

*Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet
BFU 6 /13. Avgitt 10.4.2013*

Spørsmål om skjermingsfradrag ved kapitalnedsettelse samt utdeling av annen egenkapital på grunnlag av fusjonsbalanse

(skatteloven §10-12)

Skattyter eide et selskap B AS som ved en fisjonsfusjon skulle erverve 50 % av Invest AS. Skattyter skulle motta vederlag i form av kapitalforhøyelser i B AS. Det skulle gjennomføres kapitalnedsettelse etter aksjeloven § 12-2 annet ledd og utbytteutdeling etter aksjeloven § 8-1 på grunnlag av fusjonsbalansen i B AS. Spørsmålet var om utbytte ville være lovlig utdelt slik at skattyter fikk rett til skjermingsfradrag etter skatteloven § 10-12. Skattedirektoratet konkluderte med at skattyter ikke fikk rett på skjermingsfradrag fordi utbytte ikke var lovlig utdelt. Aksjeloven § 12-2 annet ledd åpner ikke for å benytte mellombalanse når det foreligger et godkjent årsregnskap for siste regnskapsår, og aksjeloven § 8-1 ikke åpner for å benytte mellombalanse.

Innsenders fremstilling av faktum og jus

På bakgrunn av de opplysninger som er gitt i anmodningen, legges det til grunn at skattyter, i tillegg til å eie alle aksjene i B AS, har en eierinteresse på 50 % i investeringsselskapet Invest AS. Skattyter eier 17 % av aksjene i Invest AS personlig og 33 % av aksjene gjennom B AS.

Det er planlagt å gjennomføre en såkalt fisjonsfusjon av Invest AS i løpet av våren 2013, der nettoverdiene i Invest AS overføres med 50 % til B AS og 50 % til øvrig eiere. Fisjonsfusjonen vil gjennomføres med skattemessig kontinuitet, jf. skatteloven § 11-2 flg. Ved fisjonsfusjonens gjennomføring vil Invest AS oppløses. Videre vil skattyter motta vederlag i form av kapitalforhøyelser i B AS, dvs. at skattyter fortsatt vil være eneaksjonær i B AS.

Umiddelbart etter at fisjonsfusjonen er gjennomført i 2013, er det ønskelig å foreta en kapitalnedsettelse i B AS ved nedskrivning av aksjenes pålydende med utdeling til aksjonær, jf. aksjeloven § 12-1 annet ledd, jf. § 12-1 første ledd nr. 2. Foruten aksjekapitalnedsettelsesbeløpet, vil det foretas en merutdeling fra regnskapsposten annen egenkapital. Avhengig av utdelingsbeløpets størrelse, kan det som utdeles i skattemessig sammenheng dels anses som utdeling av utbytte og dels som tilbakebetaling av innbetalt kapital.

Spørsmålet som ønskes avklart er om skattyter vil ha krav på skjermingsfradrag for den delen av utdelingen som eventuelt består av utbytte dersom kapitalnedsettelsen baseres på åpningsbalansen i B AS ved fisjonsfusjonen (og det ikke vil være dekning for nedsettelsen basert på balansen for 31. desember 2012). Dette er avhengig av at utdelingen er lovlig etter aksjeloven, jf. skatteloven § 10-12 første ledd annet punktum.

Det kan legges til grunn at åpningsbalansen vil utarbeides i henhold til regnskapslovens regler og bekreftes av selskapets revisor.

Innsenders skatterettslige vurdering

Det følger av aksjeloven § 12-2 annet ledd første punktum at en beslutning om kapitalnedsettelse etter aksjeloven § 12-1 første ledd nr. 2 eller nr. 3 ikke kan gjelde et større beløp enn at det etter nedsettingen er full dekning for den gjenværende aksjekapitalen og selskapets bundne egenkapital etter aksjeloven § 8-1 første ledd. Videre følger det av aksjeloven § 12-2 annet ledd annet punktum at "[v]ed beregningen av beløpet skal balansen for siste regnskapsår legges til grunn."

I BFU 73/02 er det imidlertid lagt til grunn at utdeling ved kapitalnedsettelse i et selskap som samme år er nystiftet ved fisjon, kan baseres på selskapets åpningsbalanse. Følgelig kunne skattyter i BFU 73/02 få rett til godtgjørelsesfradrag, da utdelingen var "lovlig utdelt fra selskapet", jf. daværende skattelov § 10-12. Skattedirektoratet la, ifølge innsender, vekt på at reelle hensyn tilsa at man kunne foreta kapitalnedsettelse på grunnlag av åpningsbalansen, da hensynet til selskapets kreditorer ville bli ivaretatt. Videre vektla direktoratet at åpningsbalansen var satt opp i samsvar med regnskapslovens regler og var bekreftet av revisor. I uttalelsen fremgår det ikke om det ble foretatt merutdelinger utover aksjekapitalnedsettelsesbeløpet.

Synspunktet i BFU 73/02 er fulgt opp i BFU 48/03, der direktoratet kom til at vedtak om lovlig fisjon kan fattes på bakgrunn av åpningsbalanse i et nystiftet selskap.

Etter innsenders syn må rettsoppfatningen som er lagt til grunn i BFU 73/02 og som er fulgt opp i BFU 48/03, gjelde tilsvarende i denne saken med fisjon til bestående selskap. Dette innebærer etter innsenders syn at utdeling av både aksjekapital og annen egenkapital er lovlig etter aksjelovens regler når det er dekning etter åpningsbalansen. Det er de samme reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Også når et bestående selskap som er overtakende selskap i fisjon foretar en etterfølgende kapitalnedsettelse, vil hensynet til kreditorene bli ivaretatt ved at beslutningen om kapitalnedsettelsen kunngjøres av Foretaksregisteret i henhold til aksjeloven § 12-6. Uavhengig av om overtakende selskap er et nystiftet eller et bestående selskap, må det utarbeides åpningsbalanser i henhold til regnskapslovens bestemmelser, som i begge tilfeller må bekreftes av revisor.

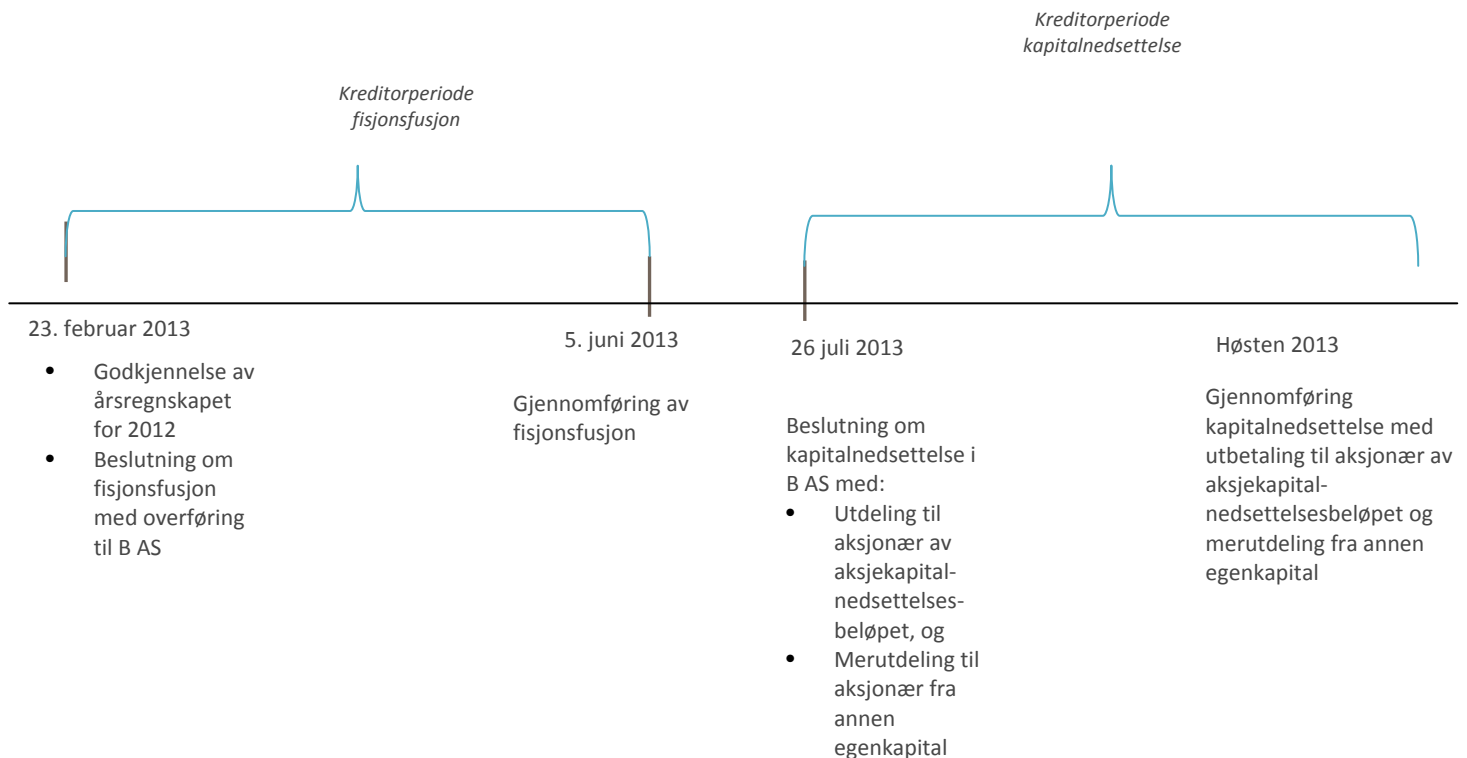
I lys av Skattedirektoratets doms kommentar til Rt. 2011 side 1473 - Einar Rasmussen Investdommen (som gjaldt spørsmål om man kan hensynta kapitalforhøyelser som er foretatt etter avslutningen av regnskapsåret ved anvendelsen av aksjeloven § 8-1 annet ledd), har seksjonssjef Heide Lindsjørn ved Skattedirektoratet kommet med enkelte presiseringer i Revisjon og regnskap nr. 7 for 2012. Om kapitalnedsettelse og tolkningen av aksjeloven § 12-2 uttales det blant annet:

"Etter Skattedirektoratets syn innebærer gjeldende praksis at det ved vurderingen etter aksjeloven § 12-2 i forbindelse med kapitalnedsettelse og fisjoner som hovedregel også kan tas hensyn til for eksempel omdisponering av selskapets aksjekapital. Skattedirektoratet legger til grunn at verken Einar Rasmussen Invest-dommen eller doms kommentar innebærer noen endring eller innskrenkning av den eksisterende praksisen."

Innsender er enig i Skattedirektoratets forståelse av at Einar Rasmussen Invest-dommen ikke innebærer endring eller innskrenkning av praksis som er kommet til uttrykk i BFU 73/02 og BFU 48/03. Videre er innsender av det syn at direktoratets uttalelser i Revisjon og regnskap støtter deres forståelse om at man ved kapitalnedsettelse generelt kan ta hensyn til kapital tilført etter balansedagen for siste årsregnskap.

Basert på det ovenstående er innsender av den oppfatning at en utdeling av både aksjekapital og annen egenkapital fra B AS i 2013 vil anses som lovlig utdeling fra selskapet, selv om kapitalnedsettelsen baseres på åpningsbalansen ved fisjonen tidligere på året.

Innsender har satt opp følgende tidslinje:



Som det fremgår av tidslinjen er det bare aktuelt å fatte ett vedtak om kapitalnedsettelse i B AS. Etter dette vedtaket skal hele nedsettelsesbeløpet deles ut til aksjonæren sammen med en merutdeling til aksjonæren som tas fra selskapets annen egenkapital. Det er lagt opp til at vedtaket vil bli fattet av generalforsamlingen i B AS relativt kort tid etter fisjonsfusjonens gjennomføring, på tidslinjen angitt som juni/juli 2013.

Aksjekapitalen som deles ut ved kapitalnedsettelsens gjennomføring vil bestå av tidligere skattemessig innbetalt kapital. Aksjekapitalutdelingen vil således ikke bli klassifisert som skattemessig utbytte.

Etter fisjonsfusjonens gjennomføring vil B AS' annen egenkapital bestå av dels skattemessig innbetalt kapital og dels skattemessig opptjent inntekt. I samsvar med praksis og administrative uttalelser legges det til grunn at merutdelingen fra annen egenkapital som foretas ved kapitalnedsettelsens gjennomføring, etter skattyters valg først skal anses tatt fra den skattemessig innbetalte kapitalen som ligger på denne egenkapitalposten. Men avhengig av merutdelingens størrelse kan også deler av merutdelingsbeløpet bli ansett å bestå av skattemessig opptjent inntekt, og således bli klassifisert som skattemessig utbytte.

Både aksjekapitalnedsettelsen og merutdelingen fra annen egenkapital reguleres, ifølge innsender, av aksjeloven § 12-2 annet ledd. Etter innsenders forståelse kan man basere seg på aksjekapitalen og annen egenkapital som fremgår av åpningsbalansen for B AS ved

fisjonsfusjonen ved beregningen av om det er dekning for kapitalnedsettelsen og merutdelingen etter aksjeloven § 12-2 annet ledd.

Den skattemessige problemstillingen og avsluttende merknader

Med henvisning til gjennomgangen ovenfor anmoder innsender om en bindende forhåndsuttalelse der det tas stilling til hvorvidt skattyter vil ha krav på skjermingsfradrag for den delen av utdelingen som eventuelt klassifiseres som utbytte.

Skattedirektoratets vurderinger

Problemstilling og avgrensninger

Skattedirektoratet skal på bakgrunn av innsenders beskrivelse av faktum, og de forutsetninger som tas, i det følgende ta stilling til om skattyter er berettiget til skjermingsfradrag ved utdeling av utbytte på grunnlag av en fusjonsbalanse, jf. skatteloven § 10-12.

Det gjøres for ordens skyld oppmerksom på at det ikke tas stilling til eventuelle andre skattespørsmål eller problemstillinger som måtte oppstå ved de skisserte transaksjoner ut over de spørsmål som er drøftet i det følgende. Skattedirektoratet forutsetter at premissene og faktum som er tatt inn overfor er fullstendige i forhold til de spørsmål som drøftes.

Skattedirektoratet tar ikke stilling til den skisserte fisjonsfusjonen, men forutsetter at den gjennomføres i henhold til skatteloven § 11-1 flg. med kontinuitet på aksjonær og selskapsnivå.

Faktum

Innsender opplyser at det skal gjennomføres en fisjonsfusjon av Invest AS med B AS og øvrige aksjonærer som overtagende selskaper med 50 % hver. Fisjonsfusjonen skal etter det opplyste gjennomføres som en kontinuitetstransaksjon etter skatteloven § 11-2 flg. I forbindelse med denne fisjonsfusjonen vil det i B AS bli utarbeidet en åpningsbalanse. Basert på denne fusjonsbalansen skal det gjennomføres en kapitalnedsettelse med utdeling til aksjonærene etter aksjeloven § 12-1 første ledd punkt 2. Vi forstår innsender slik at det som deles ut ved kapitalnedsettelsen dels er innbetalt og dels opptjent kapital.

I forbindelse med kapitalnedsettelsen skal det imidlertid også gjennomføres en merutdeling fra annen egenkapital.

Innsender reiser spørsmålet om skattyter er berettiget til skjermingsfradrag etter skatteloven § 10-12 for den del av disse utdelingene som anses som utbytte. Direktoratet tar i denne forbindelse ikke stilling til størrelsen på hva som anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital og hva som skal anses som utbytte.

Innsender hevder at både kapitalnedsettelsen og merutdelingen fra annen egenkapital reguleres av aksjeloven § 12-2 annet ledd.

Rettskilder og subsumsjon

For at skattyter skal være berettiget til skjermingsfradrag etter skatteloven § 10-12 er det et krav etter bestemmelsens første ledd annet punktum at utbyttet er lovlig utdelt fra selskapet.

Aksjeloven § 12-2 annet ledd lyder:

(2) Beslutning som nevnt i § 12-1 første ledd nr 2 eller 3 kan ikke gjelde større beløp enn at det etter nedsettingen er full dekning for den gjenværende aksjekapitalen og selskapets bundne egenkapital etter § 8-1 første ledd. Ved beregningen av beløpet skal balansen for siste regnskapsår legges til grunn. Før det er fastsatt balanse for siste regnskapsår skal beregningen skje på grunnlag av en mellombalanse, som er utarbeidet og revidert etter reglene for årsregnskap, og med en balansedag som ikke ligger lenger tilbake i tid enn seks måneder før dagen for generalforsamlingens beslutning. I samsvar med forsiktig og god forretningsskikk skal det likevel tas tilbørlig hensyn til hendelser som måtte være inntruffet etter balansedagen og tap som må forventes å ville inntreffe. Revisor skal bekrefte at det etter nedsettingen vil være full dekning for selskapets bundne egenkapital.

Aksjeloven § 12-2 annet ledd regulerer således grunnlaget for en kapitalnedsettelse etter aksjeloven § 12-1 første ledd nr. 2 og 3.

Som det fremgår av lovtekst kan kapitalnedsettelse baseres på en revidert mellombalanse, som etter det opplyste i denne saken vil være en revidert fusjonsbalanse. Det er imidlertid bare åpnet for å benytte en slik mellombalanse så lenge det ikke er fastsatt balanse for siste regnskapsår. En mellombalanse kan således bare benyttes ved en kapitalnedsettelse i sperreperioden, dvs. i perioden fra årsskiftet og frem til godkjenning av nytt årsregnskap på ordinær generalforsamling.

I de bindende forhåndsuttalelsene som innsender har vist til, BFU 73/02 og 48/03, forelå det ikke fastsatt balanse for siste regnskapsår.

I foreliggende sak er det imidlertid opplyst at det foreligger en fastsatt balanse for siste regnskapsår, godkjent på ordinær generalforsamling 23.2.2013. Den del av kapitalnedsettelsen etter aksjeloven § 12-2 annet ledd, basert på fusjonsbalansen, som skal anses som utbytte, vil da ikke være "lovlig utdelt", og skattyter får ikke skjermingsfradrag for denne delen av utdelingen, jf. skatteloven § 10-12.

Utdelingen som skriver seg fra annen egenkapital inngår, etter det opplyste, ikke i kapitalnedsettelsen, og faller derfor utenfor aksjeloven § 12-2 annet ledd.

Slike utbytteutdelinger er regulert i aksjeloven § 8-1 som lyder:

1) Som utbytte kan bare deles ut årsresultat etter det godkjente resultatregnskapet for siste [gN19970613z2D44z2E1313](#) regnskapsår og annen egenkapital etter fradrag for

1. udekket underskudd;

2. balanseført forskning og utvikling, goodwill og netto utsatt skattefordel;

3. den samlede pålydende verdi av egne aksjer som selskapet har ervervet til eie eller pant i tidligere regnskapsår, og kreditt og sikkerhetsstillelse etter §§ 8-7 til 8-9 som etter disse bestemmelsene skal ligge innenfor rammen av fri egenkapital;

4. den del av årsoverskuddet som etter lov eller vedtekter skal avsettes til et bundet fond eller ikke kan utdeles som utbytte.

(2) Selskapet kan ikke utdele utbytte dersom egenkapitalen etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen, uten å følge en fremgangsmåte som fastsatt i §§ 12-4 og 12-6 for nedsetting av aksjekapitalen.

(3) Egenkapital som kan utdeles som utbytte etter første og annet ledd uten å følge fremgangsmåten etter §§ 12-4 og 12-6, regnes som selskapets frie egenkapital.

(4) Det kan ikke i noe tilfelle besluttes utdelt mer enn forenlig med forsiktig og god forretningsskikk, under tilbørlig hensyn til tap som måtte være inntruffet etter balansedagen, eller som må forventes å ville inntreffe.

(5) Ved beregningen av fri egenkapital kommer kreditt til en aksjeeier ikke til fradrag etter første ledd nr 3 i den grad kreditten avvikles ved at det foretas en avregning i utbyttet.

Utdeling av utbytte fra annen egenkapital har da som utgangspunkt; *det godkjente resultatregnskapet for siste [gN19970613z2D44z2E1313](#) regnskapsår*. Det vil i denne saken si årsregnskapet til B AS pr. 31.12.2012, som etter det opplyste ble vedtatt 23.2.2013. Aksjeloven § 8-1 åpner ikke, etter det Skattedirektoratet kan se, for at mellombalanse kan legges til grunn for utbytteutdeling.

Innsender har vist til tidligere avgitte bindende forhåndsuttalelser til støtte for sitt standpunkt om at utdelingen kan baseres på åpningsbalansen, herunder BFU 73/02 og 48/03. I begge disse uttalelsene dreide det seg om kapitalnedsettelse etter aksjeloven § 12-2 annet ledd. Kommentaren til seksjonssjef Heide Lindsjörn i Revisjon og Regnskap nr. 7 for 2012 gjelder også kapitalnedsettelse etter denne bestemmelsen. Uttalelsene har derfor ikke direkte betydning for denne saken som gjelder utdeling fra annen egenkapital etter aksjeloven § 8-1.

Om det kan trekkes paralleller fra utdelinger etter aksjeloven § 12-2 annet ledd til aksjeloven § 8-1 vedrørende grunnlaget for beregningen av hva som kan anses som lovlig utdelt, er omtalt av Høyesterett i dom av 16.11.2011 (Utv. 2011 s. 1503). I den saken var det gjennomført kapitalforhøyelse etter at resultatregnskapet for siste [gN19970613z2D44z2E1313](#) regnskapsår var godkjent. Spørsmålet var om en utdeling av utbytte etter aksjeloven § 8-1 kunne ta utgangspunkt i balansen etter denne kapitalforhøyelsen i stedet for siste godkjente resultatregnskap. Høyesterett konkluderte med at aksjeloven § 8-1 annet ledd måtte leses i sammenheng med første ledd, med den følge at kapitalforhøyelser etter avslutningen av regnskapsåret ikke kunne regnes med.

I boka "Bedrift, selskap og skatt av BÅHR (Zimmer red) 5. utgave s. 381 fremgår det:

"I forbindelse med en kapitalnedsettelse kan det foretas utbetalinger i større utstrekning enn det aksjekapitalen reduseres med, jf. asl./asal. § 12-1, 3. ledd. Utbetalinger utover nedsettelsen av aksjekapitalen må i utgangspunktet ligge innenfor det selskapet kan dele ut som utbytte, jf. asl./asal. § 8-1, 1. ledd. Har selskapet overkursfond, kan imidlertid eventuelle merutbetalinger belastes overkursfondet, jf. asl./asal. § 3-2, 2. ledd nr. 4. Det er opp til generalforsamlingen å avgjøre i hvilken grad slike merutbetalinger skal belastes overkursfondet eller annen egenkapital – i den grad selskapet har mulighet til å velge."

Innsender har opplyst at selskapet B AS ikke har grunnlag i siste godkjente årsregnskap til å foreta den planlagte utdelingen fra annen egenkapital. Skattedirektoratet har på bakgrunn av

det som er sagt over kommet til at utdelingen fra annen egenkapital fra B AS ikke kan anses "lovlig utdelt", og at aksjonæren ikke får skjermingsfradrag for utdelingen som må anses som ulovlig utbytte etter skatteloven § 10-12.

Vi gjør for ordens skyld oppmerksom på at Justisdepartementet i Prop. 111 L. (2012-2013) har følgende forslag til ny bestemmelse i aksjeloven § 8-2 a:

§ 8-2 a Utbytteutdeling på grunnlag av en mellombalanse

(1) Selskapet kan dele ut ekstraordinært utbytte på grunnlag av en mellombalanse som er utarbeidet og revidert etter reglene for årsregnskap og godkjent av generalforsamlingen. Balansedagen kan ikke ligge lenger tilbake i tid enn seks måneder før dagen det treffes beslutning om ekstraordinært utbytte.

(2) Bestemmelsene i § 8-1 om hva som kan deles ut som utbytte, gjelder tilsvarende for utdeling av ekstraordinært utbytte.

(3) Beslutning om ekstraordinært utbytte treffes av generalforsamlingen. § 8-2 første ledd gjelder tilsvarende.

Konklusjon

Skattyter får ikke skjermingsfradrag for den del av kapitalnedsettelsen etter aksjeloven § 12-2 annet ledd som skal anses som utbytte, jf. skatteloven § 10-12.

Skattyter får ikke skjermingsfradrag for utdelingen av annen egenkapital fra B AS, jf. skatteloven § 10-12.