

## Kommentar til uttalelse fra Skattedirektoratet:

# Fritaksmetoden og derivater

**Skattedirektoratet har vurdert et konkret finansielt instrument i forhold til fritaksmetoden. Artikkelforfatteren er uenig i Skattedirektoratets begrunnelse for hvorfor det finansielle instrumentet ikke var omfattet av fritaksmetoden.**



Artikkelen er forfattet av:

Advokat  
Njaal Arne Høyland  
Partner Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen

Fritaksmetoden gjelder også for «finansielt instrument» (derivat) med kvalifiserende aksjer som underliggende objekt, jf. skatte-loven § 2–38 første ledd, jf. annet ledd c). Som eksempel vil gevinst på en kjøpsopsjon med aksjer i Aker Solutions som underliggende objekt omfattes av fritaksmetoden. I forarbeidene, Ot.prp. nr. 1 (2004–05) pkt. 6.5.2.4, fremheves blant annet hensynet til å «unngå løsninger som åpner for skattearbitrasje og uønskede tilpasningsmuligheter, for eksempel ved at ikke fradragsberettiget tap på aksje gjøres om til fradragsberettiget tap på derivat» som begrunnelse for at derivater skal omfattes av fritaksmetoden.

Finansdepartementet har i en uttalelse i Utv. 2006 s. 485 lagt til grunn at en aksjeindeksobligasjon derimot ikke omfattes av fritaksmetoden. Grunnen til at slike obligasjoner faller utenfor, er ifølge departementet at det er «låneforholdet som er mest fremtredende». For en aksjeindeksobligasjon vil det som utbetales som avkastning «anses som vederlag for den kredittytelse kjøper yter obligasjonsutsteder, og dermed som et substitutt for renter».

I en uttalelse av 21. januar 2011 har Skattedirektoratet vurdert et konkret instrument i forhold til fritaksmetoden. Instrumentet hadde en løpetid på tre år, og var knyttet til utviklingen av kursen på to underliggende aksjer, Statoil og Yara. Det skulle foretas avregning tre ganger i løpet av løpetiden – etter ett, to og tre år (ved avslutning).

Dersom kursen på begge aksjene hadde steget ved første avregningstidspunkt, ville innehaveren fått utbetalt det høyeste av samlet avkastning og 25 % avkastning av investert beløp, og avtalen ville bli avsluttet. Dersom kursen på én eller begge aksjene hadde falt ved første avregningstidspunkt, skulle avtalen løpe videre. Hadde kursen på begge aksjene steget ved annet avregningstidspunkt, ville innehaveren fått utbetalt det høyeste av samlet avkastning og 50 % avkastning av investert beløp og avtalen ville bli avsluttet. Dersom kursen på bare én av aksjene hadde steget ved utløpet av løpetiden, ville det investerte beløpet bli tilbakebetalt, unntatt i de tilfellene hvor minst én av aksjene hadde sunket mer enn 50 %. I slike tilfeller ville hele eller deler av det investerte beløpet gå tapt.

I den aktuelle saken var instrumentet betegnet «obligasjon», men direktoratet slo innledningsvis fast at betegnelsen ikke hadde betydning for klassifiseringen. Etter en kort gjennomgang av lovtekst og forarbeider, fastslår direktoratet at instrumentet fremsto som et «sammensatt instrument, der flere elementer enn verdiutviklingen på de underliggende aksjene er avgjørende for det økonomiske utfallet for kjøper og selger». Direktoratet fant at «tilknytningen mellom aksjekursutvikling og det økonomiske utfallet av avtalen [var] så løselig, at produktet ikke kan anses som et derivat som utleder sine økonomiske virkninger fra aksjene i Statoil og Yara». Investoren ville kunne få utbetalt mer enn verdistigningen på aksjene dersom begge aksjer hadde en liten positiv utvikling. Direktoratet viste til en uttalelse i forarbeidene om at fritaksmetoden «forhindrer at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i eierkjede med norske selskaper (kjedebeskatning)», og påpekte at innehaveren av dette instrumentet aldri ville eie de to aktuelle aksjene. Endelig pekte direktora-

tet på at det aktuelle instrumentet ikke var egnet som sikringsinstrument, og konkluderte med at instrumentet ikke var omfattet av fritaksmetoden.

Jeg er enig i at de beste grunner taler for direktoratets konklusjon i den aktuelle saken, men er uenig i begrunnelsen. Etter min mening var spørsmålet om instrumentet var et gjeldsinstrument (obligasjon) eller et egenkapitalinstrument (derivat). Den alminnelige læren (blant annet på bakgrunn av preferansekapital-dommene fra 2001) tilsier at et instrument som ligger i grenseland mellom gjeld og egenkapital, klassifiseres ut fra om instrumentet har mest karakter av gjeld eller egenkapital. Et helt sentralt element ved gjeld er at den har et pålydende beløp som skal tilbakebetales ved forfall. I den aktuelle saken ville investoren minst fått tilbakebetalt det investerte beløpet ved avtalens avslutning, unntatt hvor minst én av aksjene hadde falt med mer enn 50 % ved utløpet av perioden. En rask (og særdeles uanalytisk) kontroll av de to aksjenes utvikling de siste fem årene viser at det sannsynligvis må en ny finanskrise til før én av de to aksjene skal falle med mer enn 50 % i løpet av en treårsperiode. Slik jeg ser det, fremsto det da som overveiende sannsynlig at investoren (minst) ville få tilbake det investerte beløpet, hvilket meget sterkt taler for at instrumentet bør anses som et gjeldsinstrument.

Jeg er enig i at det forholdet at investoren ville kunne få langt høyere avkastning enn den faktiske verdiutviklingen på aksjene kan ha en viss betydning i en helhetsvurdering. Det forholdet at investoren aldri ville eie de to aksjene og at instrumentet ikke var egnet som sikringsinstrument, har jeg derimot vondt for å se at kan ha noen betydning ved vurderingen av om instrumentet omfattes av fritaksmetoden.