

*Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet
BFU 24/13 Avgitt 05.11.2013*

***Endring av aksjeklasser og tilbakebetaling av innbetalt kapital
(Skatteloven § 10-31, jf. § 9-2 og § 10-11)***

Skattyter hadde 50 A- og 51 B-aksjer i Selskapet. A-aksjene hadde lavere innbetalt kapital enn B-aksjene. Spørsmålet var om skattyter for å optimalisere tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital, kunne bytte A-aksjer i B-aksjer, og tilsvarende B-aksjer i A-aksjer, uten at dette utløste realisasjonsbeskatning. Aksjebytting skulle skje med grunnlag i vedtektsendringer.

Skattedirektoratet forutsatte at aksjebytting kunne gjennomføres lovlig i forhold til selskapsrettens regler, og kom til at forholdet ikke utløste realisasjonsbeskatning. Direktoratet kom videre til at utdeling av utbytte etter omklassifiseringen, kunne anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital for skattyter.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

1 Innledning

På bakgrunn av de opplysninger som er gitt, legges det til grunn at anmodningen gjelder spørsmålet om man fritt kan bytte aksjeklasser i et aksjeselskap der bestemte aksjeklasser gis fortrinnsrett til utbytte, for å optimalisere tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital.

2 Beskrivelse av de faktiske forhold

2.1 Bakgrunn

Skattyter har en eierandel på 16,53 % i Selskapet AS (Selskapet). De øvrige aksjonærene er hans ektefelle med en eierandel på 1,64 % og deres tre barn med en eierandel på 81,83 % hver.

Aksjene i Selskapet er fordelt på ulike aksjeklasser, og eierforholdene er følgende:

<i>Aksjeeier</i>	<i>Klasse A</i>	<i>Klasse B</i>	<i>Totalt antall aksjer</i>	<i>Totalt antall stemmer</i>
Skattyter	50	51	101	2 001
Ektefelle		10	10	10
Barn		500	500	500
Totalt	50	561	611	2 511

Hver A-aksje gir rett til 39 stemmer, mens hver B-aksje gir rett til 1 stemme.

Alle aksjene som er eid av skattyter har skattemessig innbetalt kapital liggende på egenkapitalposten annen egenkapital. I henhold til selskapets vedtekter er A-aksjene preferanseaksjer, slik at aksjeklasse A har fortrinnsrett til utbytte. Denne fortrinnsretten har over tid medført at skattemessig innbetalt kapital på A-aksjene nå er vesentlig lavere enn på B-aksjene.

2.2 Planlagte transaksjoner

Skattyter ønsker å foreta tilpasninger slik at han kan klassifisere utdelinger fra selskapet som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital.

Ettersom skattemessig innbetalt kapital på hans A-aksjer er lavere enn på B-aksjene, vurderes det å gjøre en vedtektsendring som innebærer at A-aksjene gjøres om til B-aksjer, og at hans B-aksjer gjøres om til A-aksjer. Vedtektsendringen vil ikke medføre endringer i hans utbytterettigheter eller den reelle stemmefordelingen i selskapet.

På denne måten antar innsender at skattemessig innbetalt kapital på skattyters nåværende B-aksjer kan utdeles ved at disse gjøres om til A-aksjer med preferanserett til utbytte.

3 *Rettslig problemstilling*

Det er etter innsenders oppfatning ingen selskapsrettslige hindringer for at aksjene bytter aksjeklasse slik det er skissert ovenfor. Siden dette uansett vil være et spørsmål som hører inn under Justis- og beredskapsdepartementet, ber ikke innsender Skattedirektoratet gå nærmere inn på dette, men om at det forutsettes at de selskapsrettslige vilkårene er til stede for gjennomføringen av transaksjonene.

Innsender skriver at det etter Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 30. mars 2012 (inntatt i Utv. 2012 side 500) oppstår spørsmål om selskaper står fritt til å gjøre endringer i aksjeklasser i den hensikt å optimalisere tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital. Maksimal utnyttelse av en slik rettighet kan innebære en kontinuerlig ivaretagelse av at aksjer med høy skattemessig innbetalt kapital gis preferanserett.

3.1 *Gjeldende rett*

3.1.1 *Selskapsrettslig*

Innsender opplyser at det følger av aksjeloven § 4-1 første ledd at det kan opprettes flere aksjeklasser med ulike rettigheter. Videre følger det av § 5-18 at aksjeklassene kan endres etter reglene om vedtektsendringer.

3.1.2 *Skjermingsmetoden og aksje for aksje-prinsippet*

Skattemessig fremgår det av skatteloven § 10-12 annet ledd at "(s)kjermingen beregnes for den enkelte aksje". Forarbeidene legger til grunn i Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) side 39 at skjermingen skal skje separat per aksje, og at ubenyttet skjerming på en aksje ikke kan komme til fradrag eller fremføres mot inntekter på en annen aksje.

3.1.3 *FIFU-prinsippet*

Det følger av skatteloven § 10-36 at dersom man eier aksjer i flere ulike aksjeklasser, skal den aksjen som ble ervervet først, anses realisert først. Dette gjelder både ved salg og gaveoverføring.

3.1.4 *Tidligere BFU-er fra Skattedirektoratet om utbytte/innbetalt kapital*

I BFU 32/08 og 35/08 var det spørsmål om utdeling av utbytte innenfor samme aksjeklasse kunne skje utelukkende til de aksjene som hadde skattemessig innbetalt kapital. Skattedirektoratet kom i begge tilfellene til at en slik skattemessig tildeling av utbytte til enkeltaksjer innenfor samme aksjeklasse ville være i strid med skjermingsmetoden.

3.1.5 *Prinsipputtalelse fra Skattedirektoratet om opprettelse av nye aksjeklasser, forholdet til FIFU og skjermingsmetoden, og ulovfestet gjennomskjæring*

I Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 30. mars 2012 fastslår direktoratet ifølge innsender, at aksjeklasser kan byttes uten at dette anses som realisasjon av aksjene. Det vises til en langvarig praksis der bytting av aksjeklasser kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet så lenge aksjonæren opprettholdt sine reelle økonomiske rettigheter som aksjonær. Innsender skriver at Skattedirektoratet påpeker at slikt bytte av aksjeklasse befinner seg i et skattemessig "lovtomt rom", og legger til grunn at legalitetsprinsippet tilsier at *"skattyter skattemessig kan velge hvilke aksjer som skal tilhøre de ulike aksjeklassene uten at FIFU-prinsippet eller skjermingsmetoden får betydning for den skattemessige behandlingen"*.

Skattedirektoratet viser i følge innsender, til at bytte av aksjeklasser skiller seg fra faktum i de ovennevnte BFU-er som gjaldt skattemessig tildeling av utbytte til enkeltaksjer innenfor samme aksjeklasse.

4 *Rettslig vurdering*

Innsender forstår Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 30. mars 2012 dit hen at aksjeklasser kan ombyttes, men at det med henvisning til BFU 32/08 og 35/08 ikke er anledning til skattemessig å tildele utbytte kun til enkeltaksjer innenfor samme aksjeklasse.

Dersom innsender har forstått prinsipputtalelsen korrekt, må skattyters tilpasninger med hensyn til skattemessig innbetalt kapital gjennomføres ved vedtektsendringer i selskapet som innebærer bytte av aksjeklasser. Skattyter har preferanseaksjer i aksjeklasse A med lav skattemessig innbetalt kapital, i tillegg til ordinære aksjer i aksjeklasse B med høy skattemessig innbetalt kapital.

Spørsmålet blir dermed om skattyter ved å gjennomføre en vedtektsendring i Selskapet kan bytte sine A- og B-aksjer, slik at hans nåværende B-aksjer blir omgjort til A-aksjer med fortrinnsrett til utbytte, og således unngår å måtte etablere en tredje aksjeklasse C for dagens B-aksjer.

Innsender skriver at Skattedirektoratets prinsipputtalelse av 30. mars 2012 legger til grunn at bytte av aksjeklasser ikke medfører realisasjon, og viser i den forbindelse til langvarig ligningspraksis. Skattedirektoratet gir ifølge innsender, uttrykk for at det ikke er anledning til å bruke reglene om realisasjon innenfor samme aksjeklasse analogisk ved bytte av aksjeklasser. Det vises til at det ville vært naturlig om skatteloven § 10-34 regulerte tilfeller av ombytting av aksjeklasser. Skattedirektoratet presiserer imidlertid, ifølge innsender, at bestemmelsen ikke regulerer slike tilfeller på nåværende tidspunkt.

Ifølge innsender ville det naturlig nok være mer hensiktsmessig å gå "korteste vei" ved skattemessig tildeling av utbytte til enkeltaksjer innenfor samme aksjeklasse, enn å gå veien om vedtektsendringer og bytte av aksjeklasser for å optimalisere tilbakebetalingen av skattemessig innbetalt kapital.

5 *Innsenders oppsummering*

Dersom det er slik at Skattedirektoratet fastholder sitt standpunkt fra BFU 32/08 og 35/08 når det gjelder skattemessig tildeling av utbytte til enkeltaksjer innenfor samme aksjeklasse, ber innsender om en bekreftelse for at skattyter gjennom en vedtektsendring kan bytte sine A- og B-aksjer, og dermed motta utbytte som klassifiseres som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital på de nye A-aksjene.

I telefonsamtale bekrefter innsender at hun ønsker vurdert:

1. om en vedtektsendring der skattyters A-aksjer får rettighetene til B-aksjene, og hans B-aksjer tilsvarende får rettighetene til A-aksjene anses som realisasjon skatterettslig og
2. om utbytte kan klassifiseres som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital på de nye A-aksjene etter byttet.

Skattedirektoratets vurderinger

Problemstillingen

Skattedirektoratet skal i det følgende ta stilling til:

1. om en vedtektsendring der skattyters A-aksjer får rettighetene til B-aksjene, og hans B-aksjer tilsvarende får rettighetene til A-aksjene anses som realisasjon skatterettslig og
2. om utbytte kan klassifiseres som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital på de nye A-aksjene etter byttet.

Forutsetninger og avgrensninger

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det i det følgende ikke tas stilling til eventuelle skattespørsmål eller problemstillinger som måtte oppstå ved det beskrevne faktum ut over de spørsmål som drøftes i det følgende.

Skattedirektoratet kan i en bindende forhåndsuttalelse ikke ta stilling til selskapsrettslige spørsmål som hører under Justis- og beredskapsdepartementet. Vi legger derfor til grunn uten nærmere vurdering at endringen av aksjeklasser, som beskrevet av innsender, kan gjennomføres lovlig i samsvar med gjeldende selskapsrettslige regler.

Det forutsettes at premissene som er tatt inn ovenfor er fullstendige for de spørsmål som drøftes.

Skattedirektoratets tidligere uttalelser

Som det fremgår over følger det av aksjeloven § 4-1 første ledd at det i vedtekter kan bestemmes at det i et aksjeselskap skal være aksjer av ulike slag (flere aksjeklasser). Det følger videre at det i samsvar med aksjeloven § 5-18, kan gjøres endringer i selskapets vedtekter og at inndeling i aksjeklasser kan skje ved vedtektsendringer.

Skattedirektoratet uttalte i prinsipputtalelsen av 30. mars 2012, at endring av aksjeklasser som er gjennomført etter aksjelovens bestemmelser, også skal legges til grunn i forhold til skattereglene. Så lenge de selskapsrettslige reglene om vedtektsendringers innhold og fremgangsmåte er fulgt, tilsier legalitetsprinsippet at aksjonærene i selskapet kan endre og tilrettelegge for hvilke aksjer som skal tilhøre de enkelte aksjeklasser, uten at dette anses stridende mot hverken FIFU-prinsippet eller skjermingsmetoden. Direktoratet legger til grunn som opplyst at det i denne saken skjer en omklassifisering ved vedtektsendring som er lovlig iht. gjeldende aksjelovgivning.

I BFU 32/08 og 35/08 vurderte Skattedirektoratet den skattemessige virkningen dersom det tildeles utbytte til enkeltaksjer innenfor samme aksjeklasse. En slik tildeling vil innebære skjevdeling av utbytte til enkeltaksjer innenfor denne aksjeklasse. Skattedirektoratet kom i begge sakene til at skjevdelingen ville være i strid med FIFU-prinsippet i skatteloven § 10-36 og skjermingsmetoden i skatteloven § 10-12. Direktoratet ga uttrykk for at dersom aksjonærene kan velge hvilke aksjer innbetalt kapital skal anses tilbakebetalt på, så vil aksjonærene kunne påvirke de enkelte aksjenes skattemessige inngangsverdi. Dette kunne åpne for utilsiktede muligheter for aksjonær til å sjonglere med skatteposisjoner, samt åpne for muligheter til uthuling av FIFU-prinsippet og prinsippet om aksje for aksje som ligger til grunn for skjermingsmetoden, noe som neppe var tilsiktet fra lovgivers side.

Direktoratet har etter at disse uttalelsene ble avgitt, ikke endret standpunkt vedrørende dette. Det tas imidlertid i disse uttalelsene ikke stilling til hva som skjer dersom noen aksjer gjennom vedtektsendringer får endrede rettigheter/plikter og dermed omfattes av en annen aksjeklasse, før utdeling av utbytte. Direktoratet skal derfor behandle spørsmålet om en slik vedtektsendring utløser realisasjonsbeskatning først.

1. Vil en vedtektsendring der skattyters A-aksjer får rettighetene til B-aksjene, og hans B-aksjer tilsvarende får rettighetene til A-aksjene anses som realisasjon skatterettslig

Det følger av skatteloven § 10-31 at gevinst ved realisasjon av aksje er skattepliktig inntekt. Videre angir skatteloven § 9-2 hva som anses som realisasjon, herunder at bytte av formuesgoder og innløsning av enkeltaksjer er å anse som realisasjon, jf. skatteloven § 10-37 annet ledd.

Skatteloven § 9-2 (1) lyder:

"§ 9-2. Hva realisasjon omfatter

(1) Realisasjon omfatter overføring av eiendomsrett mot vederlag og opphør av eiendomsrett, herunder blant annet:

a...

b...

c makeskifte og bytte

..."

I utgangspunktet er således bytte av noen aksjer mot andre aksjer å anse som realisasjon.

I Lærebok i skatterett av Fredrik Zimmer, 6. utgave s. 255 uttales det bl.a.:

"Spesielt for aksjer oppstår spørsmål om det foreligger realisasjon hvor en relevant begivenhet i og for seg foreligger, men skattyteren i realiteten har beholdt eierinteressen i aksjeselskapet. Såkalte skattesalg av aksjer er det klassiske eksempel på dette, se Rt. 1925 s. 475 Kallevig og Rt. 1928 s. 495 Finne og pkt. 2.7.4c."

Etter en gjennomgang av Nordea-dommen i Rt. 2002 s. 798 (ikke ansett som realisasjon) og Troll Salmon-dommen i Rt. 1998 s. 1425 (aksjene ikke ansett realisert), uttaler Zimmer det som er relevant i foreliggende sak:

"I visse tilfeller er det nærliggende å se det slik at skattyter egentlig har beholdt samme gjenstand, bare i litt endret form. Et eksempel er aksjer som endrer status fra A- til B-aksjer

eller omvendt (se asl. § 4-1). Dette vil normalt ikke bli ansett som realisasjon av aksjen." (Direktoratets understrekning).

Finansdepartementet har i en uttalelse av 14. oktober 1999 (Utv. 1999 side 1834) lagt til grunn at omklassifisering fra en aksjeklasse til en annen (kombinert med en rett til tegning av aksjer til underpris for eierne av de aksjene som hadde høyest markedsverdi), ikke kunne anses som en skattepliktig realisasjon, fordi det ikke skjedde noen netto verdioverføring fra noen aksjonærer til noen andre.

Bl.a. på bakgrunn av denne uttalelsen er det etablert en langvarig praksis for at endring av aksjeklasser ikke er å anse som realisasjon, når aksjonærens andel av selskapsformuen ikke endres. Dette er nå nedfeldt i Lignings-ABC2012/13 pkt. 3.3 s. 940-941:

"Det anses ikke å foreligge realisasjon av formuesobjekt ved

...

- *endret klassifisering for aksjer, for eksempel fra aksjeklasse B til aksjeklasse A, forutsatt at aksjonærens andel av selskapsformuen ikke endres. Det er uten betydning om det skjer en endring av de organisatoriske rettighetene. Se nærmere BFU 03/2008."*

Skattedirektoratet forstår den skisserte praksis slik at den gjelder når alle aksjene i en aksjeklasse blir endret fra en aksjeklasse til en annen. I foreliggende sak skal skattyter gjøre om sine 50 A-aksjer til B-aksjer. Det vil være samtlige aksjer i aksjeklasse A. På grunnlag av ovennevnte praksis konkluderer Skattedirektoratet med at ved en slik endring skal A-aksjene ikke anses som realisert.

Samtidig skal imidlertid skattyters 51 B-aksjer omklassifiseres til A-aksjer. Også samtlige øvrige aksjonærer i selskapet har B-aksjer, men deres aksjer skal ikke omklassifiseres. Spørsmålet blir om skattyters B-aksjer derfor skal anses realisert.

Skattyter opprettholder sin eierposisjon idet han beholder sin andel av nettoverdiene i selskapet uendret, selv om hans antall aksjer i klasse A og B endres noe. Han har 50 A-aksjer og 51 B-aksjer før omklassifiseringen og motsatt etter. Skattyter eier imidlertid samlet sett 101 aksjer i selskapet før og etter omklassifiseringen, slik at hans *andel i selskapsformuen* fortsatt vil være uendret.

Når det gjelder de *økonomiske rettighetene* vedrørende skattyters aksjepost, får han én A-aksje mer enn før, disse er ifølge innsender preferanseaksjer med fortrinnsrett til utbytte.

Vedrørende de *organisatoriske rettighetene* er det opplyst at én A-aksje gir rett til 39 stemmer, mens hver B-aksje gir rett til én stemme. Ved omklassifiseringen får skattyter 51 A-aksjer mot tidligere 50. Dette medfører at skattyter får én A-aksje mer enn før, som igjen gir 38 stemmer mer enn han hadde. Derfor medfører omklassifiseringen en endring i de organisatoriske rettighetene til skattyter.

Det syntes å være lagt avgjørende vekt på den økonomiske realiteten i Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1999 s. 1834, og ikke det faktum at aksjonærene i én klasse, gjennom fortrinnsretten til tegning til pari kurs, får utvidet sine organisatoriske rettigheter, mens aksjonærene i den andre klassen på tilsvarende måte får reduserte organisatoriske rettigheter. Finansdepartementets standpunkt syntes å være at når partene som ledd i ombyggingen og

overgangen til én aksjeklasse har forhandlet seg frem til et resultat som innebærer at noen aksjonærer får utvidet, mens andre får reduserte organisatoriske rettigheter, så er dette uten betydning dersom aksjonærens andel av selskapets nettoverdier er uforandret.

Siden det er vanlig at også de økonomiske rettighetene blir endret ved skifte av aksjeklasse, finner Skattedirektoratet at heller ikke dette kan få betydning.

På denne bakgrunn konkluderer direktoratet med at ved en omklassifisering av skattyters 51 B-aksjer til A-aksjer, skal hans B-aksjer ikke anses som realisert. Det vises for ordens skyld til forutsetningen inntatt foran om at omklassifiseringen må være gjennomført i samsvar med gjeldende selskapslovgivning.

2. Kan utbytte klassifiseres som tilbakebetaling av skattemessig innbetalt kapital på de nye A-aksjene etter bytte av aksjeklasser.

Etter omklassifiseringen har skattyter 51 A-aksjer med høyere innbetalt kapital enn de forrige A-aksjene, og innsender reiser spørsmålet om en utbytteutdeling fra selskapet kan klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt kapital på skattyters hånd. Innsender har opplyst at selskapet har innbetalt kapital på annen egenkapital som skal utbetales.

Finansdepartementet har i uttalelse av 28. mars 2006, inntatt i Utv. 2006 s. 752, uttalt til et advokatfirma:

"Vi viser til ditt brev av 15. mars d.å. vedrørende departementets brev av 22. desember 2005.

Brevet omhandlet skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs på vederlagsaksjene når aksjer er overført til et holdingselskap i medhold av overgangsregel E. Om tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital uttales det:

"Departementet antar at en utdeling etter omstendighetene vil kunne anses som en tilbakebetaling, selv om den selskapsrettslig behandles som en utbytteutdeling. En eventuell utdeling må da først anses å gjelde kapital som ikke er innbetalt før det vil være aktuelt å betrakte utdelingen som tilbakebetaling av innbetalt kapital."

Forutsetningen om at en utdeling først må anses å gjelde kapital som ikke er innbetalt før det vil være aktuelt å betrakte utdelingen som tilbakebetaling av innbetalt kapital, synes ikke å være overensstemmelse med tidligere uttalelser fra departementet. Det vises i denne sammenheng til uttalelser inntatt i Utv. 1999 s. 994b, Utv. 1997 s. 1080 og Utv. 1995 s. 108. På denne bakgrunn finner departementet, etter en fornyet vurdering, at det ikke er grunnlag for å oppstille et vilkår om at opptjent kapital må deles ut før det kan være aktuelt å betrakte utdelingen som tilbakebetaling av innbetalt kapital."

Utgangspunktet er således at aksjonæren kan velge hvordan han skatterettslig vil klassifisere utbytteutdelingen på sin hånd, selv om den selskapsrettslig behandles som utbytte.

Ettersom Skattedirektoratet i prinsipputtalelsen av 30. mars 2012 legger til grunn at endring av aksjeklasser, som er gjennomført etter aksjelovens bestemmelser, også skal legges til grunn i forhold til skattereglene, og dette ikke anses stridende mot hverken FIFU-prinsippet eller skjermingsmetoden, konkluderer Skattedirektoratet med at utdeling av utbytte fra Selskapet på A-aksjene til skattyter etter omklassifisering av disse fra B- til A-aksjer, på hans hånd kan klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt kapital, forutsatt at skattyter har denne skatteposisjonen i behold.

Konklusjon

A-aksjene og B-aksjene som skattyter eier i Selskapet AS anses ikke realisert ved en omklassifisering, fra henholdsvis A-aksjer til B-aksjer og fra B-aksjer til A-aksjer.

Utdeling av utbytte fra Selskapet AS på A-aksjene til skattyter etter omklassifisering av disse fra B- til A-aksjer, kan på hans hånd klassifiseres som tilbakebetaling av innbetalt kapital.