

Del II:

Skattebehandlingen i 2009 og 2010



Artikkelen er forfattet av:

Seksjonssjef
Monica Sivertsen
Skatt øst

Hun er DH-kandidat 1989, har juridikum fra 1994, var juridisk rådgiver v/Oslo likningskontor fra 1995–98, seniorrådgiver i Skattedirektoratet 1999–2000, undirdirektør v/Oslo likningskontor fra 1.6.00 og seksjonssjef i Skatt Øst fra 1.1.08.

Artikkelen tar for seg utvalgte saker og problemstillinger fra skatte- og avgiftsbehandlingen i Skatt øst i 2009/2010. Del I og denne del II av artikkelen tar for seg vedtak fra skattekontoret.

Skatt øst omfatter fylkene Hedmark, Oppland, Østfold, Akershus og Oslo. Alle lignings-, fylkesskatte- og skattefogdkontor i de nevnte fylkene er nå slått sammen. Skatt øst har sitt hovedkontor i Oslo, men er lokalisert i alle de nevnte fylkene. De enkelte kontorstedene er nå spesialisert slik at man ikke lengre vil finne alle funksjoner på alle kontorstedene. Det er vedtatt endringer i bestemmelsene om tilleggsskatt. Jeg har derfor valgt å omtale erfaringer knyttet til de nye tilleggsskattebestemmelsene i et eget avsnitt. For å unngå dobbeltbehandling vil det derfor under de enkelte sakene kun fremgå hvorvidt det ble ilagt tilleggsskatt og med hvilken sats, mens selve redegjørelsen kommer under et senere punkt.

Utbyttekompensasjon, premie for verdipapirlån – tilleggsskatt

Saken gjelder skattemessig behandling av utbyttekompensasjon og premie for verdipapirlån.

Investering AS ble tilskrevet av skattekontoret med anmodning om å gi nærmere opplysninger om selskapets befatning med

verdipapirlån og shorthandel i 2007 og 2008. Skattekontoret var særlig interessert i den skattemessige behandlingen av de ulike komponentene som inngår ved verdipapirlån og shortsalg.

I svaret fra Investering AS fremgikk det at selskapet hadde behandlet lånepremien som «renter på verdipapirlån» regnskapsmessig, og som en rentekostnad skattemessig. Avgitt utbyttekompensasjon var blitt behandlet som en finanskostnad både regnskapsmessig og skattemessig.

Skattekontoret foretok en avgrenset kontroll av selskapets regnskap på området verdipapirlån og shorthandel. Investor AS hadde en rekke dekkede shortsalg, der det var foretatt verdipapirlån med påfølgende shortsalg av aksjene. I enkelte av disse tilfellene hadde det underliggende selskapet betalt ut bytte, som da hadde tilfalt kjøperen av aksjene. Selskapet var etter låneavtalene forpliktet til å kompensere for utbytterne (utbyttekompensasjon), og måtte derfor betale dette av egen kasse til utlåneren. Det var derfor ikke tvilsomt at kostnadene var reelle for selskapet.

Spørsmålet var om disse kostnadene var fradragsberettigede. Ifølge skatteloven § 6–23 innrømmes det ikke fradrag for utbyttekompensasjon som nevnt i § 10–11 tredje ledd.



SHORTSALG: Selskapet hadde en rekke dekkede shortsalg, der det var foretatt verdipapirlån med påfølgende shortsalg av aksjene.

Sistnevnte bestemmelse gir en nærmere definisjon av begrepet utbyttekompensasjon, og det var ikke tvilsomt at det i denne saken dreide seg om slik kompensasjon. Bestemmelsen i § 6–23 må ses i sammenheng med § 9–12 annet ledd bokstav b nr. 3, der det er forutsatt at utbyttekompensasjon heller ikke skal øke inngangsverdien.

Lovens ordlyd er således klar, og spørsmålet ble om det forelå rettskildemateriale som tilsa at det skulle foretas en innskrenkende fortolkning.

Skatteloven § 6–23 ble innført sammen med en rekke andre bestemmelser som skulle legges til rette for verdipapirlån og dekkede shortsalg. Lovendringene ble vedtatt 6. juni 2003, og trådte i kraft 1. januar 2004.

Lovforarbeidene¹ viser at det var uenighet om hvordan spørsmålet om utbyttekompensasjon skulle løses. Flere sentrale aktører foreslo å tillate fradragsrett for utbyttekompensasjon som en alminnelig kapital- eller virksomhetskostnad. Finansdepartementet endte i stedet opp med å velge en løsning der utbyttekompensasjon i størst mulig grad ble likestilt med utbytte. For mottakeren innebærer dette at utbyttekompensasjonen likestilles med utbytte. For utlåneren er det ikke fradragsrett, og utlåneren vil i visse tilfeller være pålagt å gjennomføre forskuddtrekk². Utlåneren likestilles derfor langt på vei med selskapet som utbetaler det utbyttet utlåneren skal kompenseres for.

Begrunnelsen for å sidestille utbytte med utbyttekompensasjon var ifølge lovens forarbeider som følger³:

«En aksjelånsavtale sikrer i realiteten utlåneren det utbyttet som utdeles på de

¹ Ot.prp. nr. 42 (2002–2003) og Innst. O. nr. 77 (2002–2003).

² Skattebetalingsloven § 5–6 bokstav e.

³ Ot.prp. nr. 42 (2002–2003) punkt 1.6.6.3.

underliggende utlånte aksjer. Etter departementets syn bør det sikres at en aksjonær ved å etablere en utlånsavtale ikke kan overføre fordelaktige skatteposisjoner knyttet til utbyttet (rett til godtgjørelsesfradrag mv.) til en avtalemotpart (innlåner) som bedre kan utnytte disse. Videre vil det etter departementets syn medføre en uheldig og dårlig begrunnet forskjellsbehandling om en ytelse som tar form av en kompensasjon for et utbytte, men som i realiteten sikrer en utenlandsk aksjonær en andel av utbyttet fra et norsk selskap, ikke ilegges kildeskatt. I så fall vil det bli enkelt for utenlandske aksjonærer å omgå norsk kildeskatt på utbytte fra norske selskaper ved å tilby aksjene for utlån i det norske markedet over utbyttedatoen.»

Valget med å likestille utbyttekompensasjon med utbytte var således begrunnet i hensynene til å hindre omgåelser og uønskede inkonsekvente løsninger. Det var da naturlig at tilsvarende likestilling ble gjennomført på avgiversiden. Om dette ble det uttalt:

«På samme måte som et selskap ikke har fradragsrett for et utdelt utbytte, skal en innlåner ikke ha fradragsrett for en utredet utbyttekompensasjon. Dette er motstykket til at utbyttekompensasjon kan gi rett til godtgjørelsesfradrag i utlignet norsk skatt for den endelige mottakeren, og det sikrer at utbyttekompensasjonen ikke blir undergitt asymmetrisk skattemessig behandling i Norge. Departementet antar at manglende fradragsrett for en utredet utbyttekompensasjon kan gjøre det noe dyrere å låne aksjer over utbyttedatoen enn om fradrag blir innrømmet, slik det ble foreslått i høringsnotatet. Departementet viser imidlertid til at en tilsvarende virkning vil oppstå om det ikke gis godtgjørelsesfradrag for mottatt utbyttekompensasjon, slik Finansnæringsens Hovedorganisasjon i brevet av 26. juni 2001 til departementet har gått inn for. Departementet slutter seg til vurderingen fra Finansnæringsens Hovedorganisasjon om at dette er et forhold som avtalepartene kan regulere seg imellom. Det vises til forslag til ny § 6–23 i skatteloven.»

Også i forarbeidene under punkt 1.6.10.2 om gevinstberegning for innlåneren er det uttalt at kompensasjon for utbytte ikke er fradragsberettiget «overhodet». Disse uttalelsene viser at lovgiver var oppmerksom på at det gjorde seg gjeldende motstridende hensyn, men at det etter en grundig

overveielse ble valgt ikke å gi fradragsrett for utbyttekompensasjon.

Det er riktig som påpekt av selskapet at disse lovendringene ble vedtatt før fritaksmetoden ble innført, men verken forarbeidene til endringen av verdipapirlånreglene eller fritaksmetoden⁴ drøfter hvordan disse regelsettene skal harmonere. Selskapet hevdet i sitt tilsvarende svar at innføringen av fritaksmetoden måtte medføre at skatteloven § 6–23 skulle tolkes slik at det kunne innrømmes fradrag der de underliggende aksjene ikke kvalifiserer som objekt etter fritaksmetoden. Til støtte for dette har selskapet vist til at regelverket blir asymmetrisk og at det oppstår en utilsiktet dobbeltbeskatning.

Etter skattekontorets vurdering er ordlyden klar. Bestemmelsen ble derfor gitt virkning etter sin ordlyd. Heller ikke før fritaksmetoden var det fullkommen symmetri. Godtgjørelsesfradrag ble f.eks. bare innrømmet til enkelte skattytere. Det var også den gang i realiteten tale om kvalifiserte objekter. Skatteloven § 10–12 annet ledd (slik denne lød i 2003) forutsatte for innrømmelse av godtgjørelsesfradrag at skattyteren hadde alminnelig skatteplikt til Norge for utbytte, samt at det utdelende selskapet var skattepliktig til Norge for hele sitt overskudd. Den geografiske kretsen av kvalifiserte objekter var således langt snevrere enn den er etter fritaksmetoden, som omfatter en rekke utenlandske aksjer. Dette indikerte at det var vanligere før innføringen av fritaksmetoden at utbyttekompensasjon var skattepliktig, enn det som nå er tilfellet.

Hensynet til å skape harmoni mellom reglene om utbytte og utbyttekompensasjon veide tyngre i lovgivningsprosessen enn en harmonisering mellom behandlingen på mottaker- og avgiversiden. Dersom dette hadde vært formålet, kunne man vedtatt en regel der fradragsretten ble knyttet direkte opp til mottakers skatteplikt. Dette ble ikke gjort, selv om det her var forskjeller også på vedtakstidspunktet i 2003. Den gang, som nå, kunne behandlingen hos mottakeren variere på bakgrunn av type verdipapir og mottakerens skattemessige status. Uttalelsene i forarbeidene viser også at lovgiver tok hensyn til at det i visse situasjoner kunne bli dyrere å låne aksjer over utbyttedatoen.

Skattekontoret kunne etter dette ikke se at hensynene bak skatteloven § 6–23 ble så

vesentlig endret ved skattereformen i 2004–06 at bestemmelsen måtte tolkes innskrenkende. Det ble derfor ikke innrømmet fradrag for utbyttekompensasjon.

For 2007 ble inntekten økt med 2 MNOK og for 2008 med NOK 500 000.

Det ble ilagt tilleggsskatt med 30 %.

Handel med aksjer utenfor fritaksmetoden

Finansbeholdningen AS ble tilskrevet og bedt om å fremlegge nærmere opplysninger om selskapets transaksjoner med finansielle instrumenter i 2007 og 2008. Finansbeholdningen AS er et investerings-selskap som har drevet omfattende handel med verdipapirer, både med hensyn til antall transaksjoner og omsetning.

Selskapet hadde store tap ved realisasjon av aksjer i Crew Gold Corporation, et gruveselskap som også er notert på Oslo Børs. Tapene på henholdsvis 30 MNOK og 40 MNOK ble ført til fradrag i de innsendte selvangivelsene.

Finansbeholdningen AS mente, som mange andre, at aksjene i Crew Gold ikke falt innenfor fritaksmetoden fordi selskapet var registrert i Canada. Selskapet viste videre til at aksjene i Crew Gold Corporation ble handlet på Oslo Børs med canadisk ISIN-nummer. I tillegg hadde regnskapsføreren sjekket selskapets hjemmeside på Internett uten at denne angivelig ga indikasjoner på annet enn at Crew Gold Corporation var hjemmehørende i Canada.

Som et norsk aksjeselskap er Finansbeholdningen AS utvilsomt et kvalifisert subjekt etter fritaksmetoden. Skattekontoret har også lagt til grunn at Crew Gold Corporation skal anses som et kvalifisert objekt etter fritaksmetoden, og at tapene dermed ikke er fradragsberettigede. Skattekontoret begrunnet dette med at Crew Gold Corporation må anses som hjemmehørende i Storbritannia, og ikke i Canada.

Det følger av unntaksbestemmelsene at det må vurderes hvor et selskap er hjemmehørende for å avgjøre om en aksje skal anses som et kvalifisert objekt etter fritaksmetoden. Finansdepartementet har i en tolkningsuttalelse datert 10. mai 2005⁵ uttalt at det avgjørende for hjemmehørendekriteriet er hvor selskapet har alminnelig skatteplikt. Det uttales at et selskap godt

4 Ot.prp. nr. 1 (2004–2005).

5 Utv. 2006 side 485.

kan tenkes å være alminnelig skattepliktig i flere land, både innenfor og utenfor EØS. Løsningen må da i utgangspunktet være at selskapet er omfattet av fritaksmetoden selv om det også skulle være alminnelig skattepliktig i et land utenfor EØS. Det uttales videre at dersom selskapet ikke skulle bli underlagt alminnelig beskatning i EØS-landet, f.eks. som følge av skatteavtaler mellom de involverte landene, kan dette innebære at selskapet likevel ikke skal anses hjemmehørende i EØS-landet i forhold til fritaksmetoden.

Avgjørende for hjemmehørendekriteriet i skatteloven § 2–38 annet ledd, jf. tredje ledd bokstav b til d, er hvor selskapet er alminnelig skattepliktig i henhold til det aktuelle lands rettsregler og avtaleforpliktelser.

Vilkårene for alminnelig skatteplikt kan være ulike i forskjellige land. I enkelte land kan f.eks. registreringen av selskapet være avgjørende, mens i andre land er hjemmehørendekriteriet knyttet til stedet hvor den virkelige ledelse i selskapet blir utøvet. Verdipapirets ISIN-nummer gir ikke avklaring på hvor selskapet skal anses å ha alminnelig skatteplikt, da ISIN kun er et system for internasjonal identifikasjon av verdipapirer.

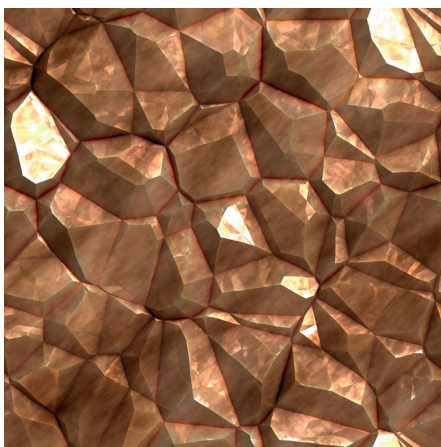
I foreliggende tilfelle er selskapet stiftet i Canada, og aksjene i selskapet handles på Oslo Børs og Toronto Børs med ISIN CA2 265 341 057.

Etter canadisk rett blir selskap som er «incorporated» i Canada skattepliktig til Canada for sine globale inntekter.

Crew Gold Corporation flyttet sitt hovedkontor fra Toronto til London i 2003.

Etter britisk rett blir selskaper skattepliktige for sine globale inntekter til Storbritannia dersom det er «incorporated» i Storbritannia, eller dersom «its place of central management and control» er i Storbritannia.

Siden Crew Gold er registrert i Canada, men har hovedkontor i London, la skattekontoret til grunn at selskapet er alminnelig skattepliktig til begge land i henhold til de respektive lands internrett. I utgangspunktet er følgelig selskapet omfattet av fritaksmetoden, siden ett av landene er innenfor EØS.



TAP I GRUVESELKAP: Investeringselskapet hadde store tap ved realisasjon av aksjer i gruveselskapet Crew Gold Corporation.

Spørsmålet ble da om skatteavtalen mellom Storbritannia og Canada medførte at den alminnelige skatteplikten for selskapet kun var Canada, som kunne medført at selskapet ikke ble omfattet av fritaksmetoden.

Skatteavtalen mellom Storbritannia og Canada løser ikke spørsmålet om dobbel hjemmetilhørighet for selskaper direkte, men foreskriver at spørsmålet skal forsøkes løst ved «mutual agreement»⁶ mellom landenes kompetente myndigheter.

Etter skattekontorets forståelse har de kompetente myndighetene i Canada og Storbritannia avtalt at den alminnelige skatteplikten tilligger Storbritannia. Selskapet er derfor alminnelig skattepliktig til et EØS land både etter landets internrett og avtaleforpliktelser. Realisasjoner av aksjer i Crew Gold er derfor innenfor fritaksmetoden, dvs. at gevinster ikke er skattepliktige og tap ikke er fradragsberettigede.

Finansbeholdningen AS fikk derfor økt alminnelig inntekt med de fradragsførte tapene.

Realisasjon av spleiset aksje

Industri AS kjøpte samtlige 250 aksjer i Kommersiell AS i 1987. Aksjene ble ikke ansett for å være «i næring» etter de regler som gjaldt om gevinstbeskatning ved salg av aksjer. Salg av aksjene ville da kun blitt skattepliktig hvis de ble solgt innen tre år fra ervervstidspunktet eller aksjesalget ble ansett som «betydelig aksjesalg». Industri AS oppregulerte inngangsverdien på

aksjene i Kommersiell AS til takst etter dagjeldende regler i selskapsskatteloven⁷ § 9–2 nr. 4 annet og tredje punktum. Taksten utgjorde 140 MNOK. Det viste seg at oppregulering på bakgrunn av selskapets regnskapsmessige verdier eller takst, kombinert med full fradragsrett for tap, kunne gi utilsiktede fordeler. Det ble derfor vedtatt overgangsregler som begrenset adgangen til å kreve fradrag for tap ved realisasjon av aksjer hvor inngangsverdien var oppregulert til regnskapsmessig egenkapital eller takst. Tapsbegrensningsregelen var i utgangspunktet begrenset til å gjelde i ti år, men ble gjort tidsbegrenset ved endringslov av 15. juni 2001 nr. 46. Tapsbegrensningsregelen ble videreført i skatteloven § 19–2 annet ledd bokstav a nr. 1.

I årene 1992 til 2001 ble det foretatt totalt 11 kapitalutvidelser ved nyemisjoner, og etter den siste kapitalutvidelsen var det totalt 22 300 aksjer i selskapet. Ved generalforsamlingen i april 2003 ble det vedtatt å spleise samtlige aksjer til én aksje. Industri AS inngikk i mai 2003 avtale om å selge Kommersiell AS for 260 MNOK. Industri AS la ved ligningen til grunn at samlet inngangsverdi på aksjen utgjorde 261 MNOK, dvs. oppregulert takstverdi på de opprinnelige aksjene, i tillegg til kapitalutvidelsene ved nyemisjonene og beregnet RISK. Tapet på 1 MNOK ble av selskapet ikke ansett fradragsberettiget.

Industri AS ble varslet om endring av ligningen for 2003 da ligningsmyndighetene ikke aksepterte gevinst- og tapsberegningen. Det ble lagt til grunn at den gjennomførte aksjespleisen ikke kunne føre til at de emitterte aksjene ble tilordnet en vesentlig andel av den oppregulerte inngangsverdien på de opprinnelige 250 aksjene. Dette medførte at realisasjonen utløste en skattepliktig gevinst på 136 MNOK for de aksjer som ble ervervet ved nyemisjoner etter 1992, mens aksjene ervervet i 1987 medførte et tap som ikke var fradragsberettiget.

Subsidiært ble det lagt til grunn at også vilkårene for bruk av ulovfestet gjennomskjæring var oppfylt. Bakgrunnen var at aksjespleisen var i strid med formålet om oppregulering av inngangsverdier og tapsbegrensningsreglene, da aksjespleisen ikke hadde noen egenverdi utover det å spare skatt ved den påfølgende realisasjonen.

Industri AS anførte at skattekontorets standpunkt måtte bero på en misforståelse

⁶ UK/Canada double taxation convention 3rd Protocol, Signed 7 May 2003, Article II.

⁷ selskapsskatteloven av 20. juli 1991 nr. 65.

av de aktuelle rettsreglene. Tapsbegrensingsreglene i skatteloven § 19–2 annet ledd kunne ikke tas til inntekt for at det alminnelige prinsippet om omfordeling av inngangsverdiene på spleisede aksjer skulle fravikes. Etter selskapets syn var det sikker rett at skattemessig inngangsverdi skulle omfordeles når det hadde skjedd en splitt eller spleis av aksjer. Dette måtte også omfatte aksjer som ble oppregulert etter de tidligere reglene. Verken oppreguleringsbestemmelsen eller tapsbegrensingsreglenes ordlyd ga etter selskapets oppfatning støtte for skattekontorets standpunkt. Selskapet viste til at Finansdepartementets uttalelse av 2. mai 2003⁸ omhandlet et tilfelle hvor inngangsverdien på noen av aksjene i en fusjon var oppregulert etter selskapsskatteloven. Høyesterettsdom av 23. januar 2003, Monsen-dommen⁹, omhandlet et tilfelle hvor aksjer med oppregulert inngangsverdi ble realisert sammen med nyemitterte aksjer, men det var ikke gjennomført en aksjespleis før salget. Kildene var etter selskapets syn følgelig ikke anvendelige i saken.

Etter selskapets oppfatning kunne ulovfestet gjennomskjæring heller ikke komme til anvendelse. Aksjespleisen hadde en forretningsmessig begrunnelse, da selskapet forut for salget ønsket å fisjonere ut et tomteareal. Selskapet antok at aksjene i Kommersiell AS måtte spleises for å kunne fordele aksjekapitalen mest mulig enkelt og riktig. Det kunne ikke vektlegges at det i ettertid viste seg at fisjonen kunne vært gjennomført uavhengig av aksjespleisen. Aksjespleisen stred heller ikke mot skatte-reglens formål. Aksjespleisen medførte ikke at man fikk fradrag for fiktive tap, slik formålet bak tapsbegrensingsregelen er. Selskapet ble utelukkende stilt i samme posisjon som det ville vært dersom emisjonene var foretatt ved oppskrivning av pålydende på de opprinnelige aksjene.

Skattekontoret viste til at tapsbegrensingsreglene ble innført for å avskjære fradragsretten for tap i de tilfellene inngangsverdien ble oppregulert med hjemmel i overgangsreglene. Dette fremgikk bl.a. av lovens forarbeider¹⁰. Det fulgte videre av Ot.prp. nr. 94 (2000–2001) at grunnen til at tapsbegrensingsreglene ble tidsbegrenset var at uheldige virkninger av overgangsreglene, slik som fiktive tapsposisjoner, ikke hadde avtatt med tiden.

Skattekontoret la til grunn at Finansdepartementets uttalelse presiserte forståelsen og rekkevidden av skatteloven § 19–2 annet ledd bokstav a nr. 1. Selv om ordlyden i bestemmelsen ikke er tilpasset det forhold at antall aksjer endres som følge av en spleis, er bestemmelsen uansett ment å komme til anvendelse på ethvert skattemessig tap som skyldes at det realiseres aksjer med oppregulerte verdier.

Skattekontoret la betydelig vekt på Monsen-dommen. Av dommen fremgår det at det er et grunnleggende prinsipp at inngangs- og utgangsverdi skal vurderes for hver enkelt aksje ved beregning av gevinst eller tap. Videre fastslår Høyesterett at «tap» i skatteloven § 19–2 annet ledd bokstav a nr. 1 referer seg til skattemessig tap og ikke et reelt økonomisk tap. Endelig uttalte Høyesterett at formålet med tapsbegrensingsreglene ikke kun var å ramme de tilfeller hvor skattyter hadde til hensikt å utnytte tilpasningsmulighetene ved overgangsreglene, men også reduksjoner av aksjeverdien som skyldes andre årsaker. Skattekontoret påpekte at emisjoner til underpris er en slik annen årsak, da verdien av de opprinnelige aksjene blir redusert, som følge av at antall likestilte aksjer økes.

Skattekontoret la til grunn at skatteloven § 19–2 annet ledd bokstav a nr. 1 er en spesialregel vedrørende gevinst- og tapsberegning for aksjer med oppregulert inngangsverdi, som går foran de mer generelle reglene om gevinstberegning ved realisasjon av aksjer.

Skattekontoret konkluderte deretter med at ved gevinstberegningen ved realisasjonen av aksjene i Kommersiell AS, måtte inngangs- og utgangsverdien fastsettes for hver av de enkelte aksjene som eksisterte før spleisen.

Skattekontoret drøftet subsidiært om ulovfestet gjennomskjæring kunne få anvendelse på aksjespleisen, som skjedde en måned før salget. Skattekontoret bemerket innledningsvis at rettspraksis anviser to vurderingstemaer:

- hva som er det hovedsakelige formålet med transaksjonene
- om disposisjonen vil være illojal mot skattelovens bestemmelser

Skattekontoret la til grunn at selskapet feilaktig hadde antatt at aksjespleisen også var nødvendig for å fisjonere ut tomtearealet. Den vesentligste følgen av aksjesplei-

sen var imidlertid et samlet gevinstoppgjør, hvor tapet på de oppregulerte aksjene ble utnyttet. Skattekontoret viste til at korrespondansen og underlagsdokumentene viste at det var bestemt salg av aksjene i Kommersiell AS før aksjespleisen, og at selskapet hadde hatt betydelig fokus på å eliminere gevinsten via et samlet gevinstoppgjør. Skattekontoret anså den forretningsmessige egenverdien som svært beskjedne i forhold til den skattemessige effekten.

Skattekontoret viste til at formålet med tapsbegrensingsreglene, slik det fremgår av forarbeidene, er å begrense ethvert tap som skyldes realisasjon av aksjer med oppregulerte inngangsverdier. Virkningen av aksjespleisen var dermed i strid bestemmelsens formål.

Skattekontoret konkluderte med at ulovfestet gjennomskjæring også kunne kommet til anvendelse. Selskapets inntekt ble økt med 136 MNOK.

Avskjæring av underskudd – § 14–90 eller ulovfestet gjennomskjæring?

Aksjene i AS Container ble overdratt etappevis i løpet av 2004. Av totalt 20 000 aksjer i selskapet ble 15 000 overdratt i august, mens de resterende 5 000 aksjene ble overdratt i desember. Aksjene ble ervervet for NOK 500 000, mens fordringene på selskapet ble ervervet for 4,5 MNOK, dvs. et samlet vederlag på 5 MNOK.



TIL VURDERING: Skattekontoret varslet om at underskuddet ville bli vurdert avskåret.

8 Urv. 2003 side 1466.

9 Urv. 2003 side 235.

10 Ot.prp. nr. 64 (1991–1992) side 29 punkt 6.3.4.

Selskapets virksomhet besto av investeringer i shippingrelaterte prosjekter, og selskapets eiendeler ved utgangen av 2004 var en liten andel i et kommandittselskap, samt aksjer i to heleide datterselskaper som tidligere var nedskrevet til kr 0. Underskuddet til fremføring var ca. 120 MNOK, som i sin helhet ble benyttet via konsernbidrag de etterfølgende inntektsårene.

Skattekontoret varslet om at underskuddet ville bli vurdert avskåret etter reglene i skatteloven § 14–90, eventuelt etter de ulovfestede normene for gjennomskjæring.

I selskapets svar ble det anført at ett av datterselskapene til AS Container hadde virksomhet i et større søramerikansk land, og at det for kjøperen var viktig å overta denne virksomheten. Selskapet viste også til at de via aksjervervet kunne få innpass i et marked med et betydelig potensial.

Skattekontoret vurderte innledningsvis etter hvilket regelsett underskuddet eventuelt skulle avskjæres.

Reglene i skatteloven § 14–90 ble gitt virkning fra 6. oktober 2004. Etter disse reglene skal fremførbare underskudd bortfalle når eierforholdene endres ved en transaksjon, herunder overdragelse, og skatteposisjonen er det overveiende motivet for transaksjonen. I lagmannsrettsdom av 24. mai 2005¹¹, ble det lagt til grunn at begrepet overveiende motiv må forstås slik at det er tilstrekkelig at skattemotivet er større enn de forretningsmessige og øvrige relevante motiver. Det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. For avskjæring av underskudd etter ulovfestet gjennomskjæring er det via bl.a. rettspraksis lagt til grunn at skattemotivet for transaksjonen nærmest må være enerådende. I tillegg er det et vilkår at transaksjonen er illojal mot skattelovens regler.

Flesteparten av aksjene ble overdratt før skatteloven § 14–90 trådte i kraft. Skattekontoret la likevel til grunn at transaksjonene måtte ses i sammenheng, og at det ifølge ordlyden er tilstrekkelig at det skjer endringer på eiersiden og at disse fremstår som hovedsakelig motivert av skatteposisjonen. Avskjæring av underskuddet kunne derfor vurderes etter skatteloven § 14–90, selv om oppkjøpet etter lovens ikrafttredelse isolert sett dreide seg om en mindre andel.

Den nominelle verdien av underskuddet på 120 MNOK var 33,6 MNOK.

Med hensyn til de forretningsmessige motivene ble det bemerket at disse ikke syntes særlig fremtredende. Aksjene i datterselskapene var nedskrevet til kr 0, og skattekontoret fant det heller ikke sannsynliggjort at det var særlige verdier i disse. Verken de påståtte mulighetene for innpass i det søramerikanske markedet, eller mulig avkastning på investeringene i datterselskapet ble tillagt særlig vekt. Det ble i denne forbindelsen bemerket at resultatet de senere årene hadde vært negativt, og at det kort tid etter oppkjøpet av aksjene ble vurdert å selge disse.

Andelen i kommandittselskapet ble først anskaffet etter at aksjene ble overtatt, og det kunne derfor synes som kjøpet ble gjort for at selskapet skulle fremstå med virksomhet.

For skattekontoret var det ikke tvilsomt at det skattemessige motivet var klart overveiende ved oppkjøpet. Da underskuddet ble avskåret etter skatteloven § 14–90, fant ikke kontoret det nødvendig å vurdere om underskuddet eventuelt også kunne vært avskåret etter de ulovfestede normene for gjennomskjæring.

Selskapet hadde ikke gitt opplysninger om transaksjonene i den innsendte selvangivelse med vedlegg. Tilleggsatt ble derfor ilagt.

Ligningen er påklaget til skatteklagenemnda.

Ulovfestet gjennomskjæring – avskjæring av underskudd i oppkjøpsår

Robåten AS var tidligere et selskap innen Rederikonsernet. Robåten AS ble i desember 2003 kjøpt opp av Shipholding AS, som var konsernspiss i et annet større rederi. I 2005 ble selskapet innfusjonert i søsterselskapet Speedbåten AS. Robåten AS hadde pr. 31. desember 2002 et skattemessig underskudd til fremføring på 50 MNOK, mens underskuddet i oppkjøpsåret var ca. 25 MNOK.

Ved utgangen av 2002 var Robåten AS' eneste eiendel et skip, som før overdragelsen av aksjene i 2003 ble realisert til et annet selskap innen Rederikonsernet. I november 2003, dvs. rett før aksjene ble overdratt, ervervet Robåten AS et nytt skip for 10 MNOK. Dette skipet ble ervervet

fra et selskap innenfor Shipholdingkonsernet.

Underskuddet på 75 MNOK ble i sin helhet utnyttet via konsernbidrag for inntektsåret 2003.

Selskapet ble varslet om avskjæring av underskuddet etter de ulovfestede normene for gjennomskjæring. I selskapets svar ble det bl.a. anført at Shipholdingkonsernet var på utkikk etter nye segmenter innen shipping, og at vilkårene for gjennomskjæring ikke var oppfylt. Subsidiært ble det anført at det kun var underskuddet pr. 31. desember 2002 som kunne avskjæres, da det ikke var grunnlag for å nekte et skattemessig underskudd som var oppstått etter overdragelsestidspunktet for aksjene. Som vedlegg til sitt svar la selskapet ved en begrenset due diligence hvor det ble pekt på at det var risiko for at underskuddet kunne bli avskåret.

Skattekontoret bemerket innledningsvis at det er to vilkår som begge måtte være oppfylt for at ulovfestet gjennomskjæring kunne komme til anvendelse, dvs.:

- transaksjonen skal hovedsakelig være skattemessig motivert
- transaksjonen skal være illojal mot skattelovens regler

Den skattemessige virkningen må sammenholdes med andre virkninger og må fremstå som den klart viktigste motivasjonsfaktoren for skattyterne, jf. bl.a. Høyesterett i Hex-dommen¹².

Det skattemessige motivet var betydelig, og underskuddet ble i sin helhet anvendt via konsernbidrag for inntektsåret 2003.

Selskapets verdier på overtakelsestidspunktet besto kun av skipet med bokført verdi på 10 MNOK og utsatt skattefordel. Transaksjonsrekken med realisasjon av det opprinnelige skipet til et annet selskap innen Rederikonsernet og påfølgende erverv av et nytt skip fra Shipholdingkonsernet, fremsto etter skattekontorets oppfatning som en samlet plan med formål om å overdra skatteposisjonen fra Rederikonsernet til Shipholdingkonsernet. Denne oppfatningen ble også i en viss grad bekreftet av den innsendte due-diligence, hvor det fremkom at Shipholdingkonsernet skulle erverve aksjene, men at det skulle skje tilpasninger i forkant.

11 Utv. 2005 side 783.

12 Utv. 2007 side 512.



TILLEGGSSKATT: Selskapet hadde ikke gitt opplysninger om transaksjonene i den innsendte selvangivelsen og tilleggsatt ble ilagt.

Skattekontoret fant det derfor ikke tvilsomt at transaksjonen hovedsakelig var skattemessig motivert.

Det er et grunnleggende prinsipp at et underskudd skal anvendes av det skattesubjektet som har lidt det økonomiske tapet, og ikke av andre subjekter. Skattekontoret fant derfor at transaksjonen var illojal mot underskuddsreglene og formålet bak disse.

Selskapet anførte som nevnt subsidiært at det kun var underskuddet på 50 MNOK fra inntektsåret 2002 som kunne avskjæres, da underskudd oppstått etter ervervet av aksjene fortsatt måtte være i behold. Skattekontoret bemerket til denne anførselen at aksjene ble overdratt i slutten av 2003, og at det skattemessige underskuddet for dette året var pådratt før overdragelsen, selv om det ikke med ligningsmessig virkning var endelig fastsatt. Det samlede underskuddet på 75 MNOK ble derfor avskåret.

Selskapet hadde ikke gitt opplysninger om transaksjonene i den innsendte selvangivelse med vedlegg. Tilleggsatt ble derfor ilagt.

Realisasjon av aksjer – ulovfestet gjennomskjæring

Aksjonærene i Olsen & Olsen AS overførte i 2005 alle aksjene i morselskapet i et konsern til et nystiftet tomt selskap med tilsvarende eierforhold. Det ble dermed

etablert en dobbel holdingstruktur.

Aksjene ble overført til virkelig verdi på ca. 120 MNOK, mens aksjekapitalen var ca. 2 MNOK. Som vederlag mottok aksjonærene aksjer i kjøperselskapet og rentebærende fordringer. Fordringene ble innfridd i løpet av de to etterfølgende årene, og innfrielsen ble finansiert ved overføringer av konsernbidrag, utbytte og lån fra konsernet, hovedsakelig fra den tidligere konsernspissen.

På grunn av fritaksmetoden og/eller manglende internrettslig hjemmel for gevinstbeskatning av utenlandske aksjonærer, kunne disse ikke beskattes for gevinst ved realiseringen av aksjene. Det ble fra skattyters side lagt helt avgjørende vekt på at eierforholdet mellom aksjonærene ikke måtte forskyves ved transaksjonen. Skattyter påberopte seg hovedsakelig forenklinger av konsernstrukturen som den forretningsmessige begrunnelsen for overføringen av aksjene. Dessuten ble det hevdet at salget var et ledd i forenkling av strukturen på eiersiden og forenklet eiernes kapitalisering av konsernet. Etter skattekontorets vurdering forelå det ingen endringer i konsernstrukturen som kunne være påvirket av aksjetransaksjonen. En stor del av eierne var bosatt/hjemmehørende i utlandet, og endringene som var foretatt syntes overveiende motivert ut fra hensynet til skattebesparelse i flere jurisdiksjoner.

Skattekontoret la til grunn at transaksjonen ikke hadde noe annet formål enn å

legge til rette for skattefrie utdelinger til aksjonærene som ikke kunne vært gjennomført på annen måte. Det var store verdier i konsernet, men det manglet likviditet. På transaksjonstidspunktet var morselskapet ikke i posisjon til å utdele utbytte. Via transaksjonen kunne verdier i konsernet frigjøres og overføres til aksjonærene uten at det utløste beskatning og uten at aksjonærene ga avkall på sine eierposisjoner. Kjøperselskapet syntes ikke å ha noe reelt forretningsmessig formål, og fremsto hovedsakelig som et instrument for å kunne utbetale avkastning til aksjonærene skattefritt. Skattekontoret viste til avsnitt 47 i høyesterettsdommen vedrørende Telenor Eiendom Holding AS¹³, og konstaterte at grunnvilkåret om at det hovedsakelige formålet med disposisjonen må ha vært å spare skatt, var oppfylt.

Ved totalvurderingen la skattekontoret bl.a. vekt på at aksjonærene hadde sine eierposisjoner i behold, men at de likevel hadde fått en ubetinget rett til en samlet skattefri utbetaling på ca. 120 MNOK.

De utenlandske aksjonærene kunne ikke beskattes for avkastningen av de utestående fordringene som ble etablert. For at de norske selskapsaksjonærene heller ikke skulle kunne beskattes for avkastningen, ble de utestående fordringene konvertert til aksjekapital uten stemmerett, men med fortrinnsrett til utbytte innenfor fritaksmetoden. Utbyttet skulle ifølge aksjonæravtalen beregnes på samme måte som renter av en tilsvarende fordring, og aksjene skulle innløses samtidig som de utestående fordringene ble innfridd for de utenlandske aksjonærene.

Skattekontoret la til grunn at de skattemessige virkningene var i strid med formålet med realisasjonsreglene, og at skattebesparelsen hadde vært hovedformålet med transaksjonen. For skatteformål ble virkningene av transaksjonen satt til side og skattlegging gjennomført i samsvar med det reelle forholdet. Vederlaget ved transaksjonen ble beskattet som utbytte til aksjonærene. Med støtte i forarbeidene¹⁴ ble utbyttet ikke ansett som «lovlig». Det kunne ikke omfattes av fritaksmetoden for selskapsaksjonærene, og for de personlige aksjonærene ga det ikke rett til godtgjørelse.

¹³ Utrv. 2006 side 1416.

¹⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990–91) pkt. 16.4.8 og Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) pkt. 5.6.5.