

Skattemessig omklassifisering av personlig aksjonærlån



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 586
Leveringsfrist: 25.11.2010

Til sammen 17 986 ord

24.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING – OPPGAVENS TEMA OG PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
1.1	Foranledning	2
1.2	Avgrensninger	4
1.3	Terminologi	5
1.4	Problemstilling for oppgaven	6
1.5	Videre fremstilling	6
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDE OG METODE</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>RETTLIG BAKTEPPE</u>	<u>8</u>
3.1	Aksjeloven	8
3.1.1	Lånebegrensningene	9
3.1.1.1	Aksjonærlånets subjekter	9
3.1.1.2	Økonomiske skranker	11
3.1.1.3	Sikkerhet for lånet	12
3.1.1.4	Begrensninger i anvendelsen av lånet	13
3.1.2	Virkning av brudd på lånebegrensningene	14
3.2	Folketrygdloven	14
3.3	Regnskapsloven	15
3.3.1	Regnskapslovens kapittel 7	15
3.4	Ligningsloven	16
3.5	Skatteloven	18
3.5.1	Skattlegging av arbeidsinntekt	18
3.5.2	Skattlegging av utbytte	19
3.5.2.1	Skjermingsfradrag	21

4 SKATTEMESSIG OMKLASSIFISERING – LÅN ELLER LØNN/UTBYTTE 22

4.1	Rettslig relevante momenter for omklassifiseringsspørsmålet	22
4.1.1	Tilbakebetalingsplikt	25
4.1.2	Skriftlig låneavtale	30
4.1.2.1	Momentets vekt i den konkrete sak	32
4.1.2.2	Betydning av etterfølgende forhold	37
4.1.2.3	Annen dokumentasjon	38
4.1.3	Kredittramme og andre forhold rundt behandlingen av lånet	40
4.1.4	Sikkerhetsstillelse	43
4.1.5	Renter	45
4.1.6	Løpetid	46
4.1.7	Faktisk tilbakebetaling	47
4.1.8	Partenes økonomiske situasjon	50
4.1.9	Lånemidlenes anvendelse	53
4.1.10	Andre forhold i selskapet	55
4.1.11	Forholdet til aksjeloven	56
4.1.12	Helhetsvurderingen	60
4.2	Skatterettslige følger av omklassifiseringen	62
4.2.1	Arbeidsinntekt	62
4.2.2	Utbytte	63
4.2.3	Arbeidsinntekt vs. utbytte	63
4.3	Forholdet til pensjon, folketrygd, feriepenger og sykepenger	64
4.4	Forholdet til den ulovfestede omgåelsesnorm	65
4.4.1	Generelt om den ulovfestede omgåelsesnormen	66
4.4.2	Gjennomskjæring av aksjonærlån	67
<u>5</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>68</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>70</u>

1 Innledning – oppgavens tema og problemstilling

Det finnes flere ulike måter for en personlig aksjonær å få tilgang til kapital fra sitt selskap på. Den vanligste metoden er gjennom ordinær arbeidsinntekt eller utbytte. Andre måter er ved kapitalnedsettelse, nedsettelse av overkursfond, ved oppløsning og avvikling av selskapet eller ved avkastning av et lån som er ytet selskapet.

Nok et alternativ er å tilegne seg rådighet over selskapets midler gjennom privat låneopptak. Praksis viser dog at ikke alle låneopptak er like reelle i den forstand at låneformen i visse tilfeller blir brukt for å unnta de uttatte midlene fra lønns- eller utbyttebeskatning. Det hender altså at skattyter ikke behandler ytelsen fra selskapet som et lån. I de tilfellene aksjonærlånet viser seg ikke å være reelt kan skattemyndighetene fravike skattyters likning og omklassifisere lånet til dets faktiske form – nemlig utbytte eller lønn. Nettopp denne grensedragningen mellom lån og utbytte/arbeidsinntekt er temaet for denne fremstillingen.

Problemstillingen knyttet til skattemessig omklassifisering av aksjonærlån blir stadig mer aktuell. Den samlede saldoen på lån over 200.000 kroner til fordel for 2500 små og mellomstore selskaper, var i 2009 cirka 7,7 milliarder kroner i Skatt Øst sin region.¹ Skattemyndighetens undersøkelser har vist at egenkapitalen hos et stort antall bedrifter består av fordringer på aksjonærene.² Dette gjelder så vel kapitalsvake som kapitalsterke bedrifter.³ I perioden fra 2005 til 2008 har Skatt Øst registrert en økning på 112 prosent i antall aksjonærlån, og trenden er økende.⁴

Skattefrie bufferne mange aksjonærer opparbeidet seg før innføringen av økt utbytteskatt i 2006 begynner å ta slutt. Samtidig ser det ikke ut til at skatteregimet skal

¹ Haukaas og Mauren (2009).

² Syversen og Hartz-Hanssen (2004).

³ Ibid.

⁴ Haukaas og Mauren (2009).

endre seg til fordel for aksjonærer som ønsker å ta ut verdier av selskaper skattefritt. Dette fører til nye kreative forsøk på skattefrie uttak.⁵

Ligningslovens (lignl.) § 8-1 hjemler skattemyndighetenes adgang til å omklassifisere aksjonærlån som ikke er reelle til henholdsvis utbytte eller lønn, og utgjør således et utgangspunkt i denne fremstillingens forsøk på å klarlegge rettstilstanden på området.

1.1 Foranledning

Av innledningen fremgår det at det er et økende fenomen at aksjonærer i selskaper tar opp personlige lån i sine selskaper. I tilknytning til denne utviklingen øker også tilfellene av at lånene som blir opptatt ikke er reelle, men snarere et forsøk på å maskere et utbytte eller skjule lønn for dermed å unnta midlene fra beskatning. Årsakene til denne økningen er sannsynligvis sammensatt av flere forhold.

For det første er det klart at selskapet og aksjonæren kan ha mange gode grunner til å opprette et låneforhold seg imellom. Lån er en måte for aksjonæren å råde over ubeskattede midler fra selskapet på. Forutsatt at lånet er reelt unngår selskapet også å tappes for verdier, slik utdeling av utbytte eller lønn medfører. I tillegg kan et lån i et selskap aksjonæren har være egnet til å gi tilgang til rask likviditet for private investeringer, uten at aksjonæren er tvunget til å måtte gå gjennom en profesjonell finansinstitusjon. Samtidig som selskapet kan gi gunstige lånebetingelser kan det også vise seg å være en medgjørlig kreditor for aksjonæren.

På bakgrunn av de nevnte fordeler er det klart at mange aksjonærer tar opp fullt legitime lån i sine selskaper. I tilfellene hvor skattyter følger regelverket ved å opprette et reelt låneforhold og forholde seg til tilbakebetalingsplikten er aksjonærlån helt uproblematisk. Erfaring tilsier imidlertid at denne åpningen for tilgang til kreditt i økende grad blir ulovlig utnyttet.

En grunn til denne tendensen kan blant annet relateres til de globale økonomiske problemene. Mange har fått føle den begrensede tilgangen til kreditt som utløste

⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 488.

finanskrisen. Selv om skattyter ikke bevisst bryter skattereglene er det grunnlag for å tro at en trang økonomisk situasjon er egnet til å øke fristelsen for å gjennomføre slike arrangementer. Fristelsen kan forsterkes om selskapet er i en situasjon hvor det ikke har mulighet til å utbetale utbytte eller høyere lønn.

Aksjonærer som tar opp lån i sitt selskap er ikke nødvendigvis motivert av å unngå skatt totalt, men av å utsette skatt på lønn eller utbytte. Utsettelse av beskatning kan i mange sammenhenger være fordelaktig. Et mål kan være å sikre en bedre likviditet over en lengre periode om det skulle være trange tider for privatøkonomien. Det kan også være at skattyter spekulerer i at skatteregimet skal endre seg og derfor utsetter beskatning i håp om at nye regler blir mer fordelaktig.

Det er også slik at mange aksjonærer har for lite kunnskap om regelverket knyttet til opprettelsen og gjennomføringen av aksjonærlån og konsekvensene dersom disse blir ansett for ikke å være reelle.

Etter innføringen av skattereformen 2004-06 har de svært gunstige godtgjørelsesmetodene for utbytte blitt avløst av en dobbelbeskatningsmodell for gevinster over skjermingsfradraget. På grunn av overgangsregler ved gjennomføringen av lovendringene tok aksjonærer store vernetiltak med tanke på å beskytte midler fra økt beskatning. Dette førte blant annet til rekordstore utbytter i 2005 som i neste omgang ble puttet inn i det samme selskapet som frisk kapital.⁶

Resultatet ble at aksjonærene satt igjen med en stor skattefri kapitalkilde i selskapet, som de kan ta ut ved behov gjennom nedkapitalisering av selskapet. Et eksempel er Kjell Inge Røkke som de siste tre årene har tatt ut 1,7 milliarder kroner fra sitt selskap, The Resource Group International, gjennom skattefrie uttak i form av kapitalnedsettelse.⁷

⁶ Kildal (2006) s. 1.

⁷ Parr (2010).

Nå har det gått noen år siden reformen og mange av disse kildene begynner å tømmes. Dette fører til et sterkere ønske blant aksjonærer om andre metoder for å unnta ytelser fra selskapsbeskatning. En fristende metode blir da å kalle utbyttene lån for å unngå skatt.⁸

Fremstillingen vil vise at det ikke alltid er like lett verken for skattyter, skattemyndighetene eller domstolene å trekke opp grensen for hvilke lån som skal anses reelle og hvilke som skal omklassifiseres.

Gjennom oppgaven vil leseren få innsikt i hvilke momenter som er relevante og hvordan disse vektet i vurderingen av om et aksjonærlån er reelt eller ikke.

1.2 Avgrensninger

Denne oppgaven vil først og fremst holde seg innenfor rammene av skatteretten og selskapsretten. Ytterligere avgrensninger er nødvendig for at besvarelsen ikke skal få et for generelt preg.

Fremstillingen vil ta for seg lån fra et aksjeselskap til en person som er aksjonær i samme selskap i Norge. Selskapsaksjonærer, deltakere fra deltakerliknede selskaper og eventuelle problemstillinger knyttet til utenlandske forhold vil derfor holdes utenfor. Det samme gjelder lån fra aksjonær til selskap.

Gjennomgangen vil videre fokusere på kjernen i vurderingen av omklassifiseringsspørsmålet slik den fremkommer i rettspraksis, ligningspraksis og teori. Selskapsrettens materielle inhabilitetsregler, krav om likebehandling av aksjonærer, regler om beskyttelse av minoritetsaksjonærer og lignende vil derfor for det meste holdes utenfor. Spørsmål knyttet til tilleggsskatt, skatteunndragelse og skatterettslig foreldelsesregler vil heller ikke blir behandlet.

Endelig vil det avgrenses mot reglene i allmennaksjeloven. Det er ikke utelukket at tilsvarende problemstillinger kan oppstå i tilknytning til allmennaksjeselskaper, men

⁸ Gjems-Onstad (2008) s. 471.

situasjonen er nok ikke like praktisk ettersom nærheten mellom partene i et arrangement sjelden er det samme som i mindre aksjeselskaper.

1.3 Terminologi

”*Omklassifisering*” er en betegnelse på tilfellene der skattemyndighetene foretar en vurdering av de faktiske forholdene hos skattyter og legger til grunn et annet faktum enn det skattyter hevder, jfr. lignl. § 8-1. Dette gir seg utslag i en endret beskatning hos skattyter. Situasjonen må holdes adskilt fra andre former for tilsidesettelse av skattyters oppfatning, for eksempel der en annen beskatningsform blir valgt enn det de underliggende privatrettslige forhold skulle tilsi (ulovfestet gjennomskjæring).

Med ”*aksjonærlån*” menes, i denne sammenheng disposisjoner der personlig aksjonær tar opp et privat lån i selskapet han har aksjene i. Aksjelovens kapittel 8 III behandler reglene om selskapets rett til å gi ”*kreditt*” og ”*stille sikkerhet*”. Denne terminologien skiller seg fra aksjeloven (asl.) 1976 § 12-10 (1)-(5) hvor det i stedet ble brukt ordet ”*lån*”, uten at dette er ment å skulle påvirke innholdet i bestemmelsene.⁹

Bakgrunnen for endringen i den nye loven er ifølge NOU 1992:29 s 178-179 at ”*kreditt*” bedre dekker situasjonene loven er ment å ramme.¹⁰ I ordet ”*kreditt*” ligger det en klar antakelse om at ytelsen skal betales tilbake til selskapet.

Av Ot. prp. nr. 19 (1974-75) følger det at bestemmelsen omfatter pengelån, med eller uten rente. Lån eller leie av ting er derimot holdt utenfor.¹¹

Andenæs gir i sin bok flere eksempler på hva som rammes av det nevnte uttrykk.¹²

Utgangspunktet er at bedriften yter noe som aksjonæren kan utsette og yte tilbake.¹³

⁹ Andenæs (2006) s. 474.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ot. prp. nr. 19 (1974-75) s. 192.

¹² Andenæs (2006) s. 474.

¹³ Ibid.

Den skatterettslige betydningen av ”arbeidsinntekt” og ”utbytte” fastlegges i skatteloven, som vil bli behandlet i oppgaven kapittel 3.5.

1.4 Problemstilling for oppgaven

Oppgavens problemstilling er:

Hvor skal den skatterettslige grensen trekkes mellom det som skal klassifiseres som personlig aksjonærlån, og det som skal klassifiseres som utbytte eller arbeidsinntekt?

1.5 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil det først gjøres rede for rettskildebildet for området og metode for denne oppgaven.

Videre vil det bakenforliggende regelverket som regulerer aksjonærlånets skatterettslige og selskapsrettslige sider behandles.

Oppgavens hoveddel vil deretter se nøyere på omklassifiseringsspørsmålet med særlig fokus på relevante vurderingsmomenter utledet av teori, lignings- og rettspraksis. Forholdet til den ulovfestede omgåelsesnorm vil også bli vurdert.

Endelig vil oppgavens problemstilling bli besvart med bakgrunn i drøftelsene i oppgavens hoveddel.

2 Rettskildebilde og metode

I dette kapitlet vil det bli redegjort for hvilke rettskilder og hvilken metode, som vil ligge til grunn for denne fremstillingen.

Skatteloven (sktl.) og ligningsloven utgjør utgangspunktet for vurderingen av omklassifiseringsspørsmålet. Den grunnleggende problemstillingen er hvorvidt det angivelige lånet fra selskapet heller må sies å være ”fordel vunnet ved arbeid”, jfr. sktl. § 5-1, eller ”vederlagsfri utdeling”, jfr. sktl. § 10-11. Lovtekstene gir likevel bare

begrenset veiledning når det kommer til å avgjøre hvordan et konkret låneforhold skal bedømmes. Heller ikke forarbeidene til Skattereformen 2004-2006 tok for seg denne problemstillingen.¹⁴ Utfallet av en omklassifiseringsvurdering vil derfor i hovedsak bero på en tolkning av andre kilder, som rettspraksis, ligningspraksis, teori og reelle hensyn.

Rettspraksis er en meget sentral kilde i forhold til spørsmålet om omklassifisering av personlig aksjonærlån og analyse av denne vil utgjøre en sentral del av denne oppgaven. Det er relevant å påpeke at det i hovedsak er kun en aktuell Høyesterettsdom, Rt. 1998 s. 383 "*Vrybloed*" ("*Vrybloeddommen*")¹⁵.

Til tross for at problemstillingen er forholdsvis praktisk er det altså beskjedent med Høyesterettspraksis på området. Uttalelser i denne dommen må derfor tillegges betydelig vekt til tross for dens alder. Videre betyr det at uttalelser fra underrettspraksis også vil bli tillagt vekt.

Lignings-ABC gir uttrykk for ligningspraksis da saksbehandlerne hos skattemyndighetene bruker den som rettesnor. Ettersom likhetsprinsippet er en viktig del av skatteretten er det viktig også at ligningspraksis er ensartet.¹⁶ Det er meningen at Lignings-ABC skal bidra til dette.

Dette fremgår også av Utv. 2009 s. 1345 "*Hjeltnes*" ("*Hjeltnesdommen*")¹⁷ hvor lagmannsrettens uttaler at redegjørelsene for beskatning av aksjonærlån i Lignings-ABC er dekkende for ligningspraksis og at det i lys av likebehandlingshensyn er grunn til å tillegge denne praksisen vekt.

De ulike retningslinjenes relative vekt vil allikevel måtte avhenge av hva de er grunnlagt i. Der de er grunnlagt i domstolenes praksis vil de ha større vekt enn om de ikke har grunnlag i noen særskilte autorative kilder.

¹⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 471.

¹⁵ Referert side 17.

¹⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 64.

¹⁷ Referert side 26.

Problemstillingen er forholdsvis lite omtalt i juridisk teori. Det er dog noen avsnitt viet til temaet ulike steder og enkelte grundigere artikler av eldre dato, men det er vanskelig å finne inngående analyser av spørsmålet.

3 Rettslig bakteppe

I dette kapittelet vil det blir gjort rede for det bakenforliggende regelverket som regulerer problemstillinger knyttet til aksjonærlån.

3.1 Aksjeloven

Aksjelovens bestemmelser er særlig aktuelle ved opprettelsen av aksjonærlånet, da en del vilkår må være tilfredsstilt for at lånet skal være lovlig etter selskapsretten. Selv om ikke aksjelovens bestemmelser virker direkte inn på omklassifiseringsspørsmålet, er det viktig å ha reglene om opprettelsen av lånet som bakteppe.

Hovedbegrunnelsen for reglene i aksjeloven er å beskytte medaksjonærer, selskapet og kreditorer mot økonomisk skadelige handlinger, samt å gi notoritet over forholdet. Lån til aksjonær kan utgjøre en trussel mot de andre partenes interesser da det tar likvide midler ut av selskapet som i beste fall erstattes med mer illikvid sikkerhet. I forarbeidene til 1976-loven ble det blant annet begrunnet med at:¹⁸

«Utlån av selskapets midler til aksjeeiere og andre som står selskapet nær, representerer en ressursanvendelse som ikke fremmer selskapets virksomhet.»

Kreditorers og minoritetsaksjonærers behov for beskyttelse mot slike disposisjoner har altså ført til begrensninger i adgangen til å yte slike lån.

¹⁸ Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) kapittel 4. 12. 2.

Hvilket selskapsorgan som er kompetent til å godkjenne lånet må avgjøres ut fra en vurdering av ulike momenter; motivet for ytelsen, ytelsens størrelse, vilkårene for lånet, hvem lånet ytes til.¹⁹

Begrensningene som aksjeloven oppstiller når det gjelder å yte kreditt til aksjonærer kommer til anvendelse både når det er snakk om å opprette nye lån, og når det er spørsmål om å utvide eksisterende lån.²⁰

Reglene som omhandler kreditt og sikkerhetsstillelse i aksjeloven finnes i bestemmelsene § 8-7 til § 8-11. Denne fremstillingen fokuserer på omklassifisering av aksjonærlån ("*kreditt*"). "*Sikkerhetsstillelse*" vil derfor ikke bli drøftet i det følgende.

3.1.1 Lånebegrensningene

3.1.1.1 Aksjonærlånets subjekter

Asl. § 8-7 rammer først og fremst aksjeeier og dennes nærstående. Størrelsen på aksjeposten eller omfanget av rettigheter er i denne sammenheng uten betydning.²¹

Med "*aksjonær*" menes vanligvis aksjeervert som er innført i aksjeeierboken, eller meldt og godtgjort uten hindringer som følge av omsetningsbegrensninger i vedtektene eller etter lov.²² Dette betyr at tidligere eller fremtidige aksjonærer ikke vil bli rammet av bestemmelsen.²³

Asl. § 8-7 (2) utvider kretsen til aksje- eller andelseiere i andre selskaper i samme konsern eller noen av disses nærstående.²⁴ Også i disse situasjonene er økt fare for at nærstående utnytter sin situasjon.

¹⁹ Aarbakke (1997) s. 510.

²⁰ Bråthen (2001).

²¹ Andenæs (2006) s. 475.

²² Bråthen (2001).

²³ Ibid.

²⁴ Andenæs (2006) s. 475.

Asl. § 8-8 åpner på sin side for å gi aksjeeiere og dennes nærstående lån i de tilfellene der eieren har en hovedstilling i selskapet eller i et selskap i samme konsern, og:

”... kreditten ytes i samsvar med det som er vanlig ved finansiell bistand til ansatte...”

Bestemmelsens andre ledd setter som vilkår at aksjeeieren eller dennes nærstående ikke har en andel som overgår fem prosent av aksjekapitalen i selskapet eller tilsvarende i et selskap i samme konsern.

Denne regelen utgjør dermed et unntak fra lånebegrensningen for denne personkretsen slik at lånebegrensningsreglene ikke skal være til hinder for at ansatte blir begunstiget også ved mulighet til å kjøpe aksjer i eget selskap.

Lånebegrensningen omfatter også kredittgivning til nærmere angitte tillitsvalgte i långiverselskapet eller annet selskap i samme konsern i tillegg til deres nærstående, jfr. asl. § 8-9 (1). Dette gjelder styremedlem, daglig leder eller et medlem av bedriftsforsamlingen.

Andre ledd gjør imidlertid unntak fra denne på nærmere angitte vilkår. Dette unntaket er begrunnet i ønsket om å opprettholde rekrutteringen til nevnte posisjoner blant de ansatte.

Om den enkelte ansatte skulle ha aksjer i selskapet, må tilfellet også vurderes etter § 8-8. Spørsmålet blir da om aksjeposten utgjør mer enn 5 prosent av aksjekapitalen.

Konsernbegrepet er definert i lovens §§ 1-3 og 1-4 (2) 1.punktum.²⁵ Hvem uttrykket ”nærstående” omfatter tar utgangspunkt i aksjelovens definisjon i § 1-5 (1).

²⁵ Andenæs (2006) s. 475.

3.1.1.2 Økonomiske skranker

I det følgende skal det gjøres rede for hvilke økonomiske skranker lånebegrensningene stiller opp.

Asl. § 8-7 (1) bestemmer at lån til en aksjonær eller hans nærstående kun kan gis kreditt:

”...innenfor rammen av de midler som selskapet kan benytte til utdeling av utbytte...”

Denne begrensningen i avtalefriheten fører i utgangspunktet til at selskapet kun kan låne ut de midlene det har mulighet til å benytte til utbytte etter lovens § 8-1.

Utbyttebegrepet er ikke lenger definert direkte i loven, men det samsvarer med utdelingsbegrepet i asl. § 3-6 (2).²⁶

Etter første ledd må begrepet avgrenses mot utbetalinger etter reglene om fusjon eller fisjon, kapitalnedsettelse eller tilbakebetaling etter oppløsning.²⁷ Videre må begrepet avgrenses mot andre regler som regulerer utbetaling på aksjer enn reglene i asl. § 3-6.²⁸

Det er det seneste fastsatte årsoppgjøret som setter rammene for hva som inngår i ”utbytte”. Dette betyr at om maksimalt utbytte er utbetalt vil det stenge muligheten for aksjonærer å ta opp lån det aktuelle året. Avgjørende for vurderingen er den totale summen av kreditter og sikkerhetsstillelser og andre transaksjoner som selskapet har.²⁹

Etter asl. § 8-1 (3) har den typen kapital som fritt kan disponeres til lån merkelappen ”selskapets frie egenkapital”. Ved fastleggingen av den frie egenkapital blir det, etter asl. § 8-1 (1) nr. 3 blant annet gjort fratrukk fra eksisterende aksjonærlån. Denne delen

²⁶ NOU 1996: 3 s. 102.

²⁷ Bråthen (2001).

²⁸ Andenæs (2006) s. 435.

²⁹ Bråthen (2001).

av selskapskapitalen er ved uttak ikke ansett å true virksomhetens livsgrunnlag og kan derfor disponeres fritt.

Annerledes er det om det bestemmes utbytte som vil ramme egenkapitalen som etter balansen er mindre enn ti prosent av balansesummen. I en slik situasjon krever loven at en følger den spesielle fremgangsmåten i §§ 12-4 og 12-6 for å sikre medaksjonærers og kreditorers interesse, jfr. asl. § 8-1 (3).

En problemstilling som har vært omdiskutert i denne sammenheng er hvorvidt det kreves en spesiell fremgangsmåte etter §§ 12-4 og 12-6 i de tilfellene lånet delvis vil gripe inn i den delen som etter balansen er under ti prosent av balansesummen. Løsningen er ikke gitt, og mer inngående drøftelse av problemstillingen faller utenfor denne oppgavens grenser.

3.1.1.3 Sikkerhet for lånet

I dette kapittelet vil uttrykket ”*betryggende sikkerhet*”, jfr. asl. § 8-7 (1), bli behandlet. Vilkåret om nødvendig sikkerhet, gjennom for eksempel garanti eller pant, er tatt inn for å sikre medaksjonærer og kreditorer mot at selskapet tappes i det stille, og samtidig medvirke til at de oppførte verdiene i selskapet er reelle.

I vurderingen av hva som er ”*betryggende sikkerhet*” inngår det en rekke faktorer av både rettslig og økonomisk karakter.³⁰ Det er med andre ord ikke nok å slå fast at lånetaker har god privatøkonomi.

Rettslige faktorer kan for eksempel omfatte om avtalen som fastslår sikkerheten er gyldig inngått, om den har rettsvern og om den er uomstøtelig i konkurs.³¹

På den økonomiske siden er det den reelle mulighet for dekning ved misligholdt lån som må vurderes. Her kan både realsikkerhet og kausjonister benyttes.

³⁰ Bråthen (2001).

³¹ Ibid.

Avgjørelsen av om sikkerheten er betryggende må bero på en helhetsvurdering av om det på tidspunktet for opprettelse av lånet fremstår som tilstrekkelig sannsynlig at fordringen kan kreves tilbakebetalt på et senere tidspunkt om behovet skulle oppstå.

3.1.1.4 Begrensninger i anvendelsen av lånet

Aksjeloven setter generelt ingen grenser for hva et lån fra et selskap til en aksjonær skal brukes til. Dette blir eventuelt fastsatt skriftlig i låneavtalen eller avtalt muntlig mellom partene.

En spesiell form for anvendelse av selskapets midler er imidlertid uttrykkelig forbudt; nemlig å anvende selskapets midler til lån med sikte på at noen skal erverve aksjer i selskapet eller dets morselskap, jfr. asl. § 8-10 (1). Forbudet gjelder uansett hvem som får kreditten. Ved å tillate slike arrangementer ville selskapets soliditet fort kunne bli illusorisk.

Det finnes dog et unntak fra denne regelen da det gjennom forskrift åpnes for at det kan ytes finansiell bistand til ansattes erverv av aksjer i selskapet.³² Det er også mulig å søke Næringsdepartementet om dispensasjon, slik at det kan lages et program for ansattes kjøp av aksjer i selskapet.³³

I følge Justisdepartementets tolkningsuttalelse fra 2007, skal ordlyden i § 8-10 tolkes innskrenkende.³⁴ Det som etter uttalelsen ikke skal rammes er tilfeller hvor selskapets midler brukes til å finansiere oppkjøp med lovlig utbytte, nedskrivning av overkursfond, konsernbidrag eller nedskrivning av aksjekapital.³⁵ Lovgivers vurdering er at øvrige regler i aksjeloven ivaretar selskapsformuen i disse tilfellene.³⁶

³² FOR 2007-11-30 nr 1336.

³³ Matre (2010).

³⁴ JDLOV-2006-7438.

³⁵ Aaser (2010).

³⁶ Ibid.

3.1.2 Virkning av brudd på lånebegrensningene

Asl. § 8-11 hjemler virkningene av at loven ikke er fulgt ved opprettelsen av lånet. Bestemmelsen har ingen parallell til 1976-loven og angir sivilrettslige virkning av at reglene i asl. kapittel 8 III ikke er fulgt.³⁷

Kjernen i bestemmelsen er at kreditt som strider mot lånebegrensningen er ugyldig og at en slik avtale derfor ikke kan opprettholdes overfor selskapet.³⁸

For tilfeller der avtalen gjennomføres er regulert i bestemmelsens andre ledd. Den bestemmer at midler som allerede er ute av selskapet, eller tilsvarende verdier, straks må føres tilbake til selskapet, jfr. asl. § 8-11 (2). Andre ledd 2. punktum gir en henvisning til erstatningsansvaret i asl. 3-7.

Tidspunktet for vurderingen vil være da lånet ble tatt opp. Det har med andre ord ingen betydning om selskapet senere får sin økonomiske stilling forverret og det har på samme måte ingen innvirkning på ugyldigheten om et ulovlig lån senere i teorien blir lovlig ved at selskapet formuesstilling bedrer seg.³⁹

Om lånebegrensningen ikke blir overholdt kan tilfellet også rammes av styremedlemmenes alminnelige aktsomhetsplikt, jfr. asl. § 17-1, og generelle misbruksregler.⁴⁰ Det kan også være aktuelt at aksjeeiere kan bli ansvarlige etter ulovfestede prinsipper om gjennomskjæring og reglene i asl. kapittel 19.

3.2 Folketrygdloven

Folketrygdlovens (ftrl.) §§ 23-2 og 23-3 hjemler henholdsvis arbeidsgiveravgiften og trygdeavgiften. Bestemmelsene vil ikke bli inngående behandlet her, men vil aktualiseres i drøftelser senere i oppgaven.

³⁷ Aarbakke (1999) s. 521.

³⁸ Bråthen (2001).

³⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-97) pkt. 15 kap. 8.

⁴⁰ Aarbakke (1999) s. 509.

3.3 Regnskapsloven

Regnskapsloven (rskl.) er relevant i relasjon til personlige aksjonærlån, ettersom den fastsetter retningslinjer for hvordan lån skal komme frem i selskapets årsregnskap. I det følgende gjøres det nærmere rede for hva disse reglene innebærer.

Kravene regnskapsloven fastsetter gjelder i utgangspunktet alle typer lån, også kortvarige forskuddsutbetalinger og mellomregninger.⁴¹

3.3.1 Regnskapslovens kapittel 7

Kapittel 7 i regnskapsloven omhandler opplysningsplikten til selskaper som er oppregnet i lovens § 1-2. Etter rskl. § 3-2 utgjør disse noteopplysningene en del av årsregnskapet. Rskl. § 7-32 setter krav til noteopplysningene for lån til ledende personer, aksjonærer og visse nærstående. Rskl. § 7-31 b) (6) fastsetter spesielle regler for store foretak. For små foretak finnes reglene i § 7-45.

I rskl. § 7-32 (1) heter det:

”Lån til eller sikkerhetsstillelse til fordel for daglig leder og leder av styret skal spesifiseres. For hvert lån skal det opplyses om hvilke vilkår som gjelder, herunder rentesatsen og avdragsplanen.”

Bestemmelsen spesifiserer at lån til ”selskapets nærmeste” som daglig leder og leder av styret skal tydeliggjøres og at det skal fremgå hvilke vilkår som gjelder, herunder avdragsplanen og rentesatsen.⁴² Denne informasjonen er interessant fordi koblingene mellom disse personene og selskapet er tett, noe som øker muligheten og faren for uregelmessigheter på bekostning av selskapet, øvrige aksjonærer og kreditorer. Rskl. § 7-31 b) utvider dette kravet til også å gjelde styremedlemmer og ledende ansatte.

⁴¹ Lignings-ABC 2010.

⁴² Ibid.

Rskl. § 7-32 (2) utvider kretsen som skal opplyses til ansatte, aksjeeiere og medlemmer av styret og bedriftsforsamlingen, samtidig som det lempes noe på spesifikasjonskravet der vilkårene for de ulike låneforhold er likeartede. I disse tilfellene er det tilstrekkelig med generell informasjon i notene.

For aksjeselskaper gjelder kravene også for aksjonærenes nærstående og medlemmer av styret og bedriftsforsamlingen, jfr. rskl. § 7-32 (2). ”Nærstående” er definert i bestemmelsens andre ledd, og samsvarer med definisjonen i aksjeloven, se asl. § 1-5.

Rskl. § 7-45 er en tilnærmet kopi av rskl. § 7-32 og plasseringen i loven slår fast at denne regelen også gjelder for små foretak. Det eneste som skiller den fra rskl. § 7-32 er at allmennaksjeselskap ikke er nevnt i 2. ledd 2. punktum. Dette er naturlig ettersom kapittelet kun gjelder små foretak, og derfor utelukker allmennaksjeselskaper.

3.4 Ligningsloven

Det er ligningsloven som regulerer saksbehandlingen av skattesaker, ettersom forvaltningsloven ikke får anvendelse på skatteretten.

Tidvis må skattemyndighetene se bort fra skattyters påstander om hvordan et økonomisk forhold skal forstås og fastsette ny likning på bakgrunn av disposisjonens realiteter. Slik omklassifisering kan gjøres på mange ulike grunnlag, men må her holdes adskilt fra det som kalles tilsidesettelse. Den ulovfestede omgåelsesnorm skal behandles nærmere senere i oppgaven.

I dette kapittelet drøftes behandlingen av tilfeller hvor skattyter har fremlagt feil faktum eller oppfattet de faktiske forhold feil slik at de privatrettslige forholdene er annerledes enn det han legger til grunn. I slike tilfeller vil skattemyndighetene foreta en fravikelse av skattyters fremstilling på grunnlag av at det er et annet faktum som er mer sannsynlig, jfr. lignl. § 8-1.

Lignl. § 8-1 hjemler ligningsmyndighetenes rett til å omklassifisere lån til arbeidsinntekt eller utbytte om lånet viser seg ikke å være reelt, og ligger således i kjernen for problemstillingen her. Bestemmelsen lyder som følger:

”Ligningsmyndighetene avgjør hvilket faktisk forhold som skal legges til grunn for ligningen av den enkelte skattyter etter en prøving av de opplysninger han har gitt, og de øvrige opplysninger som foreligger. Hvis ligningsmyndighetene finner at skattyterens oppgaver er uriktige eller ufullstendige, kan de endre, utelate eller tilføye poster. De kan også endre skjønsmessige beløp som skattyteren har ført opp, når de finner grunn til det.”

Skattemyndighetene bestemmer altså hvor grensen går for når ligningen kan endres, dersom det etter en fri bevisbedømmelse tilsier at skattyters klassifisering ikke kan legges til grunn.

Av ”Vrybloeddommen”⁴³ følger at skattemyndighetene skal avgjøre hvilke faktiske forhold som ligger til grunn etter en fri bevisbedømmelse på bakgrunn av opplysningene gitt av skatteyter, sammenholdt med andre opplysninger som måtte foreligge.

I denne saken hadde skattyter mellomregningskonto med et selskap hvor han var aksjonær, daglig leder og enestyre. Saldoen på kontoen steg stadig i selskapets favør til tross for at revisor stadig påpekte at forholdet var i strid med aksjeloven. Skattyter klarte ikke å fremskaffe dokumentasjon som kunne sannsynliggjøre at det dreide seg om ett reelt lån og ytelsen ble derfor omklassifisert til lønn.

Av forarbeidene til loven fremgår at myndighetene må legge det mest sannsynlige scenarioet etter en samlet vurdering til grunn.⁴⁴ Det er altså realiteten i forholdet som skal legges til grunn og det har mindre betydning hvordan skattyter har benevnt det.

Et viktig utgangspunkt for skattemyndighetenes mulighet til å fastsette realitetene i et forhold er lignl. § 4-1 som hjemler en alminnelig opplysningsplikt for skattyter.

⁴³ Referert side 17.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 29 (1978-79) s. 100.

Skattyter plikter etter denne bestemmelsen uoppfordret å komme med alle relevante opplysninger, også opplysninger som kan tale mot skattyters sak.

Bestemmelsen er naturlig ettersom det er skatteyter som har best kontroll over egen økonomi og som enklest kan fremskaffe dokumentasjon om denne. I tilfellene dette ikke skjer har ligningsmyndigheten større adgang til å endre, utelate eller tilføye poster og står friere ved skjønnsutøvelsen.

Før selvangivelsen fravikes bør ligningsmyndighetene oppfordre skattyter til å legge frem relevant informasjon som kan bidra til å klarlegge hans skattemessige forhold, jfr. lignl. § 4-8.

Det kan til tider være bevismessig vanskelig å klarlegge det fulle og hele forhold. Det er som ledd i denne klarleggingen momentene trukket opp i ligningspraksis og rettspraksis vil telle inn. Disse momentene vil bli drøftet senere i hoveddelen av oppgaven.

Lignl. kapittel 9 bestemmer at ligningsmyndighetene kan endre tidligere fastsatt ligning.

3.5 Skatteloven

I dette kapitlet skal det gjøres rede for de skatterettslige begrepene ”arbeidsinntekt” og ”utbytte”. Bestemmelsene er sentrale i problemstillingen knyttet til skattemessig omklassifisering av aksjonærlån.

3.5.1 Skattlegging av arbeidsinntekt

For at et aksjonærlån skal kunne bli omklassifisert til lønn og skattlegges som alminnelig inntekt med 28 prosent er det, i tillegg til at lånet ikke er reelt, et vilkår at formuesgodet anses som en arbeidsinntekt i skattelovens forstand.

Hovedregelen om bruttoinntekter finnes i sktl. kapittel 5, nærmere bestemt § 5-1.

Lønn er det samme som sktl. i § 5-1, jfr. § 5-10 omtaler som ”arbeidsinntekt”, nemlig;

”... enhver fordel vunnet ved arbeid...”

Fordelsbegrepet er vidt og favner om de aller fleste typer økonomiske verdier, enten det kan selges eller om andre må betale for å komme i tilsvarende situasjon. Det kan dreie seg om penger, real- og finansobjekter (og begrensede rettigheter i slike objekter), personlige tjenester og naturalytelser.

For at fordelene skal kunne klassifiseres som skattepliktig lønn må den være knyttet til arbeid, derav ordlyden ”*vunnet ved*”. Det er ikke noe krav at det skal være en tett tilknytning og det er blant annet antatt at skattefritaket for gaver av en viss størrelse ikke står seg overfor § 5-1 dersom det er en tilknytning mellom gaven og arbeidet.

Det tredje og siste vilkåret som må være oppfylt for at det skal være tale om skattepliktig inntekt i form av arbeidsinntekt, er at det er snakk om ”*arbeid*”.

Definisjonen av ”*arbeid*” er personlig tjeneste i og utenfor tjenesteforhold av økonomisk karakter.⁴⁵ Definisjonen omfatter også tjenester en yter seg selv. Det er følgelig kun fysiske personer som kan ha arbeidsinntekt.

Sktl. § 5-10 gir en ikke uttømmende liste over hva ”*fordel vunnet ved arbeid*” inneholder. Listen omfatter hovedsakelig det samme som sktl. §5-1 og gir grunnlag for beregning av personinntekten, jfr. sktl. § 12-2 a).

Etter sktl. §14-3 skal arbeidsinntekt tidfestes til det tidspunkt da:

”...beløpet utbetales eller ytelsen erlegges, eller i tilfelle på det tidligere tidspunkt da det oppstår adgang til å få beløpet utbetalt eller ytelsen erlagt.”

Denne bestemmelsen lovfester således ”*kontantprinsippet*” for arbeidsinntekter.

3.5.2 Skattlegging av utbytte

Såkalt ”*utbytte*” er den vanligste formen for en aksjonær å ta verdier ut av et selskap på.

⁴⁵ Gyldendal Rettsdata.

Utbyttebegrepets innhold i forhold til aksjeloven har blitt drøftet tidligere i oppgaven og det skal nå ses på med skatterettslige øyne. Skattleggingen av utbyttet behandles i sktl. §§ 10-10 til 10-13.

Utgangspunktet for skatteplikten på utbytte fremkommer av sktl. § 10-11 (1):

”Utbytte fra selskaper som omfattes av § 10-1, regnes som skattepliktig inntekt, jf. §§ 5-20 og 5-30.”

Etter denne bestemmelsen skal utbytte som personlige aksjonærer tar ut av selskaper skattes enten som kapitalinntekt, jfr. sktl. 5-20, eller som virksomhetsinntekt etter sktl. 5-30.

Utgangspunktet for forståelsen av de skatterettslige utbyttereglene er at aksjelovens utbyttebegrep i stor grad samsvarer med det skatterettslige utbyttebegrep i sktl. § 10-11. Begrepene er imidlertid ikke helt sammenfallende. I Rt. 1981 s. 990 heter det:

”Utbyttebegrepet omfatter enhver overføring av verdier fra selskap. Dette omfatter alt som kan anses som en skattepliktig fordel: Dette vil typisk være pengeytelser, realaktiva, finansaktiva, immaterielle eiendeler, bruksrett og tjenester, samt overtakelse og ettergivelse av forpliktelser.”

Utbyttebegrepet i skattelovens kapittel 10 er videre enn aksjelovens utbyttebegrep.⁴⁶ Begrepet omfatter både lovlige og ulovlige utdelinger fra selskapet, og avgrenser aksjonærens skatteplikt.⁴⁷ Av ordlyden i § 10-11 (2) 1. punktum heter det:

”Som utbytte regnes enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær.”

⁴⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 471.

⁴⁷ Ibid.

Det følger av ordlyden, "...*fra selskapet...*" at utdelingen må være fra selskapet som mottakeren er aksjonær i.⁴⁸ I denne sammenheng er det først og fremst direkte utdeling til aksjonæren som rammes, men om overføringens reelle innhold er en overføring fra selskap til aksjonær kan det foreligge skattemessig utbytte selv der overføringen er indirekte.

Skatt på utbytte utgjør en ekstra skatt ut over vanlig skatt på overskudd i et selskap.⁴⁹ En kan altså beholde pengene i selskapet med 28 prosent skatt eller ta det ut ved utbytte med nye 28 prosent skatt.⁵⁰

Etter skattereformen 2004-06 ble reglene for utbytte endret og "*aksjonærmodellen*" ble innført.⁵¹ De tidligere reglene tilsa også egentlig skatteplikt på utbytte etter daværende sktl. § 10-11, men aksjonærer hjemhørende i Norge unngikk dette gjennom godtgjørelsesreglene.⁵² Den nye modellen ble dermed reelt sett en skatteskjerpelse av utbytte for personlige aksjonærer.⁵³

Aksjeutbytte skal tidfestes til det tidspunktet aksjonæren får en ubetinget rett til utbyttet, jfr. "*realisasjonsprinsippet*" i sktl. § 14-2.

3.5.2.1 Skjermingsfradrag

Sktl. § 10-12 gir et fradrag i alminnelig inntekt på det som regnes som risikofri avkastning av investeringen etter skatt og er en av nyvinningene i skattereformen 2004-06. Fradraget er begrenset til størrelsen på utbytte mens ubenyttet fradrag kan fremføres til fradrag i kommende års utbytte, jfr. sktl. § 10-12 4. punktum.

Skjermingsfradraget bidrar til å utjevne de skattemessige forskjellene for aksjonærer i valget mellom lånefinansiering og egenkapitalfinansiering av selskapet.

⁴⁸ Zimmer/BAHR (2010) s. 282.

⁴⁹ Gjems-Onstad (2008) s. 470.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid. s. 469.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

Skjermingsfradrag er altså det utbytte man kan ta skattefritt ut av selskapet og blir beregnet med en skjermingsrente av et skjermingsgrunnlag. Skjermingsrente fastsettes av Finansdepartementet.

Skjermingsfradraget bortfaller dersom utbyttet etter aksjelovens regler er ulovlig utdelt, jfr. sktl. § 10-12 (1) 2. punktum. Lovlighetskravet må tolkes strengt i forhold til de materielle reglene i aksjeloven, men muligens noe mindre strengt når det gjelder saksbehandlingsreglene. Dette på bakgrunn av at de materielle reglene har større karakter av å være en beskyttelse for kreditorer, medaksjonærer og selskapet.

4 Skattemessig omklassifisering – lån eller arbeidsinntekt/utbytte

Med det rettslige bakteppet som regulerer aksjonærlån på plass, skal omklassifiseringsspørsmålet nå behandles. Drøftelsen skal gi grunnlag for å svare på oppgavens overordnede problemstilling; hvor den skatterettslige grensen går mellom lån og utbytte/arbeidsinntekt.

4.1 Rettslig relevante momenter for omklassifiseringsspørsmålet

Gjennomgangen av de skatterettslige reglene viser at skatteloven ikke konkret regulerer omklassifiseringsspørsmålet. Spørsmålet om omklassifisering må dermed ta utgangspunkt i vurderingen av hvorvidt de overførte midlene er en *”vederlagsfri overføring”*, jfr. sktl. § 10-11, en *”fordel vunnet ved arbeid”*, jfr. sktl. § 5-1 eller et lån.

Det er klart at å yte et lån ikke faller inn under noen av de nevnte bestemmelsene ettersom lån kjennetegnes ved at det er en gjensidig transaksjon med tilbakebetalingsplikt.⁵⁴

Grensen trukket opp her vil derimot ikke alltid være like lett å trekke i praksis. I en slik situasjon må løsningen bero på en vurdering av momenter fra andre relevante rettskilder

⁵⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 488.

enn lov og forarbeider. I det følgende gjøres det rede for hvilke momenter som blir vektlagt i andre rettskilder som rettspraksis, ligningspraksis, teori og reelle hensyn.

I rettspraksis fra før skattereformen 2004-06 gjelder sakene hovedsakelig spørsmål om ytelsen fra selskapet er lån eller arbeidsinntekt fremfor grensedragningen mellom lån og utbytte. De fleste lagmannsrettsdommene etter denne reformen dreier seg derimot om spørsmålet om det angivelige lånet kan omklassifiseres til utbytte. Det er interessant å vurdere hva dette skyldes.

Ettersom utdeling av utbytte lenge kun har vært belagt med beskjeden skattebyrde har det ikke vært like attraktivt å skjule utbytte som lån. Ved å maskere utbytte som lån risikerte man tidligere i tillegg at utdelingen ble kjent ulovlig på grunn av manglende generalforsamlingsbehandling. Dette ville føre til at godtgjøringsfradraget ville falle bort på samme måte som skjermingsfradraget blir nektet ved ulovlige utdelinger i dag. Risikoen ved å ta opp ikke-reelle lån ville derfor ikke stå i forhold til eventuell gevinst. Samtidig var nok fokus fra skattemyndighetene side først og fremst på forholdet mellom lån og lønn.

En annen medvirkende årsak til at tidligere rettspraksis fokuserte på omklassifiseringsspørsmålet i forhold til lønn kan være at de fleste aktuelle sakene gjaldt små aksjeselskap hvor aksjeeiere også arbeider i selskapet. Det var således mer nærliggende å omklassifisere aksjonærlånet til arbeidsinntekt.

Til tross for denne endringen i fokus i rettspraksis virker momentene som antas å være relevante for vurderingen av lånets realitet stort sett å være de samme, uavhengig av om endringen er fra lån til arbeidsinntekt eller fra lån til utbytte.

I den kommende drøftelsen av de ulike momentene vil det derfor ikke skilles mellom hva det er snakk om å omklassifisere til. Det er mulig at det tidligere da forskjell på lønnsbeskatning og utbyttebeskatning var større har vært ulike hensyn som gjorde seg gjeldende for å omklassifisere til henholdsvis lønn eller utbytte. I dag vil derimot stort sett de samme momentene være relevante uavhengig av hva det er spørsmål om å omklassifisere til. Heller ikke Lignings-ABC 2010 opererer med dette skillet, men

refererer til relevante momenter felles for omklassifisering til arbeidsinntekt og til utbytte. Hvilke momenter som passer må vurderes konkret i den enkelte sak.

Retten tar i de ulike omklassifiseringssakene utgangspunkt i det som kan dokumenteres i saken. Foreligger det lite eller ingen dokumentasjon er det naturlig at retten ser hen til den praktiske utførelsen av det antatte låneforholdet. De følgende relevante momenter vil således angå både notoritetsforhold så vel som praktiske handlinger.

Momentene inngår altså som en del av en helhetsvurdering som har som siktemål å klarlegge det faktum i saken som er mest sannsynlig. Momentene utgjør dermed innholdet i bevisvurderingen som kan gi grunnlag for omklassifisering etter lignl. § 8-1.

Det er videre klart at vurderingen av om det foreligger et lån eller lønn/utbytte må ta utgangspunkt i situasjonen da den angivelige låneavtalen ble inngått. Dette ble også slått fast i blant annet Rt. 1994 s. 326.

I omklassifiseringssakene som har vært oppe i lagmannsretten og Høyesterett er det likevel slik at retten har tatt for seg hele utviklingen av det angivelige låneforholdet i vurderingen av om et lån skal anses som reelt eller ikke. Vurderinger kan derfor ta for seg hendelsesløp over flere år. Dette var tilfellet i ”Vrybloeddommen”⁵⁵ hvor retten sa at den:

”...finner det nødvendig å gå tilbake til årene 1989 og 1990 for å se om bruken av mellomregningskontoen, selskapets regnskaper og likningsoppgavene til selskapet og den ankende part for årene 1989 og 1990 gir tilstrekkelig klare holdepunkter for at partene har avtalt et lån.”

Dette var også tilfellet i Utv. 2007 s. 1727⁵⁶ der omklassifiseringsspørsmålet var begrenset til ligningen for 2002 og 2003, men retten anså det relevant å se hen til

⁵⁵ Referert side 17.

⁵⁶ Referert side 26.

hvordan ligningsmyndighetene og skattyterne hadde behandlet lignende spørsmål tidligere.

Det er med andre ord mindre interessant å vurdere øyeblikksdisposisjoner tatt ut av sin overordnede sammenheng da det mest sannsynlige faktum ofte kan belyses av tidligere eller senere disposisjoner mellom lånegiver og lånetaker.

Videre må det tas utgangspunkt i hva partene selv har ment med ytelsen fra selskapet. Ettersom skattyters tilknyttet det angivelige låneopptaket normalt vil unndra seg direkte bevisbedømmelse er retten ofte henvist til å anlegge en objektiv tilnærming til den subjektive vurderingen.

Når det gjelder et lån med renter vil det kun bli snakk om å omklassifisere eventuell rentefordel til lønn eller utbytte dersom det viser seg at lånet er reelt.

I de neste underkapitlene vil relevante momenter for omklassifiseringsvurderingen bli drøftet.

4.1.1 Tilbakebetalingsplikt

Hvorvidt det foreligger tilbakebetalingsplikt for lånet danner kjernen i omklassifiseringsspørsmålet og utgjør grunnlaget for å avgjøre om et lån er reelt eller ikke. Dette har blitt slått fast i både rettspraksis, ligningspraksis og teori.

Tilbakebetalingsplikten skiller således et reelt lån fra arbeidsinntekt og utbytte.

Dersom skattyter kan sannsynliggjøre at det ved utstedelsen av lånet ble pålagt ham en personlig tilbakebetalingsplikt, er skattemyndighetene langt på vei bundet til å rette seg etter dette. I forlengelsen av dette kan det sies at der tilbakebetalingsplikten er forutsatt, vil det stenge for omklassifisering.

Med bakgrunn i overstående er det klart at tilbakebetalingsplikten må skilles fra de øvrige momentene. Disse fungerer mer som bevismomenter for å anslå om det foreligger en privatrettslig plikt til å betale lånet tilbake, noe som i så fall vil medføre at lånet er reelt.

At tilbakebetalingsplikten er helt sentral kommer blant annet frem i

”Vrybloeddommen”⁵⁷ hvor Høyesterett sier følgende:

”Når jeg skal ta stilling til om utbetalingene over mellomregningskontoen til den ankende part er å anse som et reelt lån eller lønn eller forskudd på lønn, er den ankende parts personlige ansvar for lånet, tilbakebetaling og øvrige lånevilkår helt sentrale.”

I denne dommen anså ikke retten det som tydeliggjort at skattyter ville hefte personlig for lånet om selskapets økonomi ikke hadde åpnet for utbytter til nedbetaling av mellomregningskontoen. Dermed forelå ingen ubetinget privatrettslig plikt til og tilbakebetale lånet, og lånet le omklassifisert til lønn.

Lagmannsretten fastslo også tilbakebetalingspliktens grunnleggende betydning for omklassifiseringsspørsmålet i Utv. 2007 s. 1727. Saken dreide seg om gyldigheten av endring av ligning fra lån til utbytte og lønn for inntektsårene 2002 og 2003 for selskapet og 2003 for skattyter. I dommen tok retten utgangspunkt i at lån ikke kan omklassifiseres skattemessig der det foreligger en klar tilbakebetalingsplikt.

Skattyter som var eneeier, styreleder og daglig leder i selskapet ble ikke hørt med sin argumentasjon om at slik tilbakebetalingsplikt forelå og retten slo fast at lånet måtte omklassifiseres til utbytte.

Tilbakebetalingsplikten betydning ble også omtalt i ”Hjeltnesdommen” på følgende måte:

”Om det legges til grunn at Hjeltnes ikke hadde en slik plikt, vil det uten videre måtte konstateres at uttakene enkeltvis og samlet må vurderes som utbytte”.

Her var situasjonen at skattyter, som eide 66 prosent av aksjene i selskapet han hadde tatt opp lån i, og var enestyre og daglig leder, tross mangelfull lånedokumentasjon fikk

⁵⁷ Referert side 17.

medhold i at det forelå en tilbakebetalingsplikt for uttakene han hadde foretatt fra selskapet.

Rettspraksis viser at tilbakebetalingsplikten blir ansett som det helt sentrale element i bedømmelsen av realiteten i et låneforhold mellom aksjonær og selskap. Som videre drøftelse vil vise blir dette behandlet tilsvarende i ligningspraksis.

Umiddelbart kan det virke som Lignings-ABC 2010 på side 755 legger til grunn at det kreves noe mer enn at det foreligger tilbakebetalingsplikt for at lånet skal anses reelt. Det fremgår blant annet at det må være avtalt eller forutsatt tilbakebetalingsbetingelser, rentebetingelser, låneramme og hvem som er forpliktet.

Uttalelsene i Lignings-ABC 2010 ligner på det som fremgår av utdraget fra *"Vrybloeddommen"*⁵⁸ over, men med en viktig forskjell. I Lignings-ABC 2010 omtales momentene som minstekrav for at lånet skal anses reelt mens de i dommen bli omtalt som *"helt sentrale"*.

På den ene siden kan det argumenteres for at det ut fra rettspraksis kan være vanskelig å kreve at nevnte punkter er oppfylt for at et lån skal være reelt. På den annen side er det vanskelig å anse et låneforhold som reelt dersom partene ikke har en eneste tanke om sentrale elementer som tilbakebetalingsbetingelser, rentebetingelser, låneramme og hvem som er forpliktet. Slik sett kan disse elementene sies å være deler som naturlig utgjør tilbakebetalingsplikten.

Lignings-ABC 2010 legger på side 755, også avgjørende vekt på forhold hvor det ikke foreligger en tilbakebetalingsplikt:

"Utbetaling fra arbeidsgiver/eget selskap betegnet som lån, vil ikke være reelt lån dersom det ikke skal tilbakebetales."

⁵⁸ Referert side 17.

Av dette må det følge at også ligningspraksis anser tilbakebetalingsplikten som det sentrale i et låns realitetsvurdering.

I teorien synes det også å være enighet om at tilbakebetalingsplikten utgjør det sentrale vurderingstema. Zimmer/BAHR skriver på side 286 i sin bok i den sammenheng:⁵⁹

”Som nevnt er det prinsipielt avgjørende om beløpet skal betales tilbake.”

Og Gjems-Onstad skriver på side 488:⁶⁰

”Det avgjørende kriterium synes i praksis å være at lånet er reelt, dvs at det er en reell tilbakebetalingsforpliktelse,…”

Privatrettslige forhold kan også spille inn på drøftelsen vedrørende låneforholdet. Det kan blant annet argumenteres for at en lånetaker med privatrettslig tilbakebetalingsplikt helt sikkert ville fått et krav fra et eventuelt konkursbo i tilfellet konkurs. Hvis lånet i dette tilfellet også skulle bli omklassifisert skatterettslig til lønn eller utbytte med tilsvarende skattemessige følger, ville dette kunne føre til en vanskelig situasjon for skattyter.

Til tross for at dette er et moment som kan tale for at et lån bør anses reelt, vil det også kunne oppstå situasjoner der det foreligger privatrettslig tilbakebetalingsplikt samtidig som lånet skattemessig skal omklassifiseres.

I denne sammenheng kan også gjennomskjæring ved bruk av den ulovfestede omgåelsesnormen tenkes aktuell. Dette vil bli gjennomgått senere i oppgaven.

Til tross for at utgangspunktene over synes forholdsvis klare, kan det likevel tenkes situasjoner hvor det, til tross for at det åpenbart knytter seg en tilbakebetalingsplikt til lånet, likevel kan bli aktuelt å omklassifisere dette til lønn eller utbytte.

⁵⁹ Zimmer/BAHR (2010).

⁶⁰ Gjems-Onstad (2008).

Et slikt resultat kan bli fasit der tilbakebetalingen utelukkende skal finansieres med selskapets midler i form av lønn eller utbytte. Dette gjelder først og fremst der skattyter er økonomisk avhengig av selskapet går godt. Om dette ble følgende blant annet uttalt i ”Vrybloeddommen”⁶¹:

”Jeg legger til grunn at den anførte tilbakebetalingsplikt var betinget av det økonomiske resultat av selskapets drift. I et slikt tilfelle må man falle tilbake på hovedregelen om at uttak skal anses som lønn eller utbytte.”

Betydningen av skattyters private økonomi for vektleggingen av ulike momenter vil bli grundig gjennomgått senere.

Det kan videre stilles spørsmål ved reelle avtaler som utsetter tilbakebetalingsplikten i mange, mange år. Motivasjonen kan for skattyter her være å utsette beskatning av disse utdelingene ved å opprette noe som har samme karakteristikk som et reelt lån. Disse tilfellene grenser til anvendelsesområdet for den ulovfestede omgåelsesregel og skal som nevnt drøftes nærmere i senere i oppgaven.

Det kan også spørres, de lege ferenda, om ikke lovgiver burde utvikle regler som krever at låneforhold oppfyller visse krav til dokumentasjon for å være gyldig skattemessig. Dette ville sannsynligvis gjøre det lettere både for skattyter, selskap og ligningsmyndighetene.

Som med all annen konkret regelutforming innen skatteretten er faren ved dette, at det samtidig som det i utgangspunktet vil bli lettere å forholde seg til reglene, også vil kunne åpne for uheldig skatteplanlegging da tydeligere grenser er lettere å tilpasse seg til enn utydelige.

Endelig må det påpekes at det er viktig å skille mellom tilbakebetalingsplikten og faktisk tilbakebetaling av lånet. Det første er et utgangspunkt for å fastslå hvorvidt lånet

⁶¹ Referert side 17.

er reelt, mens faktisk tilbakebetaling kan fungere som bevismoment i denne vurderingen. Dette og andre relevante bevismomenter skal drøftes i påfølgende kapitler.

4.1.2 Skriftlig låneavtale

For at skattyter og selskapet skal unngå å havne i en situasjon der det oppstår tvil om lånet er det anbefalt å inngå skriftlig låneavtale. I den sammenheng uttaler førstvoterende i ”Vrybloeddommen”⁶² følgende om låneforhold:

”...etter min mening normalt kunne etterspores ved at det før ligningsmyndigheten reiser spørsmål om grunnlaget for uttaket, foreligger en skriftlig låneavtale eller annen skriftlig dokumentasjon om lånet, og herunder særlig om den som har mottatt utbetaling personlig hefter for beløpet og når tilbakebetaling skal finne sted.”

Det er naturlig at skattyter kan bli møtt med skepsis om slik dokumentasjon ikke lar seg oppdrive før senere. I ”Hjeltnesdommen”⁶³ uttaler retten i denne relasjon at:

”Således burde en skriftlig avtale der vilkår, tilbakebetaling, rente(frihet) og sikkerhet ble regulert, allerede da ha vært etablert. Men at disse forhold ikke ble ordnet, er likevel ikke mer enn ett av flere momenter som teller med i vurderingen av låneforpliktelsens realitet”

Sitatet fra ”Hjeltnesdommen”⁶⁴ gjør det klart at dersom det foreligger en låneavtale som har blitt undertegnet ved utbetaling av lånet og som på en god måte viser vilkårene for lånet, vil dette være et viktig moment i retning av å anse lånet som reelt.

Motsatt skal det sies at avtalefriheten står sterkt også på dette området samtidig som det ikke er oppstilt noen skatterettslige formkrav for låneavtaler ved aksjonærlån. Muntlig avtale er med andre ord like bindene som skriftlig.

⁶² Referert side 17.

⁶³ Referert side 26.

⁶⁴ Ibid.

Også Lignings-ABC 2010 på side 755 fremhever viktigheten av dette:

”Er det ikke inngått noen låneavtale (skriftlig eller muntlig) i forbindelse med utbetalingen, kan utbetalingen ikke anses som lån.”

Sakene som har vært oppe i rettspraksis viser at særlig der ledelsen i selskapet er en og samme person eller flere nærstående personer, har det ofte vært mangler ved låneavtalen eller denne har vært fraværende.

En forklaring på dette kan være at det er i disse sakene det oftest oppstår tvil rundt låneforholdet og at det derfor er disse som ender opp i rettssystemet. En annen grunn kan være at mange ikke ser poenget med å skrive en lånekontrakt med seg selv eller noen som er nærstående, da dette uansett ikke kan gi noen god notoritet over forholdet.

Også i teorien blir det lagt vekt på låneforholdets formelle riktighet. Zimmer/BAHR fremhever viktigheten av blant annet skriftlig låneavtale. De legger til grunn at desto mer utførlig avtalen er jo større sjanser er det for at disposisjonen blir klassifisert som lån.⁶⁵

På bakgrunn av øvrige kilder kan det dog virke som Gjems-Onstad går noe langt i vektleggingen av skriftlig låneavtale når han skriver:

”Hvis det ikke kan fremlegges en skriftlig låneavtale, kan det vanligvis ikke godtas at det dreier seg om et låneforhold...”⁶⁶

Det må i utgangspunktet kunne sies at et aksjonærlån kan være reelt uten at det foreligger en skriftlig avtale. Det kan være ulike grunner til at låneavtalen ikke er skriftlig.

⁶⁵ Zimmer/BAHR (2010) s. 287.

⁶⁶ Gjems-Onstad (2010) s. 490.

Til tross for at det er avtalefrihet når det gjelder låneforholdet vil skriftlig dokumentasjon gi låneavtalen mer notoritet enn om ikke noe slikt foreligger. Jo mer nøyaktig og omfattende avtalen er utarbeidet desto større vil tiltroen bli til at lånet er reelt. I Utv. 2007 s. 1727⁶⁷ uttaler lagmannsretten med henvisning til ”Vrybloeddommen”⁶⁸ at:

”Et av de sentrale bevismomentene, ofte det mest sentrale, er hvorvidt det foreligger låneavtale eller annen skriftlig dokumentasjon for lånet.”

Det er klart at en låneavtale bør være noe mer enn bare et dokument som viser at aksjonæren skylder selskapet midler. Dette ble tydeliggjort i Utv. 2004 s. 275 hvor saken endte med at skattemyndighetene fikk medhold i omklassifisering av saldo på mellomregningskonto fra lån til lønn. I denne dommen legger lagmannsretten mindre vekt på en avtale mellom aksjonær og selskap ettersom den hadde nærmere karakter av å være en skylderklæring enn en låneavtale. Videre klargjorde retten med grunnlag i ”Vrybloeddommen”⁶⁹:

”En låneavtale vil normalt inneholde et lånebeløp eller låneramme, rentesats, løpetid eller oppgjørstidspunkt og sikkerhetsstillelse.”

4.1.2.1 Momentets vekt i den konkrete sak

Til tross for at en skriftlig låneavtale stort sett er et viktig moment i vurderingen av et låns realitet må låneavtalens vekt avgjøres gjennom en tolkning av denne. Det kan tenkes mange grunner for å utarbeide en slik låneavtale uten reelt innhold for en som ønsker å omgå skattesystemet.

For det første kan det være fruktbart å se hen til partene i låneavtalen. En skriftlig låneavtale kan på den ene side være god dokumentasjon på at det faktisk ligger en

⁶⁷ Referert side 26.

⁶⁸ Referert side 17.

⁶⁹ Ibid.

personlig tilbakebetalingsplikt til grunn for utbetalingen av pengene også der eier, daglig leder og styre er nærstående. Dette ble blant annet ble lagt til grunn av lagmannsretten i ”Hjeltnesdommen”⁷⁰. På den annen side kan det i disse tilfellene også ofte være enkelt for partene å opprette en fiktiv låneavtale i ettertid, for så å antedatere denne. Ikke sjeldent er for eksempel lånegiver og lånetaker en og samme person. Av denne grunn må en skriftlig låneavtale også tidvis tillegges mindre vekt.

Et annet eksempel hvor vekten av en skriftlig låneavtale ble kraftig svekket finnes i Utv. 2006 s. 1146. Dommen omhandlet spørsmålet om skattyters uttak fra aksjeselskap skulle omklassifiseres fra lån til lønn. Skattyter som var både aksjonær, styreformann, daglig leder og eneste ansatt i selskapet, hevdet forgjeves at saldoen på mellomregningskontoen i favør selskapet var lån. I dommen ble foreliggende avtale mellom aksjonær og selskap ikke tillagt vekt da avtalen mellom lånetaker og selskapet ikke ble fulgt. Retten valgte derfor å se helt bort fra denne ved vurderingen av om det forelå et reelt lån:

”..., idet avtalen uansett ikke kan ses å ha blitt etterlevd eller medført noen realitet”.

Her viser undersøkelser av faktum altså at låneavtalen ikke blitt etterlevd. I tilfeller der faktiske disposisjoner ikke har vært i overensstemmelse med den skriftlige låneavtalen vil retten dermed sjelden legge noe vekt i dens eksistens.

Skattemyndighetene vektlegger også i Lignings-ABC 2010 på side 757 viktigheten av å etterleve en angivelig låneavtale for at denne skal tale for at lånet er reelt.

På den annen side kreves det ikke at låneavtalen blir fulgt til punkt å prikke for at den skal legges til grunn. Det bør være tilstrekkelig dersom dens hovedinnhold følges.

Hvor langt fra kjernen i låneavtalen skattyter kan bevege seg uten å risikere at lånet blir omklassifisert vil være vanskelig å si på generelt grunnlag ettersom dette vil bero på en

⁷⁰ Referert side 26.

konkret vurdering av den enkelte sak. Også andre momenter vil kunne påvirke utfallet av om lånet omklassifiseres eller ikke.

I ”*Hjeltnesdommen*”⁷¹ var det tilstrekkelig for at låneavtalene skulle anses å bli fulgt, at skattyter fullførte avdragsinnbetalingene på slutten av året. Dette til tross for at låneavtalen fastslo hyppigere terminer.

Sammenlikner man situasjonen i ”*Hjeltnesdommen*”⁷² med låneforhold hos profesjonelle finansinstitusjoner for eksempel, er det jo også der ofte rom for å endre lånevilkår, som for eksempel størrelsen på avdrag, for en kortere eller lengre periode uten nødvendigvis å måtte inngå en ny låneavtale av den grunn. Dette taler for at man i en viss grad også kan tillate tilsvarende for aksjonærlån.

Avgjørelsen av om låneavtalen anses fulgt vil nok i hovedsak måtte bero på om man ut fra en helhetsvurdering kan regne som sannsynlig at skattyter har følt seg bundet av avtalen, og at det slik sett har vært forutsatt en tilbakebetalingsplikt.

Låneavtalens bidrag som bevismoment vil også avhenge av tidspunktet den blir fremlagt. I Lignings-ABC 2010 på side 755 heter det:

”Hvis den angivelige låneavtalen ikke er inngått skriftlig og det heller ikke finnes annen skriftlig dokumentasjon som skriver seg fra tiden før ligningsmyndighetene iverksatte kontrolltiltak eller tok opp spørsmålet, må det som utgangspunkt legges til grunn at det ikke foreligger et låneforhold.”

Disposisjoner som i utgangspunktet styrker arrangementets karakteristikk av å være et lån foretatt etter denne varslingen uten at noen sammenheng med forutgående handlinger kan sannsynliggjøres, vil ha tilnærmet ingen vekt i skattyters favør. Slike disposisjoner er ofte opprettelse av låneavtaler eller hel eller delvis innfrielse av lånet.

⁷¹ Referert side 26.

⁷² Ibid.

I ”Vrybloeddommen”⁷³ påpeker førstvoterende dette, jamfør sitatet innledningsvis i dette underkapittelet, da han sier at dokumentasjon må foreligge før ligningsmyndigheten reiser spørsmål om grunnlaget for uttaket.

I samme sak inngikk skattyter og hans far en avtale om at kommende utbytte skulle godskrives skattyters mellomregningskonto. Denne avtalen kom i stand bare noen dager etter at ligningsmyndighetene hadde varslet at aksjonærlånet kunne bli omklassifisert til utbytte om det ikke var reelt. Høyesterett uttaler videre:

”Transaksjonen 8. juni synes preget av hastverk. Jeg finner ikke å tillegge denne tilbakebetaling særlig vekt ved bedømmelsen av om låneforholdet var reelt i årene 1991 til og med 1993.”

Noe liknende var tilfellet i Utv. 2004 s. 275 hvor låneavtalen mellom aksjonær og selskap ble utarbeidet etter at skattmyndighetene hadde gjennomført bokettersyn. Heller ikke her ble låneavtalen vektlagt, og det ble i den forbindelse blant annet uttalt følgende fra rettens side:

”Lagmannsretten finner derfor ikke låneavtalen egnet som dokumentasjon for hvordan forholdet var tenkt mellom partene da kredittgivning oppsto.”

Det er også andre forhold som spiller inn på låneavtalens troverdighet som bevismoment. I ”Vrybloeddommen”⁷⁴ la førstvoterende liten vekt på den skriftlige låneavtalen:

”Framleggelse i forbindelse med endringssaken av skriftlig låneavtale av 24. august 1994 som er undertegnet av den ankende part alene på vegne av långiver og som låntaker, tillegger jeg ikke betydning ved bedømmelsen av om låneforholdet var reelt.”

⁷³ Referert side 17.

⁷⁴ Ibid.

I denne saken var det mange forhold som pekte i retning av at lånet ikke var reelt, og det faktum at låneavtalen blant annet var underskrevet av en og samme person som var både lånegiver og lånetaker talte ytterligere for et slikt syn. Det er også klart at faren for antedatering av avtalen er særlig stor i foreliggende situasjon.

I Utv. 2004 s. 275 legger retten også liten vekt på avtalen ettersom den hadde liten karakter av å være låneavtale og den i tillegg ble den opprettet etter varsel om bokettersyn.

Dette er i tråd med det retten bemerker i Utv. 2006 s. 1146⁷⁵:

”En skriftlig låneavtale før ligningssak er reis, vil normal være et tungtveiende moment som underbygger at det foreligger et reelt låneforhold.”

I denne saken legger retten i utgangspunktet stor vekt på at avtalen er opprettet skriftlig, tilsynelatende på lånetakers og lånegivers eget initiativ.

Fra tid til annen kan det være klart at låneavtalen har blitt fremlagt etter varsel om bokettersyn, men at det utvilsomt er utarbeidet før denne tid. I denne sammenheng slo lagmannsretten i Utv. 2004 s. 173 fast at lånet på 500.000 kroner, som en entreprenør hadde tatt opp i eget selskap, ikke kunne omklassifiseres til lønn. Begrunnelsen var at skattyter ikke hadde noen plikt til å fremlegge låneavtalen tidligere, og at det faktum at den ble lagt frem etter varsel om bokettersyn således ikke kan telle til hans ugunst.

Av drøftelsene i dette kapitlet fremgår det at en skriftlig låneavtale er et tungtveiende, men ikke absolutt vilkår for at et låneforhold skal anses reelt. Likevel kan det være greit å ha Gjems-Onstads tanker i bakhodet dersom man er aksjonær med lån i eget selskap.⁷⁶

”Men igjen, skal man argumentere for at lånet er reelt, behøver man ikke gjøre de bevismessige utfordringer for seg selv større enn nødvendig.”

⁷⁵ Referert side 33.

⁷⁶ Gjems-Onstad (2008) s. 490.

4.1.2.2 Betydning av etterfølgende forhold

Interessante spørsmål i tilknytning til det som er skrevet om skriftlig låneavtaler er om etterfølgende formalisering av en forutsatt låneavtale kan godtas, og om en skriftlig låneavtale kan falle bort på grunn av etterfølgende forhold.

Lagmannsrettens uttalelser i Utv. 2006 s. 1146⁷⁷ kan muligens tas til inntekt for at et låneforhold kan bli formalisert etter de første uttakene har blitt foretatt, og at denne etter opprettelsen kan tale for å anse et låneforhold som reelt. På generelt grunnlag uttaler retten:

”En skriftlig låneavtale inngått før ligningssak er reist, vil normalt være et tungtveiende moment som underbygger at det foreligger et reelt låneforhold.”

Det trekkes altså her et skille mellom der avtalen kommer i stand før og etter kontroll fra ligningsmyndighetene er varslet. Der lånet ikke er reelt når skattemyndighetene tar opp spørsmålet bør ikke skattyter tillates å gjøre det reelt i ettertid. Dette ville bli en altfor enkel måte å komme seg unna problemer på, og i tillegg åpne for at aksjonærer kan utnytte dette risikofritt.

Det stiller seg noe annerledes der ytelsen fra selskapet blir formalisert etter at ytelsen er gitt, men før kontroll fra myndighetene. I noen tilfeller kan det være at skattyter ikke har vært klar over reglene og således etter å ha blitt oppmerksom på disse, på eget initiativ tar ansvar for å opprette en tilbakebetalingsplikt gjennom en avtale med selskapet. Mye kan tale for å godta dette også skattemessig.

Viser det seg derimot at ytelsen fra selskapet i utgangspunktet har vært betingelsesløs, vil ikke lånet kunne anses som reelt uavhengig av eventuell etterfølgende formalisering av forholdet. Dette følger naturlig av at det ikke har foreligget noen tilbakebetalingsplikt tilknyttet midlene fra selskapet.

⁷⁷ Referert side 33.

Også Lignings-ABC 2010 åpner på side 756 for etterfølgende at forhold kan påvirke et låneforholds realitet:

”Selv om det fremlegges en skriftlig låneavtale kan det foreligge forhold som tilsier at det ikke foreligger noe reelt låneforhold, enten at det fra først av ikke har foreligget noen låneavtale eller at etterfølgende forhold har medført at en mulig tilbakebetalingsplikt er falt bort.”

Av utdraget fremgår det at det også kan tenkes en situasjon der det utvilsomt foreligger tilbakebetalingsplikt ved tidspunktet for ytelsen fra selskapet, men at etterfølgende forhold tilsier at denne må anses ettergitt og at lånet dermed ikke lenger er reelt. Dette kan være tilfellet der lånetaker ikke forholder seg til at ytelsen er et lån ved for eksempel og ikke følge låneavtalen.

4.1.2.3 Annen dokumentasjon

I tilfeller hvor skriftlig låneavtale ikke foreligger eller hvor denne er mangelfull kan det være relevant også å se hen til opplysninger som opprinnelig kreves av andre grunner, men som i denne sammenheng kan gi notoritet og dokumentasjon over skattyters disposisjoner. Eksempler på slike opplysninger er ulike selvangivelser for skattyter og selskap og næringsoppgave for selskapet. I tillegg kan nedtegninger i styrets protokoller og regnskap være til hjelp ved omklassifiseringsspørsmålet.

I *”Vrybloeddommen”*⁷⁸ la Høyesterett vekt på, til skattyters ugunst, at denne ikke hadde gitt opplysning om gjeld til selskapet i noen av de aktuelle års selvangivelser. Heller ikke av selskapets oppgaver fremgikk dette klart. I denne sammenheng ble det uttalt:

”Det er ubestridt at Fjellteknikk regnskaper, årsoppgjør og likningsoppgaver for årene 1989 og 1990 ikke inneholdt opplysninger som viste at den ankende parts uttak av etter hvert betyglige beløp utenom fastsatte lønn, hadde grunnlag i en låneavtale.”

⁷⁸ Referert side 17.

Og videre:

” ..., selskapets regnskaper og likningsoppgaver for 1989 og 1990, og den ankende parts unnlattelse av å opplyse om gjeld til selskapet i sine selvangivelser, trekker etter min mening temmelig klart i retning av at man den gang ikke tok sikte på å etablere et låneforhold.”

Retten legger her med andre ord forholdsvis stor vekt på manglende oppgaver fra partene i låneforholdet da den anser fraværet av dokumentasjonen å *”temmelig klart”* trekke i retning av at lånet ikke var ansett reelt.

Motsatt talte det i *”Hjeltnesdommen”*⁷⁹ i skattyters favør at han hadde opplyst om lånet i selvangivelsen, og at det i tillegg fremgikk av næringsoppgaven til selskapet.

Dokumenter vil som nevnt tidligere være ekstra viktige der eiere og ledelse er nærstående. Som retten uttaler i Utv. 2006 s. 1146⁸⁰:

”Han har således alene bestemt over utbetalingene mellom ham og selskapet, og notoritet i form av skriftlig dokumentasjon blir da spesielt viktig for å sannsynliggjøre de faktiske forhold.”

I rettspraksis, Utv. 2007 s. 573, er det også eksempel på at det har blitt lagt vekt på om renteutgifter har vært ført til fradrag i selvangivelse da dette kan indikere at lånet har vært ment reelt fra partenes side. Saken gjaldt spørsmålet om gyldigheten av Dalane overligningsnemnds vedtak om endring av likningen for Otto Rør AS og Otto Nodland. Nodland fikk gjennomslag i lagmannsretten for sitt syn på at lånet han hadde tatt opp i sitt selskap var reelt og ikke kunne omklassifiseres til utbytte.

Lignings-ABC 2010 vektlegger også, nederst på side 755, i hvilken grad lånet fremkommer av partenes selvangivelse og regnskaper.

⁷⁹ Referert side 26.

⁸⁰ Referert side 33.

I den grad låneforhold lider av mangelfull dokumentasjon vil det likevel være nyttig å ta med i betraktningen hvorvidt dette kan skyldes naturlig årsaker. Et forhold som således kan nevnes, og som også nevnes i Lignings-ABC 2010 på side 755, er partenes perspektiv vedrørende låneforholdet. Det vil i henhold til dette være lettere for lånetaker å forsvare at dokumentasjonen av det angivelige lånet er mangelfull når det for eksempel foreligger en mellomregningskonto hvor det skal dekkes kortsiktige behov for kapital og det er en løpende avregning, enn i tilfeller hvor lånet strekker seg over mange år.

Oppsummeringsvis har rettspraksis og ligningspraksis, som vist over, tillagt oppføring av lånet i ligningsoppgaver, protokoller og regnskap en del vekt i avgjørelsen av om lånet er reelt eller ikke da dette er med på å gi en viss notoritet over låneforholdet. Det er også gode grunner for å anse lånet reelt i tilfeller der dette er behørig opplyst om i slike oppgaver, da det gir et inntrykk av at det foreligger en privatrettslig tilbakebetalingsforpliktelse.

4.1.3 Kredittramme og andre forhold rundt behandlingen av lånet

På side 755 i Lignings-ABC 2010 settes som et minstekrav for at et lån skal anses som reelt blant annet at det foreligger en avtale eller en forutsetning om at lånet skal ha en bestemt størrelse. For rammelån bør det samme gjelde for lånerammen. Verken rettspraksis eller teori har derimot viet så mye oppmerksomhet til dette momentet.

Utgangspunktet må være at der det er avtalt et lånebeløp eller en låneramme og beløpet blir overholdt under låneperioden, vil dette tale for at det foreligger et reelt lån. Er det i motsatt fall ikke avtalt noen beløpsmessige skranker for lånet, vil dette trekke i retning av å anse det som at lånet ikke skal tilbakebetales.

I tilfellet hvor lånet er et rammelån må det i tillegg vurderes om en overskridelse av denne rammen fører til at hele lånet eller kun det overskytende skal anses som ikke-reelt lån og omklassifiseres. Dette følger også av Lignings-ABC 2010 side 756, og må bero på en konkret vurdering av hele låneforholdet.

I praksis viser det seg at i de låneforhold hvor det ikke umiddelbart synes å være avtalt noe fast lånebeløp samtidig ofte er slik at utbetalingene av ytelsene fra selskapet kan synes tilfeldige. Særlig kan dette være tilfelle der aksjonær har mellomregningskonto med selskapet. Som ledd i vurderingen av aksjonærlånets realitet kan det således være fruktbart å vurdere låneutbetalingens størrelse og hyppighet. Det vanligste i låneforhold er at lånebeløpet blir utbetalt i en samlet sum og ikke hyppig og uregelmessig med ulike beløp.

I Utv. 2007 s. 1727⁸¹ fastslo lagmannsretten at det ville tale mot å anse lånet som reelt der utbetalingen av midlene ikke gjøres i samlet sum, men heller ved løpende økning i lånetakers mellomregningskonto i selskapet.

Noe liknende var også tilfellet i Utv. 1999 s. 816, der skattyter resultatløst anket overligningsnemndas endringsvedtak for skattyter for inntektsårene 1991 og 1992 om å omklassifisere lån til utbytte. Det ble blant annet uttalt at:

”...uttakene fra Tentel AS` bankkonto ble foretatt etter behov gjennom hele året...”

I samme dom bemerket lagmannsretten følgende om utbetalingen fra selskapet:

”...ikke tale om stort engangsbeløp..., noe som kunne underbygget at det forelå et reelt lån.”

Rettspraksis vektlegger altså det faktum at utbetalingene fra selskapet har et preg av å være tilfeldig og således skiller seg fra det som er vanlig i låneforhold. Det viser seg også at det taler imot å anse et lån som reelt når lånebeløpet stadig økes over lengre tid, noe som kan være særlig aktuelt der partene har mellomregningskonto.

⁸¹ Referert side 26.

Ofte er det slik at skattyter mener den negative balansen til fordel selskapet skal regnes som et lån og ikke utbytte eller lønn. Forhold som taler imot at det er tale om et reelt lån blir fremmet i Utv. 2007 s. 1727⁸²:

”Videre hvorvidt lånebeløpet stadig er økt over en periode.”

En slik økning ville ikke være normalt i et vanlig låneforhold hos en finansinstitusjon da det vanskelig kan sammenholdes med større investeringer. Det samme argumentet ble lagt vekt på i Utv. 2006 s. 1146⁸³ der saldoen på en mellomregningskonto mellom selskapet og lånetaker stadig hadde økt.

Dersom aksjonæren foretar faste nedbetalinger på mellomregningskontoen kan dette være med på å styrke forholdets karakter av å være et lån. Motsatt vil det være om det kommer sporadiske og delvise nedbetalinger, og den overordnede utviklingen er en økning av lånebeløpet. Økningen kan gi inntrykk av at aksjonær bruker selskapets konto som egen lommebok, noe som taler for at ytelsene heller skulle vært tatt ut som lønn eller utbytte. Dette inntrykket styrkes i tilfeller hvor midlene blir benyttet til løpende forbruk hos aksjonæren.

Ved bruk av mellomregningskonto har rettspraksis også tillagt denne kontoens benevnelse noe vekt ved vurderingen av om et lån skal ansees reelt eller ikke.

Dersom kontoen er navngitt med noe som skulle tilsi at det dreier seg om et lån fra starten må dette telle i retning av at lånet er reelt. Tilsvarende må det telle i skattyters disfavør dersom kontoens navn ikke kan knyttes til lånet eller at navnet på kontoen endres hyppig. Navnet har minimal bevismessig vekt om en eventuell endring kan sies å komme på bakgrunn av revisors pålegg fremfor på eget initiativ.

⁸² Referert side 26.

⁸³ Referert side 33.

Et eksempel på at domstolene har lagt vekt på mellomregningskontoens betegnelse finnes i ”Vrybloeddommen”⁸⁴. Her var situasjonen at skattyter hadde en mellomregningskonto med selskapet, ”Mellomregning Vrybloed”, som ble benyttet til både private og selskapsmessige anskaffelser. Førstvoterende uttalte i den forbindelse at:

”Kontoens opprinnelige betegnelse,..., sannsynliggjør ikke at uttak den gang ble ansett som lån.”

Høyesterett mener altså at det ville vært lettere å se på lånet som reelt dersom kontoen hadde hatt en betegnelse som pekte mer i retning av at uttak var ment som lån fra selskapet til aksjonær.

4.1.4 Sikkerhetsstillelse

Spørsmålet i dette underkapittelet er om partenes arrangementer i relasjon til sikkerhetsstillelse vil påvirke en rettslig vurdering av om lånet er reelt eller ikke.

Utgangspunktet er klart. Det taler for at man står overfor et reelt lån i tilfeller hvor det foreligger betryggende sikkerhet for lånet. Dette er en normal løsning innen låneavtaler, også når man sammenlikner med lån hos profesjonelle finansinstitusjoner. Videre følger det av asl. § 8-7 at det skal stilles sikkerhet, i tillegg til at det er å anta at lånetaker forutsetter at han har en tilbakebetalingsplikt når han først stiller sikkerhet for midlene han mottar fra selskapet.

Der det ikke er stilt sikkerhet må utgangspunktet være at det trekkes i retning av å anse lånet for ikke å være reelt. Dette var tilfellet i Utv. 2006 s. 1146⁸⁵ hvor retten slår fast at:

”..., og det har ikke vært stilt sikkerhet. Dette er momenter som trekker i retning av at låneforholdet ikke har vært reelt.”

⁸⁴ Referert side 17.

⁸⁵ Referert side 33.

Og i Utv. 1999 s. 816⁸⁶:

”..., samtidig som det ikke ble stillet noen form for tilfredsstillende sikkerhet for lånebetalingen, må konklusjonen bli at beløpene klassifiseres som utbytte og ikke som lån.”

Sitatene over gir riktignok kun en indikasjon på at rettspraksis tillegger dette momentet begrenset vekt, da det heller ikke trekkes ut som en selvstendig drøftelse i dommene.

Generelt vil momentets betydning kunne variere med selskapets og lånetakers økonomiske stilling. For eksempel kan dette føre til at man må vente en mer betryggende sikkerhet for lånet i de tilfellene hvor selskapet har dårlig økonomi. Dersom selskapets økonomi ikke er tatt med i vurderingen av om sikkerheten er betryggende vil det gi et preg av at lånet ikke er reelt.

I Utv. 2007 s. 573⁸⁷ ble følgende uttalt i relasjon til vekten av at det ikke var stilt sikkerhet:

”Når det gjelder sikkerhet, har det også betydning at både selskapet og Nodland i hele perioden har hatt tilstrekkelig likviditet, og det har også her betydning at kontoen til tider har vært i Nodlands favør.”

Situasjonen her vil nok heller være unntaket enn hovedregelen. Det er klart at hvorvidt det foreligger sikkerhet for låneutbetalingen, vil utgjøre en sentral del av vurderingen av hvorvidt et lån er reelt eller ikke.

I teorien er det også tatt til orde for at beløpsstørrelsen vil ha betydning for hvorvidt sikkerhet bør stilles eller ikke. Gjems-Onstad sier blant annet om dette:⁸⁸

⁸⁶ Referert side 41.

⁸⁷ Referert side 39.

⁸⁸ Gjems-Onstad (2008) s. 491.

”Dreier det seg om større beløp, bør sikkerhet være angitt.”

Det kan være gode grunner for å vektlegge momentet i større grad der det angivelige lånebeløpet er stort. Det ville være upraktisk å måtte opprette sikkerhet for små kortsiktige lån med selskapet, samtidig som det også er normalt sammenlignet med profesjonelle finansinstitusjoner å kreve sikkerhet ved store utbetalinger.

Av sitatet fra nevnte dom er det klart også at selskapet har større grunn til å kreve betryggende sikkerhet der lånetakerens økonomi er vaklende enn i de tilfeller hvor denne er god. Det vil således i større grad tale for at et lån ikke er reelt dersom et lån blir gitt uten at det stilles sikkerhet til en lånetaker med svak personlig økonomi enn tilfellet vil være om aksjonærens generelle økonomi er så vidt god at selskapet kan regne det som sikkert at låneforpliktelsene vil bli overholdt uavhengig av sikkerhetsstillelse.

4.1.5 Renter

I låneforhold hvor skattyter betaler regelmessige renter på lånet over en periode tyder dette på at forholdet man står overfor er reelt. Dette slås fast i både rettspraksis, ligningspraksis og teori.

Dersom renter ikke blir betalt eller låneavtalens forhold til renter ikke er vurdert kan det derimot tale til skattyters ugunst. Dette var tilfellet i Utv. 2007 s. 1727⁸⁹ der retten uttaler følgende i relasjon til skattyter:

”På tidspunktet for overføringene hadde han ikke tanker om de helt sentrale forhold i et normalt låneforhold, som blant annet nedbetalingstid og rentesats.”

Momentet ble også nevnt som et ledd i å underbygge det faktum at låneforholdet manglet helt sentrale elementer som vanligvis foreligger i en låneavtale i Utv. 1999 s. 816⁹⁰:

⁸⁹ Referert side 26.

”Det ble ikke avtalt renteplikt, og Haga betalte heller ikke renter.”

Også Lignings-ABC 2010 legger på side 755 vekt på at rentebetingelser i det minste er forutsatt for at et reelt lån skal anses å foreligge.

At momentets vekt vil variere fra sak til sak kom frem i Utv. 2004 s. 275. Der ble det uttalt at til tross for at rentefrihet på lån er uvanlig så er ikke dette avgjørende for lånets realitet.

4.1.6 Løpetid

Mange vanlige lån kan gå over en lang periode, ikke sjelden 25-30 år. Avtalt løpetid vil i de fleste tilfeller tale i favør skatteyster da det gir en indikasjon på at lånet skal betales tilbake. Dette er også vanlig å avtale i ordinære låneforhold.

I sakene som har vært oppe i Høyesterett og lagmannsrett de siste 10-12 årene er det derimot sjelden skattyter har noen skriftlig avtalte om løpetid for lånet. Det kan likevel være tilfellet at løpetiden er muntlig avtalt.

I låneforhold hvor løpetid ikke er avtalt bestemmer gjeldsbrevloven § 5 at skyldneren har rett til å betale lånet så fort han vil, samtidig som gjelden skal innfris ved påkrav fra lånegiveren.

Der den avtalte løpetiden er unormalt lang kan dette vanskelig vektlegges til gunst for skattyter i spørsmålet om det er reelt lån eller ikke. I en eldre artikkel skriver Krogh-Moe:⁹¹

”Ligningskontorene trenger neppe heller å godta tilbakebetalings-betingelser som har symbolsk karakter, for eksempel hele lånet tilbakebetales i et beløp om 200 år.”

⁹⁰ Referert side 41.

⁹¹ Krogh-Moe (1977) s. 829.

Det er likevel usikkert hvor lang løpetid en skal tillate før lånet må betegnes som ikke-reelt. Det bør i hvert fall tillates løpetid i samsvar med det som tillates i vanlig finansinstitusjoner. Da skattyter ofte får bedre lånevilkår i egen bedrift kan dette tale for å godta noe lengre løpetid før en avskriver at det foreligger et reelt lån.

Dersom lånet skal tilbakebetales ved påkrav vil momentet vanskelig kunne tillegges særlig vekt, da det gir liten indikasjon på om lånet er reelt eller ikke der slikt påkrav ikke foreligger. Dersom det faktisk foreligger påkrav antyder dette på den annens side at det er tilknyttet en tilbakebetalingsplikt til det angivelige lånet. Dette vil først og fremst tale i skattyters favør i de tilfeller hvor påkravet blir satt frem i forkant av ligningsmyndighetenes kontroll.

4.1.7 Faktisk tilbakebetaling

Tidligere i kapittelet har tilbakebetalingsplikten blitt behandlet. I det følgende skal det gjøres rede for betydningen av at lånetaker faktisk betaler lånet tilbake.

At betingelser for tilbakebetalingen er et sentralt element i et hvert aksjonærlån er forutsatt i Lignings-ABC 2010 side 755.

Videre er det også klart at en tilbakebetaling av lånet i utgangspunktet avskjærer skattemyndighetenes omklassifiseringsadgang, uten at det betyr at ethvert tilbakebetalingsarrangement kan godtas.

Gjems-Onstad fremhever også faktisk tilbakebetaling av ytelsen som en god indikasjon på at lånet er reelt:⁹²

”På den annen side vil det antagelig bli tillagt stor vekt at tilbakebetalinger reelt er foretatt...”

⁹² Gjems-Onstad (2008) s. 491.

Det må i tillegg vurderes om tilbakebetalingen har vært noenlunde regelmessig, eller om den har vært foretatt med små beløp til uregelmessige tider. I Utv. 2007 s. 573⁹³ bemerker lagmannsretten i så måte at:

”Det har ikke vært tale om faste lineære nedbetalinger, men det er ikke noe avgjørende kriterium for å kunne konstatere at det foreligger et låneforhold. Den fremlagte kontoutskrift viser at det har vært gjort store, men ujevne nedbetalinger.”

Sitatet viser at selv om regelmessig nedbetaling av et lån taler for å anse et som lån reelt vil det etter omstendighetene ikke alltid tale mot at det foreligger tilbakebetalingsplikt selv om den faktiske tilbakebetalingen er uregelmessig.

I denne dommen legger heller ikke lagmannsretten vekt på at skattyter motregner låneavdragene mot utbytte fra selskapet, ettersom selskapet har vært Nodlands vesentlige inntektsgrunnlag. Skattyter må med andre ord gis mulighet til å betjene sine låneforpliktelser med de inntektskildene han måtte ha til rådighet også når lån og utbytte stammer fra samme selskap. Dette kan derimot stille seg annerledes der selskapet i utgangspunktet sliter økonomisk, noe som i neste omgang kan gi et inntrykk av at tilbakebetalingsplikten er betinget. Situasjonen vil bli drøftet senere i oppgaven.

I vurderingen av vektleggingen av faktisk tilbakebetaling vil også tidspunktet for tilbakebetalingen kunne spille inn. Ligningspraksis og rettspraksis trekker et retningsgivende skille ved det tidspunkt skattyter får varsling om kontroll fra ligningsmyndighetene. Eksempelvis kan dette gjelde ved hel eller delvis tilbakebetaling av lånet. Lagmannsretten uttaler i så måte i Utv. 2006 s. 1146⁹⁴:

”Dersom det er foretatt tilbakebetalinger til selskapet før ligningssak er reist, vil det vanligvis være et viktig moment.

⁹³ Referert side 39.

⁹⁴ Referert side 33.

Rettspraksis legger stor men ikke avgjørende vekt i favør at et lån er reelt, der skattyter innfrir hele lånet. Dette er likevel selvfølgelig avhengig av at innfrielsen skjer, eller er planlagt skjedd før selskapet får melding om bokettersyn. Dette var tilfellet i ”Hjeltnesdommen”⁹⁵ hvor retten anså det som en tilfeldighet at bokføringen av tilbakebetalingen skjedde etter varsel om bokettersyn, på bakgrunn av erfaringer fra tidligere år.

Innfrielse foretatt etter dette tidspunkt som ikke kan bevises planlagt tidligere, kan derimot ikke tillegges særlig vekt. Sannsynligheten er i utgangspunktet stor for at denne betalingen da foretas for å unngå at lånet blir omklassifisert med tilhørende skattebelastning. Dette synet bekreftes i Utv. 2007 s. 1727⁹⁶ der retten sier:

”Innbetalinger som foretas etter at ligningsmyndighetene har tatt opp saken må tillegges svært begrenset vekt, fordi det i så fall lett kunne medføre tilpasninger til regelverket. Situasjonen kunne vært en annen dersom skattyter uoppfordret, før ligningsmyndighetene tok opp saken foretok tilbakebetaling. Skattyter vil da lettere, også uten dokumentasjon, få medhold i anførselen om at låneforholdet er reelt.”

I Utv. 2004 s. 173⁹⁷ så lagmannsretten tilbakebetaling av lånet som en indikasjon på at det dreide seg om et lån ettersom det ikke var holdepunkter for at verken selskapet eller lånetaker visste noe innholdet i en rapport fra arbeidsgiverkontrollen.

Ut fra rettspraksis kan det virke som om det ikke skilles mellom hvilke handlinger som er foretatt, for eksempel innbetaling, opprettelse av låneavtale eller bokføring av lån, men at de uansett vil ha begrenset vekt så lenge de er foretatt etter varsel om kontroll fra ligningsmyndighetene.

⁹⁵ Referert side 26.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Referert side 36.

4.1.8 Partenes økonomiske situasjon

Det er et moment som taler mot å anse et angivelig lån som reelt der skattyter faktisk ikke har økonomiske muligheter til å innfri lånet dersom man ser bort fra økonomi og resultater i selskapet. Om dette uttalte Høyesterett i ”Vrybloeddommen”⁹⁸:

”Jeg legger til grunn at den anførte tilbakebetalingsplikt var betinget av det økonomiske resultat av selskapets drift. I et slikt tilfelle må man falle tilbake på hovedregelen om at uttak skal anses som lønn eller utbytte.”

At aksjonærens private økonomiske stilling er av betydning i vurderingen av om et lån er reelt kommer også frem i Utv. 2007 s. 1727⁹⁹:

”Det skal også sees hen til hvorvidt aksjonæren har eller vil få økonomisk mulighet til å tilbakebetale lånet med andre kilder enn aksjeselskapet.”

Med dette som utgangspunkt vil vekten av dette momentet også kunne være avhengig av selskapets økonomiske situasjon. I ”Vrybloeddommen”¹⁰⁰ slet selskapet økonomisk, noe som førte til at eventuell tilbakebetaling av lånet var meget usikkert ettersom eventuelle utbytter eller økt lønn var sterkt avhengig av at selskapet kom seg ovenpå.

Det kan tenkes at situasjonen må vurderes noe annerledes i de tilfellene hvor selskapets økonomiske utsikter er lyse, og skattyter dermed så å si med sikkerhet kan regne med å motta midler til å overholde sine låneforpliktelser. I dette tilfellet vil det ikke være like betenkelig å anse skattyters angivelige tilbakebetalingsplikt som reell, da tilbakebetalingsplikten ikke har det samme preg av å være betinget av endring i positiv retning i selskapets inntjening. I slike tilfeller er det ikke i like stor grad usikkert om lånetaker får mulighet til å tilbakebetale lånet, og det er således større grunn til å anse tilbakebetalingsplikten som reell.

⁹⁸ Referert side 17.

⁹⁹ Referert side 26.

¹⁰⁰ Referert side 17.

I ”Hjeltnesdommen”¹⁰¹ la retten også vekt på skattyters personlige økonomi, men i motsatt retning. I dette tilfellet hadde skattyter åpenbart personlig økonomi til å innfri lånet til enhver tid, eventuelt ved å ta opp lån i en finansinstitusjon. Retten tok derfor ikke det faktum at lånets avdrag ble dekket ved utbytte fra selskapet til inntekt for at lånet ikke var reelt, ettersom innfrielsen ikke var betinget av at selskapet kunne gi økt lønn eller utbytte.

Det samme var resultatet av rettens vurdering av skattyters økonomi i Utv. 2004 s. 173¹⁰²:

”Etter omstendighetene finner lagmannsretten det overveiende sannsynlig at A fra andre kilder hadde midler til livsopphold også uten slike lønnsutbetalinger, og dette moment kan da ikke tillegges vekt.”

En vurdering av skattyters økonomiske stilling må selvsagt foretas konkret i det enkelte tilfellet, ettersom dette kan være sammensatte forhold. En slik vurdering vil ha som mål å undersøke hvorvidt skattyter har økonomi til å innfri lånet uten å være avhengig av utenforliggende forhold.

I Utv. 2007 s. 1727¹⁰³ ble lagt vekt på at til tross for at skattyter hadde økonomiske verdier i fast eiendom, er dette formuesgoder av forholdsvis usikker karakter og de er lite likvide. Det tar tid å omsette fast eiendom og det er ofte vanskelig å forutse den eksakte verdien av disse. Dette har i neste omgang betydning for skattyters muligheter for å innfri lånet.

Et annet tilfelle hvor det blir lagt vekt på skattyters konkrete økonomiske forhold finnes i Utv. 2007 s. 573¹⁰⁴:

¹⁰¹ Referert side 26.

¹⁰² Referert side 36.

¹⁰³ Referert side 26.

¹⁰⁴ Referert side 39.

”...det forhold at nedbetalingene fra Nodlands side har skjedd ved uttak av utbytte fra selskapet, kan etter lagmannsrettens syn ikke ha betydning, all den tid selskapet har vært Nodlands vesentlige inntektsgrunnlag.”

Her vektla lagmannsretten at skattyter ikke hadde noen andre inntektskilder enn utbytte og det ville vært urimelig om han ikke kunne ha benyttet seg av disse midlene til å betale ned på lånet.

Et ytterpunkt på den siden som taler for at lånet ikke er reelt, er tilfellet der skattyter tar opp lån i eget selskap når han er åpenbart insolvent, eller har meget svak personlig økonomi. Dette var tilfelle i *”Vrybloeddommen”*¹⁰⁵ der skattyters økonomiske stilling var svak i årene de angivelige lånene skulle vært tatt opp. Domstolen bemerker at:

”...den ankende parts økonomiske stilling i 1989 og 1990 var slik at utlån sett fra selskapets side ville framstå som helt uforsvarlig.”

Rettspraksis tyder altså på at det taler til skattyters ugunst dersom tilbakebetalingsplikten virker å være betinget av selskapets resultater. Det er videre klart at der skattyter har god privatøkonomi vil det svekke tilbakebetaingspliktens karakter av å være betinget, selv om den foretas med utbytte eller lønn fra selskapet.

Sammenliknet med sakene over virker det som lagmannsrettens bedømmelse av skattyters økonomiske stilling i Utv. 2004 s. 275 er noe midt imellom. Her slo retten fast at både skattyter og selskap hadde god økonomi og at skattyter ville kunne innfri lånet til selskapet ved andre løsninger enn overskudd fra selskapet.

Saken skiller seg klart fra situasjonen i *”Vrybloeddommen”*¹⁰⁶ og en skulle tro at dette ville tale for å anse lånet som reelt. Likevel tok lagmannsretten utgangspunkt i en meget konkret vurdering av tilbakebetalingshistorikken og viste til at lånetakers nedbetalinger tidligere hadde vært foretatt ved motregning mot utbytte fra selskapet. Den bemerket

¹⁰⁵ Referert side 17.

¹⁰⁶ Ibid.

også at det ikke ble foretatt noen nedbetaling det året selskapet pådro seg store tap. Her så lagmannsretten bort fra lånetakers generelt gode økonomiske stilling, ettersom lånetaker ikke syntes å være villig til å benytte seg av midler utenfor selskapet for å imøtekomme sine låneforpliktelser.

4.1.9 Lånemidlenes anvendelse

Det er omdiskutert hvorvidt det er relevant å se hen til om det angivelige lånet har resultert i en faktisk investering av noe slag eller om midlene har rent bort til løpende forbruk.

Det ble godtatt i ”Hjeltnesdommen”¹⁰⁷ at skattyter hadde brukt midlene til oppussing og påbygg av bolig. I Utv. 2007 s. 1727¹⁰⁸ uttalte lagmannsretten med henvisning til Lignings-ABC:

”Endelig skal det legges vekt på om lånet er gått med til å finansiere vanlig privat forbruk, eller om lånet er brukt til å erverve større formuesgoder som fast eiendom.”

Her lot domstolen det trekke i retning av at det ikke forelå et reelt lån siden det ble brukt til rent forbruk. Det samme var tilfelle i Utv. 1999 s. 816¹⁰⁹:

”..., og at beløpene ble anvendt til livsopphold for Atle Haga, som ikke hadde andre inntekter.”

Der skattyter ikke har andre inntekter eller midler å leve av, vil bruk av lånet til forbruk trekke ytterligere i retning av at lånet ikke er reelt. Dette er med på å gi et inntrykk av at låneformen er valgt fremfor å ta ut lønn eller utbytte av selskapet.

¹⁰⁷ Referert side 26.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Referert side 41.

I dommen nevnes også at dersom lånet var tatt ut til et bestemt formål ville dette telle i skattyters favør:

”...til bestemt formål, noe som kunne underbygget at det forelå et reelt lån.”

I Utv. 2007 s. 1727¹¹⁰ sa lagmannsretten at kjøp av aksjer og kjøp og påkostninger av fast eiendom måtte anses som investeringer. Videre ble det uttalt at kjøp av bil og betaling av leasinggjeld på motorsykkel måtte betraktes som forbruk. Det samme gjaldt et usikret lån til venn da dette var rentefritt. Vurderingen går altså her på hvor vidt investeringen er egnet til å gi avkastning i en normalsituasjon.

Det kan se ut som at domstolene i utgangspunktet legger til grunn at dersom lånemidlene blir brukt til ordinært forbruk så taler det for at disposisjonen skal ha ansees som lønn eller utbytte.¹¹¹ Dette kan heller ikke sies å være normal bruk av lånemidler om man sammenlikner med ordinære låneforhold til finansinstitusjoner.¹¹²

Uttalelser lagmannsretten i Utv. 2006 s. 1146¹¹³ gir signal om at lånemidlenes anvendelse ikke vil være et tungtveiende moment.

”Frem til da hadde uttakene åpenbart vært sentrale for Myhres daglige underhold i det uttakene utgjorde omtrent dobbelt så mye som lønnsutbetalingene for de samme årene, selv om det neppe kan legges vekt på hva et eventuelt lån har vært benyttet til.”

Her kan det virke som retten ikke legger nevneverdig vekt på anvendelsen av det angivelige lånet. Utv. 2004 s. 275 tyder det derimot på at det legges noe vekt på dette, mer i tråd med *”Hjeltnesdommen”*¹¹⁴:

¹¹⁰ Referert side 26.

¹¹¹ Haukaas og Mauren (2009).

¹¹² Med unntak av rene forbrukslån.

¹¹³ Referert side 33.

¹¹⁴ Referert side 26.

”Dette store beløp og tyder på at A i stor utstrekning har blandet sin privatøkonomi med selskapets ved å la selskapet dekke sine alminnelige, løpende forbruksutgifter. Beløpet synes ikke å ha gått til investeringsformål eller andrespesifikke utgifter.”

Lignings-ABC 2010 nevner på side 756 at der privat forbruk dekkes av at det angivelige lånet økes fremfor at det tas ut utbytte eller lønn, vil dette kunne tale mot å anse lånet som reelt.

I *Norsk Bedriftsskatterett* skriver Gjems-Onstad på sin side at:¹¹⁵

”Det kan neppe legges vekt på hva lånet er brukt til, f.eks om det er brukt til forbruk eller til finansiering av formuesgoder,…”

Forfatteren underbygger dette med uttalelser fra Rt. 1981 s. 990. Nyere dommer, riktignok fra lagmannsretten, synes derimot å vektlegge hva lånet brukes til.

Oppsummeringsvis kan det sies at vektleggingen av dette momentet fremstår som omdiskutert ut fra rettspraksis, ligningspraksis og teori. Senere dommer og ligningspraksis kan likevel tyde på at det har en viss relevans.

4.1.10 Andre forhold i selskapet

Dersom den angivelige lånetaker er ansatt i selskapet som for eksempel daglig leder, kan det også være relevant for omklassifiseringsvurderingen hvordan annen godtgjørelse fra selskapet arter seg.

Andre lederes lån i konsernet ble blant annet vektlagt av lagmannsretten i Utv. 2004 s. 275 for å belyse at låneforhold med et noe tilfeldig preg ikke var en uformell kultur internt i konsernet.

¹¹⁵ Gjems-Onstad (2008) s. 491.

Lagmannsretten viste til at andre personer i konsernet med tilsvarende stilling som skattyter hadde helt klargjorte forhold rundt sine lån. Her forelå det skriftlig låneavtale med kredittramme og løpetid. Dette faktum talte for å anse skattyters lån for ikke å være reelt ettersom den angivelige låneavtalen ikke var tilsvarende formalisert i hans tilfelle.

I de tilfellene lønnen til skattyter ikke står i stil til skattyters forbruk eller til avlønningen av andre i selskapet det er naturlig å sammenlikne han med, kan dette tale for at man står overfor et skjult utbytte eller lønn. Her vil skattyters generelle økonomi, som beskrevet over, kunne kommet inn som et justerende element. Er dennes økonomi god, og kan forsvare et forbruk uten normal lønn, vil en slik argumentasjon få mindre vekt til skattyters ugunst.

På den annen side vil det kunne tale mot at det dreier seg om et reelt lån om utregninger viser at lønn og lånesaldo sammenlagt i stor grad samsvarer med lønnsnivået i selskapet forøvrig. I Utv. 2004 s. 275 gjorde retten denne sammenlikningen og viste til at beløpet man kom til etter utregningen syntes å være i samsvar med hva de andre lederne i konsernet fikk i lønn.

4.1.11 Forholdet til aksjeloven

Det er usikkert hvorvidt det faktum at det angivelige lånet er i strid med reglene i aksjeloven har betydning for vurderingen av aksjonærlånets realitet eller ikke. I de fleste relevante dommer som nevner dette momentet, tillegges eventuelle brudd på aksjelovgivningens regler for kredittstillelse liten eller ingen vekt. Det synes å være enighet om at formålene for henholdsvis skatteloven og aksjeloven er såvidt forskjellige, at disposisjoner som rammes av selskapslovgivningen ikke nødvendigvis sier så mye de skatterettslige forhold. I ”*Hjeltnesdommen*”¹¹⁶ uttales det:

”Under enhver omstendighet oppfatter ikke lagmannsretten at det som måtte være selskapsrettslige uregelmessigheter, taler med særlig styrke for den ene eller andre løsning på spørsmålet...”

¹¹⁶ Referert side 26.

Et eldre eksempel hvor dette heller ikke ble nevneverdig vektlagt, følger av Utv. 2004 s. 173¹¹⁷:

”At man ikke har gått frem slik som bestemt i aksjeloven § 8-11a og §12-10 kan i seg selv ikke medføre at man anser lånet som kamuflert lønn, idet disse regler ikke er av skattemessig art.”

Heller ikke i teorien blir det aktuelle momentet gitt særlig gjennomslagskraft.

Zimmer/BAHR skriver blant annet følgende på side 286 om betydningen av aksjelovens bestemmelser i forhold til lån:

”...er neppe at et lån som ikke oppfyller disse vilkår, skal anses som utbytte i skattemessig sammenheng.”

Og videre:

”Spørsmålet om det foreligger utbytte, må altså avgjøres uavhengig av (allmenn) aksjelovens begrensninger i adgangen til å gi aksjonærlån”

Det kan nok likevel stilles spørsmål ved om vurderingen må antas å være helt uavhengig av aksjelovens bestemmelser. I Utv. 1999 s. 816¹¹⁸ sier lagmannsretten:

”Disse brudd på aksjeloven er ikke avgjørende for klassifiseringsspørsmålet, men trekker avgjort i retning av en kritisk skatterettslig vurdering av lånene.”

Også Lignings-ABC 2010 nevner dette momentet på side 756:

”- det angivelige lånet er lovlig etter aksjelovens bestemmelser.”

¹¹⁷ Referert side 36.

¹¹⁸ Referert side 41.

Det finnes også eksempler i teorien hvor momentet blir ansett relevant, blant annet i Gjems-Onstads bok:¹¹⁹

”At lånet er i strid med reglene i asl/asal § 8-7, kan være et argument for at tilbakebetalingsforpliktelse ikke er reell...”

Mest aktuelt blir det nok å tillegge dette momentet vekt der reglene i aksjeloven ikke er fulgt, og da til skattyters ugunst. Særlig kan dette være tilfellet hvor revisor og ligningsmyndigheter har påpekt ulovligheten før ligningsmyndighetene tar opp saken, noe som kan tyde på liten vilje fra aksjonærens side til å bidra til å fastslå hvorvidt det foreligger et lån eller ikke.

I *”Vrybloeddommen”*¹²⁰ fremhever Høyesterett til skattyters ugunst at revisor gjorde skattyter oppmerksom på at lånet han hadde i selskapet var i strid med den tids aksjelov, uten at skattyter tok dette til etterretning. Hvordan dette ble vektlagt kommer likevel ikke tydelig frem i dommen.

Momentet ble derimot fremhevet i Utv. 2007 s. 1727¹²¹ hvor skattyter fikk en rekke oppfordringer til å bringe lånet på linje med aksjelovens bestemmelser, uten å følge dette opp. Etter lagmannsrettens syn var dette:

”...en klar indikasjon om at han ikke hadde tilbakebetalingshensikt.”

Styrebehandling etter aksjeloven kan være med på å gi et låneforhold den nødvendig notoritet, ettersom dette vil gi dokumentasjon som kan etterprøves. Særlig vil dette være viktig i små selskaper hvor det er tett kontakt mellom aksjonær, styre og daglig leder, og hvor dette kanskje til og med er en og samme person.

Denne situasjonen ble omtalt i Utv. 2004 s. 275:

¹¹⁹ Gjems-Onstad (2008).

¹²⁰ Referert side 17.

¹²¹ Referert side 26.

”Med den nære tilknytningen som det er mellom X og A som indirekte eiere gjennom Y, må det etter lagmannsrettens syn stilles større krav til notoritet og formell behandling enn hva som gjelder for andre ansatte i bedriften.”

Når det gjelder vektleggingen av opplysninger nedtegnet i styrets protokoller vil denne avhenge av hvorvidt selskapet styres av en eller flere personer. Der det er flere individer som sitter i styret og ledelse, vil styreprotokoller representere god dokumentasjon og notoritet over forhold i selskapet, ettersom det da vil kreve planlegge ulovlige arrangementer. Motsatt var tilfellet i ”Vrybloeddommen”¹²² der selskapet hadde enestyre, og styreprotokollen derfor kun ble underskrevet av eier og styreleder i en og samme person. Om dette sier Høyesterett:

”Den notoritet som ellers normalt kan tillegges styrets protokoller slår ikke til i dette tilfelle fordi den ankende part opptre i rollen som långiver og låntaker.”

Skattyter bør altså følge reglene om kompetent organs behandling av lånet. I Utv. 2007 s. 1727¹²³ var situasjonen den at det ikke engang var foretatt noen styrebehandling av lånet. Lagmannsretten i den aktuelle sak la noe vekt på dette da den fastslo at lånet ikke var reelt, men skulle omklassifiseres. I samme gate uttalte førstvoterende i Utv. 2006 s. 1146¹²⁴:

”Det er heller ikke fremlagt bevis for at låneforholdet har vært styrebehandlet,…”

I denne sammenheng ville dokumentasjon i styreprotokollen rundt behandlingen av lånet gitt nødvendig notoritet, og vært en god indikasjon på at lånet var reelt.

¹²² Referert side 17.

¹²³ Referert side 26.

¹²⁴ Referert side 33.

Tidligere i fremstillingen har vi sett at det som utgangspunkt skal være den privatrettslige tilbakebetalingsplikten som skal legges til grunn ved vurderingen av hvordan et forhold skal klassifiseres skatterettslig. Dette spørsmålet ble satt på spissen i Utv. 2007 s. 1727¹²⁵ der skattyter fremhevet at ettersom konkursboet i en eventuell konkurs sannsynligvis ville vunnet frem med et tilbakebetalingskrav mot skattyter med begrunnet i at det foreligger et lån, så måtte også dette gjelde skatterettslig. Lagmannsretten var i utgangspunktet enig en slik tolkning, men uttalte videre:

”Men argumentet må sees i sammenheng med øvrige relevante bevismomenter.”

Resultatet i den aktuelle saken var at dette argumentet ikke var tungtveiende nok til å vippe avgjørelsen i skattyters favør.

Gjennomgangen av rettskildene tyder på at hvorvidt reglene for aksjonærlån i aksjeloven er fulgt eller ikke, neppe er noe tungtveiende moment. Likevel kan det i visse tilfeller gi tolkningsbidrag i vurderingen av om et aksjonærlån skal anses å være reelt.

4.1.12 Helhetsvurderingen

Det fremgår av rettspraksis, ligningspraksis og teori at det må foretas en konkret helhetsvurdering av momentene, hvor ingen av dem alene er avgjørende. I denne relasjon uttaler lagmannsretten i Utv. 2006 s. 1146¹²⁶:

”Etter en helhetlig vurdering finner lagmannsretten det klart at Myhre ikke har sannsynliggjort at hans uttak fra selskapet i årene 1995-1999 reelt sett kan anses som lån.”

Av Lignings-ABC 2010 side 756 følger det at:

”Spørsmålet må vurderes ut fra en helhetsvurdering.”

¹²⁵ Referert side 26.

¹²⁶ Referert side 33.

Momentene som er redegjort for tidligere i oppgaven har altså ikke rettslig gjennomslagskraft i seg selv, men inngår som bevismomenter i helhetsvurderingen. Likevel er det, noen momenter som generelt sett har større vekt enn andre, for eksempel skriftlig låneavtale, med klare vilkår når det gjelder renter, tilbakebetaling og sikkerhet.

I tillegg må det påpekes at ettersom det er en konkret helhetsvurdering som skal foretas for å fastlegge om et lån er reelt eller ikke, vil listen med momenter på ingen måte være uttømmende. I denne sammenheng sa retten følgende i ”Hjeltnesdommen”¹²⁷:

”Endelig vil lagmannsretten fremholde at momentene heller ikke er angitt å være uttømmende, noe ytterligere understreker vurderingens karakter av bred helhetsvurdering.”

Vekten av et moment vil også kunne variere med variasjonen i faktum på de ulike sakene. I relasjon til dette er det i ”Hjeltnesdommen”¹²⁸ uttalt at:

”... vurderinger av samme spørsmål i andre saksforhold får begrenset betydning der de faktiske omstendigheter skiller seg fra saken...”

Noen momenter er likevel gjennomgående bedre egnet enn andre til å belyse en disposisjons realitet.

Det vil også spille inn på helhetsvurderingen hvorvidt faktum i den konkrete sak befinner seg i kjerneområdet for omklassifisering eller ikke. I ”Hjeltnesdommen”¹²⁹ viser lagmannsretten til at kjerneområdet for omklassifisering fra lån til utbytte eller lønn dekker situasjoner der regelmessige lønnsutbetalinger og regulære lønnsutbetalinger byttes ut med tilfeldige uttak fra selskapet. I den konkrete saken mottok skattyteren årlig både lønn og utbytte, og saken var således utenfor kjerneområdet for omklassifisering. Retten legger til grunn at dette fører til at det

¹²⁷ Referert side 26.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

konkrete kravet til grunnlaget for omklassifisering skjerpes. Om det hadde forhold seg motsatt, slik det gjorde i ”Vrybloeddommen”¹³⁰, ville man vært i kjerneområdet for omklassifisering og det hadde vært nærliggende å se lånet som et fordekt utbytte eller lønn.

4.2 Skatterettslige følger av omklassifiseringen

I tilfeller hvor det ut fra en vurdering av momentene over avgjøres at det angivelige lånet ikke er reelt, vil skattemyndighetene altså klassifisere ytelsen fra selskapet til enten utbytte eller arbeidsinntekt, jfr. lignl. § 8-1, med tilhørende endring i beskatningen av midlene.

Hovedreglene for denne omklassifiseringen er i utgangspunktet klare. Der ytelsen helt eller delvis kan knyttes til en ”fordel vunnet ved arbeid”, altså arbeidsvederlag, skal det helt eller delvis omklassifiseres til arbeidsinntekt, jfr. sktl. 5-1. Viser det seg derimot at det angivelig egentlig er ”vederlagsfri utdeling”, skal det omklassifiseres til utbytte, jfr. sktl. 10-11.

I det følgende skal det gjøres rede for de skattemessige konsekvenser av omklassifiseringen for skattyter og selskapet, og i hvilken grad skattyter ved omklassifiseringen kan velge uttaksform.

4.2.1 Arbeidsinntekt

Ved omklassifisering til arbeidsinntekt vil personlig aksjonærer blir beskattet med 28 prosent i alminnelig inntekt, jfr. sktl. § 5-1. Videre vil beløpet beskattes som personinntekt, som innbefatter trygdeavgift og toppskatt, med henholdsvis 7,8 prosent og 9-12 prosent, jfr. sktl. § 12-2. Totalt vil dette gi en marginalsatt for personlig skattyter på 44,8-47,8 prosent.

Personlig aksjonærer som får ytelsen fra selskapet omklassifisert til lønn vil også nyte godt av minstefradraget i alminnelig inntekt, jfr. sktl. § 6-31.

¹³⁰ Referert side 17.

På selskapets hånd vil omklassifisering til lønn, medføre at den vil bli tillagt arbeidsgiveravgift på maksimalt 14,1 prosent, jfr. ftrl. § 23-2. Fra før har selskapet betalt 28 prosent skatt i alminnelig inntekt på resultatet, jfr. sktl. § 5-1 og § 5-30. Selskapet vil på den annen side få fradrag i beregningsgrunnlaget alminnelig inntekt for lønnskostnadene, jfr. sktl. § 6-1.

Arbeidsinntekt tidfestes etter ”*kontantprinsippet*”, jfr. sktl. §14-3.

4.2.2 Utbytte

Ved omklassifisering til utbytte vil aksjonæren bli belastet 28 prosent i alminnelig inntekt, jfr. sktl. § 10-11. Selskapet på sin side har allerede betalt 28 prosent i skatt i alminnelig inntekt basert på resultatet, jfr. sktl. § 5-1 og § 5-30.

Utdelt utbytte kommer derimot ikke til fradrag, slik som tilfellet er ved lønn, da utdelingen ikke er en kostnad, men en frivillig anvendelse av overskuddet. Selskapet vil derimot ikke måtte betale arbeidsgiveravgift på ytelsen. Effektiv skattebelastning blir etter dette 48,16 prosent.

Eventuelt skjermingsfradrag forutsetter lovlig utdelt utbytte, jfr. sktl. § 10-12, noe som sjelden vil være tilfelle ved omklassifisering av aksjonærlån.

Aksjeutbytte skal tidfestes ”*realisasjonsprinsippet*”, jfr. sktl. § 14-2.

4.2.3 Arbeidsinntekt vs. utbytte

Fremstillingen viser at ligningsmyndighetene, etter lignl. § 8-1, i utgangspunktet skal klassifisere ytelsen fra selskapet etter det som er mest sannsynlig. Aktive aksjonærer har derfor tidligere hatt lite å si når det kommer til hva det skal omklassifiseres til.

Etter innføringen av skattereformen 2004-06, som medførte en større åpning for aksjeeier å velge uttaksform, er imidlertid utgangspunktene ikke like klare.¹³¹ Riktignok var denne valgfriheten beregnet til situasjoner der aksjeeiere skulle foreta lovlig uttak,

¹³¹ Skattedirektoratet, meldinger SKD 1/10 (2010).

hvor de sto overfor valget mellom å ta det ut gjennom lønn eller utbytte. Likevel kan valgfrihetene her, gjøre det legitimt å spørre om denne valgfriheten burde opprettholdes i tilfeller hvor skattemyndighetene bestemmer omklassifisering fra lån til utbytte/lønn.

På den ene side kan det argumenteres for at skattyter burde miste denne valgetten, da han tross alt har hatt et lån som ikke har vært reelt. På den annen side er ikke forskjellene mellom skatt på arbeidsinntekt og skatt på utbytte lenger så store som de en gang var, og omklassifiseringen vil også få følger for andre forhold som arbeidsgiveravgift, lønnsfradag for selskapet, trygdeavgift, toppskatt, pensjon og lignende. Skattedirektorartet kom i Utv. 2009 s. 1284 med en uttalelse hvor skattyters valgfrihet ble slått fast.

Av uttalelsene i Lignings-ABC side 757 fremgår det at det nå er opp til selskapet og aksjonæren å bestemme hva det skal omklassifiseres til. Dette fordrer for det første at eventuell omklassifisering til lønn står i stil til arbeidsmengden, og i tillegg at selskapet og aksjonæren er enig i omklassifiseringne.

Det er altså ikke aktuelt, av naturlige årsaker, at selskapet og aksjonæren beskattes ut fra to forskjellige grunnlag, dermed er det den uttaksform som blir valgt som legges til grunn for begge parter. I tilfeller hvor det er uenighet, eller det ikke fremsettes noe krav, blir den mest sannsynlige klassifiseringen lagt til grunn, jfr. sktl. § 8-1.

4.3 Forholdet til pensjon, folketrygd, feriepenger og sykepenger

Omklassifisering av aksjonærlån får ikke bare skattemessige virkninger, en endring av lånet til lønn eller utbytte kan også få betydning på andre områder av betydning for skattyter.

For pensjon er det mulig å opptjene pensjonspoeng inntil 12 G ved at det omklassifiseres til arbeidsinntekt. Dette er noe som ikke påvirkes dersom ytelsen fra selskapet klassifiseres som utbytte, men ved omklassifisering til arbeidsinntekt vil dette være relevant.

Bidrag til folketrygden blir som nevnt tidligere beskattet gjennom personinntekten. Da utbytte ikke inngår i grunnlaget for personinntekten, vil skattyter ikke opparbeide seg noen rettigheter her gjennom utdeling av utbytte. Dette kan også få følger for retten til sykepenger, som reguleres i ftrl. kapittel 8.

Der aksjonæren i tillegg er vanlig lønnsinntaker vil skillet mellom utbytte og lønn også spille inn på rett til feriepenger. Der han er alminnelig arbeidstaker skal han i utgangspunktet opparbeide 10,2 prosent av lønnen i feriepenger for det kommende året, jfr. ferieloven § 10.

Foregående gjennomgang viser at det flere hensyn å ta, utover de rent skattemessige, om en står i en valgsituasjon mellom å velge omklassifisering til arbeidsinntekt eller til utbytte.

4.4 Forholdet til den ulovfestede omgåelsesnorm

Oppgaven har hittil drøftet omklassifiseringsspørsmålet med forankring i lignl. § 8-1, med fokus på hvorvidt det foreligger tilbakebetalingsplikt. Den videre drøftelsen vil vise at en slik vurdering ikke alltid vil være tilstrekkelig sikkerhet mot enhver form for forsøk på skattemessig omgåelse.

Tidligere i fremstillingen er det klargjort at det er skattyters privatrettslige valg, som i utgangspunktet også skal legges til grunn skatterettslig. I kombinasjon med avtalefriheten kan dette føre til skatteplanlegging. I de fleste tilfeller er slik rasjonell skatteplanlegging legitim.¹³²

Med dette som utgangspunkt, er det likevel klart at ikke all form for skatteplanlegging kan godtas. Skattyter kan for eksempel ha valgt en privatrettslig form kun av den grunn å oppnå skattefordeler som er i strid med skattelovgivningens formål.¹³³ I disse tilfellene kan det være aktuelt for ligningsmyndighetene å skjære igjennom den opprinnelige formen.

¹³² Zimmer (2010) s. 53.

¹³³ Zimmer (2005) s. 59.

Gjennomskjæring må med andre ord avgrenses mot omklassifisering, og vil ha et annet rettslig grunnlag enn lignl. § 8-1. Det viser seg likevel at grensen mellom tilsidesettelse og omklassifisering ikke alltid er like lett å trekke.

Hvorvidt en disposisjon kan omgjøres med bakgrunn i denne normen, beror altså på en skjønsmessig vurdering av det reelle innhold i forholdet mellom selskap og aksjonær.¹³⁴

4.4.1 Generelt om den ulovfestede omgåelsesnormen

På skatterettens område er det et hovedmål at økonomisk sett like tilfeller, i størst mulig grad skal behandles likt. Dette likhetshensynet har lagt grunnlaget for den ulovfestede omgåelsesnormen, og det er derfor ikke formen, men underliggende realitet som er avgjørende for beskatningen av et skattesubjekt.¹³⁵

Normen har blitt utviklet gjennom langvarig teori og rettspraksis. Likevel er den blitt sett på mer som en tolkningsoppskrift, enn som en ulovfestet regel av domstolene.¹³⁶ Der normen har fått gjennomslag har skattyters handlinger blitt sagt å representere en illojal opptreden i forhold til skattereglene, og dermed samfunnet forøvrig.

Gjennom teori og rettspraksis er det lagt til grunn at gjennomskjæring er avhengig av et grunnvilkår og en helhetsvurdering.¹³⁷ For at grunnvilkåret skal være oppfylt må skattebesparelse være skattyters subjektive hovedformål ved valg av form. Videre må det ut fra en helhetsvurdering, stride mot skattereglernes formål å opprettholde disposisjonen.

I helhetsvurderinger må det tas med hvilke virkninger disposisjonen får, særlig forretningsmessig egenverdi, formålet med disposisjonen og omstendighetene for

¹³⁴ Utv. 2003 s. 1039.

¹³⁵ Banoun (1998) s. 924.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Zimmer (2010) s. 54.

øvrig.¹³⁸ Her vil disposisjonens ikke-skattemessige egenverdig stå særlig sentralt, og rettspraksis har vist at det ikke stilles strenge krav her før tilsidesettelse er utelukket. Selv negative virkninger for skattyter kan føre til at denne "egenverdien" er tilstrekkelig, selv om disse ikke vil ha samme vekt som positive virkninger.¹³⁹

Mange momenter kan inngå i "*omstendighetene for øvrig*". Om disposisjonen fremstår som reell og ikke forretningsmessig unaturlig, taler dette mot gjennomskjæring. Videre vil skatteregelens utforming, og størrelsen på skattefordelen være blant momentene.¹⁴⁰

4.4.2 Gjennomskjæring av aksjonærlån

I det følgende forutsettes det altså at det foreligger gyldig låneavtale og klar personlig tilbakebetalingsplikt. Spørsmålet er om det kan skjæres igjennom denne formen, slik at låneavtalen blir tilsidesatt.

Et eksempel der bruk av gjennomskjæringsregelen kan bli aktuell, er om skattyter har tatt opp lån i selskapet, med det formål å skyve skattebelastningen fremover i tid. Dette vil være mest praktisk i forhold til der skattyter unngår å ta ut lønn, men kan også tenkes i forhold til utbytte.

I sammenheng med eksempelet over kan en også tenke seg en situasjon der det er satt en meget lang løpetid, beskjedne eller fraværende renter. Også i dette tilfellet antas det at skattyter får en fordel av å utsette beskatningen i tid. Da kan det altså i visse tilfeller skjæres igjennom den privatrettslige formen, nemlig låneavtalen.

Det følger av gjennomgangen av vilkårene for gjennomskjæring at det i tillegg til at motivasjonen klart har vært å utsette skattebelastning, må det ut fra en totalvurdering av disposisjonens virkninger, skattyters formål og omstendighetene for øvrig, vil være i strid med skattereglenes formål å legge avtalen til grunn for beskatningen.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

Det legges vekt på noe av det samme på side 756 i Lignings-ABC 2010, der det fremgår det at:

”Hvis det klart viktigste formålet med låneavtalen har vært å skyve på beskatningen av lønn eller utbytte fremover i tid, kan det etter omstendighetene være grunnlag for å sette til side låneavtalen og behandle utbetalingen som lønn eller utbytte til aksjonær.”

Den ulovfestede gjennomskjæringsnormen kan altså tenkes benyttet i tilknytning til tilsidesettelse av aksjonærlån, men som gjennomgangen viser er spørsmålet ikke utbredt i rettspraksis.

5 Konklusjon

Innledningsvis i oppgaven ble det reist følgende spørsmål:

Hvor skal den skatterettslige grensen trekkes mellom det som skal klassifiseres som personlig aksjonærlån, og det som skal klassifiseres som utbytte eller arbeidsinntekt?

Av fremstillingen fremgår det at ligningsmyndighetene skal klassifisere ytelsen fra selskapet til det som etter en helhetsvurdering av relevante momenter fremstår som mest sannsynlig.

Kjernen i grensedragningen mellom lån og arbeidsinntekt/utbytte er hvorvidt det ved ytelsen fra selskapet er forutsatt en personlig tilbakebetalingsplikt av lånet for aksjonæren overfor selskapet. Med andre ord er spørsmålet om lånet er reelt.

Det er videre det reelle innholdet i forholdet mellom skattyter og selskapet som er avgjørende, og ikke dets betegnelse.

I lys av det store antall relevante vurderingsmomenter trukket frem i lignings- og rettspraksis og teori, er det åpenbart at skattemyndighetene og domstolene har en meget bred tilnæringsmåte til spørsmålet om skattemessig omklassifisering i det enkelte lån. Fremstillingen har også vist at visse momenter har generell relevans på tross av at hvert låneforhold blir vurdert konkret.

Rettskildene har blant annet vist at vurderingen av realiteten i lånet vil ta utgangspunkt i eventuell dokumentasjon som kan gi notoritet over forholdet. Der det foreligger en skriftlig låneavtale må denne tolkes, blant annet ved en gjennomgang av vilkår som renter, tilbakebetaling og sikkerhet. Om skattyter ikke kan fremskaffe dokumentasjon over forholdet, må avgjørelsen bero på en vurdering av andre omstendigheter.

Tidspunktet for disposisjonene har også innvirkning på momentenes bevisverdi. Handlinger som kan knytte realitet til lånet vil således være atskillig mer verdt i skattyters favør der disse er foretatt før ligningsmyndighetene varsler om kontroll.

Gjennomgangen har også vist at til tross for at selskapsretten ikke har direkte innvirkning på spørsmålet om omklassifisering, vil den i noen grad kunne påvirke vurderingen både gjennom bruk av selskapsrettslig begrep og gjennom skattyters forhold til selskapsrettslige regler.

Drøftelsen av momentene tidligere i denne oppgaven viser at det kan være små nyanser som avgjør om et grensetilfelle vipper den ene eller den andre veien. De skattemessige følgene for skattyter og selskap kan derimot være betydelige. Det vil derfor være viktig for partene å være klar over problemstillingen og å være nøye ved opprettelsen av låneavtalen.

Endelig fremgår det av besvarelsen at ikke enhver reell tilbakebetalingsordning nødvendigvis kan godtas. Der det ikke er rom for omklassifisering av det personlige aksjonærlånet kan det på nærmere vilkår være grunnlag for å skjære igjennom låneavtalen med bakgrunn i den ulovfestede omgåelsesnorm.

Litteraturliste

Lovtekst

Lover

- 17.02.1939 nr. 1 *Lov om gjeldsbrev (Gjeldsbrevloven)*
- 13.06. 1980 nr. 24 *Lov om ligningsforvaltning (Ligningsloven)*
- 29.04.1988 nr. 21 *Lov om ferie (Ferielloven)*
- 28.02.1997 nr. 19 *Lov om folketrygd (Folketrygdloven)*
- 13.06.1997 nr. 44 *Lov om aksjeselskaper (Aksjeloven)*
- 17.07.1998 nr. 56 *Lov om årsregnskap m.v. (Regnskapsloven)*
- 26.03.1999 nr. 14 *Lov om skatt av formue og inntekt (Skatteloven)*

Forskrifter

- 30. 11.2007 nr. 1336 *Forskrift om unntak fra aksjeloven § 8-10 og allmennaksjeloven § 8-10*

Rundskriv

- UTV-2010-644 *Meldingen om likningen for inntektsåret 2009*

Meldinger og uttalelser

- Lignings – ABC 2010
- 12.03.2007 nr. 7438 *Lovavdelingens uttalelser: aksjeloven § 8-10*
- SKD 1/10 4. mars 2010 *Meldingen om likningen for inntektsåret 2009*
- UTV-2009-1284 *Om lønnsbeskatning av eiere av AS/DLS etter skattereformen 2004-2006*

Forarbeider

- NOU 1992: 29
- NOU 1996: 3
- NOU 2003: 9 *Skatteutvalget*
- Ot.prp. nr. 19 (1974-1975)
- Ot.prp. nr. 29 (1978-79) *Om ligningslov og endring andre lover*
- Ot.prp. nr. 23 (1996-97)
- Ot.prp. nr. 42 (1997-98)
- Ot.prp. nr. 86 (1997-1998)

Rettsavgjørelser

Høyesterett

- Rt. 1981 s. 990
- Rt. 1998 s. 383 *Vrybloed*

Lagmannsrett

- Rt. 1994 s. 326
- Utv. 1997 s. 1 *Helikopter Service*
- Utv. 1999 s. 23 *Hokstad*
- Utv. 1999 s. 816
- Utv. 2003 s. 1039
- Utv. 2004 s. 173
- Utv. 2004 s. 275
- Utv. 2006 s. 1146
- Utv. 2007s. 573
- Utv. 2007 s. 1727
- Utv. 2008 s. 1203
- Utv. 2009 s. 1345 *Hjeltnes*
- Utv. 2010 s. 57

Tingrett

- Utv. 2009 s.844

Juridisk teori

- Aarbakke, Magnus m.fl. *Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer av Magnus Aarbakke ... [et al.]* 1999.
- Andenæs, Mads Henry *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper* 2. utgave. Oslo, 2006.
- Busvold, Børge og Larsen, Tom *Aksjelovgivningen*

7. utgave. Oslo, 2009.
- Brudvik, Arthur J. m.fl. *Skattelovkommentaren 2003/04*
3. utgave. Oslo, 2004.
 - Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivende 2008*
31. utgave. 2008.
 - Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*
5. utgave. Oslo, 2001
 - Gjems-Onstad, Ole *Norsk Bedriftsskatterett*
7. utgave. Oslo, 2008.
 - Gudmund Knudsen m.fl. *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder:
festskrift til Mads Henry Andenæs 70*
Oslo, 2010.
 - Kildal, Tor S og Skaar, Arvid A. *Bedriftsskatterett*
11. utgave. Oslo, 2009.
 - Woxholth, Geir *Selskapsloven med kommentarer*
6. utgave. Oslo, 2005.
 - Woxholth, Geir *Selskapsrett*
3. utgave. Oslo, 2010.
 - Zimmer, Frederik... [et al.] *Bedrift, selskap og skatt – Skattlegging av
næringsdrivende, selskaper og eiere*
Oslo, 2010.
 - Zimmer, Frederik *Lærebok i Skatterett*

5. utgave. Oslo, 2005.

Nettavis-artikler

- Haakaas og Mauren *Skjuler utbytte som lån*
I: E24. 23.11.09.
<http://e24.no/lov-og-rett/article3388172.ece>
[23.09.10]

- Nygaard, Lars-Erik *Tjente milliard – unnet seg lån*
I: Dagens Næringsliv Morgen. 03.09.2010.
<https://web.retrieverinfo.com/services/archive.html?method=displayDocument&documentId=0550082010090343ABA52320FFA645A768193AB58013D8&serviceId=2> [23.09.10]

- Parr, Odd Steinar *1,7 skattefrie mrd. for Røkke*
I:E24 08.10.10.
http://www.hegnar.no/personlig_ekonomi/article471344.ece [15.10.10]

Juridiske artikler

- Krogh-Moe, Per *Lån fra aksjeselskap til funksjonær/aksjonær, lån eller utbytte? Utv. 1977 s. 825.*

Juridiske nettartikler

- Aaser, Christian *Aksjeloven § 8-10: Kreditt til erverv av aksje.*
<http://www.grette.no/no/Medarbeidere/Christian-Aaser/Aksjeloven--8-10-Kreditt-til-erverv-av-aksjer/> [10.10.10]

- Banoun, Bettina *Hvordan bør skattelovgivning utformes for å motvirke omgåelse?*

[http://websir.lovdato.no/cgi-lex/wiftles?pid=013348&usr=fak-ws-1&ndo=000006&doc=/app/online/www/docroot/lex/lit/jus/banoun-b-2004-02.html&qry=emne1=kapitalinntekt*&emne2=virksomhetsinntekt*&&qrys=emne1=kapitalinntekt*&emne2=virksomhetsinntekt*&&trunker=on&&ses=013348&+__utma=63404466.2764463893580697000.1240866454.1284452551.1284637979.82;+__utmz=63404466;+__utmz=63404466.1284370969.80.2.utmcsr=websir.lovdato.nolutmccn=\(referral\)|utmcmd=referrallutmctt=/lex/xxx/txx.html](http://websir.lovdato.no/cgi-lex/wiftles?pid=013348&usr=fak-ws-1&ndo=000006&doc=/app/online/www/docroot/lex/lit/jus/banoun-b-2004-02.html&qry=emne1=kapitalinntekt*&emne2=virksomhetsinntekt*&&qrys=emne1=kapitalinntekt*&emne2=virksomhetsinntekt*&&trunker=on&&ses=013348&+__utma=63404466.2764463893580697000.1240866454.1284452551.1284637979.82;+__utmz=63404466;+__utmz=63404466.1284370969.80.2.utmcsr=websir.lovdato.nolutmccn=(referral)|utmcmd=referrallutmctt=/lex/xxx/txx.html)
[20.09.2010]

- Banoun, Bettina

Skatterettslig omgåelse

Tidsskrift for rettsvitenskap 1998.

<http://websir.lovdato.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=1%E5n&emne2=omklassifisering&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on> [30.08.10]

- Braanaas, Paal

Avtaler om lån mellom selskapet og aksjeeiere mv.

http://revreg.pdc.no/index.php?seks_id=105732&element=artikkel [03.10.10]

- Bråthen, Tore

Aksjonærlån

<http://www.sivil.no/magma.asp?FILE=2001/02/050juss.html> [06.09.10]

- Fjellestad, Jan M. m.fl.

Aksjelovens §8-10: lån og sikkerhet i forbindelse med erverv av aksjer

<http://www.raeder.no/Aktuelt/Artikler/Boers-og->

selskapsrett/Aksjelovens-8-10-laen-og-sikkerhet-i-forbindelse-med-ervert-av-aksjer [27.09.10]

- Giertsen, Johan *Aksjeselskapsretten som obligasjonsrettslig disiplin*
http://www.jur.uib.no/ansatte/jprjg/PDF_publicasjoner/Aksjeselskapsretten.pdf [27.09.10]
- Gyldendal Rettsdata *Lån, kreditt mv. fra aksjeselskap til aksjonærer, styremedlemmer og daglig leder mv.*
<http://abo.rechtsdata.no/process.aspx?viewmode=document&sDest=gLz7EN8z2D10> [01.10.10]
- Kildal, Tor S *Skattereform 2004 – 2006: varige regler?*
http://www.idunn.no/ts/pof/2006/01/skattereform_24__26_varige_regler?highlight=utbytte%20som%20ln#highlight [23.09.10]
- Løchen, Håkon *Omgåelse som skatterettslig problem*
[http://websir.lovdata.no/cgilex/wifztsok?bas=JUS&emne1=\(%20F8chen%20\)%20i%20forf&sok=fast&](http://websir.lovdata.no/cgilex/wifztsok?bas=JUS&emne1=(%20F8chen%20)%20i%20forf&sok=fast&) [15.09.10]
- Matre, Hugo *Norsk Lovkommentar*
<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gN19970613z2D44z2E1389> [25.09.10]
- Nedregotten og Manskow *Aksjonærlån og beløpsramme*
Revisjon og Regnskap 2004.
http://revreg.pdc.no/index.php?seks_id=105808&element=artikkel [10.09.10]
- Syversen og Hartz-Hanssen *Viktige skattedommer*

Praktisk økonomi og finans nr. 4 2004

[http://www.idunn.no/ts/pof/2004/04/viktige_skatte
dommer_i_24?highlight=utbytte%20som%20ln#h
ighligh](http://www.idunn.no/ts/pof/2004/04/viktige_skatte
dommer_i_24?highlight=utbytte%20som%20ln#h
ighligh) [28.09.10]

- Zimmer, Frederik

*Skattereformen 2004 – 06: Hvor har den brakt
oss, og hvor går veien videre?*

[http://websir.lovdato.no/cgi-
lex/wiftles?pid=013348&usr=fak-ws-
1&ndo=000005&doc=/app/online/www/docroot/l
ex/lit/jus/zimmer-f-2006-
02.html&qry=emne1=kapitalinntekt*&emne2=vir
ksomhetsinntekt*&&qrys=emne1=kapitalinntek
t*&emne2=virksomhetsinntekt*&&trunker=on&
&ses=013348&+__utma=63404466.2764463893
580697000.1240866454.1284452551.1284637979
.82;+__utmz=63404466;+__utmz=63404466.1284
370969.80.2.utmcsr=websir.lovdato.nolutmccn=\(r
eferral\)lutmcmd=referrallutmct=/lex/xxx/txx.html](http://websir.lovdato.no/cgi-
lex/wiftles?pid=013348&usr=fak-ws-
1&ndo=000005&doc=/app/online/www/docroot/l
ex/lit/jus/zimmer-f-2006-
02.html&qry=emne1=kapitalinntekt*&emne2=vir
ksomhetsinntekt*&&qrys=emne1=kapitalinntek
t*&emne2=virksomhetsinntekt*&&trunker=on&
&ses=013348&+__utma=63404466.2764463893
580697000.1240866454.1284452551.1284637979
.82;+__utmz=63404466;+__utmz=63404466.1284
370969.80.2.utmcsr=websir.lovdato.nolutmccn=(r
eferral)lutmcmd=referrallutmct=/lex/xxx/txx.html)
[20.09.2010]

