskapet vil da, etter fusjonen, bestå både av skatteposisjonene som tilhørte den enkelte aksje før fusjonen, samt de omfordelte skatteposisjonene fra de enkelte aksjene i det overdragende selskapet.»* I motsatt fall vil inngangsverdier og ervervstidspunkt knyttet til aksjer i det overtakende selskapet forsvinne, noe som åpenbart er uakseptabelt i lys av nøytralitetshensynet.

Inngangsverdiene kan lett legges sammen, men det vil gi dårlig mening å legge sammen ervervstidspunktene på flere aksjer. I stedet bør man forsøke å fordele inngangsverdier fra det overdragende selskapet på ervervstidspunktene som allerede eksisterer i det overtakende selskapet, på en måte som i størst grad gir det samme skattemessige resultatet ved realisasjon som før fisjonen.

BFU 17/11 som er sitert ovenfor gjelder direkte en fisjon med oppskrivning av eksisterende aksjer i det overtakende selskapet. Der uttales det at *«de samme prinsippene må benyttes ved oppskrivning av eksisterende aksjer som ved utstedelse av nye aksjer»*. Altså må fremdeles inngangsverdi på den eldste aksjen i det overdragende selskapet videreføres på den eldste aksjen i det overtakende selskapet osv. De konkrete ervervstidspunktene fra det overdragende

¹⁰ Det er lagt til grunn i forvaltningspraksis, og er i dag allment akseptert, at kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet i fusjoner og fusjonsfusjoner kan skje ved oppskrivning av eksisterende aksjer i stedet for utstedelse av nye aksjer, se blant annet BFU 17/11 (fusjon).

selskapet vil dermed ikke videreføres, men får i stedet den betydning at de dikterer hvilke av aksjene i det overtakende selskapet inngangsverdiene skal fordeles på.

Løsningen som er angitt i BFU 17/11 for oppskrivning av aksjer strider med ordlyden i sktl. § 11-7 fjerde ledd som sier at ervervstidspunktet på vederlagsaksjer «*settes lik*» ervervstidspunktet på innløste eller nedskrevne aksjer. Videreføring av de eksakte ervervstidspunktene vil imidlertid tilsidesette ervervstidspunktene på de eksisterende aksjene i det overtakende selskapet. Gis det anledning til å slette skatteposisjoner er det helt åpenbart at reglene medfører fullstendig skattemessig diskontinuitet i det overtakende selskapet og dermed virker unøytralt. Ordlyden kan ikke forstås slik at skatteposisjoner i det overtakende selskapet skal erstattes av skatteposisjonene fra det overdragende selskapet. Løsningen i BFU 17/11 må legges til grunn.¹¹

Det som må være avgjørende er betydningen av FIFU-prinsippet, og dette prinsippet krever strengt tatt bare at rekkefølgen på aksjene forblir den samme. Så lenge aksjene anses realisert i samme rekkefølge etter fisjonen som før, spiller det ingen rolle om ervervstidspunktet er den ene eller den andre datoen. Ut fra dette resonnementet løses kollisjonen mellom de to ervervstidspunktene best ved at ervervstidspunktet på innløst eller nedskrevet aksje ikke videreføres direkte, men at inngangsverdien videreføres på en aksje som anses realisert på samme tid i rekkefølgen, likt fremgangsmåten lagt til grunn i BFU 17/11. Med andre ord, hvis en innløst aksje var den tredje anskaffede og dermed skulle anses som tredje realiserende aksje etter FIFU-prinsippet, skal inngangsverdien fra denne aksjen videreføres på den aksjen i det overtakende selskapet som også anses som den tredje ved realisasjon.

Løsningen innebærer like stor grad av skattemessig kontinuitet som ved videreføring av ervervstidspunktet, uten at det medfører endringer i allerede eksisterende skatteposisjoner på aksjer i det overtakende selskapet. Man oppnår ingen endringer i de skattemessige forhold fra det overdragende selskapet, og heller ikke fra det overtakende selskapet. Løsningen ivaretar hensynet til nøytralitet. Løsningen som angis i BFU 17/11 har derfor god støtte i de sentrale hensynene for skattefritaket og bør følges.

I dette punktet har det blitt påpekt at fordelingen av ervervstidspunkter og inngangsverdier vil bli noe ulik avhengig av om kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet skjer ved

¹¹ Torill Hasle Aamelfot mfl., *Fusjon og fisjon*, 2. utgave, Oslo 2015 (Aamelfot mfl. 2015) s. 72
Anders H. Liland, *Fusjon og fisjon av selskaper*, Oslo 2016 (Liland 2016) s. 492-493

utstedelse av nye aksjer eller ved oppskrivning av eksisterende aksjer. I de følgende punktene vil den praktiske gjennomføringen av fordelingen gjennomgå for disse to ulike typetilfellene.

2.2.2 Fordeling på nyutstedte aksjer

Fordelingen er enklest når man kan sette antall vederlagsaksjer likt som antall innløste eller nedskrevne aksjer i det overdragende selskapet. I slike situasjoner vil man kunne overføre ervervstidspunktet og inngangsverdien fra én aksje i det overdragende selskapet, til én vederlagsaksje i det overtakende selskapet.¹² I Liland 2016 påpekes det dessuten at fordelingen er tilsvarende enkel så lenge «*bytteforholdet går opp i hele antall aksjer*», eksempelvis med halvparten eller dobbelt så mange vederlagsaksjer som innløste eller nedskrevne aksjer.¹³

Dersom antall aksjer i de to selskapene er ulikt vil imidlertid fordelingen bli noe mer komplisert. En praktisk situasjon hvor det kan bli vanskelig å få samme antall aksjer er i fisjonsfusjoner, der det allerede er et bestemt antall aksjer i hvert av selskapene. Dette kan selvsagt avhjelpest med splitt og spleis av aksjer, men videre vil det forutsettes at det ikke er mulig eller ikke ønskelig å ha samme antall aksjer i de to selskapene.

Det forutsettes i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) på s. 33 at skatteposisjonene fra nedskrevne eller innløste aksjer må fordeles «*aksje for aksje*». Dersom to eller flere aksjer har identiske skatteposisjoner, det vil si samme ervervstidspunkt og inngangsverdi mv., er det imidlertid mer praktisk å gruppere disse aksjene sammen. Slik gruppering vil gi den samme fordelingen som ved fordeling aksje for aksje, nettopp fordi skatteposisjonene på de grupperte aksjene er helt like.

I denne oppgaven opereres det med grupper av aksjekapital, sammen referert til som en aksjonærs beholdning av aksjekapital. For hver aksjonær grupperer man aksjer med identiske skatteposisjoner. Deretter regner man ut samlet inngangsverdi og samlet pålydende for hver gruppe. Antall aksjer i hver gruppe blir nå irrelevant, ettersom skatteposisjonene forutsetningsvis skal fordeles på et annet antall aksjer i det overtakende selskapet (i motsatt fall kan man overføre skatteposisjonene fra én aksje til en annen som nevnt først i dette

¹² Zimmer (red.) 2014 s. 647

¹³ Liland 2016 s. 487

punktet). Det er forholdet mellom inngangsverdi og aksjekapital som er av interesse, og det er derfor mer nyttig å snakke om gruppering av aksjekapital enn gruppering av aksjer.

Grupperingen er inspirert av Folkvord 2006¹⁴, men den nærmere fordelingen av skatteposisjonene foreslås utført noe annerledes her. Gruppering av aksjekapital er imidlertid kun et praktisk verktøy. Fordelingen av skatteposisjoner kan også gjennomføres ved hjelp av formler, som i Folkvord 2006¹⁵, eller uten noen bestemt systematisk tilnærming, som i Liland 2016¹⁶. Følgende eksempel viser en beholdning av aksjekapital, med to ulike grupper av aksjekapital:

Eksempel 1-1: Aksjonær A har følgende beholdning av aksjekapital i selskap X:

	Ervervstidspunkt	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	20 000	40 000
2	01.01.2016	80 000	1 600 000

For å foreta fordelingen av skatteposisjoner må man vite hvor mye av aksjekapitalen som skal innløses eller nedskrives. Man kan da lage en ny beholdning, bestående kun av innløst eller nedskrevet aksjekapital, altså en beholdning av aksjonærens oppgitte aksjekapital i det overdragende selskapet.

Eksempel 1-2: Aksjonær A innløser halvparten av alle aksjene sine i selskap X, det vil si halvparten av all aksjekapital. Beholdningen av oppgitt aksjekapital blir slik:

	Ervervstidspunkt	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	10 000	20 000
2	01.01.2016	40 000	800 000

Dersom kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet lyder på like mye nominell aksjekapital som kapitalnedsettelsen i det overdragende selskapet vil beholdningen av oppgitt aksjekapital være identisk med beholdningen av utstedt aksjekapital i det overtakende selskapet. Man kan i så fall gå rett videre til fremgangsmåten som er illustrert i eksempel 1-5 nedenfor.

¹⁴ Folkvord 2006 s. 230

¹⁵ Folkvord 2006 s. 230 flg.

¹⁶ Liland 2016 s. 487 flg.

Det er imidlertid ikke gitt at kapitalforhøyelsen skjer med like mye nominell aksjekapital som kapitalnedsettelsen. Folkvord gir følgende eksempel på et slikt avvik: «Ved fisjonsfusjoner bestemmes aksjekapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet av forholdet mellom verdien på den substans som overdras ved fisjon og verdien på det overtakende selskapet.»¹⁷ At fisjonsfusjoner kan innebære en annen nominell kapitalforhøyelse enn kapitalnedsettelse er også lagt til grunn av Skattedirektoratet i Utv. 2012 s. 114 punkt 3. Forholdet mellom nettoverdier og aksjekapital i selskapet vil altså ikke nødvendigvis være likt i det overtakende selskapet som i det overdragende selskapet. For å ta hensyn til slike situasjoner må man regne ut hvor stor andel av aksjekapitalen som ligger i den enkelte gruppe i det overdragende selskapet, i stedet for de nominelle verdiene. Man må bruke andeler fremfor nominelle verdier, fordi samlet pålydende på samtlige vederlagsaksjer kan være annerledes enn på de innløste eller nedskrevne aksjene.

Eksempel 1-3: Aksjonær A har følgende beholdning av oppgitt aksjekapital, uttrykt i prosenter:

	Ervervstidspunkt	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	20 %	20 000
2	01.01.2016	80 %	800 000

Etter dette kan man lage en beholdning av aksjekapital som aksjonæren skal motta aksjer for i det overtakende selskapet.

Eksempel 1-4: Aksjonær A skal motta aksjer for totalt 200 000 i aksjekapital, og får da følgende beholdning av utstedt aksjekapital i det overtakende selskapet:

	Ervervstidspunkt	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	40 000 (20 % av 200 000)	20 000
2	01.01.2016	160 000 (80 % av 200 000)	800 000

Det eneste som gjenstår er da å fordele samlet inngangsverdi på antall aksjer i hver gruppe. Antall aksjer i hver gruppe finner man ved å dele aksjekapital/samlet pålydende i hver gruppe på pålydende per aksje i det overtakende selskapet.

¹⁷ Folkvord 2006 s. 83

Eksempel 1-5: Aksjene i det overtakende selskapet har pålydende lik 10 000. Samlet pålydende i gruppe 1 delt på pålydende per aksje er $40\,000 / 10\,000 = 4$. A mottar 4 aksjer i gruppe 1. I gruppe 2 mottar A 16 aksjer ($160\,000 / 10\,000$). Samlet inngangsverdi i gruppe 1 delt på antall aksjer i gruppe 1 er $20\,000 / 4 = 5\,000$. Aksjene i gruppe 1 har en inngangsverdi på 5 000 hver. I gruppe 2 har aksjene en inngangsverdi på 50 000 hver ($800\,000 / 16$). Etter fisjonen har A følgende 20 aksjer i selskap Y:

	Ervervstidspunkt	Antall aksjer	Inngangsverdi per aksje
1	01.01.2015	$40\,000 / 10\,000 = 4$	$20\,000 / 4 = 5\,000$
2	01.01.2016	$160\,000 / 10\,000 = 16$	$800\,000 / 16 = 50\,000$

Dersom A i stedet mottar aksjer pålydende 2 000, har han etter fisjonen følgende 100 aksjer i selskap Y:

	Ervervstidspunkt	Antall aksjer	Inngangsverdi per aksje
1	01.01.2015	$40\,000 / 2\,000 = 20$	$20\,000 / 20 = 1\,000$
2	01.01.2016	$160\,000 / 2\,000 = 80$	$800\,000 / 80 = 10\,000$

I praksis er det ikke noe problem å foreta en gruppering av aksjene på måten som er forklart ovenfor, ettersom skatteetaten allerede utarbeider aksjeoppgaver¹⁸ for hver aksjonær, der aksjene er sortert etter ervervstidspunkt. Aksjer med samme ervervstidspunkt og inngangsverdi samles på én linje i oppgaven og antall aksjer per linje oppgis, altså likt som tabellene i eksempel 1-5 ovenfor.

2.2.3 Fordeling på eksisterende aksjer

I stedet for å utstede nye aksjer i det overtakende selskapet, kan kapitalforhøyelsen i en fisjonsfusjon gjennomføres ved oppskrivning av eksisterende aksjer i det overtakende selskapet. Med eksisterende aksjer menes her at aksjene har egne skatteposisjoner fra før fisjonen.

Det går an å bruke den samme grupperingen av aksjekapital som i punkt 2.2.2 rett ovenfor som grunnlag for å fordele ervervstidspunkt og inngangsverdi på eksisterende aksjer i det

¹⁸ Aksjeoppgaver (RF-1088) utarbeides på bakgrunn av aksjonærregisteroppgaver (RF-1086) som selskapet sender inn til Skatteetaten.

overtakende selskapet. Den største forskjellen er at ervervstidspunktene fra det overdragende selskapet ikke videreføres direkte, som gjennomgått i punkt 2.2.1.

Etter å ha fulgt fremgangsmåten i punkt 2.2.2 står man igjen med antall aksjer som skal skrives opp per gruppe (i stedet for antall nyutstedte aksjer) og inngangsverdi som skal skrives opp per aksje. Deretter må man identifisere de aksjene i det overtakende selskapet som anses realisert til samme tid etter FIFU-prinsippet som aksjene i den enkelte gruppen.

Her oppstår det en utfordring dersom det er flere eller færre ulike ervervstidspunkter i det overtakende selskapet enn i det overdragende selskapet, som best kan analyseres ved hjelp av et eksempel:

Eksempel 2: Aksjonær A fra eksemplene i punkt 2.2.2 eier aksjer i det overtakende selskapet, og kapitalforhøyelsen skal skje ved oppskrivning av disse aksjene. A har følgende aksjer i det overtakende selskapet fra før fisjonen:

	<i>OVERTAKENDE</i>		
	Ervervstidspunkt	Antall aksjer	Inngangsverdi per aksje
1	01.01.2010	10	10 000
2	01.01.2011	5	10 000
3	01.01.2012	5	10 000

Nedenfor følger dessuten oversikten over de skatteposisjoner som skal videreføres fra de innløste/nedskrevne aksjene til A, som er lik oversikten fra eksempel 1-5 i punkt 2.2.2:

	<i>OVERDRAGENDE</i>		
	Ervervstidspunkt	Antall aksjer	Inngangsverdi per aksje
1	01.01.2015	4	5 000
2	01.01.2016	16	50 000

Inngangsverdien fra gruppe 1 i det overdragende selskapet bør klart nok fordeles på aksjene i gruppe 1 i det overtakende selskapet. Spørsmålet er imidlertid hvordan man fordeler inngangsverdiene fra gruppe 2 i det overdragende selskapet. Ut fra kravet om skattemessig kontinuitet, sammenholdt med FIFU-prinsippet, er det viktigst at skatteposisjoner fra gruppe 2 i det overdragende selskapet fordeles på aksjer som anses realisert senere enn aksjene i gruppe 1. Dette innebærer at inngangsverdiene fra gruppe 2 i det overdragende selskapet ikke kan fordeles på gruppe 1 i det overtakende selskapet.

Det gjenstår da å avgjøre om inngangsverdiene fra gruppe 2 i det overdragende selskapet skal fordeles på gruppe 2, 3 eller både 2 og 3 i det overtakende selskapet. De rettskilder som er gjennomgått i forbindelse med oppgaven gir ingen anvisning på dette detaljerte fordelingsspørsmålet. Det vil her gjøres rede for formål og hensyn som gjør seg gjeldende, men til syvende og sist kan det neppe hevdes at fordelingen har en klar løsning i gjeldende rett.

Samtlige alternativer vil bevare de skattemessige forhold som eksisterte i det overdragende selskapet før fisjonen, i den forstand at rekkefølgen for realisering av inngangsverdiene forblir den samme for alle tre alternativer. Også de skattemessige forhold i det overtakende selskapet vil bevares, i den forstand at inngangsverdiene fra det overtakende selskapet fremdeles er tilknyttet de samme ervervstidspunktene. Valget har derimot betydning for om inngangsverdier fra det overdragende selskapet eller fra det overtakende selskapet anses realisert først.

Før fisjonen kunne aksjonæren uansett velge fritt om han ville realisere aksjer i det ene eller det andre selskapet. En slik frihet til å velge rekkefølge før fisjonen kan oversettes til en valgfrihet med hensyn til om inngangsverdiene fra gruppe 2 i det overdragende selskapet skal fordeles på gruppe 2, 3 eller både 2 og 3 i det overtakende selskapet.

Det totale bildet er at det har liten betydning for den skattemessige kontinuiteten i fisjonen hvordan man fordeler inngangsverdien fra gruppe 2 i det overdragende selskapet. Valget mellom fordeling på gruppe 2, 3 eller 2 og 3 i det overtakende selskapet er derfor i liten eller ingen grad egnet til å påvirke hvorvidt selskapet ønsker å fisjonere eller ikke, og nøytralitetshensynet taler hverken for den ene eller andre løsningen. I praksis kan dette bety at fordelingen må aksepteres uavhengig av hvilken løsning selskapet og aksjonærene går for.

Når andre hensyn gir liten veiledning, virker det mest fornuftig å fordele inngangsverdiene fra gruppe 2 i det overdragende selskapet jevnt på de to gruppene (gruppe 2 og 3) i det overtakende selskapet. I det overdragende selskapet var inngangsverdiene tross alt fordelt på en større andel aksjekapital enn i gruppe 2 og 3 hver for seg i det overtakende selskapet. Dette synspunktet bygger på en kontinuitetstankegang, men som nevnt i forrige avsnitt kan ikke nøytralitetshensynet begrunne valget av den ene løsningen over de andre, og det er derfor ikke snakk om skattemessig kontinuitet på samme måte som drøftet i punkt 1.4.4.

2.2.4 Vederlagsaksjer som havner mellom to grupper

Dersom aksjekapitalen i en gruppe ikke kan representeres av et helt antall vederlagsaksjer oppstår et spørsmål om hva ervervstidspunktet og inngangsverdien skal være for den aksjen som havner mellom to grupper. Problemstillingen illustreres med følgende eksempel:

Eksempel 3-1: En aksjonær A har en beholdning av oppgitte aksjer i et overdragende selskap X som følger:

	Ervervstidspunkt	Antall aksjer	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	4	9 000	30 000
2	01.01.2016	4	9 000	60 000
	Sum:	8	18 000	90 000

Ervervstidspunktene og inngangsverdiene skal fordeles på 9 aksjer i et overtakende selskap Y. Bytteforholdet er dermed 8/9.

Hvis ervervstidspunkt og inngangsverdi fra den ene gruppen fordeles på 5 av de 9 vederlagsaksjene i eksempel 3-1, vil det oppstå skattemessig diskontinuitet, fordi skatteposisjonene bare knytter seg til aksjekapital tilsvarende 4,5 aksjer. Dersom man kunne valgt om vederlagsaksje nummer 5 skulle ha inngangsverdi fra gruppe 1 eller 2 i det overdragende selskapet ville man kunnet flytte på skatteposisjoner i strid med nøytralitetshensynet.

For å oppnå større grad av kontinuitet kan man tilordne inngangsverdi forholdsmessig fra både gruppe 1 og 2 til vederlagsaksje nummer 5 i eksempel 3-1. På den måten vil inngangsverdien fra de to gruppene reelt sett være fordelt på 4,5 aksjer hver. Videre må aksje nummer 5 ha et ervervstidspunkt mellom gruppe 1 og gruppe 2, for å indikere at denne aksjen skal anses realisert etter aksjene i gruppe 1, men før aksjene i gruppe 2. Med denne fremgangsmåten vil inngangsverdiene fra det overdragende selskapet anses realisert i samme rekkefølge også etter fisjonen, i tråd med FIFU-prinsippet i sktl. § 10-36. Dermed oppnår man skattemessig kontinuitet og man unngår insentiver til omgåelse i tråd med nøytralitetshensynet.

I Zimmer (red.) 2014 uttales følgende om den aktuelle problematikken: «*Det kan oppstå tilfeller der bytteforholdet ikke går opp i antall aksjer. Da må den siste aksjen «deles» med*

tanke på ervervstidspunkt for å beregne inngangsverdien».¹⁹ Forfatterens konkrete beregning av ervervstidspunkt og inngangsverdi følger metoden som det er argumentert for rett ovenfor.

I Skatte-ABC 2016/2017 er det lagt til grunn at aksjen som havner mellom to grupper skal anses delvis anskaffet samtidig som foregående gruppe og delvis samtidig som etterkommende gruppe.²⁰ Den samme løsningen er lagt til grunn uten nærmere drøftelse i Aamelfot mfl. 2015.²¹ Løsningen skaper imidlertid uklarhet med tanke på når aksjen skal anses realisert i forhold til øvrige aksjer etter FIFO-prinsippet. Av den grunn kritiseres løsningen i Zimmer (red.) 2014.²² For å tydeliggjøre hvor i rekkefølgen aksjen står ved realisasjon i henhold til FIFO-prinsippet, bør ervervstidspunktet settes til en dato mellom gruppene. I Zimmer (red.) 2014 nevnes det at man kan beregne en eksakt dato, men at dette neppe er nødvendig. I Liland 2016 foreslår forfatteren at aksjene får et «*ervervstidspunkt mellom*» de to aktuelle datoene.²³ Av praktiske årsaker bør det aksepteres at man eksempelvis setter ervervstidspunktet til dagen etter forrige gruppe av aksjer; skattemessig kontinuitet oppnås i like stor grad på denne måten som om man beregner en eksakt dato.

Når det gjelder beregningen av inngangsverdi på aksjer som havner mellom to grupper, legger Aamelfot. mfl. 2015²⁴ og Skatte-ABC 2016/2017²⁵ til grunn samme løsning som forklart ovenfor og som lagt til grunn i Zimmer (red.) 2014. I eksempelet nedenfor illustreres beregningen av inngangsverdi. Grupperingen av aksjekapital fra punkt 2.2.2 ovenfor er benyttet, men resultatet samsvarer også med utregningsmetoden benyttet i Zimmer (red.) 2014.²⁶

Eksempel 3-2: Aksjonær A fra forrige eksempel skal motta 9 aksjer i overtakende selskap Y, og bytteforholdet er 8/9. I gruppe 1 i Y skal han motta aksjer med 8/9 av inngangsverdiene fra gruppe 1 i overdragende selskap X, og i gruppe 3 i Y skal han motta 8/9 av inngangsverdiene fra gruppe 2 i X. Gruppe 2 i Y angir restaksjen som havner mellom de opprinnelige gruppene fra X, og skal ha gjenværende 1/9 av inngangsverdiene fra gruppe 1 i X og 1/9 fra gruppe 2 i X. For enkelhets skyld settes

¹⁹ Zimmer (red.) 2014 s. 647

²⁰ Skattedirektoratet (utg.), *Skatte-ABC 2016/2017*, 37. utgave, Oslo 2017 (Skatte-ABC 2016/2017), Aksjer – realisasjon, pkt. 6.12.1

²¹ Aamelfot mfl. 2015 s. 73

²² Zimmer (red.) 2014 s. 649

²³ Liland 2016 s. 488

²⁴ Aamelfot mfl. s. 71-72

²⁵ Skatte-ABC 2016/2017, Aksjer – realisasjon, pkt. 6.12.1

²⁶ Zimmer (red.) 2014 s. 647

ervertidspunktet i gruppe 2 i Y til dagen etter gruppe 1. A skal motta følgende beholdning av aksjer i Y:

	Ervertidspunkt	Antall aksjer	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	4	8 000	26 666,67
2	02.01.2015	1	2 000	10 000
3	01.01.2016	4	8 000	53 333,33
	Sum:	9	18 000	90 000

Beregningen av inngangsverdi foretas noe annerledes i Liland 2016. Liland fordeler antall aksjer likt på de ulike ervertidspunktene, slik at det ikke bare blir én restaksje, men en helt ny gruppe aksjer med et beregnet ervertidspunkt og en beregnet inngangsverdi mellom de to opprinnelige gruppene aksjer fra det overdragende selskapet.²⁷ Anvendt på tallene fra eksempel 3-1 vil Lilands løsning gi følgende resultat:

Eksempel 3-3: Lilands fremgangsmåte gir de samme inngangsverdiene per aksje for hver gruppe i det overtakende selskapet, som løsningen foreslått ovenfor. Den eneste forskjellen er at Liland fordeler aksjene likt på de tre gruppene i overtakende selskap Y. Aksjonær A mottar følgende beholdning av aksjer i Y, beregnet etter metoden til Liland:

	Ervertidspunkt	Antall aksjer	Aksjekapital (samlet pålydende)	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2015	3	6 000	20 000
2	02.01.2015	3	6 000	30 000
3	01.01.2016	3	6 000	40 000
	Sum:	9	18 000	90 000

Problemet med løsningen til Liland er at han gjennomsnittsberegner inngangsverdien på flere aksjer enn nødvendig. Som lagt til grunn i punkt 1.5 ovenfor er det i utgangspunktet ikke adgang til å benytte en gjennomsnittsmetode for å fordele skatteposisjoner ved fisjon. De tre aksjene i gruppe 2 i eksempel 3-3 ovenfor har inngangsverdi som stammer både fra gruppe 1 og 2 i det overdragende selskapet. Ved realisasjon av aksje nummer 4 i overtakende selskap Y innebærer dette at inngangsverdier som stammer fra gruppe 2 i overdragende selskap X realiseres før inngangsverdier som stammer fra gruppe 1, ettersom det fremdeles gjenstår

²⁷ Liland 2016 s. 488

inngangsverdier stammende fra gruppe 1 på aksje nummer 5 og 6 i overtakende selskap Y. Dette strider med FIFO-prinsippet, og skaper dermed skattemessig diskontinuitet ved at de skattemessige forhold endres gjennom fisjonen. Utjevning av skatteposisjoner, som gjennomsnittsmetoden innebærer, åpner for omgåelsesmuligheter, og strider med nøytralitetshensynet. Sentrale hensyn tilsier derfor at man bør operere med færrest mulig restaksjer, slik som i fremgangsmåten illustrert i eksempel 3-2 ovenfor.

2.2.5 Betydningen av tilleggsvederlag – fleksibilitet

Et tilleggsvederlag er et vederlag i annet enn aksjer, typisk kontanter, som kan utstedes i tillegg til vederlagsaksjene, jf. asl. § 14-2 første ledd nr. 2. Tilleggsvederlaget kan medføre at en aksjonær mottar flere eller færre vederlagsaksjer i fisjonen enn hans eierforhold før fisjonen skulle tilsi.²⁸ En slik forskyvning av eierforholdet er selskapsrettslig akseptert så lenge tilleggene ikke utgjør mer enn 20 % av det totale vederlaget i fisjonen, jf. asl. § 14-2 første ledd nr. 2. Er denne begrensningen overholdt kan fisjonen komme inn under skattefritaket i skatteloven kapittel 11, jf. § 11-4 første ledd. Skattefritaket omfatter imidlertid kun vederlagsaksjene; tilleggsvederlaget er alltid skattepliktig, jf. sktl. § 11-6 første ledd.

Ut fra forarbeidene i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37 synes adgangen til å gi tilleggsvederlag å være begrunnet i praktiske hensyn:

«Av hensyn til at bytteforholdet mellom aksjene i overdragende og overtakende selskap skal gå opp, er det et praktisk behov for å kunne yte tilleggsvederlag.»

Det departementet påpeker er at tilleggsvederlag kan benyttes for å få fordelingen av verdier mellom aksjonærene i en fisjon til å «gå opp». Med andre ord gir tilleggsvederlag en praktisk løsning på de problemene som er reist om aksjer som havner mellom to grupper i punkt 2.2.4 ovenfor. Denne praktiske betydningen av tilleggsvederlag er også berørt i Liland 2016: «*En praktisk løsning, særlig i tilfeller hvor bytteforholdet ikke går opp i hele antall aksjer, kan være å yte et visst tilleggsvederlag.*»²⁹ Det samme poenget tas opp i Zimmer (red.) 2014.³⁰ I stedet for å dele en restaksje som havner mellom to grupper kan man altså utstede et tilleggsvederlag. Løsningen illustreres med følgende eksempel:

²⁸ Zimmer (red.) 2014 s. 640

²⁹ Liland 2016 s. 489

³⁰ Zimmer (red.) 2014 s. 640

Eksempel 4: En aksjonær A har innløst 10 aksjer i et overdragende selskap X som fisjoneres, og han skal motta vederlagsaksjer i et overtakende selskap Y. Hver av de 10 aksjene er pålydende 11 000, 5 av dem har en inngangsverdi på 11 000 hver og 5 av dem har en inngangsverdi på 15 000 hver. Beholdningen av oppgitt aksjekapital (jf. punkt 2.2.2 eksempel 1-2 ovenfor) er som følger:

	Samlet pålydende	Samlet inngangsverdi
1	55 000	55 000
2	55 000	75 000

I selskap Y er hver aksje pålydende 10 000. For at As aksjer skal representere like mye aksjekapital etter fisjonen må han dermed motta 11 aksjer. 5 aksjer skal ha inngangsverdi fra gruppe 1 i tabellen over og 5 skal ha fra gruppe 2, mens den siste aksjen i teorien skal ha inngangsverdi fra begge gruppene, noe som medfører komplikasjoner ved fordelingen, jf. punkt 2.2.4 ovenfor. I stedet kan A motta tilleggsvederlag som tilsvarer verdien av én aksje. As tilleggsvederlag utgjør da 9,09 % av hans totale vederlag, og det forutsettes for enkelhets skyld at det ikke utstedes ytterligere tilleggsvederlag til andre aksjonærer. Tilleggsvederlaget er da lovlig. Det vil medføre at A kun skal ha 10 vederlagsaksjer, hvorav 5 med inngangsverdi lik 11 000 og 5 med 15 000.

I Zimmer (red.) 2014 uttales det videre at «*enkelte aksjonærer helt eller delvis [kan] utløses mot tilleggsvederlag*». ³¹ Dette har sammenheng med at begrensningen på 20 % tilleggsvederlag beregnes ut fra det totale vederlaget, ikke per aksjonær. Dermed kan tilleggsvederlaget ikke bare benyttes til å forenkle fordelingen av skatteposisjoner, men også til i større grad å oppnå en ønsket fordeling av verdier mellom aksjonærene.

Adgangen til å utstede tilleggsvederlag gir en betydelig fleksibilitet på aksjonærnivå i fisjonen, og kan i mange tilfeller forenkle kompliserte spørsmål knyttet til skattemessig kontinuitet. Tilleggsvederlaget medfører tross alt et eksplisitt unntak fra kravet om eierkontinuitet, som påpekt ovenfor i punkt 1.4.3.

På den annen side er det ikke sikkert det er ønskelig å benytte tilleggsvederlag, ettersom tilleggsvederlaget er skattepliktig, jf. sktl. § 11-6 første ledd. Betydningen av skatteplikten er

³¹ Zimmer (red.) 2014 s. 640

størst for personlige aksjonærer, men beskatning kan også få betydning for selskapsaksjonærer, som påpekt i punkt 2.1 ovenfor. Av den grunn kan det ofte være nødvendig å foreta de mer kompliserte fordelingene av skatteposisjoner som er drøftet ovenfor i punkt 2.2.1 til 2.2.4.

2.2.6 Betydningen av tilleggsvederlag – skjev utdeling

Med skjev utdeling av tilleggsvederlag menes her at én eller flere aksjonærer mottar høyere eller lavere tilleggsvederlag enn øvrige, samt at de mottar en tilsvarende lavere eller høyere andel av vederlagsaksjene. Det er lagt til grunn i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) at skjev utdeling medfører realisasjonsbeskatning. «*Antallet aksjer som anses realisert vil i såfall være differansen mellom det antall aksjer aksjonæren skulle hatt etter bytteforholdet og det antall aksjer han har fått.*», jf. proposisjonen s. 38. Videre legges det til grunn at vederlaget for disse aksjene anses å være «*den del av tilleggsvederlaget til de delvis innløste aksjonærene som overstiger tilleggsvederlaget som de øvrige aksjonærene får*», jf. proposisjonen på samme sted.

Ved delvis innløsning av en aksjonær oppstår det et spørsmål: Hvilke skatteposisjoner benyttes for realisasjonsbeskatningen og hvilke skatteposisjoner står igjen til fordeling på vederlagsaksjene?

Det er klart nok at det ikke kan skje realisasjonsbeskatning uten å ta hensyn til skatteposisjoner knyttet til aksjene, og det er like klart at realiserte skatteposisjoner ikke kan fordeles på vederlagsaksjene, så man må derfor finne frem til hvilke skatteposisjoner som er igjen til fordeling. Forarbeidene reiser ikke selv dette spørsmålet, og det synes heller ikke belyst i teorien.

I Zimmer (red.) 2014 gis det et eksempel på skjev utdeling for å få bytteforholdet til å gå opp, hvor en aksjonær etter bytteforholdet skal motta 4,3 aksjer, men i stedet mottar 4 samt tilleggsvederlag, og dermed skal «*beskattes som om 0,3 aksjer var realisert*».³² Selv om forfatteren ikke sier noe om fordelingen av skatteposisjonene, viser eksempelet en annen side av det spørsmålet som er reist her, nemlig at det i de mest praktiske tilfellene ikke vil være hele aksjer, men fraksjoner av aksjer, som skal anses realisert.

³² Zimmer (red.) 2014 s. 642

For det første må man vite hvilke aksjer som skal anses realisert. Vederlaget i fisjonen, herunder både vederlagsaksjer og tilleggsvederlag, er vederlaget til aksjonærene i det overdragende selskapet ved kapitalnedsettelsen, jf. asl. § 14-2 første ledd. Det er derfor de innløste eller nedskrevne aksjene i det overdragende selskapet som skal anses realisert, mot tilleggsvederlaget aksjonæren mottar. FIFU-prinsippet etter sktl. § 10-36 slår videre fast at det er den først anskaffede av de innløste eller nedskrevne aksjene som skal anses realisert først. Dermed vet man nøyaktig hvilke aksjer som skal anses realisert, og det følger klart av forarbeidene, og er dessuten lagt til grunn i teorien, at utgangsverdien på aksjene settes til tilleggsvederlaget, minus det som eventuelt deles ut likt til alle aksjonærene.³³

Skatteposisjonene innbetalt aksjekapital og overkurs påvirkes ikke av realisasjonen, ettersom det ikke er snakk om skattefri tilbakebetaling ved kapitalnedsettelse etter sktl. § 10-35, jf. sktl. § 10-11 andre ledd andre punktum (innbetalt kapital behandles nærmere i punkt 5). Ervervstidspunktet som videreføres forblir naturlig nok det samme, uten at realisasjonen har noen betydning for dette. Alternativt videreføres ikke ervervstidspunktet direkte, som følge av oppskrivning på vederlagsaksjene, jf. punkt 2.2.1 og 2.2.3 ovenfor. Inngangsverdi, ubenyttet skjerming og skjermingsgrunnlag påvirkes imidlertid av realisasjonen.

I Skatte-ABC 2016/2017 angis følgende fremgangsmåte: «*For aksjonærer som er realisasjonsbeskattet for tilleggsvederlaget (skjev utdeling), må inngangsverdien og skjermingsgrunnlaget reduseres med den inngangsverdien som inngikk i gevinst-/tapsberegningen for de aksjene som anses realisert.*».³⁴ Man skal altså delvis redusere skatteposisjonene i samme grad som aksjen anses realisert, før resterende videreføres. Ut fra konsekvens- og systemhensyn er dette den eneste fornuftige løsningen. Dersom det eksempelvis skal beregnes skatt for realisasjon av 0,3 aksjer, må man kun benytte 30 % av hver skatteposisjon ved beregning av realisasjonsskatt. Resterende 70 % av hver skatteposisjon må da klart nok videreføres.

Hvis skatteposisjonene i stedet både anvendes ved beregning av realisasjonsskatten og videreføres, oppstår det skattemessig diskontinuitet. Det samme gjelder om skatteposisjonene anses realisert i sin helhet, ettersom verdien av 0,7 aksjer videreføres, uten at skatteposisjonene videreføres. Skatteposisjoner som forsvinner eller oppstår ut fra ingenting bryter med nøytralitetshensynet.

³³ Zimmer (red.) 2014 s. 642

³⁴ Skatte-ABC 2016/2017, Fisjon – innenlands pkt. 4.9.4

Følgende eksempel illustrerer konkret hvordan skatteposisjoner videreføres etter delvis realisasjon som følge av skjev utdeling av tilleggsvederlag:

Eksempel 5: Aksjonær A innløser 4 aksjer pålydende 10 000 hver i et overdragende selskap X. Aksjene har en inngangsverdi på 10 000 og en virkelig verdi på 20 000 hver. Det overtakende selskapet Y har aksjer pålydende 12 500. Dersom A skal motta vederlagsaksjer for 40 000 i aksjekapital skal han dermed motta 3,2 aksjer i Y. Ettersom det ikke er mulig å utstede fraksjonsaksjer, kan A i stedet motta 3 vederlagsaksjer i Y og tilleggsvederlag tilsvarende 0,2 aksjer i Y.

0,2 aksjer i det overtakende selskapet Y representerer 2 500 i aksjekapital ($12\,500 * 0,2$). Det betyr at A skal motta tilleggsvederlag for den virkelige verdien av 2 500 i aksjekapital i det overdragende selskapet X. 2 500 utgjør 0,25 av pålydende på As første aksje i X ($2\,500 / 10\,000$). Det er dermed 0,25 av denne aksjen som skal anses realisert, forutsatt at ingen andre aksjonærer også mottar tilleggsvederlag. Grunnen til at fraksjonen 0,25 benyttes fremfor 0,2 er at hver aksje i det overtakende selskapet Y er pålydende 12 500, altså 20 % mer enn pålydende per aksje i det overdragende selskapet X (10 000).

A skal dermed motta 5 000 i tilleggsvederlag (virkelig verdi på en hel aksje * andel av aksjen som anses realisert = $20\,000 * 0,25$) og inngangsverdien ved realisasjonen settes til 2 500 (inngangsverdi på en hel aksje * andel av aksjen som anses realisert = $10\,000 * 0,25$).

Beregningen av skatt ved realisasjonen forfølges ikke nærmere her. Det viktige her er at 7 500 i inngangsverdi på den delvis realisererte aksjen i det overdragende selskapet X står igjen til fordeling på vederlagsaksjene i Y. Følgende oversikt viser det som står igjen til fordeling på aksjene i X:

	Ervervstidspunkt	Samlet pålydende	Samlet inngangsverdi
1	01.01.2013	7 500	7 500
2	01.01.2014	10 000	10 000
3	01.01.2015	10 000	10 000
4	01.01.2016	10 000	10 000

Samlet pålydende på alle aksjene i det overdragende selskapet X, 37 500, er delelig på 3 aksjer pålydende 12 500 i det overtakende selskapet Y. Disse tre aksjene har en

virkelig verdi på til sammen 75 000. Resterende 5 000 av totalt 80 000 som A har krav på i vederlag utstedes som sagt som tilleggsvederlag. Tabellen ovenfor viser As beholdning av oppgitt aksjekapital, likt eksempel 1-2 i punkt 2.2.2, og fordelingen av inngangsverdi og ervervstidspunkt kan dermed følge samme fremgangsmåte som er gjennomgått der og i punkt 2.2.3.

3 Skal sktl. § 11-7 fjerde ledd anvendes på andre skatteposisjoner?

Skatteloven § 11-7 fjerde ledd omfatter bare fordelingen av skatteposisjonene inngangsverdi og ervervstidspunkt. Etter en streng tolkning av ordlyden er det derfor kun disse to skatteposisjonene som skal fordeles på vederlagsaksjene. Imidlertid er det forutsatt i forarbeidene i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) at en fisjon må gjennomføres med skattemessig kontinuitet for å komme inn under skattefritaket. Også andre skatteposisjoner enn inngangsverdi og ervervstidspunkt er med på å bestemme den skattemessige verdien av en aksje. Av den grunn vil det nå vurderes hvorvidt kravet om skattemessig kontinuitet innebærer at sktl. § 11-7 fjerde ledd skal anvendes på andre skatteposisjoner enn inngangsverdi og ervervstidspunkt.

Det ble i punkt 1.4.4 slått fast at uten skattemessig kontinuitet bør det skje realisasjonsbeskatning som ellers ved realisasjon, og kontinuitet er derfor ansett for å være en «*grunnleggende forutsetning*» for skattefritaket i skatteloven kapittel 11, jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 33. Forklaringen av begrepet skattemessig kontinuitet fra samme sted i proposisjonen er inntatt i punkt 1.4.4, men gjentas her:

«de skattemessige forhold som gjaldt før fusjonen eller fisjonen videreføres også etter transaksjonen selv om organiseringen av virksomheten er endret.»

Lovgiver har åpenbart tenkt at det bør være kontinuitet i skatteposisjoner på aksjonærnivå da sktl. § 11-7 fjerde ledd ble utformet. I forarbeidene ble det uten videre lagt til grunn at inngangsverdien på aksjene må videreføres. I den videre drøftelsen i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 33 konkluderte departementet i tråd med følgende vurdering:

«[FIFU-prinsippet] tilsier at aksjonærenes ervervstidspunkt for de innløste aksjene i det overdragende selskapet må videreføres på vederlagsaksjene.»

Departementet tar derimot ikke opp andre skatteposisjoner og det kan umiddelbart virke som om det mener at skattemessig kontinuitet kan oppnås ved bare å fordele inngangsverdi og ervervstidspunkt. Det er imidlertid åpenbart at også andre skatteposisjoner, herunder skjermingsgrunnlag, ubenyttet skjerming, innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs, har

betydning for aksjenes skattemessige verdi.³⁵ Dersom fisjonen gjennomføres med diskontinuitet for disse andre skatteposisjonene, vil aksjonærene kunne endre sine skattemessige forhold gjennom fisjonen. Aksjonærene vil kunne flytte skatteposisjoner mellom aksjer, slik at skatteposisjonene realiseres tidligere eller senere enn det de ville blitt før fisjonen. Slike omgåelsesmuligheter kan medføre at fisjoner motiveres av skattebesparelser og gjennomføres på en ellers irrasjonell måte ut fra bedriftsøkonomiske forhold. Uten å ta hensyn til samtlige skatteposisjoner knyttet til aksjene virker dermed reglene unøytralt.

Konsekvens- og systemhensyn tilsier for det første at når det ikke skjer noen realisasjonsbeskatning må skatteposisjoner knyttet til formuesobjektet, her aksjene, videreføres, som gjennomgått i punkt 1.4.4 ovenfor. For det andre tilsier konsekvens- og systemhensyn at dersom noen skatteposisjoner videreføres, bør alle skatteposisjonene videreføres. Det er ingen grunn til å behandle skatteposisjoner inkonsekvent ved å tillate skattemessig diskontinuitet for noen.

Det er bred enighet om at kravet om skattemessig kontinuitet innebærer krav til videreføring av samtlige skatteposisjoner på aksjonærnivå. I Zimmer (red.) 2014 legges det til grunn ut fra en utvidende tolkning av § 11-7 fjerde ledd.³⁶ Den samme utvidende tolkningen er lagt til grunn i Liland 2016.³⁷ Folkvord legger også til grunn at § 11-7 fjerde ledd må tolkes utvidende, men er også inne på at løsningen kan anses å følge av ulovfestet rett.³⁸ I Skatte-ABC 2016/2017 forutsettes det under henvisning til § 11-7 fjerde ledd at samtlige skatteposisjoner på aksjonærnivå skal fordeles for å oppnå kontinuitet.³⁹

Konklusjonen er at sktl. § 11-7 fjerde ledd skal anvendes på andre skatteposisjoner enn inngangsverdi og ervervstidspunkt. Nedenfor i punkt 5 vil det likevel foretas en vurdering av hvorvidt sktl. § 11-7 fjerde ledd er den rette fordelingsregelen for innbetalt aksjekapital og overkurs.

³⁵ Skjerming etter sktl. § 10-12 ble riktignok ikke innført før i perioden 2004-2006, og var derfor ikke aktuelt da forgjengeren til § 11-7 fjerde ledd ble utformet. Innbetalt aksjekapital og overkurs har derimot hatt betydning for en aksjes skattemessige verdi siden før dette.

³⁶ Zimmer (red.) 2014 s. 647

³⁷ Liland 2016 s. 485

³⁸ Folkvord 2006 s. 219

³⁹ Skatte-ABC 2016/2017, Fisjon – innenlands pkt. 4.9.4

Ordlyden i § 11-7 fjerde ledd er såpass klart avgrenset til inngangsverdi og ervervstidspunkt at det synes mest nærliggende å si at man bruker § 11-7 fjerde ledd analogisk på andre skatteposisjoner, altså slik at kravet om skattemessig kontinuitet følger av ulovfestet rett. Imidlertid vil fordelingen måtte bli den samme uansett om man kaller det en analogisk anvendelse eller utvidende tolkning.

4 Skatteposisjonene skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming

Det følger av drøftelsene i punkt 3 at fordelingsregelen i sktl. § 11-7 fjerde ledd skal anvendes også på andre skatteposisjoner. Fordelingen av skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming må derfor følge sktl. § 11-7 fjerde ledd.

Skjermingsgrunnlaget utgjør inngangsverdien tillagt ubenyttet skjerming fra tidligere år, jf. sktl. § 10-12 andre ledd andre punktum, og skatteposisjonen beregnes på nytt for hvert inntektsår. Dette innebærer at det ikke er interessant å se på skjermingsgrunnlaget i seg selv. Ubenyttet skjerming, som er ett av leddene i beregning av skjermingsgrunnlaget, må derimot fordeles. Ubenyttet skjerming på en aksje øker for hvert år det ikke tas ut utbytte på den. Skjerming beregnes ved å multiplisere skjermingsrente med skjermingsgrunnlaget. Hvor mye aksjonæren skal skattlegges ved utbytteutdeling avhenger av hvor stor skjermingen er på aksjene hans, jf. sktl. § 10-12 første ledd, og skjerming har derfor direkte betydning for en aksjes skattemessige verdi. Dessuten kan ubenyttet skjerming føres til fradrag i alminnelig inntekt dersom aksjen realiseres, jf. sktl. § 10-31 første ledd andre punktum.

Det er først og fremst nødvendig å fordele ubenyttet skjerming, mens skjermingsgrunnlaget vil bli beregnet ut fra den fordelte inngangsverdien og ubenyttede skjermingen.

Fordelingen av ubenyttet skjerming reiser ingen nye problemstillinger ut over det som er gjennomgått med hensyn til aksjenes inngangsverdi i punkt 2.2 ovenfor. Fordelingen må følge samme fremgangsmåte som fordeling av inngangsverdi, og det vises derfor til fremstillingen ovenfor.

5 Skatteposisjonene innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs

5.1 Generelt

Innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs må i utgangspunktet fordeles etter sktl. § 11-7 fjerde ledd, jf. drøftelsene i punkt 3 ovenfor.

Innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs er resultatene av alle innbetalinger og tilbakebetalinger på en bestemt aksje, av henholdsvis aksjekapital og overkurs. Skatteposisjonene følger alltid aksjen, slik at det er det innbetalte og enda ikke tilbakebetalte på den enkelte aksje som er avgjørende.⁴⁰ Det innebærer videre at også tidligere aksjonærers innbetalinger og tilbakebetalinger følger aksjen fra eier til eier, og ellers like aksjer eid av samme aksjonær kan ha ulik innbetalt aksjekapital og overkurs.

Skatteposisjonene angir dermed noe annet enn pålydende og inngangsverdi og de har hovedsakelig betydning for hvor mye aksjonæren kan få tilbakebetalt skattefritt etter sktl. § 10-11 andre ledd andre punktum. Riktignok er det likevel en sammenheng mellom innbetalt aksjekapital og overkurs og inngangsverdi. Inngangsverdien settes også ned ved tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs, jf. sktl. § 10-35. Til tross for dette vil de to skatteposisjonene ofte være ulike, som følge av at kun inngangsverdien på en aksje endres ved realisasjon ved for eksempel salg av aksjen, uten at innbetalt aksjekapital og overkurs endres tilsvarende.

5.2 Nærmere om fordelingen

Det antas at sktl. § 11-7 fjerde ledd anvendes analogisk på skatteposisjonene innbetalt aksjekapital og overkurs, jf. punkt 3 ovenfor. Ut fra ordlyden i sktl. § 11-7 fjerde ledd skal samlet innbetalt aksjekapital og samlet innbetalt overkurs på en bestemt aksjonærs aksjer fordeles på vederlagsaksjene han mottar i det overtakende selskapet.

For den aktuelle aksjonæren er det irrelevant hvilke aksjer den innbetalte aksjekapitalen og innbetalte overkursen (heretter samlet referert til som innbetalt kapital) knytter seg til,

⁴⁰ Rt. 1957 s. 1239 (Vestfos Cellulose) s. 1242

ettersom det er det totale beløp på alle aksjene han eier som avgjør i hvilken grad han kan få skattefri tilbakebetaling etter sktl. § 10-11 andre ledd andre punktum. Dersom en aksje realiseres blir det imidlertid et spørsmål om hvilken tilbakebetalingsrett som overføres til erververen, og av den grunn bør også fordelingen av disse skatteposisjonene følge ervervstidspunktene, likt inngangsverdi og ubenyttet skjerming, jf. punkt 2.2 og 4. Man kan da anvende fremgangsmåten med gruppering av aksjekapital presentert i punkt 2.2.

Det kan reises spørsmål om hvorvidt og i så fall hvordan fordelingen av innbetalt kapital på aksjonærnivå påvirkes av fordelingen av de samme skatteposisjonene på selskapsnivå. Herunder oppstår spørsmålet om hvorvidt det er sktl. § 11-7 fjerde ledd som angir den mest hensiktsmessige fordelingen av innbetalt kapital.

5.3 Forholdet til fordelingen på selskapsnivå

5.3.1 Kort om fordelingen på selskapsnivå

Skatteloven § 11-8 først ledd bestemmer fordelingen av innbetalt aksjekapital på selskapsnivå:

«Ved fisjon av aksjeselskap eller allmennaksjeselskap fordeles nominell og innbetalt aksjekapital i samme forhold som nettoverdiene fordeles imellom selskapene.»

Det avgjørende etter ordlyden er hvor stor del av nettoverdiene i det overdragende selskapet som overføres til det overtakende selskapet. En tilsvarende andel av innbetalt aksjekapital skal overføres mellom selskapene. Hvis for eksempel en fjerdedel av nettoverdiene utfisjonerer, skal altså en fjerdedel av innbetalt kapital overføres til det overtakende selskapet.

Innbetalt overkurs er ikke nevnt i ordlyden i sktl. § 11-8 første ledd. Det er imidlertid så stor sammenheng og likhet mellom innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs at det kan reises spørsmål om hvorvidt sktl. § 11-8 første ledd skal anvendes også på innbetalt overkurs. Det faller utenfor omfanget av denne oppgaven å gå i dybden på dette spørsmålet, og det vil derfor kun gjøres kort rede for teoretiske hovedsynspunkter og hva som legges til grunn for oppgaven.

I Zimmer (red.) 2014⁴¹ og Skatte-ABC 2016/2017⁴² forutsettes det uten videre at «*innbetalt aksjekapital*» i sktl. § 11-8 første ledd også omfatter innbetalt overkurs. Folkvord hevder imidlertid at overkurs ikke omfattes fordi det ikke er eksplisitt nevnt i lovteksten: «*At overkurs holdes utenfor fordelingen [etter sktl. § 11-8 første ledd], fremgår forutsetningsvis også av lovteksten.*»⁴³ Mulstad konkluderer i Gjems-Onstad og Folkvord (red.) 2013 etter en utførlig drøftelse med at «*innbetalt overkurs må inngå i sktl. § 11-8 første ledd*»⁴⁴. Mulstad argumenterer riktignok senere i fremstillingen sin for at sktl. § 11-8 første ledd må avvikes i sin helhet i visse situasjoner, også på selskapsnivå (se nærmere punkt 5.3.3 nedenfor). Som et utgangspunkt legger hun imidlertid til grunn at både innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs skal følge regelen i sktl. § 11-8 første ledd på selskapsnivå, og det er dette som legges til grunn for denne oppgaven.

Fordelingen av nettoverdiene mellom selskapene i fisjonen er avgjørende for fordelingen av innbetalt kapital på selskapsnivå, jf. sktl. § 11-8 første ledd.

5.3.2 Skatteloven § 11-7 fjerde ledd sammenlignet med sktl. § 11-8 første ledd

Som det fremgår av punkt 5.2 jf. punkt 3 gjelder fordelingsregelen i sktl. § 11-7 fjerde ledd i utgangspunktet for innbetalt kapital på aksjonærnivå. Innbetalt kapital er imidlertid også omfattet av sktl. § 11-8 første ledd, men da i utgangspunktet på selskapsnivå, jf. punkt 5.3.1.

Skatteloven §§ 11-7 fjerde ledd og 11-8 første ledd angir to ulike fordelingsregler som vil kunne gi ulik innbetalt kapital på henholdsvis aksjonærnivå og selskapsnivå, jf. punkt 5.2 og 5.3.1. I juridisk teori har dette gitt opphav til en rekke ulike forståelser av reglene.

Innledningsvis kan det trekkes frem at Zimmer (red.) 2014 anser dette som uproblematisk, og forfatteren legger til grunn at reglene må anvendes på henholdsvis aksjonærnivå og selskapsnivå.⁴⁵ På den annen side mener Gjems-Onstad at fordelingen av innbetalt kapital må

⁴¹ Zimmer (red.) 2014 s. 645

⁴² Skatte-ABC 2016/2017, Fisjon – innenlands, pkt. 4.10.3

⁴³ Folkvord 2006 s. 79

⁴⁴ Ole Gjems-Onstad og Benn Folkvord (red.), *Aktuell bedriftsbeskatning*, 1. utgave, Oslo 2013 (Gjems-Onstad og Folkvord (red.) 2013) s. 76 flg.

⁴⁵ Zimmer (red.) 2014 s. 645

være lik på begge nivåer, og at fordelingen må følge den samme regelen på både selskapsnivå og aksjonærnivå.⁴⁶ Synspunktene behandles nærmere nedenfor i punkt 5.3.3.

I det følgende vil det gjøres en grundig gjennomgang av de ulike forståelsene av disse to fordelingsreglene. Målet er å komme frem til om innbetalt kapital på aksjonærnivå skal fordeles på en annen måte enn etter sktl. § 11-7 fjerde ledd.

5.3.3 Skal innbetalt kapital fordeles i henhold til sktl. § 11-7 fjerde ledd eller § 11-8 første ledd på aksjonærnivå?

Ulike teoretiske standpunkter

I Zimmer (red.) 2014 legges det til grunn at «*skatteposisjonen innbetalt kapital ... overføres til vederlagsaksjene med kontinuitet på aksjonærnivå (jf. sktl. § 11-7, 4. ledd)*», mens fordelingsregelen angitt i sktl. § 11-8 første ledd kun gjelder på selskapsnivå. Forståelsen bygger på at forfatteren tolker innbetalt aksjekapital i sktl. § 11-8 første ledd som «*innbetalt kapital på selskapsnivå*», uten at denne lovforståelsen begrunnes nærmere. Forfatteren påpeker at de ulike fordelingsreglene gir ulik innbetalt kapital på selskapsnivå og aksjonærnivå, men problematiserer det ikke, blant annet fordi «*Innbetalt kapital på selskapsnivå har ... neppe særlig praktisk betydning*».⁴⁷

I Aamelfot mfl. 2015 legges det også til grunn at sktl. § 11-7 fjerde ledd anvendes på aksjonærnivå og sktl. § 11-8 første ledd på selskapsnivå. Forfatteren uttaler at ved uendrede eierinteresser vil fordeling etter § 11-7 fjerde ledd gi samme fordeling som § 11-8 første ledd, men at ved endrede eierinteresser «*[gir] innbetalt kapital ... ulike størrelser på aksje- og selskapsnivå*».⁴⁸ Standpunktet samsvarer med det i Zimmer (red.) 2014.

Det samme standpunktet som i Zimmer (red.) 2014 og Aamelfot mfl. 2015 er også lagt til grunn i Revisorforeningen 2014: «*På aksjonærnivå er det klart at skatteposisjonen innbetalt kapital og innbetalt overkurs må videreføres uendret til vederlagsaksjene for å oppfylle kravet til skattemessig kontinuitet, jf. sktl. § 11-7.*»⁴⁹ Det samme legges til grunn i Liland 2016: «*[§*

⁴⁶ Ole Gjems-Onstad, *Norsk Bedriftsskatterett*, 8. utgave, Oslo 2012 (Gjems-Onstad 2012) s. 856 flg.

⁴⁷ Zimmer (red.) 2014 s. 645

⁴⁸ Aamelfot mfl. 2015 s. 73 flg.

⁴⁹ Den norske Revisorforeningen (utg.), *Egenkapitaltransaksjoner*, 5. utgave, Oslo 2014 (Revisorforeningen 2014) s. 183

11-7 fjerde ledd] *må formentlig tolkes utvidende til også å omfatte skatteposisjonene ... innbetalt aksjekapital, herunder overkurs».*⁵⁰

I Gjems-Onstad 2012 uttaler forfatteren derimot på sin side at «*som utgangspunkt [må] sum innbetalt aksjekapital og overkurs på aksjonærnivå være lik innbetalt aksjekapital og overkurs på selskapsnivå*». Dette standpunktet er ikke begrunnet. På denne bakgrunnen vurderer han hvorvidt aksjonærnivået skal følge selskapsnivået eller omvendt, altså under den forutsetning at totalt innbetalt kapital på de to nivåer ikke kan avvike. Gjems-Onstad konkluderer som følger: «*Da synes det mest riktig å la innbetalt aksjekapital og overkurs på selskapsnivå i de fisjonerte selskaper etter fisjonen bestemmes av sum innbetalt aksjekapital og overkurs på aksjenivå. Dermed kan det bli avvik til fordelingsregelen i sktl § 11-8 første ledd.*» Dette synspunktet innebærer at innbetalt kapital på aksjonærnivå fordeles i henhold til sktl. § 11-7 fjerde ledd, og at skatteposisjonene på selskapsnivå gjør det samme, altså i strid med ordlyden i sktl. § 11-8 første ledd. Alternativet ville ifølge Gjems-Onstad være at innbetalt kapital på aksjonærnivå fordeles i henhold til sktl. § 11-8 første ledd i stedet.⁵¹

I Gjems-Onstad og Folkvord (red.) 2013 konkluderer Mulstad med at «*der aksjonærene har ulik innbetalt kapital tilknyttet sine aksjer, vil en overstyring av fordelingen i forhold til innbetalt kapital på aksjonærnivå gi den mest korrekte løsningen*». Like ovenfor konklusjonen forklarer Mulstad denne løsningen slik: «*innbetalt kapital på aksjonærnivå overstyrer fordelingen etter skatteloven § 11-8*». Ut fra konteksten må konklusjonen altså forstås som en tilslutning til Gjems-Onstads synspunkt om at fordelingen av innbetalt kapital på aksjonærnivå følger sktl. § 11-7 fjerde ledd og at selskapsnivået justeres deretter. Nedenfor vil det ses nærmere på Mulstads argumenter for at selskapsnivået må samsvare med aksjonærnivået.⁵²

Et tredje standpunkt finner man muligens i Folkvord 2006 i kapittelet om skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå, der Folkvord uttaler at «*Bestemmelsen i sktl. § 11-8, 1. ledd bør få anvendelse, slik at en aksjonærs rett til å få tilbakebetalt aksjekapital og overkurs uten skattlegging ved fisjon fordeles i samme forhold som nettoverdiene fordeles mellom selskapene.*» Ved å anvende sktl. § 11-8 første ledd på aksjonærnivå vil innbetalt kapital være likt på selskapsnivå og aksjonærnivå, uten at Folkvord gjør noe poeng ut av akkurat dette.

⁵⁰ Liland 2016 s. 485

⁵¹ Gjems-Onstad 2012 s. 856 flg.

⁵² Gjems-Onstad og Folkvord (red.) 2013 s. 50 flg.

Videre er standpunktet i tråd med ett av alternativene Gjems-Onstad drøfter i sin fremstilling, jf. ovenfor, nemlig at aksjonærnivået følger selskapsnivået. På den annen side uttaler Folkvord også følgende på samme sted i boken: «*sktl. § 11-7, 2. ledd* [§ 11-7 fjerde ledd i dag] *omfatter alle skatteposisjoner som knytter seg til innløste aksjer. Dermed omfattes ... rett til skattefri tilbakebetaling av aksjekapital og overkurs*». Det er etter dette uklart hvilket standpunkt Folkvord tar i boken.⁵³

Som det fremgår av de siterte juridiske fremstillingene er det ulike syn på hvordan skatteposisjonen innbetalt kapital skal fordeles, både på aksjonærnivå og på selskapsnivå. Det vil derfor foretas en grundig gjennomgang av alle alternativene og de ulike rettskilder, herunder særlig formål og reelle hensyn, som taler for den ene eller den andre løsningen. Først vurderes det hvorvidt det prinsipielt sett må være samsvar mellom innbetalt kapital på aksjonærnivå og selskapsnivå. I den forbindelse diskuteres de ulike problemer som Mulstad påpeker i forbindelse med å fordele innbetalt kapital ulikt på selskapsnivå og aksjonærnivå. Deretter vil det ses nærmere på hvordan sktl. § 11-8 første ledd kan anvendes på aksjonærnivå. Til slutt vil det foretas en endelig avveining mellom sktl. §§ 11-7 fjerde ledd og 11-8 første ledd som fordelingsregler for innbetalt kapital på aksjonærnivå.

Må summen av innbetalt kapital på aksjonærnivå være like mye som innbetalt kapital på selskapsnivå?

Gjems-Onstad 2012 har som standpunkt at skatteposisjonene innbetalt kapital på selskapsnivå og aksjonærnivå må være like, jf. de siterte uttalelsene ovenfor.

Mot Gjems-Onstads standpunkt kan det innvendes at det ikke er noe i skatteloven kapittel 11 som bestemmer at summen av innbetalt kapital på aksjonærnivå må tilsvare innbetalt kapital på selskapsnivå. Selskaper og aksjonærer beskattes hver for seg og etter ulike regler, noe som tilsier at det ikke spiller noen rolle om det er avvik mellom innbetalt kapital på aksjonærnivå og selskapsnivå.

Ut over rent praktiske hensyn synes det derfor ikke å være noen grunn til å holde fast ved at skatteposisjonene skal være like på aksjonærnivå og selskapsnivå.

I Gjems-Onstad og Folkvord (red.) 2013 benytter Mulstad seg av et eksempel hvor to aksjonærer har ulik innbetalt kapital knyttet til sine aksjer. I eksempelet skal aksjonærene ved

⁵³ Folkvord 2006 s. 220

fisjon bli eiere av hvert sitt selskap alene, og på selskapsnivå fordeles innbetalt kapital likt mellom selskapene, likt som nettoverdiene og i tråd med sktl. § 11-8 første ledd. Mulstad påpeker at den ene aksjonæren vil ha høyere innbetalt kapital på sine aksjer, enn det er i selskapet og at han da vil være «*avhengig av at selskapet kommer i en overskuddsposisjon for å bygge opp sin regnskapsmessige egenkapital i selskapet, for å få tilbakebetalt sin innbetalte kapital*». Hun anfører at dette medfører skattemessig diskontinuitet på aksjonærnivå og at fordelingen av innbetalt kapital på selskapsnivå dermed ikke bør følge sktl. § 11-8 første ledd. Med dette argumenterer Mulstad for at innbetalt kapital på selskapsnivå ikke kan avvike fra innbetalt kapital på aksjonærnivå.⁵⁴

Det at det ikke nødvendigvis er kapital igjen i selskapet gjør ikke at det dermed er snakk om skattemessig diskontinuitet på aksjonærnivå. Det vil alltid kunne oppstå en situasjon hvor det ikke er tilgjengelig kapital i selskapet, men hvor innbetalt aksjekapital og overkurs (både på aksjonærnivå og selskapsnivå) åpner for skattefri tilbakebetaling av kapital. Situasjonen kan oppstå dersom aksjekapital eller overkurs konverteres til fri egenkapital og brukes opp eller deles ut som utbytte. Slik oppnår man en høyere innbetalt kapital enn nominell kapital. I en slik situasjon vil det problemet Mulstad påpeker kunne oppstå selv om man sørger for at innbetalt aksjekapital og overkurs er likt på selskapsnivå og aksjonærnivå.

Det avgjørende for om man oppnår skattemessig kontinuitet må være hvilke skattemessige verdier som fordeles på aksjene gjennom fisjonen, ikke hvor lett eller vanskelig det er å realisere disse skattemessige verdiene etter fisjonen. Dermed bør det ikke legges vekt på de argumentene Mulstad fremsetter mot å anvende ulike fordelingsregler på aksjonærnivå og selskapsnivå.

Virik-dommen i Rt. 1949 s. 296 gjelder et selskap der aksjekapitalen var nedskrevet, slik at den var lavere enn den skattemessige tilbakebetalingsretten aksjonæren Virik hadde. Aksjekapitalen ble så oppskrevet og igjen nedskrevet med utdeling til Virik, og Høyesterett konkluderte med at tilbakebetalingsretten var i behold på tross av at aksjekapitalen hadde vært skrevet ned og deretter skrevet opp igjen (forutsetningsvis med selskapets opptjente midler). Høyesterett uttalte og konkluderte i tråd med følgende: «*om en mann som har skutt inn et beløp i en fellesforretning senere får dette tilbakebetalt representerer dette ikke etter skattelovens regler noen inntekt for ham ... I og for seg kan jeg ikke se at forholdet prinsipielt*

⁵⁴ Gjems-Onstad og Folkvord (red.) 2013 s. 51-52

skulle stille seg annerledes når et aksjeinnskudd på grunn av nedgang i selskapets formuesverdier må ansees som tapt, og derfor skrives bort, men senere tilbakebetales fordi et konjunkturomslag har medført at selskapets verdier igjen har steget». Allerede så tidlig som i 1949 finner man altså eksempler på at aksjonærens tilbakebetalingsrett som følge av skatteposisjonen innbetalt kapital på aksjonærnivå er uavhengig av forholdene på selskapsnivå.

Fra forvaltningen kan det pekes på BFU 56/03, der Skattedirektoratet viser til Virik-dommen: «Høyere innbetalt aksjekapital på aksjonærens hånd enn på selskapets hånd hadde man et eksempel på i Virik-dommen». Skattedirektoratet oppsummerte dommen og uttalte deretter at «Tilsvarende antas å gjelde i denne saken». Også i forvaltningen synes det derfor å legges til grunn at innbetalt kapital på aksjonærnivå ikke trenger å samsvare med innbetalt kapital på selskapsnivå.

Både i rettspraksis og forvaltningsuttalelser er det lagt til grunn at innbetalt kapital ikke behøver å samsvare på aksjonærnivå og selskapsnivå, og hverken skatteloven eller de hensyn som denne bygger på tilsier at man kan kreve en slik sammenheng.

Konklusjonen er at summen av innbetalt kapital på aksjonærnivå ikke må være like mye som innbetalt kapital på selskapsnivå; de to skatteposisjonene kan avvike fra hverandre.

Gjems-Onstad og Mulstad vurderer anvendelsen av sktl. § 11-8 første ledd på aksjonærnivå, men konkluderer med å anvende sktl. § 11-7 fjerde ledd. Folkvord 2006 kan dessuten tolkes dithen at sktl. § 11-8 første ledd er rette hjemmel for fordeling av innbetalt kapital på aksjonærnivå. Spørsmålet om å anvende sktl. § 11-8 første ledd på aksjonærnivå har dermed vært oppe flere ganger før og vil av den grunn blir reist også i denne oppgaven. Dermed får man en helhetlig vurdering av de ulike alternativer for fordeling av innbetalt kapital på aksjonærnivå, og forhåpentligvis et best mulig grunnlag for å konkludere med hvilken fremgangsmåte som er den rette.

Skatteloven § 11-8 første ledd anvendt på aksjonærnivå

Ordlyden i sktl. § 11-8 første ledd er ikke klar med tanke på om den kun gjelder innbetalt kapital på selskapsnivå, eller om den også er ment å gjelde på aksjonærnivå. Nominell aksjekapital er en skatteposisjon på selskapsnivå, og den tilsvarende skatteposisjonen på aksjonærnivå er pålydende; det at bestemmelsen bruker begrepet nominell aksjekapital taler

derfor for at den er ment å gjelde på selskapsnivå og ikke på aksjonærnivå. Ut over dette er det imidlertid ingen sterke holdepunkter i ordlyden som avskjærer å anvende den på aksjonærnivå.

Forarbeidene sier heller ingenting om anvendelsen. Det er dermed rom for å tolke bestemmelsen slik at den også gjelder fordeling av innbetalt kapital på aksjonærnivå. I alle tilfelle er sktl. § 11-8 første ledd den eneste bestemmelsen om skattemessig kontinuitet som direkte gjelder innbetalt kapital, og det bør foretas en nærmere vurdering av hvorvidt bestemmelsen bør anvendes på aksjonærnivå.

Fordelen med å bruke sktl. § 11-8 første ledd på aksjonærnivå er først og fremst at innbetalt kapital på aksjonærnivå og på selskapsnivå i sum er like store. Dette kan ha visse praktiske fordeler, som at den ene størrelsen kan beregnes ut fra den andre, og det kan bli enklere å ha kontroll over skatteposisjonene. Disse praktiske fordelene kan imidlertid på ingen måte overdrives. I stedet bør man se nærmere på i hvilken grad en fordeling etter sktl. § 11-8 første ledd ivaretar hensynet til nøytralitet og kravene om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet.

Den mest naturlige forståelsen av ordlyden i sktl. § 11-8 første ledd, når denne tenkes anvendt på aksjonærnivå, er at samlet innbetalt kapital på alle aksjer i selskapet skal fordeles mellom det overdragende og det overtakende selskapet i samme forhold som nettoverdiene fordeles. En slik fordeling gjør at innbetalt kapital på aksjonærnivå blir identisk med innbetalt kapital på selskapsnivå.

Ulempen med å anvende sktl. § 11-8 første ledd på denne måten er at man ikke hensyntar hvem som eier aksjene det er innbetalt kapital på eller hvilke aksjeklasser det er innbetalt kapital i. Én aksjonær kan ha betalt inn mer kapital enn en annen og det kan være betalt inn mer kapital i én aksjeklasse enn i en annen. Dette kan skape problemer dersom den ene aksjonæren skal motta flere eller færre aksjer i det overtakende selskapet enn hans eierbrøk før fisjonen tilsier. Problemet settes på spissen og illustreres med følgende eksempel:

Eksempel 6-1: Et overdragende selskap X har to aksjonærer med én aksje hver. Aksjonær A har null innbetalt kapital på sin aksje som følge av tidligere tilbakebetalinger, mens B har 30 000 i innbetalt kapital på sin aksje. Halvparten av verdiene i selskap X utfisjonerer til et nystiftet overtakende selskap Y som B blir

heleier av, mens A blir heleier av X. De har fremdeles én aksje hver etter fisjonen. Hvis innbetalt aksjekapital skal fordeles i samme forhold som nettoverdiene, skal det være 15 000 i innbetalt kapital på aksjer i overdragende selskap X og 15 000 i innbetalt kapital på aksjer i overtakende selskap Y. B har kun 15 000 i innbetalt kapital på sin aksje etter fisjonen, i stedet for de 30 000 som han tidligere betalte inn til X. A har også 15 000 i innbetalt kapital på sin aksje, selv om han tidligere har fått tilbakebetalt hele sitt innskudd.

Eksempelet viser at en fordeling av innbetalt kapital på samtlige aksjer mellom selskapene kan medføre overføring av innbetalt kapital mellom aksjonærer. Det samme problemet kan oppstå med ulik innbetalt kapital i ulike aksjeklasser, slik at innbetalt kapital overføres mellom aksjeklassene. Dette strider åpenbart med kravene om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet som nevnt i punkt 1.4.3 og 1.4.4. En løsning som denne gir åpenbare muligheter for omgåelse ved at man gjennom fisjoner får muligheten til å flytte rundt på viktige skatteposisjoner. Dermed er fordelingen unøytral, ved at fisjonen ikke nødvendigvis er bedriftsøkonomisk effektiv, men i stedet motivert av skattemessige forhold. Alt i alt er en fordeling av innbetalt kapital på aksjonærnivå etter sktl. § 11-8 første ledd i strid med de mest sentrale hensynene bak reglene om skattefrie fisjoner. Det er dessuten lagt til grunn i Rt. 1957 s. 1239 (Vestfos Cellulose) at innbetalt kapital skal følge aksjen, også gjennom realisasjon, som nevnt i punkt 5.1 ovenfor.

Det kan kanskje tenkes andre tolkninger av sktl. § 11-8 første ledd når denne skal anvendes på aksjonærnivå. Eksempelvis kan man se for seg at det bare er den enkelte aksjonærs innbetalte kapital som skal fordeles i samme forhold som nettoverdiene, slik at man unngår overføring mellom aksjonærer. Anvender man sktl. § 11-8 første ledd på en annen måte enn som forklart i avsnittene rett ovenfor, vil man imidlertid ikke oppnå de samme praktiske fordelene, ettersom det ikke nødvendigvis vil være samsvar mellom innbetalt kapital på selskapsnivå og aksjonærnivå.

Eksempel 6-2: Hvis man skal ta hensyn til forskjellen i innbetalt kapital mellom aksjonærene A og B fra forrige eksempel, blir man nødt til å fordele all innbetalt kapital (30 000) på Bs aksje i selskap Y, slik at han fremdeles har all sin innbetalte kapital på 30 000 i behold på sine aksjer. På selskapsnivå skal det derimot fremdeles være 15 000 på hvert av selskapene etter sktl. § 11-8 første ledd.

Løsningen i eksempel 6-2 er tilsynelatende lik fordelingen etter sktl. § 11-7 fjerde ledd. Imidlertid vil en fordeling av den enkelte aksjonærs innbetalte kapital etter nettoverdiene kunne medføre en fordeling som hverken er lik fordelingen av inngangsverdi mv. etter sktl. § 11-7 fjerde ledd, eller lik fordelingen av innbetalt kapital på selskapsnivå etter sktl. § 11-8 første ledd. Konsekvens- og systemhensyn taler derfor klart mot å anvende sktl. § 11-8 første ledd på noen annen måte enn som illustrert i eksempel 6-1, og løsningen i eksempel 6-1 strider altså med sentrale hensyn bak reglene om skattefrie fisjoner.

Skatteloven § 11-7 fjerde ledd anvendt på innbetalt kapital

Det er lagt til grunn i Zimmer (red.) 2014, Aamelfot mfl. 2015, Revisorforeningen 2014 og Liland 2016 at det er sktl. § 11-7 fjerde ledd som skal anvendes på innbetalt kapital på aksjonærnivå, jf. innledningsvis her i punkt 5.3.3.

I BFU 56/03 uttales følgende: «*Det fremgår av skatteloven § 11-7 at fisjoner og fusjoner må gjennomføres med kontinuitet på selskap og aksjonærs hånd for at transaksjonen ikke skal utløse beskatning. Kontinuitet på aksjonærens hånd må også innebære at aksjonærens skatteposisjon innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs forblir den samme gjennom transaksjonen.*» Skattedirektoratet knytter her innbetalt kapital på aksjonærnivå direkte opp mot sktl. § 11-7. I BFU 17/11 uttales det at sktl. § 11-7 fjerde ledd ikke bare gjelder fordeling av inngangsverdi og ervervstidspunkt, men «*også skatteposisjonene skjermingsgrunnlag, ubenyttet skjerming, innbetalt aksjekapital og overkurs, RISK-beløp og begrensninger som følger av § 19-2 annet ledd*». Lignende uttalelser er gitt i BFU 30/12 og Utv. 2012 s. 114 (Skattedirektoratet) punkt 5. Dette valget av fordelingshjemmel er også lagt til grunn i Skatte-ABC 2016/2017.⁵⁵ I skatteforvaltningen er det altså lagt til grunn at sktl. § 11-7 fjerde ledd skal anvendes på innbetalt kapital på aksjonærnivå, i tråd med standpunktet i Zimmer (red.) 2014, Aamelfot mfl. 2015, Revisorforeningen 2014 og Liland 2016.

Imidlertid er ikke rettsanvendelsen begrunnet i noen av de nevnte kildene. Av den grunn vil det her foretas en vurdering av nøytralitetshensynet og kravene om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet.

Ved å fordele innbetalt kapital på aksjonærnivå etter sktl. § 11-7 fjerde ledd, vil den skattemessige verdien av alle aksjene til den enkelte aksjonær etter fisjonen være lik den

⁵⁵ Skatte-ABC, Fisjon – innenlands pkt. 4.9.4

skattemessige verdien av aksjene før fisjonen. Det er denne fordelingen som best sikrer skattemessig kontinuitet på aksjonærnivå. Ved at aksjonærene ikke har mulighet til å overføre skatteposisjonen innbetalt kapital hverken til en annen aksjonær (eierkontinuitet) eller mellom aksjene sine (skattemessig kontinuitet), er omgåelsesmulighetene langt mindre enn ved anvendelse av sktl. § 11-8 første ledd. Anvendelse av sktl. § 11-7 fjerde ledd over § 11-8 første ledd på aksjonærnivå fremmer dermed nøytralitetshensynet.

Videre er det en fordel å anvende sktl. § 11-7 fjerde ledd på alle skatteposisjoner på aksjonærnivå, slik at fordelingen av alle skatteposisjonene på aksjonærnivå følger de samme reglene og dermed blir mest mulig oversiktlig. Man får da mer konsekvente skatteregler som er enklere å praktisere riktig. Drøftelsene ovenfor viser dessuten at det ikke er større prinsipielle problemer med å ha ulik innbetalt kapital på aksjonærnivå og selskapsnivå. Det gir praktiske utfordringer, men på aksjonærnivå må likevel det viktigste være å motvirke misbruk av tilbakebetalingsretten etter sktl. § 10-11 andre ledd andre punktum, ved å sørge for slik skattemessig kontinuitet man oppnår ved fordeling etter sktl. § 11-7 fjerde ledd.

5.4 Sammendrag

Det følger av drøftelsene under punkt 5.3 at det er lite hensiktsmessig å la fordelingen av innbetalt kapital på aksjonærnivå påvirkes av fordelingen på selskapsnivå. I likhet med fordelingen av inngangsverdi, ervervstidspunkt, skjermingsgrunnlag og ubenyttet skjerming bør også innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs fordeles etter sktl. § 11-7 fjerde ledd. Fordelingen kan da foretas etter fremgangsmåten som er skissert under punkt. 2.2 ovenfor. Til forskjell fra øvrige skatteposisjoner oppgis ikke innbetalt aksjekapital og overkurs i aksjeoppgavene⁵⁶ fra Skatteetaten, og fordelingen må da ta utgangspunkt i den informasjonen som aksjonæren og selskapet har om kapitaltransaksjoner knyttet til de aktuelle aksjene.

⁵⁶ RF-1088

6 Et helhetsblikk på fordelingen av skatteposisjoner

Skatteloven § 11-7 fjerde ledd bestemmer at de samlede skatteposisjonene i det overdragende selskapet i en fisjon, tilhørende samme aksjonær, skal fordeles på vederlagsaksjene.

Bestemmelsens ordlyd dekker kun inngangsverdi og ervervstidspunkt, men som det fremgår av drøftelsene i punkt 3 til 5 ovenfor, må regelen tolkes slik at den også anvendes på skatteposisjonene ubenyttet skjerming, innbetalt aksjekapital og innbetalt overkurs.

Hvordan den nærmere fordelingen av skatteposisjonene skal foretas er ikke angitt i bestemmelsen, og følger heller ikke av forarbeidene. I juridisk teori og i denne oppgaven har det derfor vært nødvendig å se hen til det helt grunnleggende nøytralitetshensynet og hensynet til konsekvens og system i skattereglene, som fremhevet henholdsvis i punkt 1.4.1 og punkt 1.4.2 og 1.4.4. I forlengelsen av disse hensynene har vurderingene vært knyttet opp mot sentrale krav om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet, som gjennomgått i punkt 1.4.3 og 1.4.4.

I denne fremstillingen har det vært forsøkt å gi en detaljert, men samtidig oversiktlig fremgangsmåte for fordeling av skatteposisjonene, jf. punkt 2.2 ovenfor. Fordelingen kan med fordel ta utgangspunkt i en gruppering av aksjekapital, som deretter må justeres med tanke på ulike faktorer som at det skal foretas en oppskrivning av pålydende i det overtakende selskapet, at antall aksjer i det overtakende og det overdragende selskapet er ulikt og at det utstedes tilleggsvederlag.

Det er mange problemstillinger knyttet til skattefrie fisjoner som ikke er berørt i denne oppgaven. Dette skyldes at det finnes mange valgmuligheter og relativt stor fleksibilitet med tanke på gjennomføringen av en fisjon. Man kan gjøre tilpasninger i de involverte selskapene før fisjonen, som spleising og/eller splitting av aksjer, eller ved å bestemme et hensiktsmessig antall aksjer i det overtakende selskapet dersom dette stiftes i forbindelse med fisjonen. Kapitalnedsettelsen i det overdragende selskapet kan gjennomføres som nedskrivning eller innløsning av aksjer, og kapitalforhøyelsen i det overtakende selskapet kan gjennomføres enten ved oppskrivning eller nyutstedelse; hvordan kapitaltransaksjonene gjennomføres påvirker fordelingen av skatteposisjonene og kan komplisere eller forenkle prosessen. Videre kan det utstedes tilleggsvederlag til en eller flere aksjonærer, og fisjonen kan kombineres med

andre fisjoner eller fusjoner, eller med andre former for omorganisering. Fisjoner over landegrensene er ikke berørt i denne oppgaven, men vil også kunne komplisere fordelingen av skatteposisjoner ytterligere. Konsekvensen av alle disse mulighetene er at hver fisjon potensielt kan reise nye spørsmål som det ikke er tatt stilling til her, og som heller ikke er behandlet andre steder.

Dersom et fordelingsspørsmål ikke er løst tidligere bør man alltid falle tilbake på en vurdering av nøytralitetshensynet, konsekvens- og systemhensyn og kravene om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet, som er godt forankret i forarbeidene til skatteloven, særlig i Ot.prp. nr. 71 (1995-1996). Disse er brukt aktivt i denne oppgaven, og med det er det forsøkt å vise at mange av fordelingsspørsmålene til syvende og sist må avgjøres på bakgrunn av betraktninger rundt reelle hensyn. Årsaken er at hverken loven, forarbeidene eller rettspraksis går noe særlig i dybden med tanke på hvordan skatteposisjoner på aksjonærnivå skal fordeles helt konkret.

Mange spørsmål er likevel tatt opp flere ganger i juridisk teori og har vært oppe i forvaltningen og dermed resultert i forvaltningspraksis, og flere av spørsmålene er mer eller mindre avklart i dag. Det som går igjen i teoretiske fremstillinger og uttalelser fra forvaltningen er at konklusjonene ofte er basert på vurderinger av nøytralitetshensynet, konsekvens- og systemhensyn og kravene om eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet, og det er altså denne fremgangsmåten man bør følge dersom fordelingsspørsmålet man står overfor er uløst.

Ut fra nøytralitetshensynet er det ønskelig med skattefritak for fisjoner, slik at rasjonelle omorganiseringer kan skje uten frykt for negative skattemessige konsekvenser. Den andre siden av nøytralitetshensynet er at skattefritaket ikke skal motivere skattyter i motsatt retning, altså til å foreta ellers irrasjonelle omorganiseringer for å oppnå positive skattemessige virkninger. Det er denne andre siden av nøytralitetshensynet som gjør at man krever eierkontinuitet og skattemessig kontinuitet ved skattefrie fisjoner.

Eierkontinuitet går ut på at det ikke skal skje verdioverføringer mellom aksjonærer, og skattemessig kontinuitet går ut på at de skattemessige forholdene for den enkelte aksjonær i størst mulig grad skal være uendret gjennom fisjonen. Uendrede skattemessige forhold gir presumptivt en skattenøytral omorganisering.

Reglene om skattefrie fisjoner og problemene disse reiser er komplekse og kan fort bli uoversiktlige og skape usikkerhet med tanke på gjennomføringen av fisjoner. Derfor bør reglene forstås og praktiseres konsekvent og systematisk.

Forsøker man å holde seg til disse overordnede hensynene, kan man komme langt på vei til å løse fordelingsproblemer som ikke er reist i denne oppgaven og som heller ikke er avklart i juridisk teori eller forvaltningspraksis.

Litteraturliste

Lover

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Forarbeider

Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) *Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper*

Rettspraksis

Rt. 1949 s. 296 (Virik)

Rt. 1957 s. 1239 (Vestfos Cellulose)

Rt. 2005 s. 86 (Fjeld)

Forvaltningsuttalelser

BFU 56/03

BFU 17/11

BFU 30/12

Utv. 2012 s. 114, Skattedirektoratet

Juridisk teori

Aamelfot, Torill Hasle mfl., *Fusjon og fisjon*, 2. utgave (Oslo 2015)

Den norske Revisorforeningen (utg.), *Egenkapitaltransaksjoner*, 5. utgave (Oslo 2014)

Folkvord, Benn, *Skatt ved fusjon og fisjon* (Stavanger 2006)

Gjems-Onstad, Ole, *Norsk Bedriftsskatterett*, 8. utgave (Oslo 2012)

Gjems-Onstad, Ole og Benn Folkvord (red.), *Aktuell Bedriftsbeskatning* (Oslo 2013)

Liland, Anders H., *Fusjon og fisjon av selskaper* (Oslo 2016)

Skattedirektoratet (utg.), *Skatte-ABC 2016/2017*, 38. utgave (Oslo 2017)

Zimmer, Frederik (red.) mfl., *Bedrift, selskap og skatt*, 6. utgave (Oslo 2014)