

SKATTEMESSIGE KONSEKVENSER AV KAPITALNEDSETTELSE I AKSJESELSKAP



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 733
Leveringsfrist: 25.04.10

Til sammen 17713 ord

23.04.2010 □

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oversikt over emnet og fremstillingen.....	1
1.2	Begreper som vil bli anvendt i den videre fremstilling.....	2
1.3	Nærmere om rettskildene	3
2	AKSJELOVENS REGLER OM KAPITALNEDSETTELSE	4
2.1	Utdeling av selskapskapitalen.....	4
2.2	Skatterettslig, selskapsrettslig og regnskapsrettslig egenkapitalbegreper	4
2.3	De lovbestemte formål med kapitalnedsettelse – grunnvilkår for kapitalnedsettelse.....	5
2.3.1	Vilkår for utdeling der nedsettelsesbeløpet skal brukes til utbetaling til aksjonær	7
2.4	Formelle krav til beslutning om kapitalnedsettelse	8
3	GENERELT OM SKATTEMESSIGE KONSEKVENSER AV KAPITALNEDSETTELSE	9
4	SKATTEMESSIGE KONSEKVENSER VED UTDELING TIL PERSONLIGE AKSJONÆRER.....	10
4.1	Introduksjon	10
4.2	Skattemessige konsekvenser ved nedsettelse av aksjenes pålydende – utdelingen anses som utbytte 11	
4.2.1	Utbyttebegrepet	11
4.2.2	Innbetalt aksjekapital og overkurs	12
4.2.2.1	Særlig om overkurs	14
4.2.2.2	Former for kapitalinnskudd og verdsettelse av innskuddet	15
4.2.2.3	Innbetalt aksjekapital refererer til den opprinnelig innbetalte kapital	18
4.2.2.4	Innbetalt aksjekapital er en individuell skatteposisjon	21

4.2.2.5	Avgrensning mot fondsemittert kapital	24
4.2.2.6	Dokumentasjon av innbetalt kapital	25
4.2.2.7	Hvem avgjør om utdelingen skal anses som utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital?	26
4.2.2.8	Andre former for kapitalinnskudd enn aksjekapital og overkurs	27
4.2.3	Ulovlig utbytte - lovlighetsvilkåret	33
4.2.3.1	Skattemessige konsekvenser ved overtredelse av lovlighetsvilkåret	34
4.2.4	Tidfesting av utbytte	36
4.3	Skattemessige konsekvenser ved innløsning av enkelt aksje – realisasjon	37
4.3.1	Realisasjonsbegrepet	37
4.3.2	Beregning av gevinst	42
4.3.3	FIFU-prinsippet	43
4.3.4	Tidfesting av aksjegevinst	43
4.4	Aksjonærmodellen	44
4.4.1	Introduksjon	44
4.4.2	Nærmere om rett til skjerming	44
5	SKATTEMESSIGE KONSEKVENSER DER AKSJONÆR ER SELSKAP ...	47
5.1	Introduksjon	47
5.2	Fritaksmetoden	47
5.2.1	Introduksjon	47
5.2.2	Skattesubjekt og skatteobjekt etter fritaksmetoden	48
5.3	Generelt om konsekvensene for utdelende selskap	50
5.4	Korreksjonsinntekt	51
5.5	Uttaksbeskatning	53
6	SKATTETILPASSING	54
6.1	Introduksjon	54
6.2	Ulovfestet gjennomskjæring	54

6.3	Splitt og spleis av aksjer	55
6.4	Skjevdeling av utbytte.....	59
7	LITTERATURLISTE	63

1 Innledning

1.1 Oversikt over emnet og fremstillingen

Denne fremstillingen vil gi en oversikt over skattemessige konsekvenser av kapitalnedsettelse med utdeling til aksjonær.

Nedsettelse av aksjekapital er regulert i aksjeloven (asl.)¹ kapittel 12 for aksjeselskap og allmennaksjeloven (asal.)² kapittel 12 for allmennaksjeselskap. Reglene i allmennaksjeloven vil ikke bli behandlet her. Avgrensningen har imidlertid liten betydning ettersom reglene i de to lovene er tilnærmet identiske. De skattemessige konsekvenser av kapitalnedsettelse reguleres i hovedsak av skatteloven (sktl.)³. I tillegg vil det bli henvist til rettspraksis, ligningspraksis og juridisk teori.

Kapitalnedsettelse kan gjennomføres enten ved nedsettelse av aksjenes pålydende eller ved innløsning av enkeltaksje. Begge fremgangsmåtene vil bli behandlet i denne fremstillingen.

Nedsettelsesbeløpet bare kan anvendes til visse lovbestemte formål. Denne fremstillingen vil ta for seg kapitalnedsettelse med utdeling til aksjonær etter asl. § 12-1 nr. 2. Slik utdeling omfatter både utdeling av utbytte og utdeling av vederlag for aksjene ved realisasjon. Selskapet kan i forbindelse med kapitalnedsettelse velge å betale ut enten hele eller deler av nedsettelsesbeløpet. Det kan også betales ut et større beløp enn nedsettelsesbeløpet. Denne fremstillingen vil ta for seg både det tilfellet det utdelingen er innenfor nedsettelsesbeløpet og utdelinger utover nedsettelsesbeløpet.

I denne fremstillingen vil det først gis en oversikt over de aksjerettslige reglene om kapitalnedsettelse. Deretter vil bli gjort rede for de skatterettslige konsekvensene der mottaker er personlig aksjonær, herunder reglene om utbytte og realisasjon, samt

¹ 1997 Lov om aksjeselskaper av 13. juni nr. 44

² 1997 Lov om allmennaksjeselskaper av 13. juni nr. 45

³ 1999 Lov om skatt av formue og inntekt av 26. mars nr. 14

aksjonærmodellen. Videre vil det bli gjort rede for de skatterettslige konsekvenser der mottaler er selskapsaksjonær, herunder fritaksmetoden. Deretter vil konsekvensene for det utdelende selskap bli behandlet, om enn ikke i samme detalj. Avslutningsvis vil noen særlige problemstillinger som reiser seg i forbindelse med skattetilpassing bli behandlet.

Oppgaven vil ikke ta for seg de regnskapsrettslige reglene på området og disse reglene vil bare bli berørt i den grad det er nødvendig for å fremstille de skatterettslige reglene. Videre vil ikke reglene om kapitalnedsettelse ved fisjon bli behandlet.

1.2 Begreper som vil bli anvendt i den videre fremstilling

Det er en del begreper som vil bli brukt i fremstillingen og som trenger en nærmere presisering.

Med kapitalnedsettelse menes nedsettelse av aksjekapitalen i aksjeselskap etter reglene i asl. kapittel 12. Med utdeling menes i denne fremstillingen utdeling etter asl. § 12-1 første ledd nr. 2. Slik utdeling vil både være utdeling av utbytte og utdeling av realisasjonsvederlag ved innløsning av aksjer. Med begrepet utbytte refereres det til det skatterettslige utbyttebegrepet, med mindre noe annet er presisert. Når begrepet realisasjon anvendes er det realisasjon av aksjer etter sktl. § 10-37 annet ledd jfr. sktl. § 9-2.

Skatteposisjonen innbetalt aksjekapital har stor betydning når en skal fastlegge de skattemessige konsekvenser av utdeling til aksjonær. Hva som ligger i dette begrepet vil derfor bli drøftet inngående i denne fremstillingen.

Skatteposisjonen har betydning både når kapitalnedsettelsen gjennomføres ved nedsettelse av aksjenes pålydende og ved innløsning av enkeltaksjer. Ved nedsettelse av aksjenes pålydende har skatteposisjonen betydning ettersom innbetalt aksjekapital ikke regnes som utbytte, jfr. sktl. § 10-11 annet ledd annet punktum. Ved realisasjon av aksje faller skatteposisjonen innbetalt aksjekapital knyttet til de innløste aksjer bort. Det følger av sktl. § 10-35 at tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital skal redusere aksjens inngangsverdi.

Ettersom det er differansen mellom inngangsverdi og realisasjonsvederlaget som utgjør gevinst eller tap, jfr. sktl. § 10-31 vil en reduksjon av inngangsverdi øke gevinsten eller redusere tapet tilsvarende de tilbakebetalte beløp.

Det går et skille mellom innbetalt og nominell aksjekapital. Innbetalt aksjekapital er den kapital som ble betalt inn ved selskapets stiftelse og ved senere kapitalforhøyelser. Når det vises til nominell kapital i denne fremstillingen referer dette til pålydende av selskapets aksjer på utdelingstidspunktet.

1.3 Nærmere om rettskildene

Når det gjelder rettskildene i skatteretten vil selvsagt den alminnelige rettskildelæren bli lagt til grunn. Det må likevel knyttes noen særlige kommentarer til bruken av kilder. Ligningspraksis spiller en stor praktisk rolle på skatterettens område. Det er imidlertid omdiskutert i juridisk teori hvor stor vekt domstolene skal legge på slik praksis.⁴ Det følger av alminnelig rettskildelære at Høyesterett ikke er bundet av uttalelsene. Til dette kreves en mer fast ligningspraksis.⁵ Høyesterettspraksis viser til enkeltstående uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet relativt hyppig og legger vekt på ligningspraksis som er varig og konsekvent.⁶

Når det i denne fremstillingen henvises til ligningspraksis og enkeltuttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet må det tas i betraktning at disse uttalelsene ikke uten videre gir uttrykk for gjeldende rett. I skatteretten er det imidlertid mange konflikter som ikke kommer til domstolene og i praksis vil rettsanvendere legge vekt både på uttalelser fra sentrale ligningsmyndigheter og på mer fastlagt og langvarig ligningspraksis.

⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 60

⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 60

⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 60

2 Aksjelovens regler om kapitalnedsettelse

2.1 Utdeling av selskapskapitalen

Aksjeselskaper skal ha en aksjekapital på minst 100 000 kroner, jfr. asl. § 3-1 første ledd. Aksjekapitalen finner en ved å gange aksjenes pålydende med totalt antall aksjer i selskapet. Selskapets eiendeler minus gjeld utgjør selskapets egenkapital. Selskapets egenkapital består av både fri og bunden egenkapital. Sammen med overkursfondet, fond for vurderingsforskjeller og fond for urealiserte gevinster utgjør aksjekapitalen selskapets bundne egenkapital, jfr. asl § § 3-1, 3-2, 3-3 og 3-3a.

Det er bare fri egenkapital som kan deles ut som utbytte etter asl. § 8-1 og som dermed utgjør selskapets utbyttegrunnlag. Selskapets frie egenkapital er selskapets årsresultat og annen egenkapital etter fradrag for visse poster, jfr. asl. § 8-1 første ledd nr 1 til 4. Selskapets årsresultat og annen egenkapital er ment som en henvisning til rskl. § 6-1a første ledd nr. 19 og annen egenkapital rskl. § 6-2 C II nr. 3.

I følge asl. 3-6 første ledd kan aksjeselskap bare foreta utdelinger til aksjonærene i form av utbytte, kapitalnedsettelse, fusjon, fisjon eller ved oppløsning av selskapet. Dersom selskapet ønsker å betale ut mer enn selskapets frie egenkapital må selskapet foreta en nedsettelse av aksjekapitalen, jfr. asl. § 8-1 tredje ledd. Dette gjelder uansett om utdelingen skal skje i form av utbytte eller gjennom en av de andre utdelingsformene. Tilsvarende må selskapet foreta kapitalnedsettelse for å foreta utdelinger dersom selskapets egenkapital etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesumen, jfr. asl § 8-1 annet ledd.

2.2 Skatterettslig, selskapsrettslig og regnskapsrettslig egenkapitalbegreper

Det kan være grunn til å nevne at egenkapitalbegrepene kan variere avhengig av om en befinner seg på selskapsrettens, skatterettens eller regnskapsrettens område. En presisering av begrepene er derfor nødvendig.

Selskapsrettslig skilles det som beskrevet ovenfor mellom bunden kapital og fri egenkapital. Skatterettslig må det skilles mellom innbetalt og opptjent egenkapital. Opptjent kapital er kapital som er generert ved virksomhetens egen drift, gjennom positive årsresultater. Slik kapital er som oftest klassifisert som fri egenkapital.⁷ Som det vil komme frem senere i fremstillingen vil skille mellom opptjent og innbetalt aksjekapital være avgjørende for den skattemessige behandlingen av en utdeling til aksjonær.

Regnskapsmessig skilles det mellom innskutt kapital og opptjent kapital, jfr. rskl. § 6-2 C nr. 2. Posten innskutt kapital i regnskapet er ikke nødvendigvis det samme som skattemessig innbetalt aksjekapital. Regnskapsmessig innskutt kapital kan bestå både av kapital som er skutt inn ved stiftelse og senere kapitalforhøyelser og fondsemittert kapital. Fondsemittert kapital kan bestå av fri egenkapital, fra overføringer fra overkursfondet og fra tidligere reservefond.⁸ Innskutt kapital kan således bestå både av det som skatterettslig vil klassifiseres som opptjent kapital og innbetalt kapital.⁹ Dette skillet er viktig å være klar over når en skal identifisere skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.

2.3 De lovbestemte formål med kapitalnedsettelse – grunnvilkår for kapitalnedsettelse

Kapitalnedsettelse innebærer at selskapets aksjekapital settes ned etter reglene i asl. kapittel 12. Dersom selskapet følger disse reglene kan aksjekapitalen settes ned til lovens minimum. Hvis selskapet samtidig tilføres ny kapital ved nytegning eller aksjekapitalen økes ved fondsemisjon, kan aksjekapitalen settes ned til null. Dette vil typisk være tilfellet der selskapets aksjekapital er tapt og det foretas en refinansiering.

⁷ Lønn, Revisjon og regnskap (2008)

⁸ Lignings ABC 2009/2010 punkt 3.4.8

⁹ Lønn, Revisjon og regnskap (2008)

Det er et grunnvilkår for kapitalnedsettelse at nedsettelsesbeløpet skal brukes til et av de formål som følger av asl. § 12-1 første ledd. Det følger av ordlyden og er også lagt til grunn i forarbeidene¹⁰ at angivelsen av formålene er utømmende.

I følge § 12-1 første ledd annet punktum nr. 1 kan nedsettelsesbeløpet anvendes til å dekke tap som ikke kan dekkes på annen måte. Selskapet har ikke plikt til å foreta nedsettelse av aksjekapitalen i et slikt tilfelle, men dersom selskapet taper egenkapital kan selskapet velge å foreta en kapitalnedsettelse for å oppfylle kravet til handleplikt etter asl. § 3-5.

Nedsettelsesbeløpet kan videre brukes til utdeling til aksjeeierne, jfr. § 12-1 første ledd annet punktum nr 2. Det er kapitalnedsettelse med slik utdeling som vil bli behandlet i denne fremstillingen. I motsetning til kapitalnedsettelse til dekning av tap vil en slik utdeling redusere selskapets egenkapital. En kapitalnedsettelse med utdeling kan være aktuelt dersom selskapet ønsker å betale ut mer enn selskapets frie egenkapital.

Det følger videre av § 12-1 første ledd annet punktum nr. 2 at nedsettelsesbeløpet kan brukes til sletting av selskapets egne aksjer og av nr. 3 at beløpet kan avsettes til fond som skal brukes etter generalforsamlingens beslutning. I den videre fremstilling vil bare reglene i tilknytning til kapitalnedsettelse med utdeling etter bestemmelsens første ledd nr. 2 bli behandlet.

Det skal i følge sktl. § 12-1 annet ledd fremgå hvilken fremgangsmåte som benyttes. Dersom kapitalnedsettelsen skjer ved nedsettelse av pålydende må dette skje med en lik nedskrivning på alle selskapets aksjer, jfr. asl. § 3-1 annet ledd annet punktum.

Det følger av sktl. § 12-1 tredje ledd at det i forbindelse med nedsettingen kan betales ut mer enn nedsettelsesbeløpet. Beløpet skal i så fall gå frem av generalforsamlingens beslutning. I den grad en slik utbetaling overstiger innbetalt aksjekapital vil en slik utdeling anses som utbytte og må således ikke overstige det som kan utbetales etter asl. § 8-1. Det

¹⁰ Ot.prp. nr 23 (1996-1997)

følger imidlertid av asl. § 3-2 annet ledd nr. 4 at dersom selskapet har overkursfond kan utdelingen foretas fra dette.¹¹

2.3.1 Vilkår for utdeling der nedsettelsesbeløpet skal brukes til utbetaling til aksjonær

Det er et vilkår for utdeling til aksjonærene at nedsettelsesbeløpet ikke gjelder ”større beløp enn at det etter nedsettingen er full dekning for den gjenværende aksjekapitalen og selskapets bundne egenkapital etter § 8-1 første ledd”, jfr. asl. § 12-2 annet ledd første punktum. Det må etter dette være regnskapsmessig dekning for at selskapet kan foreta utdeling. At det må være full dekning innebærer at selskapets ”netto eiendeler minst må tilsvare selskapets bundne egenkapital”¹². Dette innebærer nærmere at det etter utdelingen må være eiendeler i selskapet hvis verdi etter fradrag for eventuell gjeld tilsvarer selskapets aksjekapital og bundne egenkapital. Ved verdsettelsen er det eiendelenes balanseførte verdi som skal legges til grunn, jfr. asl. § 3-6 tredje ledd første punktum. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.¹³

Henvisningen til asl. § 8-1 er tatt med særlig for å få frem at kravet til egenkapital etter § 8-1 har betydning for vurderingen av bundet egenkapital også i forbindelse med kapitalnedsettelse.¹⁴ Dersom selskapet ønsker å foreta kapitalnedsettelse med utdeling må selskapet først dekke inn et eventuelt underskudd, jfr. § 8-1 første ledd nr. 1. Før en kapitalnedsettelse må det også være dekning for balanseført forskning og utvikling, goodwill og netto utsatt skattefordel, jfr. første ledd nr. 2. I tillegg må det etter første ledd nr. 3 gjøres fradrag for samlet pålydende av selskapets egne aksjer og for kreditt og sikkerhetsstillelse.

¹¹ Zimmer (2006) s. 417

¹² Ot.prp. nr 23 (1996-1997)

¹³ Ot.prp. nr 23 (1996-1997)

¹⁴ Ot.prp. nr 23 (1996-1997)

Vilkåret i asl. § 3-4 om at aksjeselskaper til enhver tid skal ha en aksjekapital som er forsvarlig ut fra virksomhetens risiko og omfang, jfr. asl. § 3-4 legger også en begrensning på hvor mye som kan deles ut ved nedsettelse av aksjekapitalen. Det følger også av asl. § 12-2 annet ledd fjerde punktum at det ved beslutningen skal praktiseres forsiktig og god forretningsskikk. Kravet innebærer at det skal tas hensyn til eventuelle tap som forventes eller har inntruffet. Det vil for eksempel kunne være uforsvarlig å sette ned aksjekapitalen til lovens minimum dersom selskapet har et erstatningskrav rettet mot seg. Det er antatt at selskapet også kan ta hensyn til forventede inntekter.

Ved beregningen av nedsettelsesbeløpet skal "balansen for siste regnskapsår" legges til grunn, jfr. § 12-2 annet ledd annet punktum. Beslutning om nedsettelse kan dermed ikke foretas før årsregnskapet er godkjent på ordinær generalforsamling. Generalforsamlingen skal godkjenne regnskapet innen seks måneder etter utgangen av regnskapsåret, jfr. asl. § 5-5. Beslutning om nedsettelse kan dermed ikke treffes før regnskapet er godkjent på ordinær generalforsamling det påfølgende år. Dersom det foreligger en mellombalanse som er utarbeidet og revidert etter reglene i rskl. § 3-1 og § 3-2 kan likevel denne legges til grunn, jfr. annet ledd tredje punktum.

2.4 Formelle krav til beslutning om kapitalnedsettelse

Beslutning om kapitalnedsettelse treffes av generalforsamlingen etter forslag fra styret, jfr. asl. § 12-1 første ledd første punktum og asl. § 12-3 første ledd første punktum. Det følger av ordlyden at styrets forslag er et vilkår. Det er også lagt til grunn i forarbeidene¹⁵. Styret skal fastsette en beløpsgrense og generalforsamlingen må holde seg innenfor denne grensen. Dersom grensen overskrides anses utbyttet for å være ulovlig.¹⁶

Beslutningen skal angi hva nedsettelsesbeløpet skal brukes til og angi hvordan nedsettelsen skal gjennomføres, jfr. § 12-1 annet ledd første og annet punktum. Dersom utdelingen er

¹⁵ NOU 1992:29 pkt 8.1

¹⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 534

større enn nedsettelsesbeløpet skal det fremgå av generalforsamlingens beslutning, jfr. bestemmelsens tredje ledd. Kapitalnedsettelse innebærer en vedtektsendring og beslutningen må treffes med 2/3 flertall, jfr. asl. § 5-18. Styrets forslag skal inneholde forslag til hvilke vedtektsendringer som er nødvendige. For at beslutningen ikke skal falle bort må den meldes til Foretaksregisteret innen to måneder etter beslutningen ble tatt, jfr. § asl. 12-4.

Ettersom nedsettelsesbeløpet skal deles ut til aksjeeierne må det utstedes kreditorvarsel etter reglene i asl. § 12-6. Så snart melding om kapitalnedsettelse er registrert i Foretaksregisteret skal Foretaksregisteret varsle selskapskreditorene om beslutningen og om at innsigelse må fremmes innen to måneder fra kunngjøring i Foretaksregisteret, jfr. § 12-6 nr 1. Beslutningen trer i kraft når 2 måneders fristen er utløpt og forholdet til kreditorer med eventuelle innsigelser er avklart, jfr. § 12-6 nr 3. Utdeling kan finne sted når beslutningen har trådt i kraft, jfr. § 12-6 nr 4.

3 Generelt om skattemessige konsekvenser av kapitalnedsettelse

De skattemessige konsekvenser av kapitalnedsettelse er avhengig av hvordan kapitalnedsettelsen gjennomføres selskapsrettslig. Det følger av forutsetningen i asl. § 12-1 annet ledd annet punktum at kapitalnedsettelse kan gjennomføres enten ved nedsettelse av aksjenes pålydende eller ved innløsning av enkeltaksje.

Dersom kapitalnedsettelsen gjennomføres ved nedsettelse av aksjenes pålydende vil en utdeling utover den innbetalte aksjekapitalen anses som utbytte jfr. sktl. § 10-11 annet ledd. Denne regelen gjelder i utgangspunktet både for selskapsaksjonærer og personlig aksjonærer. Ved innløsning av enkeltaksjer vil utdeling til aksjonærene anses som en realisasjon jfr. sktl. § 10-37 annet ledd. Dersom realisasjon av aksjen medfører gevinst for aksjonæren er den formelle hovedregel i sktl. § 10-31 første ledd at dette er skattepliktig

inntekt. Tap ved realisasjon kan føres til fradrag i aksjonærens inntekt, jfr. § 10-31 annet ledd. Også disse reglene gjelder uavhengig av om aksjonæren er person eller selskap.

Aksjonærmodellen innebærer imidlertid at personlige aksjonærer gis fradrag for skjerming i alminnelig inntekt for den del av utbytte og gevinst som overstiger avkastningen av en risikofri kapitalplassering, jfr. asl. § 10-12. For selskapsaksjonærer innebærer imidlertid fritaksmetoden at den reelle hovedregel er fritak for skatteplikt på gevinst og utbytte, jfr. sktl. § 2-38.

Ved stortingets skattevedtak er det fastsatt en skattesats på 28 % for aksjeselskaper for inntektsåret 2010, jfr. vedtakets § 3-3.¹⁷ Så lenge inntektene forblir i selskapet blir ikke inntektene beskattet med mer enn 28 %. Først dersom inntektene overføres til personlige aksjonærer utløses det en ekstra utbytte- eller utdelingsskatt på 28 %. Samlet skattesats for selskap og eiere kan dermed bli 48,16 %.¹⁸

4 Skattemessige konsekvenser ved utdeling til personlige aksjonærer

4.1 Introduksjon

For personlige aksjonærer gjelder som nevnt aksjonærmodellen etter sktl. § 10-12. Modellen gjelder både utbytte og gevinst og tap ved realisasjon av aksjer. I det følgende vil først reglene om utbytte bli behandlet før reglene om realisasjon vil bli behandlet. Deretter vil det bli gjort rede for aksjonærmodellen.

¹⁷ Se stortingets skattevedtak av 22.11.09 nr. 1289

¹⁸ Gjems-Onstad (2008) s. 455

4.2 Skattemessige konsekvenser ved nedsettelse av aksjenes pålydende – utdelingen anses som utbytte

Utbytte fra selskaper som omfattes av sktl. § 10-1 regnes som skattepliktig inntekt, jfr. sktl. § 10-11 første ledd. Skattelovens bestemmelser om utbyttebeskatning gjelder ”aksjonærer og deltaker i likestilt selskap og sammenslutning etter § 10-1, samt tilsvarende utenlandske selskaper”, jfr. sktl. § 10-10 første ledd. Reglene om utbyttebeskatning kommer dermed også til anvendelse dersom kapitalnedsettelsen foretas av utenlandsk selskap.

Utenlandsk aksjonær har ikke alminnelig skatteplikt til Norge, men aksjonæren må svare kildeskatt etter sktl. § 10-13 dersom han mottar utbytte fra norsk selskap. Kildeskatten er i følge Stortingets skattevedtak^{§ 3-5.3} 25 % av utbyttet. Dersom utbyttet er gjenstand for kildeskatt i utdelende selskaps hjemland vil aksjonæren kunne kreve fradrag for dette ved beskatning av utbyttet i Norge, jfr. sktl. § 16-20. For aksjonærer med aksjer i utenlandsk selskap som har filial i Norge vil utbytte fra filialen være skattepliktig etter sktl. § 2-3 første ledd litra b.

4.2.1 Utbyttebegrepet

Når en skal fastsette hvorvidt en utdeling skal anses som skattepliktig utbytte eller ikke er det nødvendig å ha klart for seg hva som ligger i det skatterettslige utbyttebegrepet. I følge hovedregelen om utbytte i sktl. § 10-11 første ledd regnes som utbytte:

”Enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær”.

Det er et således et grunnvilkår at det foreligger en ”vederlagsfri overføring av verdier”. Basert på ordlyden må overføring anses å gjelde enhver overføring av verdier. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.¹⁹ Begrepet omfatter alt som kan anses som en skattepliktig fordel slik som pengeytelser, naturalia, realaktiva, finansaktiva, immaterielle

¹⁹ Ot.prp. nr 86 (1997-98) note 852

eiendeler, bruksretter, tjenester samt overtakelse og ettergivelse av forpliktelser.²⁰

Formuleringen er tilsiktet omfattende. Formålet er at verdier som er dannet i selskapet skal skattlegges når de deles ut til aksjonærene, uavhengig av hvordan utdelingen skjer.²¹

Det er viktig å ha klart for seg om en har å gjøre med det selskapsrettslige eller det skatterettslige utbyttebegrep, ettersom begrepene ikke er fullt ut sammenfallende.²² Det skatterettslige utbyttebegrep er ansett for å være videre enn det selskapsrettslige.

Selskapsrettslig vil ikke en utdeling i forbindelse med kapitalnedsettelse anses som utbytte. Skatterettslig vil imidlertid en slik utdeling regnes som skattepliktig utbytte i den grad utdelingen overstiger innbetalt aksjekapital. Dersom en utdeling anses som utbytte både i skatterettslig og selskapsrettslig forstand må de selskapsrettslige regler i asl. § § 8-1 og 8-2 være oppfylt. I de ulike deler av skatteloven presumeres utbyttebegrepets innhold stort sett å være det samme.²³

4.2.2 Innbetalt aksjekapital og overkurs

I følge sktl. § 10-11 annet ledd annet punktum anses ”tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs,” ikke som utbytte. Slik kapital er dermed uttrykkelig unntatt fra utbyttebeskatning. Innbetalt aksjekapital og overkurs er den kapital som ble innbetalt ved stiftelse av selskapet og ved senere kapitalutvidelser.²⁴ Overkurs er det beløp som betales inn på aksjene utover aksjenes pålydende. At kapitalen skal være innbetalt innebærer at det må avgrenses mot kapital som er opptjent i selskapet. Et eksempel kan illustrere unntaksbestemmelsen.

Sett at Selskap X har en aksjonærer. Aksjonæren har betalt inn 200.000 i aksjekapital og 25.000 i overkurs ved selskapets stiftelse. Selskapet går med overskudd og opparbeider seg

²⁰ Ot.prp. nr 86 (1997-98) note 852

²¹ Zimmer (2006) s. 292

²² Gjems-Onstad (2008) s. 471

²³ Gjems-Onstad (2008) s. 471

²⁴ Zimmer (2006) s. 302

en opptjent egenkapital på 200.000. Total egenkapital er således 425.000. Selskap X foretar en nedsettelse av aksjekapitalen til 300.000 med en utdeling på 125.000 til aksjonæren. Det legges til grunn at selskapets egenkapital gir dekning for selskapets gjenværende aksjekapital og bundne egenkapital etter asl. § 12-2 annet ledd jfr. asl. § 8-1 første ledd. I dette tilfellet kan aksjonæren motta hele beløpet på 125.000 som skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs.

Det følger av ordlyden at unntaket omfatter innbetalt overkurs. I følge asl. § 3-2 skal aksjeselskap opprette et fond for overkurs ved aksjetegning. Overkursen inngår i selskapets bundne egenkapital. Fondet kan bare benyttes til utgifter ved kapitalforhøyelse, dekning av tap som ikke dekkes av annen egenkapital og til fondsemisjon, jfr. § 3-2 annet ledd. Ved anvendelse til andre formål må følge reglene for nedsettelse av aksjekapitalen i kapittel 12 følges. Det er lagt til grunn i forarbeidene at utdeling fra overkursfondet kan skje uavhengig av en kapitalnedsettelse så lenge fremgangsmåten i kapittel 12 er fulgt. Også Finansdepartementet har i uttalelse, inntatt i Utv. 1995 s.108 lagt til grunn at utdeling av overkurs kan tilbakebetales uten at det regnes som utbytte, uavhengig av om utbetalingen skjer i forbindelse med kapitalnedsettelse.

Hvorvidt utdelingen består av innbetalt aksjekapital eller nominell aksjekapital har etter dette betydning for den skattemessige behandlingen. Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital er bare tilbakebetaling av aksjonærens innskudd, mens utbytte er skattepliktig kapitalinntekt, med de unntak som følger av aksjonærmodellen og fritaksmetoden. Den prinsipielle begrunnelsen for unntaket er at utbytte er kapitalavkastning, mens utdeling av innbetalt aksjekapital ikke er det.²⁵ I følge uttalelse fra Finansdepartementet²⁶ er formålet med unntaket at innbetalt kapital ikke skal komme til beskatning når den tas ut av selskapet.

²⁵ Ot.prp. nr 86 (1997-98) note 853

²⁶ Utv. 1995 s. 468

Utdeling av innbetalt aksjekapital får etter dette ingen skattemessige konsekvenser på utdelingstidspunktet. Ved en senere realisasjon vil utbetalingen imidlertid få betydning. I følge sktl. § 10-35 skal en nedsettelse av aksjekapitalen ved minskning av aksjens pålydende og tilbakebetaling av aksjekapital eller overkursfond redusere aksjenes inngangsverdi.

Ordlyden kan tale for at inngangsverdien alltid skal reduseres med hele nedsettelsesbeløpet. Inngangsverdien skal imidlertid bare reduseres dersom det er innbetalt aksjekapital som er delt ut. Dersom beløpet som betales ut er innenfor nedsettelsesbeløpet og dersom hele utdelingen ikke består av innbetalt kapital må sktl. § 10-35 således tolkes innskrenkende.²⁷ Inngangsverdien skal reduseres fra det tidspunkt aksjekapitalen betales tilbake. Dersom selskapet ved kapitalnedsettelsen ikke foretar utbetaling forblir inngangsverdien uendret.

4.2.2.1 Særlig om overkurs

Enhver utdeling fra overkursfondet vil ikke anses som skattefri tilbakebetaling etter sktl. § 10-11 annet ledd. Det må her foretas en konkret vurdering av hvorvidt utdelingen stammer fra innbetalt overkurs eller opptjent kapital. Ved avviklingen av reservefondet ble en del av dette fondet overført til overkursfondet. Reservefondet kunne bestå av både innbetalt og opptjent kapital og overkursfondet vil således også kunne inneholde opptjent kapital. Utdeling av opptjent kapital vil være skattepliktig utbytte. Det er på denne bakgrunn viktig at selskapene og aksjonærene holder orden på andelen av innbetalt kapital i overkursfondet.

Når det gjelder hvorvidt utdeling fra overkursfondet skal anses å komme fra opptjent kapital eller innbetalt kapital har Finansdepartementet²⁸ antatt at det er opp til selskapet å velge om utdeling fra overkursfond skal regnes som tilbakebetaling av innbetalt overkurs eller opptjent kapital.

²⁷ Dette er lagt til grunn av Finansdepartementet i uttalelse inntatt i Utv. 1994 s. 1432 og følger videre av juridisk teori

²⁸ Utv. 2006 s. 752, Utv. 1999 s. 994b, Utv. 1997 s. 1080 og 1995 s. 108

4.2.2.2 Former for kapitalinnskudd og verdsettelse av innskuddet

Aksjekapital kan skytes inn i selskapet på ulike måter. Kontantinnskudd er den enkleste formen for kapitalinnskudd. Ved slike innskudd er det samsvar mellom formell kapitaløkning og innbetalt kapital²⁹. Tingsinnskudd reiser imidlertid særlige spørsmål når det gjelder verdsettelsen. Verdsettelsen har betydning ettersom det er avgjørende for hva som vil regnes som tilbakebetaling av aksjekapital og overkurs ved utdeling til aksjonær. Verdsettelsen har også betydning i forhold til gevinst og tapsberegning ved realisasjon, se nærmere under punkt 5.3.2. Hva som regnes som inngangsverdi på aksjen har nær sammenheng med hva som regnes som innbetalt aksjekapital. I et nystiftet selskap vil innbetalt aksjekapital og overkurs etter sktl. § 10-11 annet ledd som regel være samsvarende med aksjens inngangsverdi etter sktl. § 10-32.³⁰

Ved tingsinnskudd blir spørsmålet som nevnt hvordan disse innskuddene skal verdsettes. Utgangspunktet for verdsettelsen er innskuddets omsetningsverdi.³¹ Dette følger av asl. § 2-7 tredje punktum og asl. § 10-12 første ledd tredje punktum som bestemmer at innskuddet skal vurderes til virkelig verdi på dagen for åpningsbalansen eller tidspunktet for revisorbekreftelsen. Med virkelig verdi refereres det til rskl. § 4-1 og det såkalte transaksjonsprinsippet. Det er således den regnskapmessige behandlingen som er avgjørende for aksjeinnskuddets størrelse.

Uttalelse fra Finansdepartementet, inntatt i Utv. 2008 s. 701, gjaldt kapitalinnskudd ved overføring av aksjer fra selskap i samme konsern. Departementet legger til grunn at den regnskapmessige behandlingen er bestemmende for tingsinnskuddets størrelse. Finansdepartementet viser til departementets eget høringsnotat av 21. oktober 1998 hvor det uttales:

²⁹ Lønn, Revisjon og regnskap (2008)

³⁰ Almvik (2000) s. 192

³¹ Lignings ABC 2009/2010 punkt 8.4.1

”For aksjonærer som erverver aksjer i førstehåndsmarkedet, dvs. ved stiftelse eller kapitalutvidelse ved nytegning, vil innskuddet med beskattede midler tilsvare skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs som erverves på aksjene, men bare i den utstrekning de innskutte verdier avspeiler seg i nominell aksjekapital eller overkurs i selskapets balanse... Den regnskapsrettslige verdsettelse av innskuddet og det selskapsrettslige tegningsbeløp vil med andre ord utgjøre maksimum for hva som kan anses som innbetalt aksjekapital og overkurs på aksjene for vedkommende aksjonær”.

Med innskuddsbeløpet som føres opp i balansen siktes det til det selskapsrettslige innskuddsbeløp på innskuddstidspunktet.³² Innskuddsbeløpet utgjør en øvre grense selv om innskuddets virkelige verdi er høyere.³³

Et spørsmål som reiser seg er om verdien av innskuddet skal settes til verdien av settes til verdien av tingsinnskuddet etter verdien av de aksjer som ytes som motpost.

Rt. 1995 s 1674, Viking Supply Ships gjaldt fastsettelse av skatterettslig inngangsverdi på tingsinnskudd. Ti kommandittselskaper som hver eide ett supplyskip, ble samlet til ett selskap for å effektivisere driften. Sammenslåingen skjedde ved at kommandittselskapene overførte sine respektive skip med tilknyttet gjeld til driftsselskapet, Skips AS Excelsior, heretter kalt Excelsior. Dette utgjorde således kapitalinnskuddet. Nettoverdien av de skip som ble overført til Excelsior skulle gjøres opp ved utstedelse av aksjer, og i Excelsior ble omstruktureringen således gjennomført ved en kapitalutvidelse. Excelsior var på tidspunktet for Høyesteretts dom innfusjonert i Viking Supply Ships AS.

Spørsmålet i saken var om inngangsverdien skulle settes til verdien av skipene eller til verdien av de aksjer som ble utstedt som motpost til tingsinnskuddet. Høyesterett kom til at inngangsverdien skulle settes til verdien av de skip som ble overført til Excelsior.

Førstvoterende fremholder:

³² jfr. blant annet Rt. 1949 s. 296

³³ Lignings ABC 2009/2010 punkt 8.4.1

”Det som her er skjedd – fra selskapets synsvinkel – er en tilførsel av egenkapital. Det er foretatt et tingsinnskudd – skipsandeler er skutt inn. Egenkapitalen er ved dette styrket med verdien av skipsandelene fratrukket den påheftete gjeld. Motstykket er utstedelse av aksjer. Men aksjene – pålydende tillagt overkurs – innebærer ingen regulær gjeldsforpliktelse for selskapet. Ut fra et slikt utgangspunkt, synes det umiddelbart lite naturlig å fastsette inngangsverdien for de netto skipsandeler til verdien av det Excelsior yter i aksjer.”

Høyesterett viser til ligningspraksis³⁴ og teori. I følge Høyesterett foreligger ofte en avtale som angir verdien av innskuddsobjektet og som stort sett gir uttrykk for den reelle verdi, videre vil en verdsettelse av tingsinnskuddet ofte være enklere enn å slå fast aksjenes verdi. Disse reelle hensyn blir avgjørende for rettens konklusjon. Innskuddsobjektets omsetningsverdi setter imidlertid i følge Høyesterett en maksimumsbegrensning på verdsettelsen..

Dommen kan tas til inntekt for at innskuddsobjektets verdi er avgjørende. Praksis og teori er imidlertid ikke entydig og det må foretas en konkret vurdering.

Også dersom aksjekapital skytes inn i som ledd i omdannelse av personlig virksomhet til aksjeselskap etter sktl. § 10-20 er det innskuddet virkelige verdi som setter grensen for verdsettelsen, jfr. forskrift om utfylling og gjennomføring av skatteloven (fsfin)³⁵ § 11-20-3.

Fordring som tingsinnskudd reiser særlige problemer når det gjelder verdsettelse. Spørsmålet blir om innskuddet skal verdsettes til verdien av fordringen eller verdien av aksjene som utstedes.

³⁴ Utv. 1985 s. 565

³⁵ 1999 Forskrift om utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 9. november nr. 1158

Spørsmålet er berørt i Rt. 2001 s. 1444, Skøyen Næringspark. Saken gjaldt spørsmål om konvertering av fordring til aksjekapital var å anse som underhåndsakord etter den nå opphevede skattelov av 1911 § 53. Fordringens verdi var vesentlig høyere enn aksjenes verdi og aksjene ble således overtatt til vesentlig underpris. Konvertering av fordring til aksjekapital er i følge Høyesterett ordinært ikke å anse som gjeldsettergivelse. Spørsmålet retten tok stilling til var om dette stilte seg annerledes på bakgrunn av at aksjene ble konvertert til en verdi som lå betydelig under aksjenes omsetningsverdi. Høyesterett kom til at konverteringen ikke var gjeldsettergivelse. Retten la til grunn at ved verdsettelsen av kapitalinnskuddet må aksjenes pålydende/nominelle verdi legges til grunn. Tilsvarende er lagt til grunn av Finansdepartementet i uttalelse inntatt i Utv. 1995 s 1064

Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 2002 s 183, gjaldt forståelsen av en del av premissene i Skøyen Næringspark, nærmere bestemt dommens betydning ved gevinst- og tapsberegning ved konvertering av gjeld til aksjekapital. Finansdepartementet fastslår her at inngangsverdien på aksjene settes til verdien av aksjene på konverteringstidspunktet. Når det gjelder verdsettelsen av innbetalt aksjekapital ved konvertering av fordring uttalte Finansdepartementet at innbetalt aksjekapital normalt vil tilsvare den utgangsverdi som er lagt til grunn ved beskatningen av kreditor.

4.2.2.3 Innbetalt aksjekapital refererer til den opprinnelig innbetalte kapital

Et spørsmål som reiser seg er om skatteposisjonen innbetalt aksjekapital refererer til den opprinnelig innbetalte kapital eller til den kapital som er igjen på utdelingstidspunktet.

Det kan tenkes selskapet har foretatt kapitalnedsettelse til dekning av tap. Dersom selskapet senere har gjenvunnet kapitalen kan selskapet ønske å foreta en utdeling til aksjonærene.

Det er lagt til grunn i Rt. 1949 s. 296 at begrepet refererer til det opprinnelige innbetalte beløp, ikke beløpet som gjenstår etter eventuelle kapitalnedsettelse. Dommen gjaldt tilbakebetaling av tidligere nedsatt aksjekapital. Viriks Rederi A/S foretok nedsettelse av aksjekapitalen til dekning av underskuddssaldo. Femten år senere vedtok

generalforsamlingen forhøyelse av aksjekapitalen samtidig som det ble besluttet å foreta utdeling til aksjonærene.

Spørsmålet i saken var hvorvidt det hadde noen skattemessig betydning at tilbakebetalingen var foretatt på den del av aksjenes beløp som allerede mange år tidligere var bortskrevet, og ikke på den nominelle aksjekapitalen på utbetalingstiden. Staten hevdet at den nedskrevne kapital ikke kunne anses som innbetalt aksjekapital og at utdelingen måtte anses som utbytte. Viriks Rederi A/S hevdet at utdelingen var tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og således skattefri.

Høyesterett kom til at utdelingen ikke var utbytte og således ikke kunne inntektsbeskattes. Dommen ble avsagt med dissens, men resultatet er fulgt opp i senere avgjørelser og må anses som gjeldende rett. Avgjørende for sakens utfall var hvordan begrepet ”innbetalt aksjekapital” i den tidligere aksjeselskapsloven³⁶ i § 3 skulle tolkes. Når det gjelder forståelsen av uttrykket aksjekapital fremholder førstvoterende på vegne av flertallet:

“Det kan etter vanlig språkbruk bety så vel den aksjekapital som alt i alt er innbetalt, altså medregnet kapital som senere er bortskrevet uten tilbakebetaling på aksjene, som den nominelle, nedskrevne kapital så langt denne er innbetalt”.

Flertallet la til grunn førstnevnte alternativ. Denne forståelsen kan tas til inntekt for at dersom aksjekapitalen er nedskrevet som tapt kan selskapet dersom det senere går med overskudd foreta utdeling til aksjonær, og denne vil anses som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital i den grad beløpet er innenfor rammen av totalt innbetalt kapital.

Høyesterett utaler videre:

”Hva enten et beløp utbetales som oppgjør for en tilsvarende og samtidig gjennomført nedskrivning av aksjene eller som kompensasjon for en eldre nedskrivning som aksjonærene

³⁶ 1921 Lov om beskatning til staten av aksjeselskaper og aksjonærer av 13. juli

ikke har fått vederlag for, vil det etter mitt skjønn være riktig å betegne utbetalingen som en tilbakebetaling av innskutt kapital”.

I følge Høyesterett er praksis på tilsvarende områder dersom innskudd i en fellesforretning har vært tapt en tid på grunn av en konjunkturedgang har innskuddet ikke vært ansett for å være inntekt etter skatteloven. Når loven ikke gir uttrykk for noe annet mener førstvoterende, forutsatt at aksjonæren ikke tidligere har fått inntektsfradrag for tapet, at tilsvarende må gjelde ved tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. I følge høyesterett følger dette av definisjonen i den tidligere aksjeselskapsloven § 3 som i likhet med sktl. § 10-11 annet ledd omfatter overkurs.

Uttalelsene innebærer at det ikke er avgjørende om utdelingen foretas samtidig med kapitalnedsettelsen. Det vil være tilbakebetaling like fullt selv om kapitalnedsettelsen ble foretatt flere år før utbetalingen.

Dersom stiftelsesutgifter eller kapitalforhøyelsesutgifter har vært dekket gjennom overkursfondet reduserer ikke disse beløpet som kan utbetales til aksjonærene. Det er således den opprinnelige overkurs som kan tilbakebetales til aksjonærene. Dette følger av ordlyden i sktl. § 10-11, som ikke inneholder noen henvisning til avsatt overkursfond, men som viser til den opprinnelige innbetalte overkurs.³⁷ På denne bakgrunn fremholder Høyesterett i Rt. 1949 s. 296:

”Begrepet herunder overkurs kan ikke referere seg til annet enn det opprinnelige aksjeinnskudd, idet det er dette overkursen er knyttet til, og ikke til det senere nedskrevne aksjebeløp... Bestemmelsen om overkurs viser at også tilbakebetaling kan skje av beløp som ikke står på aksjekapitalens konto. Det kan derfor ikke være riktig når den ankende part har hevdet at en utbetaling ikke kan betraktes som tilbakebetaling når det ikke er regnskapsmessig sammenheng mellom utbetalingen og nedskrivningen.... Jeg finner også støtte for min oppfatning deri at den tilskrivning på aksjene som fant sted samtidig med at

³⁷ Gjems-Onstad (2008) s. 503

utbetalingen ble besluttet ikke er beskattet som inntekt, og at dette er i samsvar med fast praksis”.

Uttalelsene i Rt. 1949 s. 296 innebærer det at det ikke er nødvendig at det på utdelingstidspunktet selskapsrettslig finnes aksjekapital på selskapets konto som kan skrives ned. Resultatet fremstår som rimelig. For aksjonærene har det ingen betydning om deres innskudd har vært midlertidig tapt. De har tatt den samme risiko. Det kan virke lite rimelig at skatteplikten er avhengig av hvorvidt selskapet akkurat på utdelingstidspunktet har kapitalen på konto. På den annen side, som fremhevet av den dissenterende dommer i saken, burde det kanskje dersom det var lovgivers mening, vært fremhevet i lovteksten dersom meningen var at innbetalt kapital skulle referere til den opprinnelige kapital.

4.2.2.4 Innbetalt aksjekapital er en individuell skatteposisjon

Innbetalt aksjekapital og overkurs er en individuell skatteposisjon. Regelen er utviklet på bakgrunn av rettspraksis. Det er også lagt til grunn i forarbeidene,³⁸ ligningspraksis og juridisk teori. At aksjekapitalen er en individuell skatteposisjon innebærer at posisjonen følger den enkelte aksje. Skattefriheten gjelder således også kapitalen som er innbetalt av tidligere eier. Hva eier har betalt i annenhåndsmarkedet er uten betydning³⁹.

Det er særlig i Rt 1957 s. 1239 som har dannet premissene for regelen. Saken gjaldt utdeling av aksjekapital fra nedskrivingsfond. Utdelingen var innenfor rammen av tidligere nedsatt aksjekapital. Som følge av betydelige driftstap foretok A/S Vestfoss Cellulosefabrikk en nedsettelse av aksjekapitalen uten utdeling til aksjonærene. Som følge av ytterligere tap foretok selskapet en ny nedsettelse av kapitalen noen år senere. Samtidig ble det tegnet ny aksjekapital ved å konvertere fordringer til aksjer. Etter hvert som selskapet begynte å gå med overskudd ble det foretatt betydelige avsetninger til fond. Tyve

³⁸ Ot.prp nr 86 (1997-1998) note 853

³⁹ Lignings ABC 2009-2010 s. 45 punkt 8.1

år senere overførte selskapet et beløp tilsvarende de totale nedsettelsesbeløpene til et nedskrivingsfond. Året etter ble det utbetalt utbytte fra fondet.

Aksjonærene hevdet at utdelingen var skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital for alle aksjonærenes vedkommende etter tidligere aksjeselskapslov⁴⁰ § 3 annet ledd. Staten hevdet at utbetalingen i realiteten var utbytte etter § 3 første ledd. Subsidiært hevdet departementet at unntaket for innbetalt aksjekapital bare kunne gjelde for opprinnelige og ikke for nytegnede aksjer. Forståelsen av begrepet ”innbetalt aksjekapital” i § 3 annet ledd i den tidligere selskapsskattelov var sentral ved avgjørelsen av saken. Begrepet har samme betydning som i asl. § 10-11 annet ledd og dommen har således relevans ved tolkingen av denne bestemmelsen.

Høyesterett kom enstemmig til at unntaket i § 3 annet ledd bare kunne komme til anvendelse for aksjonærer som eiet de opprinnelige og nedskrevne aksjer. Høyesterett fremholdt:

”Bestemmelsen om at aksjonærer er fritatt for beskatningen ved tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, må da naturlig referere seg til den individuelle aksjonærs eller hans forgjengers aksjeinnskudd på de aksjer ligningen gjelder. Jeg forstår da loven på den måte at det må være riktig å skjelne mellom de aksjer som har vært nedskrevet og de hvor innskuddet er holdt uforandret. For den siste gruppes vedkommende vil utbetalingen måtte anses som et skattbart utbytte”.

I byrettens begrunnelse, som ble tiltrådt av Høyesterett uttalte retten:

”Retten er likeledes enig med saksøkte i at den som har innbetalt aksjekapital etter at nedskrivning har funnet sted, ikke kan komme i den situasjon at han får noe tilbake av den opprinnelige aksjekapital”.

⁴⁰ 1921 Lov om beskatning til staten av aksjeselskaper og aksjonærer av 13. juli

Uttalelsene innebærer at innbetalt aksjekapital og nedsettelse av aksjekapitalen refererer seg til den enkelte aksje slik at bare utdeling til aksjonærer som eide aksjer på tidspunktet for kapitalnedsettelsen vil anses som tilbakebetaling. De aksjonærer som har ervervet aksjer etter kapitalnedsettelsen kan ikke kreve utbetalt som skattefri tilbakebetaling noe av den aksjekapital som knytter seg til de opprinnelige aksjer.

Det følger av likhetsgrunnsetningen i asl. § 4-1 første ledd første punktum at utbetalinger til aksjonærer skal være like store per aksje. Innbetalt aksjekapital og dermed den skattemessige klassifiseringen på en utdeling fra selskapet kan likevel være forskjellig fra aksjonær til aksjonær. Dette kom også til uttrykk Rt. 1957 s. 1239. I byrettens begrunnelse uttalte førstvoterende:

”Det er naturligvis riktig, som fremholdt av saksøkerne, at lovkonsipistene i 1921 og 1926 har vært fullt på det rene med vår sivilretts alminnelige prinsipper for aksjeselskapenes vedkommende – således at alle aksjer i samme selskap er rettslig likestilt... men retten kan ikke anta at man herfra kan trekke noen bindende slutning om at alle aksjer i samme selskap i henhold til loven av 1921 under alle omstendigheter må bli å stille helt likt også i skatterettslig henseende”.

Aksjonærene har etter dette lik rett til utdelinger, men skattemessig kan aksjonærene komme ulikt ut avhengig av hvor stor del av utdelingen som er tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. Også denne uttalelsen viser at aksjekapitalinnskuddene følger den enkelte aksje. Dersom innbetalt aksjekapital og overkurs varierer mellom ulike aksjer i samme selskap kan dette føre til at noen aksjonærer betaler mer skatt enn andre selv om de har likt antall aksjer. En utdeling kan i sin helhet være tilbakebetaling av aksjekapital for noen aksjonærer, mens den i sin helhet beskattes som utbytte for andre aksjonærer. Likhetsprinsippet om at hver aksje skal gi like rettigheter er således ikke i strid med dette. Det må altså skilles mellom det selskapsrettslige likhetsprinsippet og den skattemessige behandling av utdelingen.

Uttalelsene i Rt. 1957 s. 1239 innebærer at det ikke skal foretas en sammenslåing av innbetalt aksjekapital på alle selskapets aksjer. Det fremstår som rimelig at aksjonærer som har ervervet sine aksjer etter en kapitalnedsettelse ikke skal oppnå skattefrihet som følge av innbetalt aksjekapital på aksjer tilhørende de aksjonærer som eide aksjene på innbetalingstidspunktet. En annen sak er at en slik regel kan være vanskelig å etterleve i praksis. Det kan være praktisk vanskelig å holde oversikt over hva som er innbetalt aksjekapital og overkurs og regelen oppfattes i økende grad som en urimelig teoretisk regel ettersom. Dette er særlig tilfellet for børsnoterte aksjer, men også for andre aksjer kan det være uforholdsmessig vanskelig å holde rede på hva som er innbetalt aksjekapital.⁴¹

Det fremstår som unødvendig å ha en slik formell regel dersom selskaper i praksis overser regelen. En mer anvendelig regel kunne ha vært at aksjonæren kunne slå sammen innbetalt aksjekapital på alle aksjene for så å fordele kapitalen likt på hver aksje. Dette kan imidlertid som nevnt gi urimelige resultater. Uavhengig av om regelen følges i praksis eller ikke må regelen likevel legges til grunn som gjeldende rett.

4.2.2.5 Avgrensning mot fondsemittert kapital

I følge sktl. § 10-11 fjerde ledd anses ikke fondsemittert kapital og tilskrivning på aksjer som innbetalt aksjekapital. Dette følger for så vidt av ordlyden ettersom slik kapital ikke er innbetalt. Fondsemittert kapital anses dermed i utgangspunktet som skattepliktig utbytte.

Dersom bundet egenkapital blir overført til fri egenkapital og deretter blir fondsemittert vil den likevel regnes som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital ved en etterfølgende nedsettelse av aksjekapitalen. Dette følger av uttalelse fra Finansdepartementet, inntatt i Utv 1997 s. 1080. Her legger departementet til grunn at utdeling av fondsemittert kapital faller utenfor utbytteregele i den grad kapitalen stammer fra innbetalt aksjekapital. Det er imidlertid en forutsetning at den innbetalte aksjekapital fremgår av regnskapet.

Departementet uttaler om dette:

⁴¹ Gjems-Onstad (2008) s. 505

”Det forutsettes at det klart fremgår av regnskapet hvor meget som til enhver tid er omdannet til aksjekapital. Det må videre fremgå hvor stor del av innbetalt overkurs som er tilbakebetalt ved kapitalnedsettelse”.

§ 10-11 femte ledd angir regler om rekkefølgen ved utdeling der det har forekommet fondsemisjoner og kapitalforhøyelser om hverandre. Ved nedsettelse av aksjekapitalen skal utdelingen ”avregnes mot den forhøyelse av kapitalen uten nytegning som er foretatt sist”. Bestemmelsen innebærer at dersom aksjekapitalen inneholder fondsemittert kapital skal enhver utbetaling anses å bestå av slik kapital. Utdelingen blir således skattepliktig så lenge det er fondsemittert kapital igjen i selskapet. Først når nedsettelsesbeløpet overstiger slik kapital kan utdelingen anses som skattefri utdeling av innbetalt aksjekapital.

For å forklare dette nærmere kan en endre litt på eksempelet om Selskap X ovenfor. Før kapitalnedsettelsen foretar Selskap X en kapitalforhøyelse på 100.000. Forhøyelsen gjennomføres ved en fondsemisjon. Ved en senere kapitalnedsettelse med utdeling må utdelingen først tas fra de 100.000. Dersom selskapet setter ned aksjekapitalen til 300.000 og deler ut 125.000 til aksjonæren vil 100.000 være fondsemittert kapital og således være skattepliktig, mens 25.000 vil være skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og overkurs.

4.2.2.6 Dokumentasjon av innbetalt kapital

Det er aksjonæren som må dokumentere overfor skattemyndighetene at utdelingen består av innbetalt aksjekapital. Dette er blant annet lagt til grunn i BFU 32/08 og BFU 35/08 der Dersom aksjonæren ikke skaffer tilfredsstillende dokumentasjon vil skattemyndighetene måtte legge til grunn at utdelingen skal beskattes som utbytte.⁴²

⁴² Lønn (2008) Revisjon og regnskap

Få poster i regnskapet inneholder direkte opplysninger om tidligere innbetalt overkurs.⁴³ Da aksjeloven av 1997 fjernet reservefondet ble en del av dette overført til overkursfondet. Ettersom reservefondet for en stor del inneholdt opptjent kapital vil således overkursfondet kunne bestå av opptjent kapital.⁴⁴ Sammenholdt med at ”innskutt egenkapital” etter rskl. § 6-2 C som nevnt ikke alltid korresponderer med skatterettslig innbetalt aksjekapital kan det være vanskelig å identifisere i regnskapet hva som er innbetalt overkurs.

Aksjonærregisteret inneholder blant annet informasjon om hvem som eier aksjen, om den er solgt, utbytte som er utbetalt, og innbetalt aksjekapital. Registeret brukes som grunnlag for Skatteetatens beskatning av aksjonærene.⁴⁵ Det er skatteposisjonen på aksjonærnivå som danner grunnlag for skatteplikten. Aksjonærregisteroppgaven inneholder imidlertid bare informasjon om innbetalt kapital på selskapsnivå⁴⁶. Dette kan skape dokumentasjonsproblemer ettersom innbetalt aksjekapital kan variere på aksjonærnivå og selskapsnivå.

4.2.2.7 Hvem avgjør om utdelingen skal anses som utbytte eller tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital?

Finansdepartementet har i flere uttalelse lagt til grunn at skattyter kan velge om han ønsker at utdelingen skal være fra innbetalt kapital eller opptjent kapital.⁴⁷ Uttalelse fra Finansdepartementet, inntatt i Utv.1995 s. 108, gjaldt spørsmålet om hvorvidt utdeling av overkurs kunne anses som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. Videre ble det reist spørsmål om hvilken del av et reservefond som skulle anses anvendt ved utdeling fra reservefond når dette består både av innbetalt overkurs og opptjent kapital i form av overskudd. I forbindelse med spørsmålet om hvilken del av reservefondet som skulle anses anvendt uttalte Finansdepartementet:

⁴³ Gjems-Onstad (2008) s. 504

⁴⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 50

⁴⁵ Lønn (2008) Revisjon og regnskap

⁴⁶ Lønn (2008) Revisjon og regnskap

⁴⁷ Utv. 2006 s 752, Utv. 1999 s 994, Utv. 1997 1080, Utv. 1995 s 108

”Så lenge aksjelovens regler om reservefondets størrelse m.v. er oppfylt, er det opp til selskapet å velge om utbetalingen fra reservefondet gjelder tilbakebetaling av innbetalt overkurs som faller utenfor utbyttreglene, eller om utbetalingen skriver seg fra ”regulære” reservefondsavsetninger og således skal følge utbyttreglene i selskapsskatteloven⁴⁸. Det forutsettes at innbetalt overkurs kan identifiseres i selskapets regnskaper, samt at det klart fremgår av regnskapet hvor meget som til enhver tid er tilbakebetalt av den innbetalte overkursen.”

Ettersom reglene om reservefond er opphevet må uttalelsen anses å gjelde utdeling fra overkursfond der dette består av både innbetalt og opptjent kapital.

I uttalelse inntatt i Utv. 2006 s. 752 legger Finansdepartementet til grunn at det ikke er grunnlag for å oppstille en regel om at opptjent kapital må betales ut før utdeling kan betraktes som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. Det vises til tidligere uttalelser fra departementet⁴⁹ hvor det samme er lagt til grunn. Det er imidlertid en forutsetning av innbetalt overkurs kan identifiseres i selskapets regnskap og at det klart fremgår av regnskapet hvor mye som til enhver tid er tilbakebetalt av den innbetalte overkurs.⁵⁰

4.2.2.8 Andre former for kapitalinnskudd enn aksjekapital og overkurs

Aksjonærer kan betale inn kapital i aksjeselskap på andre måter enn ordinær aksjekapital. Et spørsmål som reiser seg er om slike aksjonærtinskudd kan likestilles med innbetalt aksjekapital slik at også tilbakebetaling av slik kapital kan fritas fra utbyttebeskatning.⁵¹

I følge sktl. § 10-10 fjerde ledd likestilles andre former for innskuddskapital i selskap med aksjekapital. Avgjørende er om innskuddet kan anses som egenkapital. Dersom innskuddet

⁴⁸ 1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere av nr. 65

⁴⁹ Utv.1999 s 994, Utv. 1997 1080, Utv. 1995 s 108

⁵⁰ Utv. 1995 s. 108

⁵¹ Zimmer (2006) s. 302

har karakter både av egenkapital og gjeld, såkalt hybridkapital, oppstår det imidlertid spørsmål om slike tilskudd skal anses som gjeld eller egenkapitalinnskudd som kan likestilles med innbetalt aksjekapital.

Rt. 2001 s. 851, Preferansekapital-dommen, gjaldt hvorvidt preferansekapital, som ble tilført Dnb og Kredittkassen i forbindelse med bankkrisen på 80-tallet, da den ble tilført eller da den senere ble skrevet ned til null, var å anse som inntekt for bankene etter den tidligere skattelov ⁵² § 42 første ledd eller eventuelt om nedskrivningen skulle anses som gjeldsettergivelse etter samme lovs § 53. Vesentlig for avgjørelsen var preferansekapitalens rettslige karakter, ettersom en forutsetning for at bestemmelsene skulle komme til anvendelse var at avtalen om tilførselen av preferansekapitalen innebar et gjeldsforhold.

Høyesterett kom til at preferansekapitalen ikke var inntekt vunnet ved bankenes virksomhet verken da den ble tilført eller da den ble satt ned til null. Preferansekapitalen var således ikke skattepliktig inntekt for bankene etter den tidligere skattelov § 42. Innskuddet skulle således behandles på linje med innskutt aksjekapital og nedskrivning av kapitalen på samme måte som nedskrivning av aksjekapital. Ved vurderingen av hvorvidt preferansekapitalen kunne anses som egenkapital fremholdt førstvoterende:

”Når et kapitalinstrument har egenskaper som har trekk både fra gjeld og egenkapital, må det etter vanlig oppfatning finne sted en klassifisering på grunnlag av en samlet vurdering av de vesentlige trekk ved forholdet for å fastlegge om likheten er størst med gjeld eller egenkapital... Jeg legger særlig vekt på at lovgiver synes å ha forutsatt at det finnes egenkapitalinnskudd i bank som ikke er aksjekapital”.

Det følger av dommen at egenkapital kan skytes inn i selskapet på andre måter enn i form av aksjekapital og overkurs og at hybridkapital i visse tilfeller kan likestilles med egenkapital og således anses som innbetalt aksjekapital. Resultatet er i tråd med formålet for unntaksbestemmelsen. Det er etter min mening en fornuftig tolkning. I hvilken form

⁵² 1911 Lov om skatt av formue og inntekt av 18. august

aksjonæren har ytet innskuddet bør ikke ha noen betydning dersom det reelt sett er et aksjonærtinskudd.

Finansdepartementet har i uttalelse, inntatt i Utv. 1997 s. 895, lagt til grunn en lignende forståelse ved grensedragningen. I følge departementet kjennetegnes lån blant annet ved at det er inngått avtale om renter, tilbakebetalingsplan, tidspunkt for forfall og prioritet i forhold til annen gjeld. Egenkapital på den annen side, kjennetegnet ved egenkapital er at det er overskuddsavhengig avkastning, at den kan anvendes til dekning av løpende tap og at det er særskilte regler for tilbakebetaling. Uttalelsene er fulgt opp av skattedirektoratet i BFU 69/06 og 21/07. Det må etter dette være avgjørende hvilke egenskaper ved innskuddsobjektet som er mest fremtredende.

Rt. 1938 s. 825, Ringnes dommen, gjaldt en litt annen form for hybridkapital. I denne saken hadde aksjonærene ettergitt gjeld overfor selskapet. Spørsmålet var om ettergivelsen var en disposisjon som kunne likestilles med innbetaling av egenkapital og overkurs slik at utdeling kunne regnes som tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital etter sktl. § 10-11 annet ledd.

Interessentselskapet Ringnes Bryggeri ble omdannet til aksjeselskap i 1899. Ved omdannelsen ble kr. 2.000.000 av interessentselskapets verdier gjort om til aksjekapital, mens kr. 2.500.000 ble gjort om til lån. Senere ble kr. 1.000.000 av lånet ettergitt selskapet av selskapets aksjonærer. Gjeldsbrevene ble først overført til en særskilt konto for innleverte gjeldsbrev før beløpet senere ble overført til aksjekapitalen og til disposisjonsfond. Derfra ble et beløp på kr. 500.000 delt ut til aksjonærene.

Aksjonærene hevdet at utdelingene skulle anses som skattefrie tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. Høyesterett kom til at utdelingen måtte anses som utbytte. Førstvoterende fremholdt:

”Det er ganske visst så at de penger som Ringnes Bryggeri har utdelt skriver seg fra aksjeeierne selv... Det kan derfor ikke godt sies å foreligge utbetaling av regulært utbytte når et til disse verdier svarende beløp senere igjen utbetales til de samme aksjonærer. Men loven bestemmer ikke bare skatteplikt for regulært utbytte, men også for enhver utbetaling... som ikke består i tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, herunder overkurs”.

Høyesterett legger her til grunn en vid tolkning av utbyttebegrepet i sktl. § 10-11 annet ledd. Høyesterett uttaler videre at det er en forutsetning for at aksjeeierinnskuddet skal kunne likestilles med aksjekapital at det har en viss formell status. Denne forutsetningen var ikke oppfylt. Ettergivelse av gjeld kunne dermed ikke likestilles med innbetalt aksjekapital.

I tingrettsdom, inntatt i Utv. 2004 s. 36 ble preferansekapital ansett som gjeld ettersom kapitalinnskuddet hadde større likhet med gjeld enn med egenkapital. Retten la vekt på at det var begrensede organisatoriske rettigheter knyttet til preferanseaksjene, at det var knyttet en bestemt løpetid til innskuddet samt at det kunne kreves tilbakebetalt på kort varsel og til enhver tid. Det ble videre lagt vekt på at det var avtalt en bestemt avkastning på innskuddet og at det ikke kunne nedskrives mot løpende tap i selskapet. Innskuddets tapsabsorberende var dermed avgjørende i motsatt retning enn i Preferansekapitaldommen.

Det følger av drøftelsen at både rettspraksis, ligningspraksis og juridisk teori har lagt til grunn at såkalt hybridkapital vil kunne likestilles med innbetalt aksjekapital. Avgjørende er en konkret vurdering av innskuddets art.

Dersom aksjonærinnskudd anses som del av gjensidig bebyrdende avtale vil utdeling ikke anses som en vederlagsfri overføring etter sktl. § 10-11. Rt. 1989 s. 545 og Rt. 2002 s. 56 gjaldt grensedragningen mellom utbytte og gjensidig bebyrdende avtaler.

Rt. 1989 s. 545, Fylling-dommen gjaldt tilbakeskjøting av eiendom som aksjonær hadde overført til selskap til underpris noen år tidligere. Eiendommen ble noen år senere ført tilbake til selskapet til samme pris. Høyesterett kom til at overføringen av eiendommen til selskapet ikke var et aksjonærtilskudd som kunne likestilles med innbetalt aksjekapital. Forskjellen mellom salgsverdi og underpris ble skattlagt som utbytte.

I følge Høyesterett må selskap kunne inngå gjensidig bebyrdende avtaler. Det må imidlertid vises forsiktighet når kontrakten bærer preg av aksjonærens spesielle stilling i forhold til selskapet. I denne sammenheng fremholder Høyesterett:

”Det måtte i 1971 fremstille seg som tvilsomt om og eventuelt når tilbakeskjøting kunne skje. Alt dette gjør at det er naturlig å se på overføringen av eiendommen til selskapet som en investering i dette fra Fyllings side, og ikke som ledd i en vanlig gjensidig bebyrdende kontrakt”.

Det fremsto som tvilsomt om og eventuelt når tilbakeskjøting av eiendommen kunne skje og innskuddet ble dermed ansett som en investering i selskapet som etter Høyesteretts mening bør beskattes. Også i denne dommen legges det til grunn at aksjeinnskudd må ha en viss formell status for at de skal kunne likestilles med innbetalt aksjekapital og overkurs.

Resultatene i Fylling-dommen og Ringnes-dommen kan synes noe strengt. I begge sakene kan det være vanskelig å se forskjellen mellom aksjeeiertilskuddene i disse sakene og formell innskutt egenkapital og hvorfor dette skattemessig skal behandles ulikt. At formelle krav skal være avgjørende for den skattemessige behandlingen kan synes urimelig og vil kunne lede til lite rettferdige resultater. Det fremstår som mer rimelig å legge aksjeinnskuddets reelle karakter til grunn. Dette synspunkt kommer til uttrykk gjennom rettspraksis ettersom Høyesterett i senere avgjørelser ikke har lagt til grunn like strenge krav til formell status i senere avgjørelser.⁵³

⁵³ Jfr. blant annet Rt. 2002 s. 56

I Rt. 2002 s. 56, Lefdahl, gjaldt et lignende tilfelle. I denne saken hadde aksjonær overført aksjer i et eiendomsselskap til selskapet. I henhold til avtale kjøpte aksjonæren aksjene tilbake til samme pris. Her kom Høyesterett til motsatt resultat av Fylling-dommen. Overføringen til selskapet ble ansett som del av gjensidig bebyrdende avtale og tilbakeføringen til aksjonæren ble dermed ikke ansett som skattepliktig utbytte.

I denne saken stiller ikke Høyesterett like strenge krav til formalisering av innskuddet. Hvorvidt man anser Høyesterett for å ha fraveket resultatet i Fylling-dommen, eller om det er foretatt en innskrenkende tolkning av resultatet er en smakssak og i teorien er det argumentert for begge deler.

Det har også vært trukket opp en grense i rettspraksis og ligningspraksis mellom betingede og ubetingede aksjeeiertilskudd. Betinget aksjeeiertilskudd innebærer en forutsetning om at innskuddet skal tilbakebetales. Det vil således være en form for gjeldsforpliktelse. Spørsmålet som reiser seg er om begge former for tilskudd kan likestilles med innbetalt aksjekapital.

Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 1995 s 468, gjaldt tilbakebetaling av betinget aksjeeiertilskudd fra svensk selskap til norsk aksjonær. I følge departementet er utgangspunktet at både tilbakebetaling av betinget og ubetinget aksjonært tilskudd regnes som utbytte. Avgjørende er om selskapet på innbetalingstidspunktet har en forpliktelse til å betale innskuddet tilbake. Dette vil i følge departementet bero på en konkret vurdering. Betingede aksjonært tilskudd faller etter dette ikke uten videre utenfor det skatterettslige utbyttebegrepet. Når det gjelder utbetalinger fra norske selskaper har rettspraksis i følge departementet vært tilbakeholdne med å anse slik utbetaling som tilbaketalings selv om de dekkes av tidligere uformelle aksjonært tilskudd.

Departementet legger til grunn, i samsvar med rettspraksis, at eierkapitalen må ha en viss formell status for at unntaket i sktl. § 10-11 annet ledd skal komme til anvendelse. Begrepet innbetalt aksjekapital og overkurs må i følge departementet tolkes i lys av de

selskapsrettslige regler i selskapets hjemland, men uansett begrenset til det som behandles som formell eierkapital i vedkommende land.⁵⁴ Finansdepartementet kom likevel i denne saken til at utbetalingen måtte behandles som slik tilbakebetaling. Begrunnelsen var at det ikke var et uformelt aksjonærtilskudd etter svenske regler, tilskuddet ble behandlet som egenkapital i selskapets balanse og i forhold til selskapets kreditorer, samt at det fremgikk av balansen at utbetalingen skrev seg fra dette ubetingede tilskuddet og ikke fra selskapets øvrige midler.⁵⁵

I 1994-612-614SFS⁵⁶ og 1996-603-604SFS⁵⁷ gjaldt innskudd i utenlandske datterselskap. I begge sakene kom Sentralskattekontoret for storbedrifter (SFS) til at innskuddene kunne anses som innbetalt aksjekapital. Bakgrunnen var at innskuddene oppfylte de formelle minimumskrav slått fast av Finansdepartementet, blant annet at innskuddet etter utenlandsk rett hadde status som formelt kapitalinnskudd samt at det var ført opp som aksjekapital det tyske selskapets balanse og innskuddet ble ansett som likestilt med innbetalt aksjekapital.⁵⁸

Drøftelsen har vist at både betingede og ubetingede innskudd vil kunne likestilles med innbetalt aksjekapital. Avgjørende er en konkret vurdering. Det må videre antas at det er visse krav til formalisering.

4.2.3 Ulovlig utbytte - lovlighetsvilkåret

Det følger av forarbeidene at ”ulovlig utbytte er utbytte som ikke er vedtatt på den måten aksjeloven foreskriver, eller som på annen måte er i strid med bestemmelsene i aksjeloven”⁵⁹.

⁵⁴ Almvik (2000) s 172

⁵⁵ Almvik (2000) s 172

⁵⁶ Almvik (2000) s. 175

⁵⁷ Almvik (2000) s. 175

⁵⁸ Almvik (2000) s. 175

⁵⁹ Ot.prp. nr 35 (1990-1991) pkt. 18.4.8

Den tidligere selskapsskattelov og den tidligere aksjeskattelov inneholdt et lignende lovlighetsvilkår. Det følger av forarbeidene at departementet ville videreføre lovlighetskravet fra de tidligere lover da de innførte fritaksmetoden og aksjonærmodellen⁶⁰. Eldre rettspraksis vil således være relevant når en skal fastlegge lovlighetsvilkårets innhold.

Det skatterettslige utbyttebegrep omfatter både lovlige og ulovlige utdelinger. Det følger av forarbeidene at alle transaksjoner skatterettslig skal bedømmes etter sitt innhold. Dette innebærer at aksjonæren er skattepliktig for det utbyttet vedkommende har mottatt, uavhengig av om det er lovlig eller ikke.⁶¹ Også i uttalelse fra Finansdepartementet, inntatt i Utv. 1994 s. 1434, legges det til grunn at ulovlig utbytte er skattepliktig. En utdeling faller dermed ikke utenfor § 10-11 annet ledd selv om den er ulovlig. Dette er et eksempel på at det skatterettslige utbyttebegrepet er videre enn det selskapsrettlige ettersom sistnevnte ikke omfatter ulovlige utdelinger.

At utdelingen skal være lovlig innebærer at det er visse formelle og materielle krav som må være oppfylt. Dersom utdelingen anses som utbytte både selskapsrettslig og skatterettslig må reglene i aksjeloven kapittel 8 fulgt. Når det gjelder kapitalnedsettelse er det imidlertid reglene om kapitalnedsettelse i asl. kapittel 12 som må være fulgt for at utdelingen anses som lovlig. Lovlighetskravet må være oppfylt på utdelingstidspunktet⁶². For kapitalnedsettelser er dette på tidspunktet for registrering i Foretaksregisteret.

4.2.3.1 Skattemessige konsekvenser ved overtredelse av lovlighetsvilkåret.

Hva er så de skattemessige konsekvensene ved overtredelse av lovlighetskravet? For selskapsaksjonærer innebærer lovlighetsvilkåret at utbyttet eller gevinsten må være lovlig for at utbytte eller gevinst skal være fritatt fra skatteplikt etter fritaksmetoden. For personlige aksjonærer innebærer det at utbyttet eller gevinsten må være lovlig for at aksjonæren skal gis fradrag for skjerming etter aksjonærmodellen. Dersom

⁶⁰ Ot.prp. nr 1 (2004-2005)

⁶¹ Ot.prp. nr 35 (1990-1991) pkt. 18.4.8

⁶² Brudvik (2009) s. 535

lovlighetsvilkåret ikke er oppfylt vil hovedreglene om skatteplikt etter sktl. § 10-11 og § 10-31 komme til anvendelse.

Et spørsmål som reiser seg i forbindelse med ulovlige utdelinger er hvorvidt disse kan anses innvunnet etter sktl. § 5-1 dersom det foreligger tilbakeføringsplikt etter asl. § 3-7 første ledd første punktum. I følge denne bestemmelsen er hovedregelen at ulovlige utdelinger medfører tilbakeføringsplikt. For utbytte er det et unntak fra tilbakeføringsplikten dersom mottakeren på utdelingstidspunktet ikke "forsto eller burde ha forstått" at utdelingen var ulovlig, jfr. første ledd annet punktum.

I lignings ABC er det lagt til grunn at selv om utbyttet er ulovlig og mottaker faktisk har tilbakeført utbyttet vil det normalt anses innvunnet og således skattepliktig.⁶³ Dette er også lagt til grunn i Rt. 2002 s. 1268, Hovden-saken. I denne saken mottok aksjonær Tor Hovden ulovlig utbytte fra selskapet Tor Hovden AS. Da det ble oppdaget at utbyttet var ulovlig førte aksjonæren utbyttet tilbake til selskapet. Aksjonæren hevdet at når utbyttet var tilbakeført kunne det ikke anses som skattepliktig inntekt. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at utbyttet var skattepliktig inntekt. Kjæremålsutvalget viser til uttalelser i lagmannsrettens begrunnelse som utvalget slutter seg til. Det uttales her at:

Det følger av både rettspraksis, ligningspraksis og teori at kravet til lovlighet ikke er absolutt. Ved vurderingen skal det legges til grunn et vesentlighetskriterium. Dette innebærer at lovlighetskravet må tolkes innskrenkende når det gjelder de selskapsrettslige saksbehandlingsregler"⁶⁴. Dette innebærer at enhver fravikelse fra de aksjerettslige reglene ikke fører til at utdelingen blir ulovlig. Dette er lagt til grunn i uttalelser fra Finansdepartementet og fra Skattedirektoratet. I uttalelse fra Finansdepartementet, inntatt i Utv. 2003 s. 796, legges det til grunn at en kan praktisere et slikt vesentlighetskriterium. Uttalelsen gjaldt vilkårene for skattefri fusjon og fisjon. Finansdepartementet uttaler:

⁶³ Lignings ABC (2009/2010) s. 34 punkt. 3.1

⁶⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 523

”Når det gjelder selskapsrettslige saksbehandlingsregler, vil disse normalt ikke være begrunnet ut fra skatterettslige hensyn. Brudd på slike saksbehandlingsregler vil ofte, ut fra en skatterettslig synsvinkel, fremstå som mindre vesentlige. Departementet antar derfor at brudd på slike regler normalt ikke bør få skatterettslig betydning med mindre særlige skattemessige hensyn tilsier noe annet”.

I uttalelse fra Skattedirektoratet inntatt i Utv. 2004 s. 232, var problemstillingen hvorvidt enhver form for feil i forbindelse med selskapsrettslige saksbehandlingsregler ville medføre at utdelingen ble ansett som ulovlig i skatterettslig forstand. Basert på Finansdepartementets uttalelser inntatt i Utv. 2004 s. 796 var Skattedirektoratet av den oppfatning at manglende melding til Foretaksregisteret ikke burde føre til at utdelingen var ulovlig. Grensen må i følge direktoratet trekkes på bakgrunn av en konkret og skjønsmessig vurdering der utgangspunktet er at brudd på sentrale elementer i den selskapsrettslige regulering av utbytte vil bli ansett for å være vesentlige.

4.2.4 Tidfesting av utbytte

Tidfesting av utbytte skjer etter realisasjonsprinsippet, jfr. sktl. § 14-2. I følge bestemmelsens første ledd annet punktum skal en fordel som innvinnes ved overføring fra andre tas til inntekt når skattyter får en ”ubetinget rett” til ytelsen.

For alminnelig utbytte får aksjonæren en slik rett når generalforsamlingen har truffet vedtak om utbytte, jfr. asl § 8-2. I forbindelse med kapitalnedsettelse kan tidfesting finne sted etter melding er sendt og registrert i Foretaksregisteret, jfr. asl. § 12-6 nr. 3 og 4. Periodisering kan således inntre når det er blitt adgang til å utdele beløpet.⁶⁵

I følge asl. § 8-3 første ledd tilfaller utbyttet aksjonærene som er eiere på tidspunktet for generalforsamlingens beslutning. Dette innebærer at utbyttet inntektsføres i det regnskapsår

⁶⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 499

beslutningen treffes, uavhengig av hvilket regnskapsår utbyttet refererer seg til eller utbetales.⁶⁶

4.3 Skattemessige konsekvenser ved innløsning av enkelt aksje – realisasjon

Som nevnt innledningsvis vil kapitalnedsettelse som gjennomføres ved innløsning av enkeltaksjer anses som realisasjon, jfr. sktl. § 10-37 annet ledd.

Skattelovens bestemmelser om gevinstbeskatning gjelder ”aksjonærer og deltaker i likestilt selskap og sammenslutning etter § 10-1, samt tilsvarende utenlandske selskaper”, jfr. sktl. § 10-30 første ledd annet punktum. Reglene gjelder således også for norsk aksjonærs gevinst ved realisasjon i utenlandsk selskap.

Dersom det er skattyter som er utenlandsk er det ingen generell regel om skatteplikt til Norge. Dersom utbyttet er knyttet til utenlandsk selskaps filial i Norge vil utenlandsk aksjonær imidlertid på samme måte som for utbytte betale skatt etter sktl. § 2-3 første ledd litra b.

Gevinst ved realisasjon er som hovedregel skattepliktig inntekt, jfr. sktl. § 10-31 første ledd første punktum. Tap på den annen side er fradragsberettiget, jfr. bestemmelsens annet ledd.

4.3.1 Realisasjonsbegrepet

Skatteplikt for gevinst og fradragsrett for tap er avhengig av at det har skjedd en realisasjon av aksje. Det blir derfor nødvendig å ta stilling til hva som ligger i realisasjonsbegrepet. I følge sktl. § 9-2 første ledd omfatter realisasjon ”overføring av eiendomsrett mot vederlag, og opphør av eiendomsrett”. Det følger uttrykkelig av bestemmelsen at innløsning av aksje er omfattet, jfr. første ledd litra h.

⁶⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 498

I følge forarbeidene⁶⁷ er et formuesobjekt realisert når skattyter har fått et ubetinget krav på vederlaget. Det fremholdes at i salgstilfeller og andre salgslignende situasjoner har skattyter et ubetinget krav når han har oppfylt sine forpliktelser etter salgavtalen. I følge forarbeidene vil kravet som regel være ubetinget når skattyter har overlevert gjenstanden. Det følger imidlertid av rettspraksis at det vil være tilstrekkelig at det er inngått fullstendig avtale om salg.⁶⁸

Et særlig spørsmål som reiser seg er om realisasjonsvilkåret kan anses oppfylt dersom eierforholdet ikke endrer seg som følge av innløsningen. En slik innløsning har klare likhetstrekk med kapitalnedsettelse ved nedskrivning av aksjenes pålydende. Dette vil være tilfellet dersom selskapet samtidig med nedsettelsen av aksjekapitalen beslutter kapitalforhøyelse ved nytegning og det er de samme aksjonærene som tegner seg for den nye kapital.

Spørsmålet blir derfor om en slik kapitalnedsettelse skal behandles etter reglene om utbytte istedenfor reglene om realisasjon. Det følger av forarbeidene, rettspraksis, ligningspraksis og juridisk teori at i slike tilfeller vil det ikke foreligge realisasjon og en utdeling vil behandles som utbytte. Sktl. § 10-37 må således tolkes innskrenkende i denne sammenhengen.

I følge forarbeidene⁶⁹ forutsetter realisasjon som innvinningskriterium at eierposisjonen i formuesobjektet opphører. Det uttales videre at i forbindelse med nedsettelse av aksjekapital er det bare realisasjon dersom enkelte av aksjene innløses fullstendig.⁷⁰ Dette kan vanskelig sies å være tilfellet dersom det ved nytegningen er de ”opprinnelige” aksjonærer som tegner seg.

⁶⁷ Ot.prp. nr 35 (1990-1991) punkt 29.2.3.2

⁶⁸ Jfr. Rt. 1995 s. 872. Synspunktet er også lagt til grunn av Almvik (2000) s. 186

⁶⁹ Ot.prp. nr 35 (1990-1991) s 303

⁷⁰ Ot.prp. nr 35 (1990-1991) s. 371

Rt 1998 s. 1425, Troll Salmon, gjaldt fradrag for tap ved nedsettelse av aksjekapitalen til null kombinert med nytegning av samme aksjonær. Selskapet Troll Salmon ble stiftet av Iversen i mai 1987. Som følge av selskapets svake økonomi foretok selskapet en nedsettelse av aksjekapitalen til null kombinert med nytegning. Iversen var eneste aksjonær som gikk inn med ny kapital i selskapet. Etter refinansieringen gikk selskapet med overskudd.

Spørsmålet i saken var om Iversen realiserte sine aksjer da disse ble skrevet ned til null og deretter innløst. Spørsmålet ble løst på bakgrunn av den nå opphevede selskapsskattelov⁷¹ § 5-8 nr 2. Bestemmelsen svarer til sktl. § 10-37 annet ledd. Høyesterett kom til at det ikke forelå realisasjon da det ikke forelå en reell oppgivelse av Iversens eierposisjon.

Førstvoterende fremholder i forbindelse med realisasjonsvilkåret:

”En realisasjon etter selskapsskatteloven § 5-8 nr. 2 foreligger når en aksjonær ved en nedskrivning og innløsning helt oppgir sin eierposisjon i selskapet... Jeg kan ikke se at det i et slikt tilfelle foreligger en reell oppgivelse av den ankende parts posisjon som aksjonær i selskapet. Realiteten i den avtalte refinansiering som fant sted høsten 1993, var at den ankende part i kraft av sin aksjonærposisjon uten avbrudd opprettholdt sine økonomiske og organisatoriske rettigheter som aksjonær, og for en langt større prosentvis andel av aksjene enn han hadde før refinansieringen”.

Avgjørende er i følge Høyesterett at aksjonæren beholdt sine organisatoriske rettigheter i selskapet. Høyesterett begrunner også resultatet ut fra reelle hensyn. Verdier som immaterielle rettigheter, know-how, kontakt med kunder og lignende ville i følge retten komme Iversen til gode etter refinansieringen. Innløsningen ville i følge Høyesterett ikke medføre noe realitetsendring for aksjonæren. Han var fortsatt eier av aksjer i selskapet og ville nyte godt av overskudd som ble generert i selskapet etter nytegningen. At det formelt

⁷¹ 1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere av nr. 65

hadde skjedd en innløsning etterfulgt av en nytegning var etter Høyesteretts mening ikke avgjørende.

Resultatet Rt. 1998 s. 1425 fremstår som rimelig. Å gi fradrag for tap når det reelt sett ikke foreligger noe tap i strider mot formålet med regelen i sktl. § 10-31. Regelen er bygget opp etter et symmetriprinsipp der det gis fradrag for tap, og der det er skatteplikt for gevinst. Det vil stride mot denne symmetrien dersom aksjonærer skal få fradrag for tap han faktisk ikke har lidt. I følge Zimmer er realisasjonsbegrepet, på bakgrunn av resultatet Troll Salmon-dommen ”blitt undergitt en presiserende eller innskrenkende fortolkning ut fra regelens formål”.⁷² Resultatet i dommen ble opprettholdt av Høyesterett i Rt. 2001 s. 170, Espeland.

Innløsning uten at det skjer noen endring i eierforholdet kan også tenkes anvendt for å få kapital ut av selskapet. Kronos-dommen, inntatt i Utv 2001 s 478, er et eksempel på dette. Også i denne dommen følger lagmannsretten opp resultatet i Troll Salmon.

Generalforsamlingen i Kronos Norge AS besluttet i februar 1994 å skrive ned aksjekapitalen med kr. 4 831 300 ved reduksjon av antall aksjer i selskapet. Nedsettelsesbeløpet skulle benyttes til utdeling til selskapets eneaksjonær, Kronos International. I samme generalforsamling ble det besluttet forhøyelse av aksjekapitalen ved nytegning med kr. 4 831 300. Kronos International skulle tegne seg for alle aksjene til pari kurs på kr. 100 per aksje. I tillegg ble det besluttet at selskapet skulle foreta en utdeling på kr. 338 477 146 til aksjonæren fra disposisjonsfondet. Til sammen skulle Kronos International motta kr. 343.477.

Spørsmålet i saken var om utdelingen utover nedsettelsesbeløpet skulle behandles som utbytte eller realisasjon. Hovedspørsmålet lagmannsretten måtte ta stilling til var om utdelingen var tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital eller utbetaling ved likvidasjon av

⁷² Zimmer (2006) s. 321

aksjeselskap etter selskapsskatteloven⁷³ § 3-2 nr. 2 annet punktum eller om utdelingen skulle anses som gevinst ved realisasjon etter lovens § 5-8. Bestemmelsene svarer som nevnt tidligere til sktl. § 10-11 annet ledd og sktl. § 10-37 annet ledd. Lagmannsretten kom til at utdelingen skulle beskattes som utbytte ettersom det ikke hadde skjedd noen endring i eierposisjonen i selskapet. Dommen ble anket, men ble nektet fremmet for Høyesterett.⁷⁴

Om forutsetningen for å komme inn under gevinstreglene uttaler lagmannsretten at det er en forutsetning for å komme inn under gevinstreglene i kapittel 5 i selskapsskatteloven at det som skjedde i selskapets generalforsamling innebar at aksjonæren realiserte sine aksjer i skatterettslig forstand. Lagmannsretten viser til resultatet Troll Salmon og lar dette bli avgjørende for sakens utfall. Retten fremholder:

”Verken i dommen eller i vår sak foreligger det noen reell oppgivelse av posisjonen som aksjonær i selskapet. I vår sak opprettholdt aksjonæren – Kronos International – sine økonomiske og organisatoriske rettigheter som aksjonær. Selskapet var nøyaktig i den samme stilling etter generalforsamlingen som man hadde vært i før denne. Dermed foreligger ingen realisasjon av aksjer og unntaket i § 3-2 nr 2 annen setning, jfr. § 5-8 får ikke anvendelse”.

Uttalelse inntatt i Utv. 1993 s. 231 gjaldt forståelsen realisasjonsvilkåret i den tidligere selskapsskattelov § 5-8. Finansdepartementet la her til grunn at en innløsning der det ikke skjer endringer i aksjonærsammensetning har klare likhetstrekk med kapitalnedsettelse ved nedskrivning av pålydende. Det var likevel ikke, etter departementets mening, hjemmel for å behandle utdelingen som utbytte etter § 3-2. Finansdepartementet gikk imidlertid tilbake på dette og antok i uttalelse inntatt i Utv. 2004 s. 630 at uttalelsen fra 1993 ikke lenger gir en dekkende fremstilling av gjeldende rett.

⁷³ 1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere av nr. 65

⁷⁴ HR-2001-00464

Ved avgjørelse av om tilbakebetaling skal ses som utbytte eller realisasjon er det ifølge uttalelsen fra 2004 ikke avgjørende at innløsning umiddelbart blir etterfulgt av en nytegning slik som var tilfellet i Troll Salmon- og Kronos dommen. Det sentrale må i følge departementet være om eierposisjonen i selskapet reelt sett er endret.

Uttalelsene er fulgt opp av Skattedirektoratet i BFU 58/02. Det legges videre til grunn at skatteposisjonene på de innløste aksjene videreføres på de gjenværende aksjene. Dersom utdeling omfatter tilbakebetaling av aksjekapital og overkurs vil dette medføre en reduksjon av inngangsverdien på aksjene. Utdelinger utover innbetalt kapital må i følge Skattedirektoratet beskattes som utbytte.

4.3.2 Beregning av gevinst

Gevinst eller tap ved realisasjon av aksje beregnes ved å ta differansen mellom realisasjonsvederlaget og aksjens inngangsverdi, jfr. sktl. § 10-32 første ledd.

Realisasjonsvederlaget er det beløp aksjonæren mottar ved å realisere aksjen. I følge § 10-32 annet ledd er inngangsverdi det aksjonæren har ”betalt for aksjen” i tillegg til eventuelle anskaffelseskostnader. Det er således aksjens kostpris som skal legges til grunn. Det følger av § 10-32 at kostnader til mekler eller lignende ved anskaffelse av aksjer skal legges til det aksjonæren har betalt for aksjen. Det ble fremhevet i forarbeidene at disse utgiftene har en så direkte sammenheng med ervervet av aksjene at de bør inngå som del av kostprisen.⁷⁵

Det er bare aksjens kostpris ved ervervet som inngår i aksjens anskaffelsesverdi. Dette omfatter også erverv ved forhøyelse av kapitalen ved nytegning og innbetaling. I slike tilfeller skal anskaffelsesverdien på de nye aksjer settes til det innbetalte beløp. Ved kapitalforhøyelse ved innbetaling og tilskrivning på eldre aksjer må anskaffelsesverdien økes med det innbetalte beløp.⁷⁶

⁷⁵ Ot.prp. nr 1. (2004-2005) punkt 5.6.2.1

⁷⁶ Utv. 1995 s. 482

Spørsmålet om hvorvidt andre aksjeeiertilskudd kan inngå som del av anskaffelsesverdien er drøftet under punkt 4.2.2.8 om verdsettelsen av tingsinnskudd og det vises til denne drøftelsen.

4.3.3 FIFO-prinsippet

Dersom en aksjonær eier flere aksjer i samme selskap reiser det seg spørsmål om hvilke aksjer som skal anses realisert først. FIFO-prinsippet (først inn først ut) innebærer at den aksjen som ble anskaffet først anses for å være realisert først, jfr. sktl. § 10-36. Det følger av dette at skattyter som hovedregel ikke kan velge selv hvilke aksjer som skal anses realisert først.⁷⁷ Aksjer som er ervervet samme dag anses for å vær ervervet samtidig og skattyter har valgfrihet når det gjelder hvilke aksjer som skal regnes som avhendet. Dersom ervervstidspunktet er ukjent skal aksjen med lavest inngangsverdi anses realisert først, jfr. sktl. § 10-36 tredje ledd.

Det følger av forarbeidene⁷⁸ at formålet med reglene blant annet er å hindre skatteplanlegging. Ved å ha en regel som bestemmer realisasjonsrekkefølgen vil således muligheten for skattetilpassing reduseres. FIFO-prinsippet reiser særlige spørsmål i forbindelse med spleis og splitt av aksjer. Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 7.3.

4.3.4 Tidfesting av aksjegevinst

Når det gjelder tidfestingen av aksjegevinst er det her som for utbytte realisasjonsprinsippet i sktl. § 14-2 som kommer til anvendelse. Aksjegevinst og tap skal etter dette tidfestes til tidspunktet når aksjonæren har et "ubetinget krav" på salgsvederlaget. I denne

⁷⁷ Lignings ABC 2009/2010 punkt 4.1

⁷⁸ Ot.prp. nr 35. (1990-1991) pkt 18.5.1

sammenheng vil alminnelige kjøpsrettslige regler komme til anvendelse og tidfesting kan således skje når selger har stilt aksjene til kjøpers disposisjon.⁷⁹

4.4 Aksjonærmodellen

4.4.1 Introduksjon

Aksjonærmodellen innebærer at personlige skattytere som har alminnelig skatteplikt til Norge gis fradrag for skjerming i alminnelig inntekt, jfr. sktl. § 10-12 første ledd første punktum. Modellen har til formål å hindre dobbeltbeskatning.

4.4.2 Nærmere om rett til skjerming

Skattesubjekt etter aksjonærmodellen er personlige aksjonærer. Personlige aksjonærer hjemmehørende i Norge som får utbytte fra utenlandsk selskap skattlegges på samme måte som om utbyttet hadde kommet fra norsk selskap, jfr sktl. § 10-10 første ledd. Utbyttet vil således være skattepliktig etter sktl. § 10-11 med fradrag for skjerming etter sktl. § 10-12.

Personlig aksjonær hjemmehørende i utlandet vil i utgangspunktet ikke ha rett til skjermingsfradrag ettersom han ikke har ”alminnelig skatteplikt til Norge”. I følge sktl. § 10-13 annet ledd kan imidlertid personlig aksjonær bosatt i annet EØS-land søke om fradrag for skjerming.

Når det gjelder utenlandske selskaper med filial i Norge vil heller ikke disse ha rett til skjermingsfradrag ettersom aksjonæren i slike tilfeller ikke har alminnelig skatteplikt til Norge.

Skatteobjekt er for det første ”mottatt utbytte” jfr. sktl. § 10-12 første ledd. Selv om det ikke fremgår direkte av ordlyden følger det av forutsetningen i sktl. § 10-31 at også aksjegevinst er omfattet av modellen. I følge sktl. § 10-31 første ledd annet punktum kan

⁷⁹ Zimmer (2006) s. 324

ubenyttet skjerming føres til fradrag i alminnelig inntekt. Denne bestemmelsen bygger på en forutsetning om at det gis fradrag for skjerming også for aksjegevinst.

Det er bare den del av inntekten som ligger innenfor en risikofri avkastning som skjermes for skatt. Overskytende del skal beskattes som alminnelig inntekt.

Det er et vilkår for at aksjonær skal kunne kreve skjerming at utbyttet er lovlig utdelt, jfr. § 10-12 første ledd annet punktum. Lovlighetsvilkåret er det samme som for utbytte og som er behandlet ovenfor. Et spørsmål som reiser seg er om aksjonæren mister sin rett til skjermingsfradrag som følge av utdelingen til aksjonæren er ulovlig. Dette spørsmålet ble behandlet av Finansdepartementet i uttalelse inntatt i Utv. 2006 s. 1752. Departementet legger til grunn at aksjonæren har rett til å fremføre hele skjermingsfradraget til senere år.

Skjermingen skal beregnes for "den enkelte aksje", jfr. sktl. § 10-12 annet ledd første punktum. Det følger av ordlyden at skjermingsgrunnlaget er en individuell skatteposisjon. Begrunnelsen er i følge forarbeidene at en på denne måten skal unngå omgåelses- og tilpassingsmuligheter fra aksjonærenes side.⁸⁰ I forarbeidene er skjermingsgrunnlaget som individuell skatteposisjon presisert slik:

"Skjerming beregnet på én aksje vil ikke kunne fradras i utbytte eller gevinster fra aksjonærenes øvrige aksjer".⁸¹

Dette innebærer at det bare kan gjøres fradrag for skjerming i utbytte og gevinster på samme aksje. Skatteposisjonen er knyttet til én aksjonær og det er ingen form for sammenslåing av aksjer innenfor samme selskap eller aksjeklasse.⁸² Det følger av § 10-12 første ledd tredje punktum at skjermingen ikke kan overstige utbyttet for den enkelte aksjen for det aktuelle året. Skjermingen kan således ikke føres mot andre inntekter. Ubenyttet

⁸⁰ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) s. 39

⁸¹ Innst.O. nr 10 (2004-2005) s. 25

⁸² Gjems-Onstad (2008) s. 542

skjermning kan imidlertid videreføres til neste års utbytte på samme aksje, jfr. bestemmelsens første ledd fjerde punktum. Begrunnelsen for dette er i følge forarbeidene at for å oppnå full symmetri ved skattlegging av utbytte må skattyter vite med sikkerhet at skjermingsfradraget kan utnyttes i sin helhet. Innskrenkningene i fremføringsretten begrunnes også i forarbeidene med at det må være visse innskrenkninger i fremføringsretten for å hindre ”uheldige omgåelses- og tilpassingsmuligheter.”⁸³

I følge § 10-12 annet ledd tredje punktum skal skjermingen tilordnes eier av aksjen per 31. desember i inntektsåret. Dette er av rent praktiske årsaker.⁸⁴ Ved bergegning av skjermingsfradraget skal aksjens skjermingsgrunnlag multipliseres med en skjermingsrente, jfr. § 10-12 annet ledd første punktum. Skjermingsgrunnlaget er aksjens inngangsverdi tillagt ubenyttet skjermning fra tidligere år, jfr. § 10-12 annet ledd annet punktum. Inngangsverdien skal beregnes etter sktl. §10-32 annet ledd og det vises til fremstillingen foran. Som nevnt tidligere skal nedsettelse av aksjekapitalen med tilbakebetaling redusere aksjenes inngangsverdi fra tidspunktet for tilbakebetaling. I følge uttalelse fra Finansdepartementet⁸⁵ skal skjermingsgrunnlaget reduseres fra samme tidspunkt.

Særlige spørsmål oppstår når aksjer er ervervet til forskjellig tid ettersom skjermingsfradragene på de ulike aksjene kan bli forskjellig. I en slik situasjon kan det tenkes at aksjonæren foretar en spleis av aksjen. Ved fastsettelsen av skjermingsgrunnlaget for spleisede aksjer skal det i så fall tas hensyn til FIFU-prinsippet. Dette er slått fast i BFU 53/05. Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 7.3 hvor splitt og spleis av aksjer vil bli behandlet i forbindelse med skattetilpassing.

Ved å gange skjermingsgrunnlaget med en skjermingsrente kommer en frem til skjermingsfradraget. Det følger av forarbeidene at renten bør være en tilnærmet risikofri

⁸³ Innst.O. nr 10 (2004-2005) s. 24

⁸⁴ Innst.O. nr 10 (2004-2005) s. 25

⁸⁵ Utv. 2006 s. 1753

rente etter skatt.⁸⁶ Renten skal fastsettes i forskrift av Finansdepartementet, jfr. § 10-12 annet ledd tredje punktum. I følge fsfin § 10-12-1 skal renten beregnes med utgangspunkt i en gjennomsnittlig observert rente på statskasseveksler med tre måneders løpetid slik den publiseres av Norges Bank, nedjustert med 28 %.

5 Skattemessige konsekvenser der aksjonær er selskap

5.1 Introduksjon

Utdelinger til selskapsaksjonærer er som hovedregel skattefrie som følge av fritaksmetoden. Reglene om utbytte- og gevinstbeskatning i sktl. § § 10-10 til 10-13 og § § 10-31 til 10-37 har således ikke samme betydning som for personlige aksjonærer. Dersom vilkårene for å komme inn under fritaksmetoden ikke er oppfylt vil imidlertid reglene komme til anvendelse. Det vil i et slikt tilfelle ikke bli tale om å anvende skjermingsmetoden istedenfor, ettersom denne bare gjelder for personlige aksjonærer.

5.2 Fritaksmetoden

5.2.1 Introduksjon

Fritaksmetoden regulerer beskatning av utbytte og gevinst på selskapsaksjonærers hånd. I følge sktl. § 2-38 første ledd litra a er aksjeselskap ”fritatt for skatteplikt av inntekt og har ikke fradragsrett for tap etter bestemmelsene i denne paragraf”. Fritaksmetoden innebærer ”at selskapsaksjonærer i hovedregelen fritas fra beskatning av gevinst og utbytte på aksjer samtidig som det ikke innrømmes fradragsrett for tilsvarende tap”⁸⁷.

⁸⁶ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) punkt 5.3

⁸⁷ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) punkt 6.1

Formålet med metoden er å forhindre kjedebeskatning.⁸⁸ Innenfor selskapssektoren beskattes gevinster og utbytter bare en gang. I det pengene tas ut av selskapssektoren inntretr imidlertid en utdelingsskatt⁸⁹. Det er først på dette tidspunkt at skattesatsen kan bli høyere enn 28 %.

5.2.2 Skattesubjekt og skatteobjekt etter fritaksmetoden

Det følger av sktl. § 2-38 litra a jfr. sktl. § 2-2 første ledd litra a at fritaksmetoden gjelder for aksjeselskap. Det følger av oppramsingen i § 2-38 første ledd at også andre subjekter omfattes, men disse vil ikke bli nærmere behandlet her.

Fritaksmetoden gjelder også for norske aksjonærer som mottar utbytte fra utenlandsk aksjeselskap. Dette følger av henvisningen til sktl. § 10-11 i § 2-38 annet ledd litra a. Tilsvarende kommer metoden til anvendelse for gevinst og tap ved realisasjon av aksjer i utenlandsk aksjeselskap, jfr. § 2-38 annet ledd a. I følge sktl. § 2-38 tredje ledd er det imidlertid unntak fra denne hovedregelen for utbytte mottatt fra selskaper i lavskatteland.

I følge sktl. § 2-38 første ledd litra k omfattes imidlertid også utdelinger til utenlandske selskapsaksjonærer. Aksjonærene vil dermed være fritatt fra å betale kildeskatt etter sktl. § 10-13. Det følger imidlertid av femte ledd at dette bare gjelder selskapsaksjonærer i et annet EØS land som er reelt etablert og driver reell økonomisk virksomhet i landet. Selskapsaksjonærer fra land utenfor EØS faller utenfor fritaksmetoden og vil måtte betale kildeskatt på utbytte etter reglene i sktl. § 10-13. Se nærmere om dette nedenfor.

Når det gjelder utenlandske aksjonærers gevinst og tap ved realisasjon av aksjer har fritaksbestemmelsen liten praktisk betydning ettersom det ikke er noen internrettslige regler som pålegger slike aksjonærer skatteplikt eller gir dem fradrag for tap.

⁸⁸ Ot.prp. nr 1. (2004-2005) punkt 6.1

⁸⁹ Gjems-Onstad (2008) s. 458

Skatteobjekt etter fritaksmetoden omfatter ”gevinst eller tap ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap” samt ”lovlig utdelt utbytte”, jfr. § 2-38 annet ledd litra a. Utdelingen må komme fra selskap som nevnt i 2-38 første ledd a til j jfr. bestemmelsens annet ledd litra a eller sktl. § 10-4 jfr. annet ledd litra b. Fritaksmetoden kommer etter dette til anvendelse både dersom kapitalnedsettelsen gjennomføres ved nedsettelse av aksjenes pålydende og dersom den er gjennomføres ved utdeling til aksjonærene. Gevinst og utbytte på aksjer i forbindelse med kapitalnedsettelse er etter dette skattefritt når det innvinnes av et annet selskap.

I følge sktl. § 2-38 annet ledd er uttak likestilt med realisasjon slik at fritaksmetoden også kommer til anvendelse her.

I § sktl. 2-38 tredje ledd unntas visse inntekter og tap fra hovedregelen om skattefrihet. I følge tredje ledd litra a er gevinst og tap på aksjer i selskap hjemmehørende i lavskatteland ikke omfattet av fritaksmetoden. Reglene er gitt for å hindre skattetilpassing.

§ 2-38 tredje ledd b regulerer gevinst og tap ved realisasjon av aksje i selskap hjemmehørende utenfor EØS. I følge denne bestemmelsen er gevinst på slike aksjer ikke omfattet av aksjonærmodellen, med mindre aksjonæren har eid minst 10 % av kapitalen og har hatt minst 10 % prosent av stemmene på generalforsamlingen, ”sammenhengende de to siste årene frem til innvinningstidspunktet”.

I følge tredje ledd litra d gjelder de samme kravene til kapital og stemmerett for utbytte på aksjer i selskap hjemmehørende i land utenfor EØS. Kravene må imidlertid være oppfylt ”i en periode på to år som omfatter innvinningstidspunktet”.

Tap ved realisasjon av aksje i selskap utenfor EØS er ikke omfattet av fritaksmetoden dersom skattyteren eller hans nærstående til sammen ikke på noe tidspunkt frem til oppforelsestidspunktet har eid 10 % eller mer av egenkapitalen eller hatt 10 % eller mer av stemmene på generalforsamlingen. Etter denne bestemmelsen vil også aksjer eid av

aksjonærens nærstående være omfattet. Formålet er å hindre skattetilpassing ved at aksjer spres for å oppfylle eier- og stemmekravene⁹⁰

I følge § 2-38 sjettede ledd skal tre prosent av inntekten som er fritatt for skatt etter fritaksmetoden likevel anses som skattepliktig inntekt. Bestemmelsen må ses i sammenheng med reglene om fradrag i sktl. § 6-1 og § 6-24. I følge hovedregelen i § 6-1 gis det fradrag for ”kostnad som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt. Fritaksmetoden fører til at aksjonærene ikke får fradrag etter denne bestemmelsen. I følge sktl. § 6-24 første ledd er imidlertid kostnader pådratt for å erverve skattefritt utbytte og gevinst etter § 2-38 første ledd likevel fradragsberettiget. Regelen innebærer at aksjonæren gis fradrag for skattefrie inntekter. Tre prosent regelen i sjettede ledd ble innført som en regel for å bøte på dette og skal fungere som en form for reversering av de fradragsførte kostnadene. Begrunnelsen for regelen er i følge forarbeidene⁹¹ at kostnader knyttet til skattefrie inntekter normalt ikke bør være fradragsberettiget. Skattemessige konsekvenser for det utdelende selskap

5.3 Generelt om konsekvensene for utdelende selskap

Når det gjelder utgiftene i forbindelse med kapitalnedsettelse vil disse normalt være fradragsberettiget for det utdelende selskap. Selskapet kan på den annen side ikke kreve fradrag for utdelt utbytte og nedsettelse av aksjekapitalen har i utgangspunktet ingen skattemessige konsekvenser for det selskapet. Det må imidlertid foretas en reservasjon, ettersom utdeling av utbytte i visse tilfeller kan føre til at utdelende selskap må betale korreksjonsskatt etter sktl. § 10-5. Utdelingen fra selskapet kan også bli gjenstand for uttaksbeskatning etter sktl. § 5-2.

⁹⁰ Zimmer (2006) s. 355

⁹¹ Ot.prp. nr 1 (2008-2009) punkt 6.1 og 6.3

5.4 Korreksjonsinntekt

Korreksjonsinntekt kan bli utløst som følge av midlertidige forskjeller mellom selskapets finansregnskap og skatteregnskap som et resultat av at inntekter og utgifter periodiseres til forskjellige tidspunkt skattemessig og regnskapsmessig. Skattemessig tidfesting kan komme både før og etter regnskapsmessig tidfesting. Det kan i slike tilfeller oppstå betydelige forskjeller mellom regnskapsmessig og skattemessig behandling. Dersom skattemessig avskrivning av et driftsmiddel er høyere enn regnskapsmessig avskrivning vil forskjellen utgjøre en positiv midlertidig forskjell.⁹²

Formålet med reglene er å unngå at det blir delt ut ubeskattet kapital. Korreksjonsskatt kan utløses både dersom utdeling skjer ved kapitalnedsettelse ved nedsettelse av aksjenes pålydende og ved innløsning av enkeltaksje. Korreksjonsskatt kan også utløses ved utdeling av konsernbidrag. Dette vil ikke bli nærmere behandlet her.

I følge sktl. § 10-5 første ledd skal aksjeselskap som har utdelt ubeskattet kapital eller har foretatt avsetning til slik utdeling inntektsføre korreksjonsinntekt. I følge bestemmelsens første ledd gjelder reglene bare for selskap med alminnelig skatteplikt til Norge.

Utenlandske selskaper vil således ikke være omfattet.

Korreksjonsskatt vil i følge sktl. § 10-5 annet ledd utløses dersom utdeling av ubeskattet kapital har ført til at selskapets balanseførte egenkapital er lavere enn innbetalt aksjekapital og en beregnet egenkapitalandel av netto midlertidige forskjeller mellom verdiene som fremkommer i balansen i årsoppgjøret og selskapets skattemessige verdier. Det foreligger i slike tilfeller en såkalt underdekning.

Med balanseført egenkapital siktes det til egenkapitalen etter rskl. § 6-2 C. Egenkapitalen skal i følge annet ledd annet punktum korrigeres for foreslått utbytte etter asl. § 8-1. Når det gjelder innbetalt egenkapital refereres det til innbetalt aksjekapital på alle selskapets

⁹² Ot.prp. nr 82 (1993-1994) punkt 1

aksjer. Det er således innbetalt kapital på selskapsnivå i motsetning til på aksjonærnivå som var gjenstand for behandling ovenfor. Det er således ikke nødvendig å identifisere hvor mye innbetalt kapital som knytter seg til hver enkelt aksje.⁹³

Den beregnede egenkapitalandelen består av forskjellen mellom positive og negative midlertidige forskjeller etter annet ledd første punktum, med fradrag for en beregnet skatteforpliktelse knyttet til differansen, jfr. § 10-5 annet ledd tredje punktum. Det er bare såkalte skatteøkende midlertidige forskjeller som vil kunne utløse korreksjonsskatt, jfr. bestemmelsens annet ledd første punktum. Dersom netto midlertidige forskjeller er negativ vil det ikke være ubeskattet kapital som deles ut og det vil således ikke være grunnlag for å ilegge korreksjonsskatt.

Ved beregningen av skatteforpliktelsen skal det i følge annet ledd fjerde punktum benyttes skattesats for alminnelig inntekt, det vil si 28 %. Egenkapitalandelen utgjør således 72 % av netto midlertidige forskjeller.

En underbalanse som beskrevet må være en følge av utdeling eller avsetning til et av formålene i § 10-5 tredje ledd a, b eller c. I forbindelse med kapitalnedsettelse er det alternativ c som er av interesse. I følge denne bestemmelsen utløses korreksjonsskatt dersom selskapet har delt ut utbytte etter sktl. § 10-11 som overstiger selskapets forslag etter sktl. § 10-11, eller selskapet ved kapitalnedsettelse ved innløsning etter § 10-37 har delt ut mer enn innbetalt aksjekapital knyttet til de innløste aksjer.

I følge § 10-5 fjerde ledd vil korreksjonsinntekten utgjøre utdelt utbytte utover grensen i annet og tredje ledd. Ved beregning av korreksjonsskatten skal alminnelig skattesats på 28 % legges til grunn.

⁹³ Gjems-Onstad s. 616

Korreksjonsskatten er bare en midlertidig utligningsskatt. I følge § 10-5 sjette ledd kan skattepliktig inntekt føres til fradrag i senere års inntekt. På denne måten hindres dobbeltbeskatning av korreksjonsinntekten.

Finansdepartementet har lagt til grunn at ved utdelingen ved kapitalnedsettelse skal selskapet ikke ilignes korreksjonsskatt dersom utdelingen er tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital etter sktl. § 10-11 annet ledd.⁹⁴

5.5 Uttaksbeskatning

Dersom utdelingen til aksjonæren består av naturalia vil selskapet kunne bli beskattet for fordelene som tas ut. I følge sktl. § 5-2 første ledd anses ”fordel ved uttak til egen bruk og gaveoverføring – herunder også fra aksjeselskap og allmennaksjeselskap – av formuesgjenstand vare eller tjeneste” som skattepliktig inntekt. Alle former for gjenstander er omfattet enten det er varer eller driftsmidler og enten de er fysiske eller immaterielle. Fordelen utgjør forskjellen mellom markedsverdi og skattemessig verdi.⁹⁵

Med uttak til egen bruk refereres det til privat bruk og dette alternativet vil således bare kunne gjelde utdeling til personlige aksjonærer. Ved gaveoverføring vil både uttak til privat bruk og inntektsskapende virksomhet være omfattet.⁹⁶

⁹⁴ Se uttalelse inntatt i Utv. 1997 s. 1080

⁹⁵ Brudvik (2009) s. 358

⁹⁶ Brudvik (2009) s. 359

6 Skattetilpassing

6.1 Introduksjon

Skattetilpassing er ikke uten videre ulovlig og det må trekkes en grense mellom ulovlig omgåelse av og lovlig tilpassing til skattereglene. I denne fremstillingen vil bare noen av de problemstillinger som reiser seg i forhold til skattetilpassing i forbindelse med kapitalnedsettelse bli berørt.

Reglene om ulovfestet gjennomskjæring vil kunne ramme disposisjoner som er tillatt etter de privatrettslige regler, men som likevel anses ulovlig basert på omgåelsesbetraktninger. I det følgende vil først reglene om ulovfestet gjennomskjæring bli behandlet før særlige regler som reiser seg ved splitt og spleis og skjevdeling av aksjer vil bli behandlet.

6.2 Ulovfestet gjennomskjæring

Dersom skattelovens regler om utbytte- og realisasjonsbeskatning ikke kommer til anvendelse er spørsmålet om utdelingen vil kunne bli skattlagt på bakgrunn av reglene om skatterettslig ulovfestet gjennomskjæring. Gjennomskjæring kan skje både ved utdeling av utbytte og ved realisasjon av aksje.

Slik den skatterettslige ulovfestede gjennomskjæringsregel er utviklet gjennom rettspraksis⁹⁷ består regelen av et grunnvilkår og en totalvurdering. I Rt. 2006 s. 1232, Telenor saken, formulerte Høyesterett vilkårene slik:

Grunnvilkåret går ut på at det hovedsaklige formål med disposisjonen må ha vært å spare skatt... Dette er et nødvendig men ikke tilstrekkelig vilkår for gjennomskjæring. For at gjennomskjæring skal kunne foretas, kreves i tillegg at det ut fra en totalvurdering disposisjonens virkninger, skattyters formål med disposisjonen og omstendighetene for

⁹⁷ Jfr. bla. Rt. 1999 s. 946, Rt. 2002 s. 456, Rt. 2004 s. 1331 og Rt. 2006 s. 1232

øvrig fremstår som stridende mot skattereglenes formål å legge disposisjonen til grunn for beskatningen”.

Gjennomskjæring kan ikke foretas utelukkende basert på at transaksjonen er skattemessig motivert. Det må foretas en totalvurdering av disposisjonens egenverdi utover besparelse av skatt og av hvorvidt det skatterettslige resultat fremtrer som stridende mot skattereglenes formål. Hvorvidt disposisjonen fremtrer som illojal er etter dette det sentrale.⁹⁸

6.3 Splitt og spleis av aksjer

Et spørsmål som reiser seg der aksjonærer eier aksjer med ulik innbetalt aksjekapital er om aksjonærene kan foreta spleis og splitt av aksjene for på denne måten å unngå eller redusere beskatning. Splitt og spleis av aksjer er ikke noe nytt fenomen, men den praktiske betydningen er større etter innføringen av aksjonærmodellen og skatteplikt for personlige aksjonærer.⁹⁹

Asl. § 3-1 åpner for at det kan foretas aksjespleis for å endre antall aksjer i selskapet. I følge sktl. § 10-34 første ledd innebærer en aksjespleis at ”antall aksjer i selskapet reduseres ved at et antall aksjer gjøres om til en ny aksje”. Det er således bare antall aksjer som endres, ikke aksjekapitalen. En aksjespleis kan gjennomføres både med og uten en etterfølgende aksjesplitt. Også ved aksjesplitt forblir aksjekapitalen den samme. Skattelovgivningen inneholder ingen regler som spesifikt regulerer virkningene av splitt og spleis. Spørsmålet må således besvares på grunnlag av de ulovfestede reglene om ulovfestet gjennomskjæring.

En aksjesplitt foretas gjerne dersom aksjeverdien og aksjekursen ikke lenger gir uttrykk for markedsverdi, og aksjen derfor har blitt mindre likvid. Aksjesplitt kan også foretas for å tilpasse seg børsregler. Dette er helt legitime grunner for å foreta en slik disposisjon. Når

⁹⁸ Se bla. Rt. 1999 s. 946, ABB-dommen, s. 955

⁹⁹ BFU 66/06

det gjelder spørsmålet om splitt og spleis i forbindelse med skattetilpassing ved kapitalnedsettelse er imidlertid spørsmålet en må stille seg om disposisjonene er foretatt for å spare skatt.

I det følgende vil det først forklares hvordan splitt og spleis av aksjer gjennomføres i praksis, før spørsmålet om hvorvidt slike disposisjoner utløser skatteplikt etter reglene om ulovfestet gjennomskjæring vil bli behandlet.

Spleis og splitt vil kunne gjennomføres ved at aksjonærene før kapitalnedsettelsen foretar en spleis av aksjene. Ved spleis av aksjer skal skatteposisjonene videreføres på de spleisede aksjene, men det må det likevel foretas en omfordeling av skatteposisjoner. Inngangsverdi og innbetalt aksjekapital på den nye aksjen vil være summen av verdiene på aksjene som spleises. Den spleisede aksjen vil kunne få en høyere inngangsverdi og en høyere andel av innbetalt aksjekapital knyttet til seg. På denne måten vil aksjonæren kunne påvirke skatteposisjonene innbetalt aksjekapital, aksjenes inngangsverdi og aksjenes skjermingsgrunnlag.

Ved utdeling til aksjonærene vil en større andel av beløpet i så fall anses som skattefri tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital etter sktl. § 10-11 annet ledd. Ved aksjegevinst vil en høyere inngangsverdi medføre lavere gevinst og dermed redusert skatteplikt, jfr. sktl. § 10-32. Høyere inngangsverdi vil også øke skjermingsgrunnlaget og dermed redusere skatteplikten jfr. sktl. § 10-12 annet ledd annet punktum.

Dersom aksjene er ervervet til ulik tid reiser det seg spørsmål om hvilke aksjer som skal anses spleiset. Dette spørsmålet er behandlet av Skattedirektoratet i BFU 53/05. Uttalelsen gjaldt spleis av aksjer og anvendelse av overgangsregel E til skatteloven § 2-38. Aksjene var ervervet til ulik tid og hadde ulike skjermingsgrunnlag og uttalelsen gjaldt fordeling av ervervstidspunkt og inngangsverdi. Når det gjaldt ervervstidspunkt fremholdt

Skattedirektoratet at FIFU-prinsippet ikke opphører ved spleis av aksjer. Ved å legge til grunn FIFU-prinsippet vil de aksjer som er ervervet nærmest i tid anses for å være først spleiset.

Dersom en aksjonær spleiser fire aksjer som er ervervet i 2000, 2001, 2002, 2003 til to aksjer vil aksjene ervervet i 2000 og 2001 anses som spleiset og aksjene ervervet i 2002 og 2003 anses for å være spleiset. Innbetalt aksjekapital på aksjene fra 2000 og 2001 vil være summen av innbetalt kapital på disse aksjene. Tilsvarende vil summen av innbetalt aksjekapital på aksjene ervervet i 2002 og 2003 være summen av innbetalt kapital på disse aksjene.

I noen tilfeller velger aksjonærene å foreta en etterfølgende splitt av aksjene. I slike tilfeller må det i følge Skattedirektoratet legges til grunn en kontinuitetstankegang slik at aksjene tilordnes sine opprinnelige skatteposisjoner.¹⁰⁰

Skattedirektoratet har i bindende forhåndsuttalelser gitt uttrykk for at aksjespleiser i seg selv ikke gir grunnlag for beskatning. Dette følger av at skatteposisjonene skal videreføres på de spleisede aksjene.¹⁰¹ En konkret vurdering kan likevel føre til at disposisjonen må anses å være skattepliktig på bakgrunn av ulovfestet gjennomskjæring.

Når det gjelder vilkåret om at disposisjonen må ha tilstrekkelig egenverdi vil ikke dette vilkåret være oppfylt dersom det eneste formålet med splitt og spleis er å spare skatt. Dersom disposisjonen er gjennomført av organisatoriske hensyn eller lignende vil den kunne ha tilstrekkelig egenverdi. Det er imidlertid som nevnt ovenfor også et vilkår at disposisjonen er illojal overfor skattereglene. Dette vilkåret har vært oppe til vurdering i Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelser.

¹⁰⁰ BFU 53/05

¹⁰¹ BFU 53/05

I bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, BFU 66/06 var spørsmålet Skattedirektoratet tok stilling til om utdeling til aksjonær i sin helhet kunne betraktes som tilbakebetaling av aksjekapital eller om utdelingen skulle utbyttebeskattes. Selskapets eneaksjonær ønsket å spleise alle selskapets aksjer til en aksje, før han ville gjennomføre nedsettelse av aksjekapitalen for å betale tilbake innbetalt overkurs. Aksjene hadde ulik innbetalt overkurs og ved å spleise aksjene ville han unngå utbyttebeskatning ved at utdelingen i sin helhet skulle anses som tilbakebetaling av innbetalt overkurs.

Når det gjaldt vilkåret om illojalitet fremholdt Skattedirektoratet at det ikke var noe som tydet på at spleisen ikke ville få realitet for aksjonæren. Direktoratet fremholdt videre at skattyter ved den planlagte spleisen og påfølgende kapitalnedsettelse ikke ville få ut av selskapet ikke innbetalt aksjekapital uten beskatning. Transaksjonen hadde også andre konsekvenser ettersom aksjonærens skjermingsgrunnlag ville bli redusert. Basert på dette kom direktoratet til at aksjespleisen ikke var illojal. Skattedirektoratet kom til at det ikke var grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring og utdelingen således ikke ville medføre utbyttebeskatning.

Også i BFU 05/08 skulle Skattedirektoratet ta stilling til hvorvidt spleis av aksjer til én etterfulgt av nedsettelse av overkursfond kombinert med tilbakebetaling medførte ulovfestet gjennomskjæring. Skattedirektoratet kom til at forholdet ikke var illojalt mot utbyttereglene og at det dermed ikke var grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring. Også her var begrunnelsen at disposisjonen ville få en realitet for aksjonæren.

I BFU 24/09 kom Skattedirektoratet til at spleis av samtlige av selskapets aksjer, med forskjellig innbetalt kapital, til én aksje med en påfølgende splitt for så og omfordele totalt innbetalt aksjekapital før nedsettelse av overkursfond var i strid med prinsippet om at innbetalt aksjekapital er en individuell skatteposisjon. I følge direktoratet vil aksjonæren dersom han ved en spleis og splitt skal kunne vaske bort aksjenes historikk vil det kunne føre til at aksjonærene vil kunne påvirke aksjenes skjermingsfradrag og inngangsverdi.

Dette taler i følge Skattedirektoratet for at ved en aksjesplitt må situasjonen fra før spleisen i størst mulig grad gjenopprettes.

Det ser ut til at Skattedirektoratet legger opp til en ulik praksis avhengig av om aksjespleisen blir etterfulgt av en aksjesplitt eller ikke. Dette fremstår som rimelig. Dersom det foretas en etterfølgende splitt slik at antall aksjer blir det samme som det var før spleisen vil det nok lettere kunne hevdes at disposisjonen ikke har tiltrekkelig egenverdi og at den er illojal. Dette kan stille seg annerledes dersom antall aksjer før og etter splitt og spleis endres, men også her vil en etter en konkret vurdering kunne komme til at disposisjonen mangler egenverdi, og at den er illojal mot skattereglenes formål enn hvor det ikke foretas en påfølgende aksjesplitt.

6.4 Skjevdeling av utbytte

Et annet spørsmål som reiser seg når aksjonærer har aksjer med ulik innbetalt aksjekapital er om det er adgang til å foreta skatterettslig skjevdeling av utbytte.

Skjevdeling innebærer at aksjonæren kan velge hvilke aksjer utdelingen skal foretas fra. På denne måten vil aksjonæren kunne velge de aksjer som har høyest innbetalt aksjekapital knyttet til seg og på denne måten unngå eller redusere utbyttebeskatning.

I følge asl § 4-1 kan aksjeselskap ha ulike aksjeklasser med ulike rettigheter til utbytte knyttet til seg. Aksjeloven tillater således skjevdeling av utbytte. Det må imidlertid skilles mellom selskapsrettslig og skatterettslig skjevdeling.

Også ved skatterettslig skjevdeling kan det være tale om ulovfestet gjennomskjæring. Det må i så fall foretas en konkret vurdering av den enkelte sak basert på vilkårene som er gjennomgått over. De sakene Skattedirektoratet har behandlet, og som vil bli gjennomgått nedenfor, gjaldt imidlertid hvorvidt slik skjevdeling var i strid med FIFU-prinsippet i sktl. § 10-36 og reglene om skjerming i sktl. § 10-12.

Både BFU 32/08¹⁰² og 35/08.¹⁰³ gjaldt aksjonærers adgang til å skjevdele mellom aksjer med ulik innbetalt kapital. Formålet med skjevdelingen var å utnytte skatteposisjonen innbetalt aksjekapital som var høyere på de aksjene utdelingen skulle foretas på for å unngå utbyttebeskatning. Skattedirektoratet kom til at skjevdelingen var i strid med FIFU-prinsippet i sktl. § 10-36 og med reglene om skjerming etter § 10-12 jfr. § 10-31. I begge uttalelsene fremholder Skattedirektoratet:

”I lignings- og rettspraksis er lagt til grunn som et hovedprinsipp at aksjonæren har stor grad av valgfrihet med hensyn til hvorvidt det er innbetalt eller opptjent kapital som skal utdeles fra selskapet. I den grad aksjonæren klarer å identifisere og dokumentere tidligere innbetalt kapital, vil denne delen av utbetalingen være skattefri etter skatteloven § 10-11 andre ledd annet punktum”.

Dette er imidlertid bare et utgangspunkt. Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital skal som nevnt redusere aksjens inngangsverdi, jfr. sktl. § 10-35. Ved å velge hvilken aksje utdelingen skal foretas fra vil aksjonæren kunne påvirke inngangsverdien. Ettersom inngangsverdien har betydning ved en senere realisasjon av aksjen har FIFU-prinsippet derfor interesse ved skjevdeling. Formålet med å innføre FIFU-prinsippet var i følge forarbeidene blant annet å hindre skattetilpassing. På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene mente Skattedirektoratet at en adgang til skjevdeling ville åpne for utilsiktede muligheter for aksjonærer til å sjonglere med skatteposisjoner i tillegg til at det vil kunne uthule skjermingsmetoden. Skattedirektoratet konkluderte dermed med at skjevdeling var i strid med FIFU-prinsippet.

Også spørsmålet om disposisjonen var i strid med skjermingsmetoden ble vurdert. Skattedirektoratet kom til at skjevdeling ville undergrave reglene om skjerming på en måte som var i strid med reglenes formål og at skjevdeling dermed var i strid med

¹⁰² BFU 32/08

¹⁰³ BFU 35/08

skjermingsmetoden. I begrunnelsen vises det til at skjerming er en individuell skatteposisjon.

Skjevdeling vil kunne åpne for en uønsket skattetilpassing gjennom en omgåelse av skattereglene. Dette er samme hensyn som ligger bak de ulovfestede gjennomskjæringsreglene. Ettersom skjevdeling her direkte var i strid med disse FIFU-prinsippet og skjermingsmetoden tok imidlertid ikke Skattedirektoratet standpunkt til reglene om ulovfestet gjennomskjæring.

I BFU 43/08 behandlet Skattedirektoratet et lignende tilfelle. Saken gjaldt uttreden av sameiet i én aksje. Aksjonær ønsket å tre ut av selskapet ved at selskapet skulle beslutte å skjevdele utbytte kun til ham som vederlag for hans andel. Ettersom selskapet bare hadde en aksjekapital på minimumskravet på kr. 100.000 var det ikke mulig å foreta kapitalnedsettelse. Disposisjonen kunne i følge Skattedirektoratet ikke anses som partiell likvidasjon etter sktl. § 10-37 ettersom det ikke skulle foretas en kapitalnedsettelse etter asl. kapittel 12. Skattedirektoratet kom til at skattyter skulle utbyttebeskattes for den del av utbyttet som tilfalt ham. De konkluderte videre med at skattyter ved å oppgi sin eierandel i selskapet måtte anses for å ha realisert sin andel og at eventuell gevinst var skattepliktig og tap fradragsberettiget. I sin begrunnelse fremholder Skattedirektoratet:

”Etter utdeling vil skattyter ikke lenger være aksjonær i selskapet. Fremgangsmåten medfører således at de øvrige aksjonærer øker sin prosentvise eierandel (selv om selskapet totalt sett er mindre verdt etter uttreden av den ene aksjonær) siden selskapets aksjekapital er uendret. Utbyttet deles ut på den ene aksjen som foreligger i selskapet. Dette medfører at en forholdsmessig del av utbyttet må anses innvunnet av hver av sameieaksjonærene, og at disse deretter erverver uttredende aksjonærs eierandel i selskapet”.

Skattedirektoratet slår her fast at det foreligger en selskapsrettslig skjevdeling. Selskapsrettslig er det bare uttredende aksjonær som mottar utbytte. Ettersom de gjenværende aksjonærs eierandel har økt blir også disse aksjonærene beskattet for mottatt

utbytte. Uttalelsen innebærer således at selv om utbyttet kan skjevdeles selskapsrettslig vil en slik skjevdeling ikke godtas skatterettslig.

Drøftelsen har vist at splitt og spleis av aksjer vil kunne bli beskattet på bakgrunn av regelen om ulovfestet gjennomskjæring. Det må foretas en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle. Når det gjelder skjevdeling kan det synes som om ligningspraksis ikke godtar dette. Det må likevel også her vurderes konkret i den enkelte sak.

7 Litteraturliste

Litteratur

Almvik, Fred-Ove, Vegard Kristiansen og Anders Myklebust. Bedriftsbeskatning i praksis. Oslo. 2000.

Andenæs, Mads Henry. Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper. 2. utgave. Oslo 2006.

Brudvik, Arthur. Skatterett for næringsdrivende. 32. utgave. Oslo 2009.

Gjems-Onstad, Ole, Norsk Bedriftsskatterett. 7. utgave, Oslo, 2008.

Zimmer, Fredrik, Internasjonal inntektsskatterett. 4. utgave, Oslo, 2009.

Zimmer, Fredrik, i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen og Rasmussen Advokatfirma, Bedrift, selskap og skatt. Inntektsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere. 4. utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2006.

Lignings ABC 2009/2010

(<http://www.skatteetaten.no/no/Bibliotek/Publikasjoner/Handbøker>)

Lover og forskrifter

1911 Lov om skatt av formue og inntekt av 18. august

1921 Lov om beskatning til staten av aksjeselskaper og aksjonærer av 13. juli

1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere av nr. 65

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

1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni nr. 45.

1998 Lov om årsregnskap m.v.(regnskapsloven) av 17. juli nr 56.

1999 Lov om revisjon og revisorer (revisorloven) av 15. januar nr 2.

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

1999 Forskrift om utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 9. november nr. 1158

F27.22.2009 nr 1493 Stortingsvedtak om skatt av inntekt og formue mv. for inntektsåret 2010.

Forarbeider

Ot.prp. nr 35 (1990-1991)

Ot.prp. nr 23 (1996-1997)
Ot.prp. nr 86 (1997-98)
Ot.prp. nr 1 (2004-2005)
Innst.O. nr 10 (2004-2005)
NOU 1992:29

Rettspraksis

Rt.1938 s. 825.
Rt.1949 s. 296.
Rt. 1957 s. 1239.
Rt. 1989 s. 545.
Rt. 1995 s. 872.
Rt. 1995 s. 1674.
Rt. 1997 s. 1080.
Rt. 1998 s. 1425.
Rt. 1999 s. 946.
Rt. 2001 s. 170.
Rt. 2001 s. 851.
Rt. 2001 s. 1444.
Rt. 2002 s. 56.
Rt. 2002 s. 456.
Rt. 2002 s. 1268.
Rt. 2004 s. 1331.
Rt. 2006 s. 1232.
HR-2001-00464.

Kilder fra Utvalget

(hentet fra <http://www.rechtsdata.no>)

Uttalelser fra Finansdepartementet:

Utv. 1985 s. 565

Utv. 1993 s. 231

Utv. 1994 s. 1432.

Utv. 1995 s. 108.

Utv. 1995 s. 482.

Utv. 1995 s. 468.

Utv. 1995 s. 1064

Utv. 1996 s. 1434

Utv. 1997 s. 895

Utv. 1997 s.1080.

Utv. 1999 s. 994b.

Utv. 1999 s. 994.

Utv. 2001 s. 478

Utv. 2002 s.183

Utv. 2003 s. 796

Utv. 2004 s. 630

Utv2004 s. 732

Utv. 2006 s. 752.

Utv. 2006 s. 1752

Utv. 2006 s. 1753.

Utv. 2007 s. 752

Utv. 2008 s. 701

Uttalelse av 28.05.08, (hentet fra <http://www.finansdepartementet.no>)

Uttalelser fra Skattedirektoratet:

BFU 58/02

BFU 53/05.

BFU 66/06

BFU 69/06

BFU 21/07

BFU 05/08

BFU 32/08

BFU 35/08

BFU 43/08

BFU 24/09

Artikler

Lønn, Lene Marie. Revisjon og regnskap Utg. 2/2008 ”Innbetalt kapital i norske selskaper”