

Aksjegevinst eller aksjeutbytte?

Grensen mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene i norsk rett, og forholdet til skatteavtalenes fordelingsregler

Kandidatnummer: 207

Leveringsfrist: 15. januar 2009

Til sammen 35 462 ord

14.01.2009

Innholdsfortegnelse

DEL I: INTRODUKSJON

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Terminologi og definisjoner.....	5
1.2	Avgrensninger.....	7

DEL II: OPPTAKT

<u>2</u>	<u>GENERELT OM GEVINST- OG TAPSREGLENE OG UTBYTTEREGLENE I NORSK RETT</u>	8
2.1	Personlige aksjonærer.....	8
2.1.1	Utbyttereglenes anvendelsesområde.....	9
2.1.2	Gevinst- og tapsreglenes anvendelsesområde.....	10
2.1.2.1	Særlig om overføring av eiendomsrett som vilkår for realisasjon.....	12
2.2	Spesielt om utenlandske aksjonærer i norske selskaper der aksjonæren er en fysisk person.....	15
2.3	Selskapsaksjonærer.....	19
2.3.1	Unntak fra fritaksmetoden der utdelende selskap eller selskapsaksjonæren er hjemmehørende i utlandet.....	20
2.4	Betydningen av grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene	24
2.4.1	Personlige aksjonærer i norske og utenlandske selskaper.....	25
2.4.2	Særlig om utenlandske aksjonærer i norske selskaper (personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer).....	28
2.4.2.1	Er det grunn til å differensiere mellom gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglenes anvendelsesområde på grunnlag av aksjonærens bosted?.....	29

<u>3</u>	<u>SKATTEAVTALENEES REGULERING AV AKSJEUTBYTTE OG AKSJEGEVINST...</u>	<u>32</u>
3.1	Skatteavtalenes utbytteregler	33
3.1.1	Utbyttebegrepet i OECDs mønsteravtale	34
3.2	Skatteavtalenes gevinstregler	37
3.2.1	Gevinstbegrepet i OECDs mønsteravtale	39
3.3	Generelt om grensen mellom aksjegevinst og aksjeutbytte i mønsteravtalen	40
3.4	Betydningen av ulike regler for inntektsberegningen i statene – forholdet til kreditreglene	43
DEL III: HOVEDDEL		
<u>4</u>	<u>LIKVIDASJON</u>	<u>45</u>
4.1	Norske regler om skattlegging av aksjonæren ved utdeling av likvidasjonsoverskudd ved oppløsning og avvikling av selskapet	49
4.1.1	Fastsettelse av utgangsverdien ved likvidasjon av selskapet – grensen mellom likvidasjonsutbytte og annen utbytteutdeling i likvidasjonsfasen	50
4.2	Særlig om skattlegging av likvidasjonsoverskudd ved grenseoverskridende disposisjoner, og forholdet til mønsteravtalens fordelingsregler	54
<u>5</u>	<u>KAPITALNEDSETTELSE</u>	<u>57</u>
5.1	Kapitalnedsettelse ved innløsning av enkeltaksjer	58
5.1.1	Skatteposisjoner knyttet til innløste aksjer der innløsningen ikke medfører realisasjon – forholdet til tilbakebetaling av innskuddskapital og videreføring av aksjens inngangsverdi	69
5.1.2	Innløsning av enkeltaksjer som delvis gjennomføres forholdsmessig, men som medfører at én eller flere aksjonærer helt eller delvis oppgir sin eierposisjon i selskapet	73
5.2	Kapitalnedsettelse ved grenseoverskridende disposisjoner – forholdet til mønsteravtalens fordelingsregler	79

6	<u>EGNE AKSJER</u>	<u>83</u>
6.1	Kort om de selskapsrettslige og regnskapsrettslige reglene for erverv og avhendelse av egne aksjer	85
6.2	Skatterettslige reguleringer ved selskapets erverv av egne aksjer	88
6.2.1	Forholdsmessig salg av aksjer til utstedende selskap	90
6.2.2	Salg av aksjer til utstedende selskap som delvis gjennomføres som et forholdsmessig salg, men der enkelte aksjonærer oppgir eller reduserer sin eierposisjon i selskapet	93
6.2.3	Kort om selskapets salg av egne aksjer	95
6.3	Salg av aksjer gjennom utstedende selskap	96
6.4	Særlig om salg av egne aksjer ved grenseoverskridende disposisjoner – forholdet til skatteavtalenes fordelingsregler	102
7	<u>TILLEGGSVEDERLAG VED FISJON OG FUSJON</u>	<u>105</u>
7.1	Generelt om fisjon og fusjon av aksjeselskaper	105
7.2	Skattlegging av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon i norsk rett	107
7.2.1	Delvis likedeling og delvis skjevdeling av tilleggsvederlaget ved fisjon og fusjon	112
7.2.2	Er anvendelse av både utbytteregele og gevinst- og tapsreglene ved skjevdelt tilleggsvederlag hensiktsmessig?	115
7.3	Særlig om fisjon og fusjon ved grenseoverskridende disposisjoner – forholdet til skatteavtalenes fordelingsregler	117
7.3.1	Fisjon og fusjon av norske selskaper og fusjon av norske og utenlandske selskaper der aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet	119
7.3.2	Fisjon og fusjon av utenlandske selskaper og fusjon av norske og utenlandske selskaper der aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge	123
DEL IV: AVSLUTNING		
8	<u>SAMMENFATNING</u>	<u>126</u>

8.1	Pro rate utdeling kontra skjevdeling	127
8.2	Forholdsmessig utdeling og skjevdeling	128
8.3	Forholdet til skatteavtalene	129
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>132</u>
	<u>KILDER</u>	<u>135</u>
	Domsregister	135
	Underinstans	136
	EF-domstolen	137
	Utenlandske dommer	137
	Lovregister	138
	Utenlandsk lov	139
	Traktater	139
	EU/EØS 139	
	Forarbeider	140
	Utvalget.....	141
	Annet.....	142

DEL I: Introduksjon

1 Innledning

Det er en nær sammenheng mellom reglene om aksjeutbytte og aksjegevinst. Aksjekursen vil i stor grad avspeile verdiene i selskapet. Utbytteutdelinger vil normalt bidra til at verdiene i selskapet synker, noe som igjen vil få betydning for aksjens verdi.

Aksjonærer med kontroll over selskapet kan som oftest styre hvordan selskapsmidlene skal fordeles, og kan i stor grad velge om de vil ta ut verdiene i form av utbytte eller salgsgevinst.¹ Dette skaper rom for aksjonæren til å tilpasse seg skattereglene i den grad det forekommer forskjeller mellom regelsettene. For å begrense slike innrettelsesmuligheter har lovgiver i stor grad forsøkt å skape harmoni mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene.

I skatteretten står hensynet til effektivitet og nøytralitet sterkt. Hensynet til effektivitet og nøytralitet tilsier at skattereglene bør utformes slik at de i minst mulig grad vrir skattyternes økonomiske atferd.² For utbytte- og gevinst/tapsreglene betyr dette at de to regelsettene bør utformes på en slik måte at de ikke er egnet til å styre selskapets eller aksjonærenes atferd.³ Gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene bør derfor, så langt som mulig, harmonisere. Både ved utformingen av de tidligere RISK-reglene og godtgjørelsesmetoden, og ved den

¹ Zimmer/BA-HR (2006) s. 286.

² Zimmer (2005) s. 31.

³ Zimmer (2005) s. 31-33.

nåværende ordningen med skjermingsfradrag (aksjonærmetoden), var det derfor et overordnet formål for lovgiver å skape harmoni og symmetri mellom regelsettene, slik at selskapets overskudd skulle bli skattlagt likt uavhengig av hvilken form som ble valgt ved overføring av overskuddet til aksjonærene.⁴

Utgangspunktet må være at selskapets og aksjonærens verdier i realiteten er de samme. Skattlegging av overskudd i selskapet kombinert med utbyttebeskatning hos aksjonærene ved utdeling av akkumulert overskudd i selskapet, innebærer en økonomisk dobbeltbeskatning.⁵ Hvorvidt og i hvilken utstrekning slik dobbeltbeskatning er ønskelig er stadig gjenstand for debatt, og reglene gir ofte uttrykk for den sittende regjeringens politiske oppfatninger av spørsmålet. Skattleggingsmetodene for utdeling eller overføring av overskudd fra selskap til aksjonær har derfor vært underlagt stadige endringer opp gjennom årene. Selve grensedragningen mellom regelsettene og reglenes anvendelsesområde har imidlertid ikke vært underlagt slike hyppige endringer, og må således antas å ha en mer varig form.

Hovedregelen, under nåværende lovgivning, er at både utbytte og gevinst ved realisasjon av aksjene er skattepliktig som alminnelig inntekt med en skattesats på 28 %. Forskjellene i beregningsmåtene for skattepliktens størrelse ved gevinst og utbytte kan imidlertid åpne for tilpasningsmuligheter, både nasjonalt og internasjonalt. I nasjonale forhold vil grensedragningen kunne få betydning for beregningen av inntektens størrelse. Også fremgangsmåten for utdelingen eller overføringen kan få betydning her.

For eksempel vil fastsettelse av inntektens størrelse ved en kapitalnedsettelse både være avhengig av hvordan nedsettelsen gjennomføres, og hvordan verdiene av innbetalt aksjekapital og aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen forholder seg til hverandre. Den innbetalte aksjekapitalen gjenspeiler det som i sin tid ble innbetalt ved nyttegningen tillagt eventuelt annet innbetalt beløp mot tilskrivning på aksjen. Aksjens inngangsverdi refererer seg til aksjonærens anskaffelseskostander ved erverv av aksjen (vederlag samt eventuelle andre omkostninger i forbindelse med anskaffelsen av aksjen) med hensyn til eventuelle opp- eller

⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 204, 1. spalte og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 28 ff.

⁵ Zimmer/BA-HR (2006) s. 281.

nedjusteringer i aksjonærens eiertid.⁶ Tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital er unntatt fra beskatning etter utbytteregele, jfr. sktl. § 10-11 (2) 2. p. Ved beregningen av gevinst eller tap skal aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen trekkes fra utgangsverdien etter reglene i sktl. § 10-32. Forskjell mellom tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital og aksjens inngangsverdi (og her vil det ofte være forskjeller) vil således få betydning ved beregningen av den skattepliktige inntektens størrelse.

I internasjonale forhold, der inntekten er knyttet til grenseoverskridende disposisjoner, vil grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbytteregele kunne få større betydning. Ved slike grenseoverskridende disposisjoner sikter jeg til situasjoner der selskap og aksjonær ikke er bosatt eller hjemmehørende i samme stat. For at det i det hele tatt skal være tale om norsk beskatning må imidlertid en av partene, selskapet eller aksjonæren, være skattepliktig til Norge som bosatt eller hjemmehørende etter reglene i sktl. §§ 2-1 eller 2-2. Der aksjen er knyttet til et fast driftssted i Norge, vil inntekten være skattepliktig i norsk rett etter reglene i sktl. § 2-3 (1) litra b. Spørsmålet om hvilken stat som har kompetanse til å skattlegge inntekten etter skatteavtalenes fordelingsregler, når aksjen reelt sett er knyttet til det faste driftsstedets virksomhet, må da avgjøres etter reglene for virksomhetsinntekt.⁷ Slike spørsmål behandles ikke i den videre fremstillingen. Spørsmålet om skatteavtalenes fordelingsregler og klassifiseringen av inntekten omhandler kun reglene for aksjeutbytte og aksjegevinster i OECDs mønsteravtale art. 10 og 13 (5).

Ved slike grenseoverskridende disposisjoner er spørsmålet om skatteplikt til Norge, og eventuelt skattepliktens størrelse, en todelt operasjon. For at Norge skal kunne skattlegge inntekten, må det for det første foreligge beskatningskompetanse etter skatteavtalen. Siden fordelingen av beskatningskompetansen i skatteavtalene som regel er forskjellige for aksjegevinst og utbytte, må det trekkes en grense mellom disse regelsettene. Dersom beskatningen helt eller delvis tillegges Norge, må det for det andre finnes internrettslig hjemmel for skattlegging av inntekten. Klassifiseringen i skatteavtalen er ikke avgjørende for skatteplikten i intern norsk rett. Klassifiseringen i skatteavtalene regulerer kun hvilken

⁶ Se sktl. §§10-32 til 10-35.

⁷ Se OECDs mønsteravtale art. 7. Se også Zimmer (2003) s. 196.

stat som har rett til å skattlegge inntekten, og har ingen betydning for hvilke internrettslige regler som skal få anvendelse ved gjennomføringen av beskatningen i norsk rett. I de tilfellene skatteavtalenes bestemmelser viser tilbake til intern rett i én eller begge statenes interne rett, må imidlertid klassifiseringen av inntekten i intern rett i den stat skatteavtalene viser til og skatteavtalenes klassifisering, være den samme.⁸

Lovgiver har som sagt i stor grad bestrebet seg på å oppnå symmetri og harmoni mellom reglene om utbytte og gevinst/tap ved realisasjon av aksjer. Det kan derfor kanskje spørres om det er noe behov for en klar grensedracting mellom regelsettene. Wille argumenterte i sin spesialavhandling for at det i prinsippet ikke er noe i veien for at ligningsmyndighetene må kunne velge "fra tilfelle til tilfelle den løsning som gir den største skatteplikten".⁹ Man kan i og for seg godt tenke seg et system der både gevinst- og tapsreglene og utbytteregeleene får anvendelse på en og samme disposisjon, og der skattleggingen i det konkrete tilfellet gjennomføres etter det regelsett som til enhver tid gir størst skatteplikt, slik Wille i sin tid antok. Dagens skattelovgivning bygger imidlertid på en forutsetning om at inntekten bare kan skattlegges etter ett av regelsettene, enten etter gevinst- og tapsreglene eller utbytteregeleene.¹⁰ Det må derfor trekkes en grense mellom reglenes anvendelsesområde.

Noe annet er imidlertid at begge regelsett kan få anvendelse på samme disposisjon, men på forskjellige deler av denne. Forutsetningen må imidlertid være at gjennomføringen av skattleggingen ikke medfører en juridisk dobbeltbeskatning. I slike tilfeller må vederlaget aksjonæren mottar ved utdelingen deles opp og skattlegges delvis etter gevinst- og tapsreglene og delvis etter utbytteregeleene.

⁸ Se OECDs mønsteravtale art. 10 (3). Se også Betten (1993) s. 425-426 som argumenterer for at staten må foreta et valg om hvorvidt inntekten skal skattlegges etter gevinst- eller utbytteregeleene. Hvis selskapets hjemstat klassifiserer inntekten som utbytte bør det ikke være rom for å skattlegge inntekten som aksjegevinst i tillegg (i kildestaten). Se også nedenfor under punkt 3.1.1 for tolkning av mønsteravtalens utbyttebegrep og 3.2.1 for gevinstbegrepet.

⁹ Se Wille (1985) del II s. 311. Synspunktet knytter seg imidlertid til regler som for lengst er opphevd.

¹⁰ Se bl.a. Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 213 ff.

I denne fremstillingen er hovedtemaet hvor denne grensen mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene skal trekkes, ut fra fire forskjellige disposisjonstyper: utdeling av likvidasjonsoverskudd, kapitalnedsettelse, selskapets handel med egne aksjer og utdeling av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon. Disse disposisjonstypene befinner seg i grenseområdet mellom gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglenes anvendelsesområde, og utdelinger i forbindelse med slike disposisjoner har ofte kjennetegn som er typiske både for gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene, uten helt å falle innenfor normaltilfellene av de transaksjonstypene som reguleres av regelsettene. Oppgaven videre er å undersøke og forsøke å plassere disse disposisjonstypene under ett av regelsettene, og på grunnlag av disse klassifiseringene forsøke å oppstille en generell regel for gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglenes anvendelsesområde, og grensen mellom disse regelsettene.

Utdelinger foretatt i forbindelse med slike grensedisposisjoner kan imidlertid gjennomføres etter forskjellige fremgangsmåter som kan få betydning for den skatterettslige bedømmelsen av transaksjonen. I det følgende sondres det derfor mellom tre forskjellige utdelingssituasjoner: disposisjoner som medfører en likedeling for samtlige aksjonærer (også kalt pro rata utdeling eller forholdsmessig utdeling), utdelinger som medfører en skjevdeling, og utdelinger som har elementer av begge disse utdelingsmåtene. Med andre ord, utdelinger som delvis medfører en likedeling, men der deler av vederlaget representerer en skjevdeling for enkelte aksjonærer.

1.1 Terminologi og definisjoner

Denne avhandlingen bygger hovedsakelig opp under en inndeling av skattespørsmål etter ”intern norsk rett” og skatteavtalenes reguleringer av grensoverskridende disposisjoner e.l. Betegnelsen ”intern norsk rett” e.l. er tvetydig idet den strengt tatt også omfatter de skatteavtaler Norge har inkorporert i medhold av lov.¹¹ Det er imidlertid praktisk å reservere betegnelsen ”intern norsk rett” e.l. til regler med internrettslig utspring, slik at

¹¹ Se Lov 1949-07-28-15: Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v.

inkorporerte skatteavtaler og EØS-avtalen ikke omfattes av uttrykket. Selv om de norske skatteavtalene er inkorporerte i norsk rett ved lov,¹² anses slike traktater som en del av den internasjonale behandlingen av grenseoverskridende transaksjoner. I kapitlene om skatteavtalenes regulering av transaksjonene er det ikke til å unngå at man må knytte skatteavtalenes regulering til de norske regler for grenseoverskridende disposisjoner. Dette skyldes at skatteavtalene ikke har regler om selve skattleggingen, men hovedsakelig er ment å fordele beskatningskompetansen mellom de kontraherende statene. For å vise virkningene av kompetansefordelingen må man da falle tilbake på nasjonale regler. Spørsmålet om beskatning av grenseoverskridende disposisjoner er således en todelt operasjon.

Også betegnelse "innlendinger" og "utlendinger" eller "norsk aksjonær" og "utenlandsk aksjonær" e.l. kan tenkes å være tvetydig. I denne fremstillingen refererer slike betegnelser seg til skattelovens egen definisjon av hvorvidt aksjonæren eller selskapet skal anses bosatt eller hjemmehørende i riket, etter reglene i sktl. § 2-1 og 2-2. Aksjonær eller selskap som etter disse reglene ikke har alminnelig skatteplikt til riket, etter globalinntektsprinsippet, betegnes således som "utenlandsk" e.l.

Betegnelse "tilbakebetaling av innskuddskapital", "tilbakebetaling av innbetalt kapital" og "tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital" e.l. refererer seg til tilbakebetaling av slik innbetalt aksjekapital, samt annen innskuddskapital som er unntatt fra skattlegging etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p.

Ved betegnelsen "grensedisposisjoner" e.l. siktes det til disposisjonstyper som ligger i grenseland mellom to eller flere regelsett. I denne fremstillingen vil det normalt være disposisjoner som ligger i grenseland mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene anvendelsesområde. Med "grenseoverskridende disposisjoner" e.l. siktes det imidlertid til situasjoner der faktum har et grenseoverskridende element. I dette ligger at disposisjonen er

¹² Se Lov 1949-07-28-15: Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v.

grenseoverskridende i den grad inntekten eller inntektskilden har tilknytning til to eller flere stater.

1.2 Avgrensninger

For spørsmålet om grensen mellom aksjegevinster og aksjeutbytte etter skatteavtalenes regler bygger fremstillingen hovedsakelig på reglene i OECDs mønsteravtale, og jeg går i utgangspunktet ikke inn på de mange enkeltbestemmelsene i de forskjellige skatteavtalene Norge har inngått. Utbyttedefinisjonene i de norske skatteavtalene bygger imidlertid langt på vei på mønsteravtalenes definisjoner, og selve grensedragningen mellom gevinst- og utbyttereglerne i skatteavtalene bør derfor presumptivt være den samme som under mønsteravtalenes regler. Betydningen av grensedragningen og beskatningskompetansen etter de aktuelle reglene vil imidlertid kunne slå forskjellig ut avhengig av den enkelte avtalens bestemmelser.¹³

¹³ OECDs mønsteravtale og FNs mønsteravtale oppstiller hovedsakelig samme regler i forhold til aksjegevinster og utbytte, og utbyttebegrepet er likt definert i begge avtalen. Av praktiske grunner refereres det imidlertid kun til OECDs mønsteravtale (også kalt Mønsteravtalen). Dersom ikke annet fremgår av sammenhengen, må imidlertid de samme reglene gjelde for FNs mønsteravtale. Spørsmålet om grensedragningen mellom aksjegevinster og utbytte i skatteavtaler som bygger på FNs mønsteravtale (normalt u-land), må derfor antas å være i samsvar med det som gjelder for tilsvarende spørsmål under OECDs mønsteravtale.

DEL II: Opptakt

2 Generelt om gevinst- og tapsreglene og utbytteregelele i norsk rett

I norsk rett går det i dag et hovedskille mellom fysiske og juridiske personer som aksjonærer eller eiere i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

For personlige aksjonærer gjelder aksjonærmetoden, mens fritaksmetoden gjelder for selskapsaksjonærer som nevnt i sktl. § 2-38 (1).

Skatteloven har forskjellige regler for skattlegging av løpende avkastning (utbytte) og gevinst ved realisasjon av aksjer. Reglene i sktl. § 10-10 flg. regulerer skatteplikten for løpende avkastning, mens reglene i sktl. § 10-30 flg. regulerer skatteplikt for gevinst og fradragsrett for tap ved realisasjon av aksjene. Verdiøkninger på investeringsobjektet i aksjonærens eiertid kommer etter disse reglene bare til beskatning dersom selskapet utdeler utbytte til aksjonærene, og/eller etter gevinst- og tapsreglene ved oppgivelse av aksjeinvesteringen (realisasjon av aksjen).

2.1 Personlige aksjonærer

Fysiske personer som er bosatt i Norge etter sktl. § 2-1 (1), er skattepliktige hit etter globalinntektsprinsippet for all formue og inntekt opptjent her i riket og i utlandet, jfr. sktl. § 2-1 (9). Reglene i sktl. § 10-10 til § 10-12 gjelder således for norske aksjonærer ved utdeling fra norske og utenlandske selskaper. Tilsvarende gjelder gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. ved realisasjon av aksjer i norske og utenlandske selskaper.

2.1.1 Utbyttereglenes anvendelsesområde

Etter sktl. § 10-11 (2) er utbytte skattepliktig som alminnelig inntekt. Tilbakebetaling av innbetalt kapital er imidlertid unntatt fra skattlegging etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p. Slike utdelinger (av innskuddskapital) medfører ingen utdeling av akkumulert overskudd i selskapet, og kan derfor gjennomføres uten at det utløser skatteplikt på aksjonærens hånd, jfr. sktl. § 10-11 (2). 2. p. Ved en slik tilbakebetaling av innskuddskapital skal imidlertid aksjens inngangsverdi nedjusteres etter reglene i sktl. § 10-35.

Personlige aksjonærer med ”alminnelig skatteplikt til Norge for mottatt utbytte” har krav på fradrag for skjerming i ”lovlig utdelt” utbytte etter reglene i sktl. § 10-12.

Skjermingsfradraget beregnes årlig for den enkelte aksje, ut fra aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen, tillagt eventuell ubenyttet skjerming fra tidligere år, multiplisert med en skjermingsrente. Skjermingsrenten fastsettes årlig og skal reflektere avkastningen på en risikofri plassering etter skatt.¹⁴ Tanken er at utbytte som ligger innenfor avkastningen av en risikofri alternativ investering skal skjermes for skatt gjennom skjermingsfradraget.¹⁵ Aksjeinntekter som overstiger avkastningen av en risikofri kapitalplassering skal imidlertid skattlegges som alminnelig inntekt på aksjonærers hånd (forutsatt at aksjonæren er en fysisk person).¹⁶

Utbytte er i sktl. § 10-11 (2) definert som ”enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær”. Utbytteregelenes formål er å sørge for at de verdier som er dannet i selskapet skal skattlegges (som utbytte) når de deles ut til aksjonærene, uavhengig av formen som er valgt.¹⁷ Sentralt i utbyttedefinisjonen er at utdelingen må representere en økonomisk fordel i skatterettslig forstand, og at utdelingen må medføre en forskyvning av verdier fra selskap til aksjonær.¹⁸ Enhver fordel som faller

¹⁴ Se NOU 2005:2 s. 58 og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 38.

¹⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 28, 1. spalte.

¹⁶ Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 28, 1. spalte.

¹⁷ Zimmer/BA-HR (2006) s. 292.

¹⁸ Aarbakke (1990) s. 68.

inn under skattelovens fordelsbegrep i sktl. § 5-1 rammes av bestemmelsen.¹⁹ Utbyttet kan bestå av både penger og naturalia, og det er ikke noe krav om at utdelingen må være lovlig for at skatt skal kunne ilegges. Dersom utdelingen er i strid med aksjelovens eller allmennaksjelovens regler kan det oppstå en restitusjonsplikt etter asl./asal. § 3-7. Rettspraksis har imidlertid lagt til grunn at skatteplikten er pådratt fra det tidspunkt utdeling er vedtatt. Utdelingen skal da anses som en skattepliktig utbytteutdeling, uavhengig av om det foreligger en slik tilbakebetalingsplikt.²⁰

Utbyttebegrepet i skatteretten er meget vidt og generelt utformet. Det er ment å skulle dekke en rekke forskjellige type disposisjoner. Fellestrekket for samtlige disposisjoner er imidlertid at de representerer en overføring av verdier skapt i selskapet. Skatteplikten inntreer når slike verdier overføres fra selskapet til aksjonærene. I motsetning til gevinst- og tapsreglene, som er ment å ramme verdistigning på investeringsobjektet ved oppgivelse av investeringen, er utbyttereguleringene utformet på en slik måte at skatteplikten inntreer på det tidspunkt verdier, som er skapt i selskapet, overføres fra selskap til aksjonær. Utbyttereguleringene regulerer, med andre ord, skatteplikten for den løpende kapitalavkastningen av aksjeinvesteringen, mens gevinst- og tapsreglene først og fremst er ment å ramme verdiendringer på selve kapitalobjektet (aksjene) ved realisasjon.²¹

2.1.2 Gevinst- og tapsreglenes anvendelsesområde

Sktl. § 10-30 flg. regulerer skatteplikten for gevinst og fradragretten for tap ved realisasjon av aksjer i norske og utenlandske selskaper. Gevinst ved realisasjon av aksjer er skattepliktig som alminnelig inntekt etter reglene i sktl. §§ 10-30 flg. jfr. sktl. § 5-1. Tap kan føres til fradrag i alminnelig inntekt etter reglene i sktl. § 6-2 og 6-3. I den grad tapet leder til underskudd kan slikt underskudd eventuelt også fremføres etter reglene i sktl. § 14-6. Gevinst eller tap beregnes etter reglene i sktl. § 10-32, og settes til det vederlag

¹⁹ Zimmer/BA-HR (2006) s. 292.

²⁰ Se. Rt. 1994 s. 1416, Rt. 2002 s. 1268 (Hovden) jf. Zimmer/BA-HR (2006) s. 290.

²¹ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 1. avsnitt.

aksjonæren mottar ved realisasjon (realisasjonsvederlaget), fratrukket aksjens inngangsverdi. Aksjens inngangsverdi fastsettes etter reglene i sktl. §§ 10-32 (2) til 10-35, med utgangspunkt i aksjonærens anskaffelseskostnader ved erverv av aksjen, og med hensyn til eventuelle senere opp- eller nedjusteringer av inngangsverdien under aksjonærens eiertid.

Ubenyttet skjermingsfradrag kan føres til fradrag i gevinst ved realisasjon av aksjen, men skjermingsfradraget kan ikke skape eller øke et fradragsberettiget tap, jfr. sktl. § 10-31. Det ubenyttede skjermingsfradraget er knyttet til den enkelte aksje, og kan ikke overføres til aksjonærens øvrige aksjer i samme selskap. Ubenyttet skjerming knyttet til aksjen faller derfor bort når aksjen realiseres med tap, eller når skjermingsfradraget ikke fullt ut kan føres til fradrag i gevinsten. Tidligere fulgte dette av en antitetisk tolkning av reglene i sktl. § 10-31 (1) og (2). Etter lovendringen²² som trådte i kraft f.o.m. inntektsåret 2008, kommer dette uttrykkelig frem i sktl. § 10-31 (1) 3. p.

Ved gevinst- og tapsbeskatning skjer det normalt en verdioverføring på aksjonærnivå (mellom selger og kjøper). Gevinst- og tapsreglene er utformet på en slik måte at de skal ramme de verdier som er i behold i selskapet ved en realisasjon av investeringsobjektet (her aksjene) i den grad disse verdiene reflekteres i realisasjonsvederlaget. Formålet med reglene er å skattlegge aksjonærens fortjeneste på investeringen. Verdier som på realisasjonstidspunktet er oppbåret og i behold i selskapet kommer derfor normalt til beskatning som del av vederlaget (utgangsverdien) ved realisasjon av aksjen.

Forutsetningen for at gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. skal få anvendelse, er at aksjen er realisert i skatterettslig forstand. Realisasjon omfatter etter sktl. § 9-2 (1) ”overføring av eiendomsrett mot vederlag” og ”opphør av eiendomsrett”.

²² Lov 2007-12-14 nr. 107: Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

2.1.2.1 Særlig om overføring av eiendomsrett som vilkår for realisasjon

Vilkåret om ”overføring av eiendomsrett” forutsetter at eiendomsretten overføres til et annet skattesubjekt.²³ Skattelovens egen definisjon av skattyterne må her være avgjørende.²⁴ Etter dommene inntatt i Rt. 1925 s. 624 (Larsen) og Rt. 1926 s. 83 (Hall) må det legges til grunn som sikker rett at dette også gjelder der det foreligger interessefellesskap mellom kjøper og selger. Typisk vil dette være tilfelle ved overdragelser mellom aksjonær og selskap der aksjonæren eier alle eller praktisk talt alle aksjene.²⁵

I Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) ble det overdratt aksjer fra et morselskap til et heleid datterselskap. Saken gjaldt egentlig spørsmålet om gjennomskjæring, men i premissene drøfter Høyesterett spørsmålet om salget i utgangspunktet skal eller kan anses som en realisasjon. Aksjonæren (Norsk Hydro AS) solgte samtlige aksjer i datterselskapet (Norsk Hydro Canada Inc.) til sitt heleide datterselskap (Norsk Hydro Danmark AS). Norsk Hydro AS eide fremdeles samtlige aksjer i Norsk Hydro Canada Inc., men etter salget hadde morselskapet bare en indirekte eierposisjon gjennom datterselskapet Norsk Hydro Danmark AS. Høyesterett fant at denne endringen fra direkte til indirekte eierinteresse var tilstrekkelig for at det forelå en realisasjon av aksjene. Retten fant at det indirekte eierskapet som morselskapet (selger) fikk etter overdragelsen var av ”en annen karakter” enn det eierforholdet som besto da morselskapet selv var eier av aksjene (direkte eierinteresse).²⁶ En slik endring av direkte eierinteresse til indirekte eierinteresse gjennom datterselskapet ble ansett som tilstrekkelig for at det forelå en realisasjon etter reglene i sktl. § 9-2 (1). Salget måtte anses å ha medført en overføring av eiendomsrett da morselskapet og datterselskapet i skatterettslig forstand var to forskjellige skattesubjekter.

I Rt. 2002 s. 798 (Nordea) ble imidlertid resultatet det motsatte. Christiania Bank og Kreditkasse ASA solgte samtlige aksjer i datterselskapet (K-Holding AS) til datterselskapet

²³ Jf. Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 302, 2. spalte og Aarbakke (1990) s. 69 ff.

²⁴ Aarbakke (1990) s. 69.

²⁵ Jf. Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada).

²⁶ Se Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) på side 465.

Christiania Management AS, og krevde fradrag for tap ved realisasjon av aksjene. Umiddelbart etter overdragelsen fusjonerte imidlertid datterselskapene (K-Holding AS og Christiania Management AS). Høyesterett fant at det i det konkrete tilfellet ikke forelå en realisasjon i skatterettslig forstand, da aksjonærens eierinteresse (Christiania Bank og Kreditkasse ASA) i realiteten ikke var endret. Retten anvendte en form for sammenhengsbetraktninger og fant at salget ble besluttet og gjennomført etter at fusjonsplanen (mellom datterselskapene) var avklart. Salget og den etterfølgende fusjonen ble ansett som ledd i en sammenhengende handlingsrekke etter en på forhånd fastsatt plan. Høyesterett viste til resultatet i Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) og fastholdt at en endring fra direkte til indirekte eierinteresse i utgangspunktet må anses tiltrekkelig for at det skal foreligge realisasjon i skatterettslig forstand. I den foreliggende saken fant imidlertid retten at den etterfølgende fusjonen av datterselskapene hadde ”nøytralisert virkningen av aksjesalgene slik at det ikke er skjedd noen endring i karakteren av CBKs eierinteresse. CBKs eierinteresse i det fusjonerte selskapet er av samme karakter som banken hadde i det tidligere selskapet”.²⁷ Lignende sammenhengsbetraktninger er lagt til grunn i Rt. 1925 s. 472 (Kallevig) og Rt. 1927 s. 386 (Bryn). Disse dommene bygger hovedsakelig på omgåelsbetraktninger, men resultatet i avgjørelsene har i stor grad preget tolkningen av realisasjonsbegrepet, og fortjener derfor en kort omtale her.²⁸

I Rt. 1927 s. 386 (Bryn) var spørsmålet om salg av valuta der skattyter samtidig med salget foretok et gjenkjøp av samme valuta og beløp (fra samme bank) var en realisasjon i skatterettslig forstand, eller om disposisjonene måtte ses i sammenheng slik at skattyter i realiteten hadde beholdt sin valutainteresse ved gjenkjøpet. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig) gjaldt spørsmålet om tapsfradrag ved salg av aksjer der selger ved gjennomføringen av salget hadde sikret seg et tilsvarende antall aksjer i samme selskap. Det må antas at retten her bygde sin beslutning på sammenhengsbetraktninger og så de enkelte transaksjonene som ledd i en disposisjonsrekke gjennomført etter en fastsatt plan, til tross for at dette ikke

²⁷ Rt. 2002 s. 798 (Nordea) på s. 806.

²⁸ Se Banoun (2003) s. 127. En slik forståelse ser også ut til å ha blitt lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

direkte er kommet til uttrykk i dommen. I Rt. 1925 s. 472 (Kallevig) fremholdt Høyesterett at Kallevig ved salgene ikke hadde "tilsiktet eller foretat nogen reel avhændelse av aktierne eller nogen til dem knytte interesse" når han forut for eller samtidig med salget hadde foretatt eller sikret seg retten til kjøp av tilsvarende identiske aksjer i samme selskaper.²⁹ Aksjene kunne således ikke anses realisert i skatterettslig forstand. I Rt. 1928 s. 495 (Finne) kom imidlertid Høyesterett til et annet resultat. Her fant retten at salg og gjenkjøp av aksjene ikke var gjennomført etter en fastsatt plan, og at salget derfor måtte anses som en realisasjon. Høyesterett argumenterte med at saken skilte seg fra dommen i Rt. 1925 s. 472 (Kallevig) og Rt. 1927 s. 386 (Bryn), ved at skatteyder i det aktuelle tilfellet nettopp hadde til hensikt å skille seg av med aksjeinteressen i selskapet. Dette kan anses som et utslag av at retten her fant at salg og gjenkjøp i det aktuelle tilfellet ikke var gjennomført etter en på forhånd fastsatt plan, til tross for at salg og gjenkjøp var blitt foretatt innenfor en relativt kort tidsramme.

For at det skal foreligge realisasjon i skatterettslig forstand må det således kunne sies å være et krav at aksjonæren oppgir eller endrer sin eierinteresse ved disposisjonen. En forutsetning for at det skal foreligge realisasjon, er imidlertid at endringen av eierinteressen er av en reell karakter. Etter dommene i Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea) må det legges til grunn at endring av eierposisjonen fra direkte til indirekte eierinteresse er tilstrekkelig for at det skal foreligge en realisasjon. Etterfølgende begivenheter kan imidlertid medføre at en disposisjon som i utgangspunktet, eller isolert sett, skal anses som en realisasjon allikevel ikke kan anses å ha medført en oppgivelse eller endring av aksjonærens eierinteresse. Dette vil typisk være tilfelle dersom den etterfølgende disposisjonen har en form for nøytraliserende virkning av den første transaksjonen, og disse disposisjonene er gjennomført etter en på forhånd fastsatt plan.³⁰

²⁹ Rt. 1925 s. 472 (Kallevig) på s. 473.

³⁰ Jf. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1927 s. 386 (Bryn), Rt. 1928 s. 495 (Finne) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

2.2 Spesielt om utenlandske aksjonærer i norske selskaper der aksjonæren er en fysisk person

Personlige aksjonærer (fysiske personer) som er bosatt i utlandet, er skattepliktige til Norge for mottatt utbytte fra selskaper som er hjemmehørende i riket etter sktl. § 2-2 (1), etter reglene i sktl. § 2-3 (1) c, jfr. sktl. § 10-13. Sktl. § 10-13 må forstås slik at det er utbyttets bruttobeløp som skal beskattes, jf. forutsetningsvis sktl. § 10-13 2. p. som viser at skatteberegningen skal skje under ett hos selskapet.³¹ Fradragposter utlendingen måtte ha i Norge kan derfor ikke kreves fratrukket i utbytte.³² Skattesatsen for utbytte til utenlandske aksjonærer fastsettes årlig i Stortingets skattevedtak, og har i en årrekke vært 25 %.³³ Personlige aksjonærer bosatt i en annen EØS-stat kan på samme måte som norske aksjonærer kreve fradrag for skjerming, jfr. sktl. § 10-13 (2), men etter særskilt søknad.³⁴ Beskatningsretten etter sktl. § 10-13 vil, dersom Norge har inngått en skatteavtale med aksjonærens hjemstat, være regulert, eventuelt beskåret, av skatteavtalens regler. Som oftest vil beskatningskompetansen være delt mellom de to statene, slik at kildestaten (selskapets hjemstat) har rett til å skattlegge inntekten, men ofte med en lavere skattesats enn hva som følger av sktl. § 10-13. I OECDs mønsteravtale er denne satsen satt til 15 %.³⁵

For utenlandske aksjonærer i norske selskaper mangler det i norsk rett, med visse enkelte unntak, hjemmel for skattlegging av aksjegevinst.³⁶ For utenlandske aksjonærer er hovedregelen således at gevinst ved realisasjon er unntatt fra beskatning i norsk rett. Tilsvarende er heller ikke tap fradragberettiget.

³¹ Zimmer/BA-HR (2006) s. 312.

³² Zimmer/BA-HR (2006) s. 312.

³³ Stortingets skattevedtak 28.11.2006 nr. 1336 for inntektsåret 2008 § 3-5 (3).

³⁴ Sktl. § 10-13 (2) ble innført ved skattereformen i 2006 for å sørge for at Norge ikke krenket sine forpliktelser i forhold til EØS-avtalen.

³⁵ FNs mønsteravtale har ikke fastsatt noe bestemt prosent, men overlatt dette til bilaterale forhandlinger.

³⁶ Unntak fra denne hovedregelen er inntekt fra aksjer knyttet til virksomhet som drives eller bestyres herfra etter reglene i sktl. § 2-3 (1), og reglene i sktl. §§ 2-3 (3) og 10-70 som statuerer skatteplikt for norske aksjonærer ved utflytting av riket, etter særlige fastsatte vilkår.

Slik manglende hjemmel for skattlegging av utenlandske aksjonærer ved realisasjon av aksjer i norske selskaper kan virke styrende på aksjonærens handlinger og valg. I den grad en utenlandsk aksjonær har mulighet til å styre inntekten, vil det normalt være en fordel for aksjonæren om inntekten klassifiseres under gevinst- og tapsreglene (der det mangler internrettslig hjemmel for skattlegging) fremfor at inntekten skattlegges som en utbytteutdeling (der aksjonæren vil være skattepliktig til Norge etter reglene om kildeskatt i sktl. § 10-13).

Manglende hjemmel for gevinstbeskatning ved realisasjon for utenlandske aksjonærer kan gi incentiver til norske aksjonærer om såkalt skattemotivert utflytting før realisasjon. For å unngå at norske aksjonærer emigrerer til utlandet før de realiserer aksjene, ble det ved skattereformen i 1992 innført en egen bestemmelse (sktl. § 2-3 (3)) med formål å motvirke slik skattemotivert utflytting. Den opprinnelige regelen i sktl. § 2-3 (3) statuerte skatteplikt, etter utflytting, for aksjonæren ved avhendelse av aksjer i norske selskaper. Regelen ble imidlertid ikke ansett å gi tilstrekkelig hjemmel for å hindre skattemotivert utflytting, da regelen ikke sikret Norge beskatningsrett der skatteavtalen bygger på mønsteravtalens regler.³⁷ For at bestemmelsen skulle sikre Norge beskatningskompetanse måtte den aktuelle skatteavtalen inneholde en særskilt utflyttingsbestemmelse.³⁸ I 2006 ble det derfor innført en generell regel i sktl. § 10-70 som statuerer skatteplikt for norske aksjonærer ved utflytting fra riket.³⁹ Den nye regelen i sktl. § 10-70 medfører at selve utflyttingen utløser skatteplikt på aksjonærens hånd. Plikten til å betale skatt aktualiseres imidlertid først dersom aksjonæren faktisk realiserer aksjen etter utflyttingen (innenfor en fem års frist).

³⁷ Se OECDs mønsteravtale art. 13 (5) som gir aksjonærens hjemstat eksklusiv beskatningskompetanse for slike aksjegevinster.

³⁸ Se eksempelvis NSA art. 10 (7).

³⁹ Regelen ble innført ved Lov 2006-12-15 nr. 81: Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt. Se Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) s. 43 ff.

Sktl. § 10-70 gir hjemmel for skattlegging av latent gevinst ved utflytting fra Norge for personlige skattytere som har vært ansett bosatt i riket etter reglene i sktl. § 2-1 (1).⁴⁰ Regelen omfatter aksjer som aksjonæren eier på utflyttingstidspunktet, både i norske og tilsvarende utenlandske selskaper.⁴¹ Skatteplikten inntreer på det tidspunkt aksjonæren ikke lenger anses bosatt her etter sktl. § 2-1 (3), eller fra det tidspunkt aksjonæren skal anses bosatt i en annen stat etter den aktuelle skatteavtalen. Innbetaling av utlignet skatt ved utflytting kan utsettes dersom det stilles tilstrekkelig sikkerhet for beløpet, jfr. sktl. § 10-70 (7). Slik sikkerhetsstillelse kreves imidlertid ikke når aksjonæren flytter til en annen EØS-stat, og Norge i medhold av folkerettslige overenskomster kan kreve utlevert opplysninger og bistand til innfordring, i den aktuelle EØS-staten. Dersom samlet gevinst ved utflytting, fratrukket eventuelt fradragsberettiget tap, ikke overstiger kr. 500 000, utløser ikke utflyttingen skatteplikt etter reglene i sktl. § 10-70, jfr. sktl. § 10-70 (4). Skatteplikten etter bestemmelsen bortfaller i sin helhet dersom skattyteren ikke realiserer aksjen innen fem år etter at skatteplikten til riket opphørte (etter intern rett, eller skatteavtalens bestemmelser) jfr. sktl. 10-70 (9) litra c.

Plikten til å betale skatt etter reglene i sktl. § 10-70 er betinget av at aksjonæren faktisk realiserer aksjen. Bestemmelsen knytter således skatterettslige virkninger til realisasjonsbegrepet. Realisasjonsbegrepet i sktl. § 10-70 må presumptivt forstås som en henvisning til det alminnelige realisasjonsbegrepet, som det alminnelige innvinningskriteriet for gevinst- og tapsbeskatning. Den grensedragning mellom gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglenes anvendelsesområde som skisseres nedenfor, må derfor også kunne gjøres gjeldende i forhold til realisasjonsbegrepet i utflyttingsbestemmelsen i sktl. § 10-70. Der utdelingen etter denne grensedragningen ikke medfører realisasjon i skatterettslig forstand, kommer heller ikke reglene i sktl. § 10-70 til anvendelse.

⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) s. 43 ff.

⁴¹ Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) s. 48, 1. spalte.

Tanken bak utflyttingsregelen er at verdistigninger på aksjer mens aksjonæren var bosatt her, skal være gjenstand for skatteplikt i Norge på utflyttingstidspunktet.⁴² Bestemmelsen har imidlertid en videre ordlyd enn dette, og omfatter også verdistigning på aksjen før aksjonæren eventuelt ble ansett bosatt i riket etter reglene i sktl. § 2-1 (2).

Aksjonærer som har bosatt seg i riket etter fødsel, og som har vært ansett bosatt i riket i mindre enn ti år (se sktl. § 2-1 (3) litra b), kan imidlertid kreve at inngangsverdien for aksjer eller andeler som skattyter eier ved innflytting fastsettes til markedsverdien på det tidspunkt skattyteren ble ansett som bosatt i riket etter sktl. § 2-1 (1) og skatteavtalen med den aktuelle stat, jfr. sktl. § 10-70 (6). Dersom den fastsatte inngangsverdien er høyere enn utgangsverdien, ved slik utflytting som skal anses som realisasjon etter reglene i sktl. § 10-70 (5), gis det ikke fradrag for tap.

Hvis aksjonæren flytter til en annen EØS-stat bestemmer sktl. § 10-70 (3) at aksjonæren har krav på fradrag for tap ved utflytting, forutsatt at tapsfradrag ikke gis i den annen stat. Dette må bety at når en aksjonær som ikke er ansett bosatt i riket fra fødsel flytter til en annen EØS-stat, har aksjonæren i utgangspunktet krav på fradrag for tap ved realisasjon på lik linje med en aksjonær som har vært ansett bosatt i Norge fra fødsel. Det må antas at det bare er i de tilfellene aksjonæren krever å få fastsatt ny inngangsverdi ved innflytting, at aksjonæren kan nektes tapsfradrag. Dersom aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen forut for innflytting er høyere enn utgangsverdien ved utflytting, må aksjonæren kunne kreve dette tapet fradragsført, forutsatt at tapet ikke kommer til fradrag i en annen stat, jfr. sktl. § 10-70 (3).

Hvis aksjene er knyttet til virksomhet som drives i Norge, eller bestyres herfra, er både gevinst og utbytte skattepliktig etter sktl. § 2-3 (1) b, som del av virksomhetens inntekt. Utbytte og gevinst skal da skattlegges som alminnelig virksomhetsinntekt.⁴³ At virksomheten må drives her, innebærer at en viss aktivitet med økonomisk karakter må

⁴² Ot.prp. nr. 1 (2005-2006) s. 43.

⁴³ Zimmer/BA-HR (2006) s. 311.

finne sted i Norge, for skattyterens regning og risiko.⁴⁴ Alternativet ”bestyres herfra” tar sikte på tilfeller hvor virksomheten ledes fra Norge. Kriteriet får selvstendig betydning hvor virksomheten ikke drives i Norge, typisk i internasjonal skipsfart.⁴⁵ Hovedsakelig rammer dette tilfeller der virksomheten ledes fra Norge med norsk hovedmann. Utenlandske deltakere blir da skattepliktig til Norge etter sktl. § 2-3 (1) b.⁴⁶

2.3 Selskapsaksjonærer

For juridiske personer som omtalt i sktl. § 2-2 (1) litra a til j, samt tilsvarende utenlandske selskaper, gjelder fritaksmetoden, jfr. sktl. § 2-38 (1). Selskapsaksjonærer (der selskapet anses som et selvstendig skattesubjekt) er etter reglene i sktl. § 2-38 (2) litra a, i all hovedsak fritatt for skatteplikt både for utbytte og gevinst ved realisasjon av aksjer i norske og utenlandske selskaper. Tilsvarende vil heller ikke tap være fradragsberettiget. Hovedformålet bak fritaksmetoden er å forhindre at aksjeinntekter blir beskattet flere ganger i en eierkjede innenfor selskapssektoren – altså å unngå trippelbeskatning eller kjedebeskatning.⁴⁷ En slik kjedebeskatning kan gi incentiver til omorganisering, og kan svekke kapitalmobiliteten i næringslivet.⁴⁸ Dersom inntektene først skulle blitt beskattet løpende hos selskapet, deretter som utbytte eller gevinst for eierselskapet, og endelig hos de personlige aksjonærene ved utdeling eller realisasjon, ville beskatningen kunne motivere til flate selskapsstrukturer, og til å benytte underliggende selskaper med ubegrenset ansvar i stedet for aksjeselskaper.⁴⁹ Dette var selvsagt ikke ønskelig fra lovgivers side. Etter fritaksmetoden skal overskudd som kanaliseres gjennom flere selskaper, ikke skattlegges før det tidspunkt overskuddet eventuelt deles ut til en personlig aksjonær.

⁴⁴ Zimmer (2003) s. 138.

⁴⁵ Zimmer (2003) s. 139.

⁴⁶ Zimmer (2003) s. 139.

⁴⁷ Se St.meld. nr. 29 (2003-2004) s. 108, 2. spalte og Dimmen (2007) s. 9.

⁴⁸ Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 52, 1. spalte.

⁴⁹ Jf. St.meld. nr. 29 (2003-2004) s. 108, 2. spalte og Dimmen (2007) s. 9.

Ved en lovendring i 2008 ble det gjennomført en innstramming i fritaksmetoden.⁵⁰ Etter sktl. § 2-38 (6) skal tre prosent av inntekten som er fritatt for skatteplikt etter § 2-38, likevel anses som skattepliktig inntekt. Regelen medfører en sjablonmessig inntektsføring, og er ment å skulle kompensere for at det gis fradrag for kostnader som er tilknyttet de skattefrie aksjeinntektene.⁵¹ Inntektsføringen skal beregnes på grunnlag av netto skattefrie inntekter det enkelte inntektsåret.⁵² Dersom nettoverdien er negativ (realisasjon medfører et tap, og selskapets har ikke andre inntekter som omfattes av fritaksmetoden) gir ikke bestemmelsen rett til et tilsvarende tapsfradrag.⁵³ Negativt beregningsgrunnlag kan heller ikke fremføres til senere inntektsår.⁵⁴

2.3.1 Unntak fra fritaksmetoden der utdelende selskap eller selskapsaksjonæren er hjemmehørende i utlandet

Fritaksmetoden gjelder både for utenlandske og norske selskaper som aksjonærer.⁵⁵ Utgangspunktet er at selskapsaksjonærer hjemmehørende i utlandet ikke skattlegges for utbytte fra norske selskaper, eller for gevinst ved realisasjon av aksjer i norske selskaper. Et praktisk viktig unntak finnes imidlertid i sktl. § 2-38 (5). Etter denne bestemmelsen fritar sktl. § 2-38 ikke utenlandske selskapsaksjonærer for plikt til å betale kildeskatt for utbytte fra norske selskaper etter reglene i sktl. § 10-13, dersom selskapsaksjonæren ikke er "reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land". Denne bestemmelsen medfører at det må sondres mellom utenlandske selskaper hjemmehørende innenfor og utenfor EØS-området. For utenlandske selskaper hjemmehørende utenfor EØS-området medfører regelen i sktl. § 2-38 (5) at det skal beregnes kildeskatt på selskapets hånd etter reglene i

⁵⁰ Se Lov 2008-12-12 nr. 99: Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

⁵¹ Se sktl. § 6-24. Se også Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) s. 32-34.

⁵² Se Finansdepartementets uttalelse i brev av 10.11.2008.

⁵³ Jf. sktl. § 2-38 (6) og Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) s. 33, 2. spalte.

⁵⁴ Se Finansdepartementets uttalelse i brev av 10.11.2008.

⁵⁵ Jf. sktl. § 2-38 (1).

sktl. § 10-13. For selskaper hjemmehørende innenfor EØS-området gjelder imidlertid fritaksmetoden.

Den sjablonmessige inntektsføringen etter reglene i sktl. § 2-38 (6), for inntekt som i utgangspunktet er omfattet av fritaksmetoden (3 % -regelen), gjelder bare for selskaper hjemmehørende i Norge, jfr. sktl. § 2-38 (6) som bare viser til selskaper nevnt i sktl. § 2-38 (1) litra a til j. Gevinst ved realisasjon av aksjer eller andre selskapsandeler omfattet av fritaksmetoden, og utbytte fra norske aksjeselskaper e.l. til tilsvarende utenlandske selskaper skal ikke inntektsføres etter denne bestemmelsen. Dette må antas å ha sammenheng med regelen sktl. § 2-38 (5), som medfører at utbytte fra norske selskaper til utenlandske selskapsaksjonærer er skattepliktig etter reglene i sktl. § 10-13.⁵⁶ Denne bestemmelsen gjelder imidlertid bare for selskaper som ikke er ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land”.⁵⁷ For utenlandske aksjonærer hjemmehørende innenfor EØS-området er inntekten således skattefri på selskapets hånd, og henvisningen i sktl. § 2-38 (6) til § 2-38 (1) litra a til j medfører at 3 % -regelen i sktl. § 2-38 (6) heller ikke får anvendelse overfor slike selskaper. Reglene medfører således at et utenlandsk selskap som er ”reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land” skattlegges gunstigere enn tilsvarende selskaper hjemmehørende i Norge.⁵⁸ Det samme må gjelde der aksjene er knyttet til det utenlandske selskapets faste driftssted i Norge. Her vil både utbytte og gevinst ved realisasjon av aksjer være unntatt for beskatning etter reglene i sktl. § 2-38 (2), og henvisningen i sktl. § 2-38 (6) til selskaper oppregnet i bestemmelsens (1) litra a til j, medfører at 3 % -regelen ikke kommer til anvendelse når aksjonæren er hjemmehørende i utlandet.

⁵⁶ Se også Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) s. 33, 1. spalte.

⁵⁷ Se sktl. § 2-38 (5).

⁵⁸ Det er ikke gitt noen nærmere begrunnelse for dette unntaket i forarbeidene (se Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) s. 33) og det kan virke som om dette er en utilsiktet virkning fra departementets side.

Også i enkelte andre henseender gjøres det unntak fra fritaksmetoden.⁵⁹ I forarbeidene er disse unntakene ofte begrunnet i at hensynet til å unngå dobbeltbeskatning eller kjedebeskatning ikke slår til på samme måte som ellers.⁶⁰ Unntakene i sktl. § 2-38 (3) retter seg mot utenlandsinntekter og er i forarbeidene hovedsakelig begrunnet med at en generell anvendelse av fritaksmetoden på grenseoverskridende aksjeinntekter ville kunne åpne for tilpasningsmuligheter ved at virksomhet flyttes til selskaper hjemmehørende i lavskatteland, samt at det foretas arbitrasjeforretninger med slike selskaper.⁶¹ Sktl. § 2-38 (3) litra a unntar derfor inntekt og tap på eierandel i selskaper hjemmehørende i lavskatteland fra fritaksmetoden. I slike tilfeller vil det normalt ikke oppstå en kjedebeskatning når overskuddet ikke skattlegges, eller skattlegges etter en lav sats, hos selskapet. Hensynet bak fritaksmetoden slår derfor ikke til på samme måte som ved andre investeringer i såkalte høyskatteland.

Sktl. § 2-38 (3) litra b-d unntar også porteføljeinvesteringer i utlandet fra fritaksmetoden dersom vilkårene i bestemmelsene er oppfylt. I utgangspunktet skilles det ikke mellom direkteinvesteringer og såkalte porteføljeinvesteringer under fritaksmetoden. Slike porteføljeinvesteringer kjennetegnes ofte ved at de har karakter av å være investeringer i verdipapir fremfor investeringer i virksomhet der investoren tar sikte på å utøve aktivt eierskap.⁶² Utgangspunktet og hovedregelen er således at både direkteinvesteringer og porteføljeinvesteringer er underlagt fritaksmetoden og således ikke utløser beskatning verken for gevinst ved realisasjon av eierandel eller utbytte på selskapsaksjonærens hånd. For inngående aksjeinntekter fra utenlandske selskaper er det imidlertid gjort unntak fra dette utgangspunktet ved porteføljeinvesteringer. Unntaket er begrunnet med at fritaksmetoden ikke bør gis anvendelse for inntekt på utenlandsinvesteringer, der det underliggende selskapet blir gjenstand for en effektiv beskatning som ligger betydelig under norsk nivå. Avgrensningen av fritaksmetoden mot inntekt på investeringer i

⁵⁹ Se sktl. § 2-38 (3).

⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 64 ff.

⁶¹ Jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 52, 2. spalte.

⁶² Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 59, 2. spalte og Zimmer/BA-HR (2006) s. 348.

lavskatteland i sktl. § 2-38 (3) litra a, og sktl. §§ 10-60 flg., medfører at det må foretas en sammenligning av skattenivået i utdelende selskaps hjemland og skattenivået i norsk rett for å avgjøre om avkastningen er skattepliktig. Dette forutsetter informasjon om skattereglene i utlandet, og eventuelle særregler som gjelder for den aktuelle inntekten. Selskaper med porteføljeinvesteringer i utlandet kan ha mindre muligheter til å dokumentere slike sammenligninger av skattenivåene.⁶³ I forlengelse av lavskattelandsreglene ble det derfor innført et unntak fra fritaksmetoden for porteføljeinvesteringer i selskaper hjemmehørende i utlandet, uavhengig av om det underliggende selskapet er hjemmehørende i lavskatteland eller ikke.

Slike unntak er også kjent fra andre land som opererer med tilsvarende beskatningsmetoder som den norske fritaksmetoden, og det er da vanlig å stille krav til en viss eierinteresse målt i stemme- og/eller kapitalandel, eiertid og/eller eventuelt aksjens funksjon for å oppnå fritak.⁶⁴ I norsk rett stilles det krav til eierandel/kapitalandel og stemmerett knyttet til eierandelene (begge satt til 10 %), samt eiertid (2 år) for å oppnå fritak.⁶⁵

Unntakene i sktl. § 2-38 (3) b-d gjelder bare for selskaper som er hjemmehørende utenfor EØS-området. Aksjeinntekter fra norske selskaper til norske selskapsaksjonærer er unntatt fra beskatning etter reglene i sktl. § 2-38 (2) både ved porteføljeinvesteringer og direkteinvesteringer, og departementet fant således at hensynet til EØS-retten tilsa at unntaket fra fritaksmetoden for porteføljeinvesteringer i utenlandske selskaper bare kunne gjøres gjeldende i forhold til selskaper hjemmehørende utenfor EØS-området.⁶⁶

For aksjeinntekter som er unntatt fra fritaksmetoden etter reglene i sktl. § 2-38 (3), skal det beregnes skatt etter de alminnelige reglene. Dette medfører også at sjablonregelen i sktl. § 2-38 (6), og inntektsføring og skattlegging av tre prosent av de skattefrie inntektene ikke

⁶³ Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 70.

⁶⁴ Jf. Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 59, 2. spalte og Zimmer/BA-HR (2006) s. 348.

⁶⁵ Se sktl. § 2-38 (3) litra b-d.

⁶⁶ Se Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 70, 2. spalte.

kommer til anvendelse. Slike aksjeinntekter, fra porteføljeinvesteringer i utenlandske selskaper og investeringer i selskaper hjemmehørende i lavskattelend, er ikke fritatt for skatteplikt etter bestemmelsen, og det må derfor antas at reglene i sktl. § 2-38 (6) ikke kommer til anvendelse.

2.4 Betydningen av grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbytteregele

Både gevinst og utbytte er etter nåværende regler skattepliktig som alminnelig inntekt, med samme skattesats. Ved innføringen av både aksjonærmodellen og den forhenværende ordningen med RISK-regulering og godtgjørelsesfradrag anså lovgiver det som et overordnet formål å oppnå harmoni mellom regelsettene.⁶⁷ Til tross for slike harmoniseringsforsøk kan det oppstå tilfeller der aksjonæren forsøker å tilpasse seg de forskjellene som ligger i beregningsmåten ved fastsettelsen av inntektens størrelse under gevinst- og tapsreglene og utbytteregele, eller for utenlandske aksjonærer, spørsmålet om det foreligger skatteplikt, i norsk rett, for den aktuelle inntekten. Slike tilpasningsspørsmål oppstår både der aksjonæren er en fysisk person og der aksjonæren er et selskap som nevnt i sktl. § 1-28 (1).

For selskapsaksjonærer som er fritatt for skatteplikt etter reglene i sktl. § 2-38 (1) a-j, vil spørsmålet om klassifisering av inntekten normalt bare få betydning ved beregningen av inntektens størrelse ved den sjablonmessige inntektsføringen under 3 % -regelen i sktl. § 2-38 (6).⁶⁸ Der selskapsaksjonæren er hjemmehørende i utlandet vil imidlertid klassifiseringen av inntekten få betydning for om det foreligger skatteplikt til Norge, etter samme prinsipp som for personlige aksjonærer bosatt i utlandet, jfr. sktl. § 2-38 (5).⁶⁹

⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 204, 1. spalte og Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) s. 28 ff.

⁶⁸ Forutsatt at ikke et av unntakene i sktl. § 2-38 (3) kommer til anvendelse.

⁶⁹ Se punkt 2.4.2.

2.4.1 Personlige aksjonærer i norske og utenlandske selskaper

For personlige aksjonærer i norske og utenlandske selskaper vil klassifiseringen av inntekten under gevinst- og tapsreglene eller utbyttereguleringene først og fremst få betydning for beregningen av inntektens størrelse. Her tenkes det både på de forskjellene som ligger i beregningen av selve inntekten i form av fradrag for inngangsverdi ved gevinst- eller tapsoppgjøret ved realisasjon av aksjen, kontra unntaket fra utbyttebeskatningen der utdelingen (eller deler av utdelingen) representerer en tilbakebetaling av innbetalt kapital, samt forholdet til skjermingsfradraget. Særlig tenkes det på de situasjoner der en realisasjon av aksjen medfører at aksjonæren ikke får benyttet seg, helt eller delvis, av skatteposisjonen knyttet til skjermingsfradraget. Dersom vederlaget aksjonæren mottar ved realisasjonen medfører at han ikke får benyttet hele skjermingsfradraget knyttet til aksjen, vil det normalt være en fordel for aksjonæren om selskapet forut for realisasjon, utdeler utbytte. Ved en slik utbytteutdeling vil aksjonæren kunne få fradrag for skjerming i utbytte etter reglene i sktl. § 10-12. Dersom aksjen senere realiseres med tap, vil aksjonæren ha krav på tapsfradrag ved beregningen av alminnelig inntekt etter reglene i sktl. § 6-2 og 6-3, jfr. sktl. § 10-31 (2).

Aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen er 50 000. Realisasjonsvederlaget er 40 000. Ubenyttet skjerming knyttet til aksjen er 30 000. Her vil aksjonæren ha et fradragberettiget tap på $(50\ 000 - 40\ 000) = 10\ 000$. Ubenyttet skjerming på 30 000 faller bort ved realisasjon av aksjen. Dersom selskapet forut for realisasjonen utdeler utbytte på 30 000, vil aksjonæren kunne kreve fradrag for skjerming, og utdelingen vil i sin helhet være skattefri. Hvis man da legger til grunn av verdiene i selskapet synker tilsvarende utdelingen, vil aksjonærens utgangsverdi nå være $(40\ 000 - 30\ 000) = 10\ 000$. Fradragberettiget tap etter sktl. §§ 6-2 og 6-3 vil da utgjøre $50\ 000 - 10\ 000 = 40\ 000$. Forutsetningen for en slik tilpasning er selvsagt at det er tilstrekkelige midler i behold i selskapet, slik at det lovlig kan utdeles utbytte, og at de formelle og materielle krav i asl./asal. kap.8 for øvrig er overholdt.

Det samme gjelder i og for seg i tilfeller der aksjen realiseres med gevinst, men gevinsten er lavere enn aksjonærens ubenyttede skjermingsfradrag knyttet til aksjen. Dersom selskapet deler ut utbytte før aksjen realiseres, vil aksjonæren få benyttet seg av skjermingsfradraget. Dersom utdelingen medfører at aksjen da realiseres med tap, vil

aksjonæren ha krav på fradrag for dette tapet i alminnelig inntekt etter reglene i sktl. § 6-2 og 6-3, jfr. sktl. § 10-31 (2).

Aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen er f.eks. 50 000. Utgangsverdi ved realisasjon av aksjen er 60 000. Ubenyttet skjerming knyttet til aksjen er 30 000. Aksjonæren vil her ha en gevinst på $(60\ 000 - 50\ 000) = 10\ 000$. Skattepliktig gevinst vil være $(10\ 000 - 30\ 000) = 0$, og ubenyttet skjerming på 20 000 vil falle bort ved realisasjon av aksjen. Dersom selskapet forut for realisasjonen deler ut utbytte på 30 000, vil aksjonæren få benyttet hele skjermingsfradraget. Verdier som er i behold i selskapet (forutsatt at selskapet ikke har noen inntekter eller utgifter i perioden) vil da være $(60\ 000 - 30\ 000) = 30\ 000$. Fradragsberettiget tap etter sktl. §§ 6-2 og 6-3 vil da utgjøre $(30\ 000 - 50\ 000) = 20\ 000$.

I de tilfellene aksjen realiseres med gevinst også etter den forutgående utbytteutdelingen, vil spørsmålet om utbytteutdelingen har medført en skattebesparelse for aksjonæren være avhengig av hvor mye aksjens verdi er redusert ved utbytteutdelingen. Dersom utdelingen medfører at aksjens verdi synker tilsvarende det beløp som ble utdelt som utbytte, vil utdelingen ikke medføre at aksjonæren kommer i en gunstigere skatteposisjon.

Eks: Ubenyttet skjerming knyttet til aksjen er 100 000, aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen er 50 000, og realisasjonsvederlag er 110 000. Her vil aksjonæren ikke få benyttet hele skjermingsfradraget. Skattepliktig gevinst (inngangsverdi 50 000 - realisasjonsvederlag 110 000 = 60 000 - ubenyttet skjermingsfradrag 100 000 =) 0. Ubenyttet skjerming som faller bort ved realisasjon $(60\ 000 - 100\ 000) = 40\ 000$. Dersom selskapet forut for realisasjonen utdeler utbytte med 50 000, vil utbytteutdelingen i sin helhet være skattefri, og skjermingsfradraget reduseres til 50 000. Hvis gevinsten reduseres tilsvarende utbytteutdelingen, vil den ubenyttede skjermingen som faller bort ved realisasjon fremdeles være 40 000 (gevinst 10 000 - ubenyttet skjerming 50 000). Skattepliktig gevinst vil fremdeles være 0.

Hvis utdelingen derimot ikke medfører at aksjens verdi reduseres, eller dersom utdelingen bare i mindre grad medfører en reduksjon av aksjens verdi, vil en slik utdeling forut for realisasjon av aksjen kunne medføre at aksjonæren får benyttet skatteposisjonen knyttet til skjermingsfradraget i større grad enn dersom aksjen ble realisert uten en slik utbytteutdeling.

Forutsatt at utdelingen ikke reduserer aksjens verdi tilsvarende utbytteutdelingen, vil imidlertid disposisjonen kunne medføre en gunstigere beskatning av aksjonæren. La oss si at det utdeles utbytte for 50 000 også her. Men i motsetning til ovenfor, reduseres aksjens verdi bare med 40 000. Skattepliktig gevinst vil være (realisasjonsvederlag 70 000 - inngangsverdi 50 000 = 20 000 - ubenyttet skjermingsfradrag 50 000 =) 0. Ubenyttet skjermingsfradrag som faller bort ved realisasjon av aksjen, vil imidlertid etter utbytteutdelingen bare være (gevinst 20 000 - skjermingsfradrag 50 000 =) 30 000. På denne måten vil aksjonæren få benyttet seg av skatteposisjonen han har i kraft av skjermingsfradraget i større grad enn dersom aksjen hadde blitt realisert uten en slik forutgående utdeling.

I de tilfellene et selskap utdeler utbytte til aksjonærene umiddelbart forut for en realisasjon, kan det oppstå spørsmål om en slik transaksjon kan bli gjenstand for gjennomskjæring etter den ulovfestede omgåelseslæren. Spørsmålet vil normalt bare komme opp dersom utdelingen gjennomføres som ledd i en transaksjonskjede.

I utgangspunktet må det antas at en slik tilrettelegging er en legitim tilpasning i forhold til skattesystemet, som ikke gir grunnlag for skatterettslig gjennomskjæring. I de tilfellene som er skissert ovenfor, vil normalt ikke situasjonen medføre at aksjonæren oppnår en større skattebesparelse enn det som følger av lovens forutsetninger. Skattelovens system bygger på at man skal få fradrag for et skjermingsbeløp tilsvarende normalavkastningen ved en investering. Tekniske grunner har imidlertid gjort det vanskelig å gjennomføre dette systemet helt konsekvent. Reglene om fradrag for ubenyttet skjerming ved realisasjon har således en innebygd asymmetri, som lovgiver var klar over ved innføringen av reglene. Slike tilpasninger som skissert ovenfor (med utbytteutdeling forut for realisasjon), medfører at aksjonæren får benyttet skatteposisjonen knyttet til skjermingsfradraget, og resultatet av en slik tilpasning må kunne sies å være bedre i tråd med det som prinsipielt ble ansett riktig fra lovgivers side. Slike tilpasninger bør derfor ikke kunne anses som illojale og gi grunnlag for ulovfestet gjennomskjæring.

2.4.2 Særlig om utenlandske aksjonærer i norske selskaper (personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer)

Utenlandske aksjonærer er skattepliktig til Norge for utbytte fra norske selskaper. Det er bare personlige aksjonærer med "alminnelig skatteplikt til Norge for mottatt utbytte" som gis fradrag for skjerming i mottatt utbytte. Personlige aksjonærer i norske selskaper, som er bosatt innenfor EØS-området gis imidlertid skjermingsfradrag i lovlig utdelt utbytte, etter særskilt søknad, jfr. sktl. § 10-13 (2). For utenlandske aksjonærer mangler det imidlertid, i all hovedsak, internrettslig hjemmel for skattlegging av gevinst ved realisasjon av aksjer i norske selskaper.⁷⁰ Tilsvarende er heller ikke tap fradragsberettiget.

Den manglende hjemmelen for gevinstbeskatning for utenlandske aksjonærer medfører at det normalt vil være en fordel for aksjonæren om utdeling klassifiseres under gevinst- og tapsreglene dersom aksjen realiseres med gevinst, og Norge har kompetanse til å skattlegge inntekten etter skatteavtalens fordelingsregler. Dette gjelder både der aksjonæren er en fysisk person og der aksjonæren er et selskap. For selskapsaksjonærer gjelder i utgangspunktet fritaksmetoden i sktl. § 2-38, men reglene fritar ikke utenlandske selskaper hjemmehørende utenfor EØS-området fra plikt til å betale kildeskatt for utbytte fra norske selskaper etter reglene i sktl. § 10-13, jfr. sktl. § 2-38 (5). For gevinst ved realisasjon av aksjer finnes heller ikke her internrettslig hjemmel for skattlegging av den utenlandske selskapsaksjonæren.

Betydningen av grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglens anvendelsesområde for norske og utenlandske aksjonærer må kunne sies å være vesentlig (spesielt for personlige aksjonærer). Dette reiser spørsmål om det er grunn til å differensiere mellom norske og utenlandske aksjonærer ved grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene.

⁷⁰ Unntak fra denne hovedregelen er inntekt fra aksjer knyttet til virksomhet som drives eller bestyres herfra etter reglene i sktl. § 2-3 (1), og reglene i sktl. §§ 2-3 (3) og 10-70 som statuerer skatteplikt for norske aksjonærer ved utflytting av riket, etter særlige fastsatte vilkår.

2.4.2.1 Er det grunn til å differensiere mellom gevinst- og tapsreglene og utbytteregenes anvendelsesområde på grunnlag av aksjonærens bosted?

Forskjellen i betydningen av grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbytteregele for norske og utenlandske aksjonærer, reiser spørsmål om hvorvidt grensedragningen mellom regelsettene må være den samme, uavhengig av hvor aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende, eller om disse forskjellene skal tillegges en slik vekt at utbytteregeles anvendelse i enkelte situasjoner strekkes lenger. For utenlandske aksjonærer finnes det ingen hjemmel for gevinstbeskatning ved realisasjon av aksjer i norske selskaper, og det kan derfor stilles spørsmål om dette kan, eller bør, medføre at utbytteregeles anvendelsesområde må strekkes lenger for utenlandske aksjonærer enn for norske aksjonærer i norske og utenlandske selskaper.

Ved skattereformen i 1992 ble det gjennomført omfattende harmoniseringsforsøk av gevinst- og tapsreglene og utbytteregele. I forarbeidene uttaler departementet at ”harmoniseringen ikke kan trekkes lenger enn til å unngå dobbeltbeskatning. Dersom et av regelsettene ikke kan anvendes i et konkret tilfelle, må det andre kunne anvendes fullt ut”.⁷¹ Uttalelsen er kommet til uttrykk i forbindelse med gjennomgangen av gjeldende rett forut for lovendringen, og refererer seg i utgangspunktet til spørsmålet om harmonisering av gevinst- og tapsreglene og utbytteregele ved likvidasjon av selskapet, og spørsmålet om hvilket regelsett som skal ha forrang ved skattleggingen av utdelinger i forbindelse med selskapets oppløsning og avvikling. Uttalelsen har imidlertid en generell form, og må antas å kunne gjøres gjeldende også under nåværende lovregulering. Uttalelsen kan til en viss grad være et argument for at det bør være anledning til å differensiere mellom norske og utenlandske aksjonærer, der grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbytteregeles anvendelse, vil få betydning for spørsmålet om det foreligger skatteplikt for inntekten i Norge.

⁷¹ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214, 1. spalte.

Reglene i sktl. §§ 10-10 flg. og 10-30 flg., som regulerer skatteplikt for utbytte og gevinst eller tap ved realisasjon av aksjer, gir etter sin ordlyd ikke grunnlag for differensiering etter aksjonærens bosted. Definisjonen av skattepliktig utbytte i sktl. § 10-11 (2) refererer seg både til norske og utenlandske aksjonærer, og reglernes anvendelse bør derfor i utgangspunktet antas å være den samme. Også alminnelige slutningsprinsipper og hensynet til språklig konsekvens og harmoni tilsier en slik løsning.

Hensynet til konsekvens i rettssystemet tilsier at "likeartede problemstillinger bør løses likt i parallelle situasjoner, med mindre tungtveiende hensyn tilsier noe annet."⁷² Ved konsekvenshensyn bør det imidlertid skilles mellom hensynet til språklig konsekvens og innholdsmessig konsekvens. "Hensynet til *språklig konsekvens* tilsier at uttrykk skal brukes i samme betydning overalt hvor de forekommer. Hensynet til *innholdsmessig konsekvens* knytter seg derimot opp mot innholdet av de enkelte normene. Typiske uttrykk for dette hensyn er at *like tilfeller skal behandles likt* og at *relevante forskjeller må tillegges betydning*."⁷³

I Sverige hadde man en stund regler som sondret mellom hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer for så vidt angikk beskatningen av utdelinger i forbindelse med en kapitalnedsettelse i selskapet. For svenske aksjonærer skulle disposisjonen skattlegges etter gevinstreglene med en skattesats på 30 %. Ved beregningen av gevinsten ble det gitt fradrag for eventuelle anskaffelseskostnader aksjonæren måtte ha hatt ved erverv av aksjene. For utenlandske aksjonærer ble imidlertid en slik disposisjon klassifisert som utbytte og skattlagt med samme skattesats, men uten rett til fradrag for slike anskaffelseskostnader.⁷⁴ EF-domstolen fant imidlertid at disse reglene var i strid med EF-traktatens regler om fri bevegelse av kapital i art. 56 og 58, og reglene ble senere endret.⁷⁵

⁷² Øyen (2005) s. 233.

⁷³ Frøberg (2008) s. 25.

⁷⁴ Se EF-domstolen i Sak C-265/04 Bouanich. Domstolen fant at de svenske reglene, som sondret mellom innenlandske og utenlandske aksjonærer medførte en strengere skattlegging av den utenlandske aksjonæren, var en restriksjon i strid med EF-traktatens bestemmelser om fri bevegelse av kapital i art. 56. Hvorvidt

I motsetning til norsk rett inneholdt den svenske loven eksplisitte regler som skilte mellom hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer ved klassifiseringen og skattleggingen av inntekten. Når loven selv ikke inneholder regler som skiller mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglenes anvendelsesområde ut fra aksjonærens bosted, må det antas at det skal mye til for at en slik differensiering ved klassifiseringen av inntekten skal kunne godtas. En regel som sonderer på grunnlag av bosted, og som ikke eksplisitt er kommet til uttrykk i loven, vil alene være begrunnet ut fra konsekvenssynspunkter. Ut fra den alminnelige språklige forståelse av reglene er det naturlig å legge samme grensedragning og anvendelsesområde til grunn ved klassifiseringen av disposisjonene, uavhengig av aksjonærens bosted. En slik forståelse vil også føre til en større grad av rettssikkerhet og forutberegnelighet for den enkelte aksjonær. Avvik fra dette krever eventuelt tungtveiende argumenter. Den eneste autoritative kilden som tilsier en differensiering av klassifiseringen av to ellers like disposisjoner på grunnlag av aksjonærens bosted, er den over nevnte uttalelsen i forarbeidene.⁷⁶ Argumentet om at virkningene av grensedragningen er vidt forskjellige for hjemmehørende og utenlandske aksjonærer er, etter min oppfatning, ikke alene tilstrekkelig til å fravike dette utgangspunktet.⁷⁷ For aksjonærer bosatt eller hjemmehørende innenfor EU/EØS-området må det uansett anses avklart at en slik regel eventuelt vil være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalens regler om fri bevegelse av kapital i EØS-avtalen kap. 4.⁷⁸

eventuelle begrensningen av beskatningskompetansen etter skatteavtalens regler (Sverige hadde etter skatteavtalens regler bare rett til å skattlegge utdelingen med 15 % etter reglene om kildeskatt for utbytte) kunne medføre at den svenske skattleggingen allikevel ikke var i strid med EF-traktatens bestemmelser tok ikke retten standpunkt til, men uttalte på generelt grunnlag at dersom slike "non-resident shareholders are not treated less favourably than resident shareholders", vil reglene kunne sies å være berettigede (se avsnitt 56).

⁷⁵ Se EF-domstolens avgjørelse i Sak C-265/04 Bouanich.

⁷⁶ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214, 1. spalte.

⁷⁷ I Sak C-265/04 Bouanich, fant også EF-domstolen at dette argumentet ikke hadde noen gjennomslagskraft, og fastholdt at hjemmehørende og ikke-hjemmehørende aksjonærer var i en objektiv sammenlignbar situasjon.

⁷⁸ Jfr. EF-domstolens avgjørelse i Sak C-265/04 Bouanich.

3 Skatteavtalenes regulering av aksjeutbytte og aksjegevinst

Skatteavtalenes formål er å fordele beskatningskompetansen mellom de kontraherende statene. Skatteavtalene selv inneholder derfor normalt ikke regler om selve beregningen og skattleggingen av inntekten. Dette er overlatt til intern rett i den stat (eller dersom beskatningskompetansen er delt, de statene) som har kompetanse til å skattlegge inntekten etter skatteavtalens fordelingsregler.⁷⁹

OECDs mønsteravtale har forskjellige regler for fordeling av beskatningskompetanse for aksjegevinster og aksjeutbytte.⁸⁰ I motsetning til i intern norsk rett er det ikke foretatt noen harmonisering av utbytte- og gevinstreglene i mønsteravtalene. Mønsteravtalen bygger på det hovedprinsipp at gevinst ved avhendelse av formuesgjenstander skal skattlegges i den samme stat som har rett til å inntektsbeskatte den løpende avkastningen av formuesobjektet.⁸¹ Normalt vil det derfor ikke være noe behov for en klar grensedragning mellom reglene for løpende avkastning og avhendelse av formuesobjekter.⁸² Fordelingen av beskatningskompetansen for løpende avkastning og avhendelse av aksjer o.l. i OECDs mønsteravtale bryter imidlertid med dette utgangspunktet.⁸³ For slike formuesobjekter må det derfor trekkes en grense mellom reglene for løpende avkastning og reglene for gevinst ved avhendelse av formuesobjektet.

⁷⁹ Se OECDkomm. 13.12.

⁸⁰ Se henholdsvis OECDs mønsteravtale art. 10 og art. 13 (5).

⁸¹ Jf. OECDkomm. 13.4. Se også Andersson (1991) s. 153.

⁸² Se OECDkomm. 13.4 og 13.5.

⁸³ Andersson (1991) s. 161.

3.1 Skatteavtalenes utbytteregler

For utbytte er vanligvis beskatningskompetansen delt mellom de to kontraherende statene.⁸⁴ Etter fordelingsreglene i OECDs mønsteravtale er beskatningsretten for utbytte i utgangspunktet tillagt aksjonærens hjemstat, jfr. art. 10 (1). Det utdelende selskapets hjemstat har imidlertid også en delvis beskatningsrett, etter kildeskattprinsippet i art. 10 (3), begrenset til en fastsatt proSENTSATS i den enkelte skatteavtalen. I mønsteravtalen er denne satsen 15 %.⁸⁵ Beskatningen gjennomføres ved at aksjonærens hjemstat skattlegger utbytte fullt ut etter internrettslige regler, samtidig som selskapets hjemstat skattlegger utbytte etter kildeskattprinsippet, innenfor den fastsatte proSENTSATS. For å unngå den dobbeltbeskatningen som her oppstår, pålegger mønsteravtalen aksjonærens hjemstat en lempningsplikt etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A (2) og 23 B (1).⁸⁶ Etter norsk rett gis kredit etter reglene i sktl. § 16-20 flg.

For utenlandske aksjonærer innebærer dette at Norge (etter OECDs mønsteravtale) har rett til å beregne kildeskatt for utbytte utdelt fra norske selskaper etter reglene i sktl. § 10-13. Skattleggingen må skje innenfor den proSENTSATS som er fastsatt i den aktuelle skatteavtalen. Hvis denne proSENTSATS er høyere enn 25 %, finnes imidlertid ikke hjemmel for skattlegging ut over dette beløpet i norsk rett.⁸⁷ Dette er imidlertid lite praktisk da ingen av de norske skatteavtalene har fastsatte proSENTSATSER som er høyere enn 25 %. Det vanlige er at skatteavtalens proSENTSATS er lavere enn det som følger av den norske hjemmelen. Skatteavtalens bestemmelser medfører da at Norge, som kildestat, ikke har kompetanse til å skattlegge inntekten ut over den fastsatte proSENTSATS.

⁸⁴ Se OECDs mønsteravtale art. 10.

⁸⁵ Eller 5 % der den virkelige rettighetshaveren er et selskap og selskapet eier minst 25 % av aksjekapitalen i utdelende selskap. Se OECDs mønsteravtale art. 10 (2) litra a.

⁸⁶ Zimmer (2003) s. 195.

⁸⁷ Jf. sktl. § 10-13 og Stortingets skattevedtak 28.11.2006 nr. 1336 for inntektsåret 2008 § 3-5 (3).

3.1.1 Utbyttebegrepet i OECDs mønsteravtale

De norske skatteavtalene inneholder som regel en definisjon av utbyttebegrepet. Som hovedregel bygger disse definisjonene på OECDs definisjon i mønsteravtalens art. 10 (3). Det finnes imidlertid enkelte avvik, og enkelte avtaler inneholder ikke noen generell definisjon av utbyttebegrepet.⁸⁸ Ved anvendelse av slike avtaler som ikke inneholder en utbyttedefinisjon, må man falle tilbake på den generelle tolkningsregelen i skatteavtalen (se mønsteravtales art. 3 (2)), som gir anvisning på bruk av internrettslige begrepsdefinisjoner i den stat som i det konkrete tilfellet anvender skatteavtalen.⁸⁹

Etter OECDs mønsteravtale får utbyttereguleringene i art. 10 først anvendelse på utdelinger ”paid by a company”.⁹⁰ Begrepet ”paid” må gis en vid forståelse i denne sammenhengen. Etter OECDkomm. 10.7 må begrepet forstås slik at det omfatter enhver form for kapitalutdeling fra selskap til aksjonær.

Kommentaren fremholder: ”The term “paid” has a very wide meaning, since the concept of payment means the fulfilment of the obligation to put funds at the disposal of the shareholder in the manner required by contract or by custom.”

Etter mønsteravtalens regler må utbytte være betalt ”by a company”. Begrepet ”company” er definert i OECDs mønsteravtale art. 3 (1) litra b, og etter denne regelen skal begrepet anses å omfatte ”any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes”. Etter OECDkomm. 3.3 skal ”any ... taxable unit that is treated as a body corporate according to the tax laws of the Contracting State in which it is organised” anses å omfattes av denne definisjonen. I OECDkomm. 10.1 fremholdes det at de selskapene som hovedsakelig må anses å være omfattet er: “companies limited by shares, limited partnerships with share capital limited liability companies or other joint stock companies”. Etter norsk rett må aksjeselskaper, allmennaksjeselskaper samt andre selvstendige

⁸⁸ F.eks. avt./USA art. 8 inneholder ingen definisjon av utbyttebegrepet.

⁸⁹ Se avt./USA. art. 2 (2) og OECDs mønsteravtale art. 3 (2).

⁹⁰ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (1).

skattesubjekter omhandlet i sktl. § 2-2 (1) anses som et selskap i skatteavtalens forstand. Utenfor faller selskap som etter sktl. § 2-2 (2) ikke er egne skattesubjekter, og som skal deltakerlignes etter reglene i sktl. § 10-40 flg.

Etter mønsteravtalen er utbytte eller ”dividends” definert som ”income from shares”, inntekt fra ”other rights, not being debt-claims, participating in profits”, samt ”income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident”. De to første delene av utbyttedefinisjonen må tolkes autonomt, mens inntekt fra ”other corporate rights” bare kan kvalifisere som utbytte etter skatteavtalens regler i den grad inntekten regnes som utbytte etter selskapets hjemstats rett. Dersom utdelende selskaps hjemstat klassifiserer inntekten som utbytte, er denne klassifiseringen bindende også for den annen stat.⁹¹ Skatteavtalens henvisning til utdelende selskaps hjemlands rett medfører at intern rett i denne staten blir del av skatteavtalens regler.⁹² Henvisningen til intern rett i utstedende selskaps hjemland i art. 10 (3) må imidlertid anses som sekundær i forhold til den autonome definisjonen av utbyttebegrepet.⁹³ Dersom klassifiseringen av inntekten avgjøres av den autonome definisjonen av utbyttebegrepet, vil ikke den interne retten i selskapets hjemstat kunne få betydning ved klassifiseringen av disposisjonen.⁹⁴ Dette vil f.eks. kunne være tilfelle i forhold til grensedragningen mellom rente- og utbytteinntekter som uttrykkelig reguleres av mønsteravtalens regler. For grensedragningen mellom gevinst- og utbyttereglene inneholder imidlertid mønsteravtalens regler liten veiledning for klassifisering av inntekten, og det vil sjelden være tilfelle at utdelende selskaps hjemstat er avskåret fra å anvende intern rett ved klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens regler.

⁹¹ Se Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (200) s. 657.

⁹² Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (184) s. 648-649.

⁹³ Helminen (2007) s. 55.

⁹⁴ Jf. Helminen (2007) s. 55 og Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (199) s. 657.

Betegnelsen "income" er brukt både i den autonome del av utbyttedefinisjonen, og i den del av definisjonen som viser tilbake til utdelende selskaps hjemstats interne rett. Begrepet må antas å ha samme innhold i begge delene av utbyttedefinisjonen.⁹⁵ Etter OECDkomm. må det være klart at "income" er ment å ramme ikke bare ordinære utbytteutdelinger vedtatt på selskapets generalforsamling, men også "other benefits in money or money's worth" i den grad "the State of which the paying company is a resident taxes such benefits as dividends".⁹⁶ Definisjonen av inntekt gitt i art. 10 (3) bør derfor tolkes i samsvar med OECDkomm. 10.28 slik at begrepet "income", slik det blir brukt i art 10 (3), i sin helhet skal avgjøres etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat.⁹⁷ Der statene har forskjellige regler for hva som utgjør inntekt, f.eks. der den ene staten anser utdelingen som utbytte, mens den annen stat anser utdelingen som en tilbakebetaling av kapital, vil utdelende selskaps hjemstats interne rett være avgjørende for hvorvidt kildestaten er berettiget til å beregne kildeskatt for hele eller deler av utdelingen. En slik forståelse av bestemmelsen kan ikke leses ut av teksten, men må anses å følge av konteksten.⁹⁸

Begrepet "corporate rights" er en samlebetegnelse på alle de rettigheter som skaper inntekt, og som etter art. 10 (3) skal anses som utbytte.⁹⁹ OECDs mønsteravtale nevner tre spesifikke eksempler på "corporate rights": inntekt fra "shares", "mining shares" og "founders' shares".¹⁰⁰ Hvorvidt også andre "corporate rights" faller innefor utbyttedefinisjonen i OECDs mønsteravtale må avgjøres etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat. Henvisningen til kildestatens interne rett er ment å være en henvisning

⁹⁵ Se Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (186) s. 650, og Helminen (1999) s. 360.

⁹⁶ OECDkomm. 10.28

⁹⁷ Se Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (186) s. 650. Se imidlertid også Helminen (1999) s. 364-365 som her ser ut til å argumentere for et noe annet synspunkt.

⁹⁸ Jf. Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (186) s. 650. Se også Helminen (1999) s. 360.

⁹⁹ Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (188) s. 650.

¹⁰⁰ OECDs mønsteravtale art. 10 (3). Se også Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (198) s. 655.

til "the laws applicable at any given time".¹⁰¹ Dette medfører at dersom selskapets hjemstat endrer de interne reglene for skattlegging av grensedisposisjoner, vil dette også kunne få betydning for forståelsen av mønsteravtalenes grensdragning mellom gevinst og utbytte.

Sentralt i forholdt til utbyttreglene i mønsteravtalens art. 10 er at inntekten må være inntekt "from ... corporate rights", og at vederlaget er "paid by a company". Dette medfører at utbyttreglene bare rammer utdelinger fra selskapet som skyldes aksjonærens eierposisjon som sådan. Her ligger også en avgrensning mot gevinstreglene. Etter OECDs mønsteravtale får gevinstreglene anvendelse på inntekt som skriver seg fra "the alienation of ... property". Slik inntekt skyldes ikke aksjonærens eierposisjon som sådan, men snarere aksjonærens oppgivelse av slik eierposisjon. Slik inntekt skal anses som gevinst ved avhendelse av aksjene og reguleres etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 13 (5).¹⁰²

3.2 Skatteavtalenes gevinstregler

I de fleste skatteavtalene er beskatningsretten for aksjegevinst eksklusivt lagt til én av de kontraherende statene. Mønsteravtalen har ingen spesiell regel for aksjegevinst, og den alminnelige regelen i art. 13 (5) må da komme til anvendelse.¹⁰³ Bestemmelsen gir avhenderens (avhendende aksjonærs) hjemstat beskatningsrett for slike gevinster. Hvordan gevinstberegningen skal gjennomføres er ikke regulert i skatteavtalene, men er overlatt til "the domestic law applicable".¹⁰⁴ For norske aksjonærer innebærer dette at beregningen av skattepliktens størrelse må følge de alminnelige reglene i sktl. § 10-30 flg.

Noen norske skatteavtaler har, i tillegg til den generelle gevinstregelen, egne regler for aksjegevinster. Disse reglene regulerer ofte beskatningskompetansen ved utflytting, salg av

¹⁰¹ Jf. Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (199) s. 656.

¹⁰² Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (188) s. 650.

¹⁰³ Et unntak må imidlertid gjøres for eiendomsselskaper der reglene i OECDs mønsteravtale art. 13 (4) inneholder en særskilt regel om fordeling av beskatningskompetansen når mer en 50 % av verdien skriver seg fra fast eiendom i den andre staten.

¹⁰⁴ Jf. OECDkomm. 13.12.

større aksjeposter, eller salg av aksjer i selskaper med en spesiell tilknytning til en av statene.¹⁰⁵

I NSA art. 13 (7) er det inntatt en regel om utflytningsskatt. Etter denne regelen skal utflyttestaten ha kompetanse til å skattlegge aksjegevinster dersom aksjen avhendes på noe tidspunkt i løpet av de fem år som følger etter det året da skattyterens skatteplikt som bosatt i utflyttestaten opphørte. I avt/USA art. 12 c er selskapets hjemstat gitt beskatningsrett dersom aksjonæren i løpet av de siste 12 mnd forut for salget eide minst 25 % av aksjene, og at minst 50 % av selskapets eiendeler må befinne seg i selskapets hjemstat.¹⁰⁶ I avt/Belgia art. 13 (4) er selskapets hjemstat gitt beskatningsrett hvis minst 30 % av aksjene selges. I FNs mønsteravtale art. 13 (4) er kildestaten gitt en begrenset rett til å skattlegge inntekten, hvis selskapets eiendeler hovedsakelig (mer enn 50 %) består, direkte eller indirekte, av fast eiendom med beliggenhet i kildestaten. Etter art. 13 (5) har kildestaten også beskatningskompetanse dersom en større andel av aksjene i selskapet selges. Selve kravet til omfang er ikke regulert i FNs mønsteravtale, men er forutsatt bestemt i den enkelte skatteavtale.¹⁰⁷

Slike regler behandles imidlertid ikke i den videre fremstillingen. Når skatteavtalen selv ikke inneholder slike spesielle bestemmelser om aksjegevinster, eller dersom disse spesielle reglene ikke får anvendelse på det aktuelle tilfelle, må den generelle gevinstregelen få anvendelse.¹⁰⁸ Drøftelsen i det følgende knyttes bare opp mot de reglene som bygger på den såkalte ”catch-all” klausulen i OECDs mønsteravtale art. 13 (5).

¹⁰⁵ For eksempler på slike spesialregler, se bl.a. avt./USA art. 12 (1) b og c, avt./Belgia art. 13 (4), avt./Spania art. 13 (4), (5) og (6) og NSA art. 13 (7). Se Zimmer (2003) s. 201ff. og Skaar (2006) s. 659-666.

¹⁰⁶ avt./USA art. 12 litra c, se også litra b.

¹⁰⁷ Se Zimmer (2003) s. 201 ff.

¹⁰⁸ Se OECDs mønsteravtale art. 13 (5).

3.2.1 Gevinstbegrepet i OECDs mønsteravtale

Etter mønsteravtalens regler er kapitalgevinst definert som "gain from the alienation of ... property".¹⁰⁹ Bestemmelsen definerer ikke begrepet "capital gain" ut over dette.

OECDkomm. 13.5 viser imidlertid at gevinstbegrepet hovedsakelig skal anses å omfatte gevinst "resulting from the sale or exchange of property and also from a partial alienation, the expropriation, the transfer to a company in exchange for stock, the sale of a right, the gift and even the passing of property on death".¹¹⁰ At inntekt fra slike disposisjoner (i utgangspunktet) skal regnes som kapitalgevinst under skatteavtalene, må også gjelde i den grad statens interne rett klassifiserer den aktuelle inntekten annerledes, f.eks. som løpende avkastning.¹¹¹ Spørsmålet om hva som ut over dette skal anses som aksjegevinst, må imidlertid avgjøres ut fra den enkelte stats interne rett.¹¹²

Gevinstreglene får bare anvendelse når inntekten knyttet til kapitalobjektet på en eller annen måte aktualiseres. I mønsteravtalens regler er dette komme til uttrykk som at gevinsten må stamme fra "the alienation of any property".¹¹³ Urealiserte verdistigninger på formuesobjektet skal ikke regnes som kapitalgevinst eller skattlegges som sådan, da slike verdistigninger: "as long as the owner still holds the asset in question, the capital gain

¹⁰⁹ Jf. OECDs mønsteravtale art. 13 (5) og FN's mønsteravtale art. 13 (6). Med unntak for avt./USA (se art. 12) og avt./Zambia (se art. 13) er den tilsvarende norske betegnelsen "avhendelse" konsekvent blitt brukt i de norske skatteavtalene. Skatteavtalen med USA og Zambia bruker i stedet for betegnelse "salg", "bytte" "overdragelse" eller "annen disposisjon".

¹¹⁰ Se OECDkomm. 13.5.

¹¹¹ Se Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 13 (24) s. 818. Se også Smit (1992) s. 59 som omtaler en avgjørelse av den Nederlandske høyesterett av 3. juli 1991, No.25.308, publisert i Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 1991/248.

¹¹² Jf. Reglene i OECDs mønsteravtale art. 3 (2). Se Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 13 (24) s. 818.

¹¹³ Jf. OECDs mønsteravtale art. 13 (5).

exists only on paper”.¹¹⁴ Hvorvidt det foreligger en realisasjon i skatteavtalens forstand, må imidlertid ”be determined according to the applicable domestic tax law”.¹¹⁵

3.3 Generelt om grensen mellom aksjegevinst og aksjeutbytte i mønsteravtalen

I de typiske tilfellene vil grensen mellom utbytte- og gevinstreglene være klar. Ved utbytte kommer inntekten eller fordelene fra selskapet og aksjen er i behold. Ved gevinst oppgis eiendomsretten til aksjen og inntekten skriver seg da fra kjøper, ikke selskapet.

Grensespørsmål oppstår hvor disse karakteristika ikke foreligger. Ved innløsning av enkeltaksjer, salg av aksjer til utstedende selskap, utdeling av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon, og ved selskapets likvidasjon, kommer spørsmålet på spissen. Slike disposisjoner representerer ofte alternative løsninger for aksjonærene for å få ut overskudd av selskapet, i stedet for ordinære utbytteutdelinger. Utdelinger i forbindelse med hel eller delvis likvidasjon av selskapet, vil delvis være en tilbakebetaling av investeringsbeløpet og delvis en utdeling av akkumulert overskudd i selskapet. Den del av inntekten som overstiger aksjonærens investering i selskapet, er sammenlignbar med en ordinær utbytteutdeling.¹¹⁶ En vesentlig forskjell er imidlertid at aksjonæren ved en ordinær utbytteutdeling ikke reduserer eller oppgir sin eierposisjon i selskapet.¹¹⁷ Dersom en partiell likvidasjon gjennomføres på en slik måte at aksjonærens eierposisjon ikke endres, vil utdelingen ha vesentlige likhetstrekk med ordinært utbytte.¹¹⁸ Fra et skattenøytralitetssynspunkt kan det stilles spørsmål ved om den økonomiske likheten mellom slike disposisjoner og en ordinær utbytteutdeling burde medføre en lik skattemessig behandling også i forhold til skatteavtalenes klassifisering/regulering.¹¹⁹

¹¹⁴ Se OECDkomm. 13.7.

¹¹⁵ Jf. OECDkomm. 13.6. Se OECDs mønsteravtale art. 3 (2).

¹¹⁶ Helminen (1999) s. 344.

¹¹⁷ Helminen (1999) s. 344.

¹¹⁸ Helminen (1999) s. 344.

¹¹⁹ Helminen (1999) s. 344.

Når mønsteravtalens gevinst- og utbytteregler viser tilbake til intern rett i forskjellige stater, vil det fort kunne forekomme såkalte kvalifikasjonskonflikter.¹²⁰ Der utdelende selskaps hjemstat klassifiserer inntekten som utbytte, mens aksjonærens hjemstat anser inntekten som en gevinst, vil det foreligge en kvalifikasjonskonflikt (eller ”conflicts of qualification”).¹²¹

Normalt må en slik kvalifikasjonskonflikt løses etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A eller B (avhengig av om den aktuelle skatteavtalen bygger på kredit- eller unntaksmetoden). Avgjørende for om aksjonærens hjemstat plikter å gi kredit for skatt betalt i kildestaten ved en slik kvalifikasjonskonflikt, må da være hvorvidt skattleggingen i kildestaten er ”in accordance with the provisions of this Convention”.¹²² Ved bedømmelsen av om skattleggingen er foretatt ”in accordance with the provisions of the Convention”, må det avgjørende være hvorvidt kildestatens skattlegging av inntekten bygger på en plausibel fortolkning av regelen som gir staten rett til å anvende interne begrepet ved klassifiseringen av inntekten.¹²³ Dersom aksjonærens hjemstat erkjenner at klassifiseringsspørsmålet ikke løses av mønsteravtalens definisjoner, og at det derfor er grunnlag for å anvende intern rett i selskapets hjemstat, må aksjonærens hjemstat anses forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten dersom kildestaten har gjennomført skattlegging i tråd med sine internrettslige regler.¹²⁴

Kommentaren fremholder: ”Where, due to differences in the domestic law between the State of source and the State of residence, the former applies, with respect to a particular item of income or capital, provisions of the Convention that are different from those that the State of residence would have applied to the same item of income or capital, the income is still being taxed in accordance with the provisions of the Convention, as

¹²⁰ Se OECDs mønsteravtale art. 10 (3) som viser tilbake til utdelende selskaps hjemstats interne rett, mens reglene i OECDs mønsteravtale art. 13 (5), jfr. art. 3 (2) viser tilbake til intern rett i den stat som anvender skatteavtalen.

¹²¹ Se OECDkomm. commentary on articles 23 A and 23 B, (E. Conflicts of qualification) 32.1 ff.

¹²² Se OECDs mønsteravtale art. 23 A (1) og 23 B (1). Se også OECDkomm. 32.2.

¹²³ Jf. OECDkomm. 32.3 og 32.4.

¹²⁴ Jf. OECDkomm. 32.3.

interpreted and applied by the State of source. In such a case, therefore, the two Articles require that relief from double taxation be granted by the State of residence notwithstanding the conflict of qualification resulting from these differences in domestic law.”¹²⁵

For spørsmålet om grensen mellom skatteavtalens utbytte- og gevinstregler må imidlertid kvalifikasjonskonflikten anses løst direkte av reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (3), som gir anvisning på at utdelende selskaps hjemstats rett skal legges til grunn ved bedømmelsen av om inntekten skal regnes som utbytte etter mønsteravtalens regler. Klassifiseringen av inntekten under utbyttereglene i mønsteravtalen, etter utdelende selskaps interne rett, er bindende også for den andre stat.¹²⁶ Dette medfører at intern rett i utdelende selskaps hjemstat kan være, og normalt er, avgjørende for grensedragningen mellom utbytte- og aksjegevinster etter mønsteravtalens regler. Forutsetningen må imidlertid være at mønsteravtalens regler gir rom for anvendelse av intern rett i det aktuelle tilfellet.

Spørsmålene som oppstår i de tilfellene selskapet er hjemmehørende i Norge eller utlandet, arter seg forskjellig (sett med norske øyne), og i den videre fremstillingen skilles det derfor mellom situasjoner der utdelende selskap er hjemmehørende i Norge og aksjonæren er bosatt/hjemmehørende i utlandet, og tilfeller der utdelende selskap er hjemmehørende i utlandet, men aksjonæren er bosatt/hjemmehørende i Norge. Der utdelende selskap er hjemmehørende i Norge, blir spørsmålet om den internrettslige grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglenes anvendelsesområde kan legges til grunn ved klassifiseringen av inntekten etter skatteavtalens regler. Der utdelende selskap er hjemmehørende i utlandet, vil intern rett i utdelende selskaps hjemstat normalt være avgjørende for klassifiseringen av inntekten. De spørsmål som eventuelt oppstår i norsk rett i slike situasjoner, er hovedsakelig knyttet til hvorvidt Norge er forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (2). Etter OECDs mønsteravtale art. 10 (1) og 13 (5) vil Norge ha kompetanse til å skattlegge inntekten, som

¹²⁵ OECDkomm. 32.3.

¹²⁶ Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 10 (184) s. 648-649.

aksjonærens hjemstat, uavhengig av klassifiseringen av inntekten. Når den annen stat anser inntekten som utbytte, er imidlertid Norge, som aksjonærens hjemstat, forpliktet til å gjennomføre en form for lemping for kildeskatt betalt i selskapets hjemstat. Etter intern norsk rett gjennomføres slik lemping etter kreditreglene i sktl. § 16-20 flg.

3.4 Betydningen av ulike regler for inntektsberegningen i statene – forholdet til kreditreglene

Tilpasningsspørsmål til skatteavtalens regulering av aksjegevinster og utbytte er nært knyttet til de kontraherende statenes interne rettssystemer. Hvorvidt det for den enkelte aksjonær er gunstigst at beskatningen er underlagt gevinstreglene eller utbyttereglene i skatteavtalen vil normalt avhenge både av skatteavtalens regulering og statenes interne rett.

I de tilfellene beskatningskompetansen er eksklusivt lagt til én av de kontraherende statene (typisk for aksjegevinster, se OECDs mønsteravtale art. 13 (5)), må gjennomføringen av skattleggingen og beregningen av inntektens størrelse gjennomføres etter denne statens interne rett uten hensyn til den annen stat. Dersom beskatningskompetansen er delt mellom statene (typisk utbytte, se OECDs mønsteravtale art. 10), kan det imidlertid fort oppstå særskilte spørsmål i forbindelse med gjennomføringen av skattleggingen. Hovedsakelig tenker jeg her på spørsmålet om reglene om kredit for skatt betalt i kildestaten i de tilfeller der utdelende selskaps hjemstat og aksjonærens hjemstat klassifiserer inntekten forskjellig etter internrettslige regler. Spørsmålet kan imidlertid også oppstå dersom begge stater klassifiserer inntekten likt, men der gevinst- eller utbyttebegrepet er forskjellig definert. Dette vil f.eks. være tilfellet dersom begge statene anser utdelingen som utbytte, men deler av utdelingen, etter aksjonærens hjemstat, anses som en tilbakebetaling av kapital (som ikke skal skattlegges etter utbyttereglene etter norsk rett), mens hele utdelingen skattlegges som utbytte i selskapets hjemstat. I slike tilfeller oppstår spørsmålet om hvorvidt, eller i hvilken grad, aksjonærens hjemstat er forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten.

Sett at aksjonæren er en fysisk person som er bosatt i Norge, og eier aksjer i et utenlandsk selskap.

Aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjer er 200 000, innbetalt aksjekapital 100 000, og aksjens verdi

er 125 000. Selskapet likvideres og aksjonæren får utdelt 125 000. Hvis disposisjonen regnes som utbytte i selskapets hjemstat, har selskapets hjemstat krav på kildeskatt av 25 000 (forutsatt at også selskapets hjemstat gir fradrag for innbetalt aksjekapital (125 000-100 000=25 000)). Hvis disposisjonen reguleres av gevinst- og tapsreglene i aksjonærens hjemstat (Norge), vil aksjen realiseres med tap på $125\ 000 - 200\ 000 = 75\ 000$. Her oppstår to spørsmål: for det første oppstår spørsmålet om Norge er forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten etter skatteavtalens regler, og for det andre om det er rom for kredit i det aktuelle tilfellet. I utgangspunktet må det være klart at Norge, som aksjonærens hjemstat, er forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten, etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A eller B. Dette gjelder også der statene har forskjellige regler for klassifiseringen og beregningen av inntekten etter intern rett. I det foreliggende tilfellet (der aksjen realiseres med tap) foreligger det imidlertid ikke noen norsk skatt å gi kredit i, og den dobbeltbeskatningen som her oppstår vil ikke være avverget av skatteavtalens regler.¹²⁷

I denne fremstillingen går jeg i liten grad inn på internrettslige regler i andre land. Tanken er kun å behandle skatteavtalenes grensedragning sett i sammenheng med den tilsvarende norske grensedragningen. På mange måter gjør dette fremstillingen ufullstendig, og i enkelte sammenhenger forsøker jeg derfor å belyse problemstillingen med hjelp av eksempler. Dette gjøres imidlertid ikke i utstrakt grad, men formålet med avhandlingen er heller ikke å gi en slik generell fremstilling av andre staters interne rettssystemer.

¹²⁷ Jfr. sktl. § 16-20 flg.

DEL III: Hoveddel

4 Likvidasjon

Utdeling av likvidasjonsoverskudd kan tenkes skattlagt både under gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene. Praksis forut for reguleringen av likvidasjonsutbytte i sktl. § 10-37 (1) viser et sammensatt bilde. Høyesterett har i flere dommer, forut for lovfesting, fastslått av likvidasjon skal bedømmes som aksjonærens realisasjon av aksjene til selskapet.¹²⁸ Gevinst eller tap skulle da beregnes ut fra den enkelte aksjonærens andel av likvidasjonsutdelingen (som utgangsverdi), fratrukket aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen. En likvidasjonsutdeling var imidlertid også i prinsippet antatt å falle innenfor utbyttereglenes anvendelsesområde.¹²⁹ Lovens ordlyd samt bestemmelsens forhistorie viser klart at utbetaling ved likvidasjon ble omfattet av utbyttedefinisjonen (se nåværende sktl. § 10-11 (2)).¹³⁰ Skattepliktig inntekt etter utbyttereglene ble beregnet ut fra aksjonærens andel av likvidasjonsutdelingen fratrukket innbetalt kapital, samt overkurs (i

¹²⁸ De grunnleggende dommene er inntatt i Rt. 1926 s. 209, Rt. 1926 s. 675, Rt. 1926 s. 682 og Rt. 1927 s. 435, jf. Wille (1985) del II s. 300. Se også Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 213.

¹²⁹ Dette følger allerede av at lovgiver har sett det nødvendig med et eksplisitt unntak for utdeling av likvidasjonsoverskudd i sktl. § 10-11 (2), 2. p. Under tidligere lovgivning var imidlertid utdelinger ved oppløsning av selskapet underlagt utbyttereglene, se Lov 1921-07-13 nr. 00: Lov om beskatning til staten av aksjeselskaper og aksjonærer (Opphevd). § 3 (2). Se også Wille (1985) del I s. 175 ff. som argumenterer for at utbyttereglene får anvendelse ved utdeling i forbindelse med likvidasjon av selskapet.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 213, 2. spalte, og Wille (1985) del I s. 175 ff. Se også Rt. 1976 s. 302 (Pegasus/Astrup) der Høyesterett anvendte den ulovfestede omgåelseslæren og skattla aksjonærene for utbytte ved likvidasjon av selskapet etter dagjeldende aksjeskattelov. Se Lov 1969-06-19 nr. 71: Lov om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer. § 3.

den grad overkursen representerer en innbetalt kapital) knyttet til den enkelte aksje. (Jfr. nåværende sktl. § 10-11 (2). 2. p).

Forskjellen på beregningen av inntekten og skatteplikten mellom de to regelsettene kan illustreres med et eksempel: Aksjens pålydende er 150 000. Aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen 200 000. Ved likvidasjon av selskapet utdeles det 250 000 til aksjonæren. Hvis man ser bort fra skjermingsreglene, vil da den skattepliktige inntekt etter gevinst- og tapsreglene utgjøre $250\ 000 - 200\ 000 = 50\ 000$. Hvis derimot disposisjonen skal beskattes etter utbyttreglene, vil skattepliktig inntekt utgjøre $250\ 000 - 150\ 000 = 100\ 000$.

Den økonomiske konsekvensen forbundet med en formell oppløsning av selskapet, samt den manglende forutberegneligheten som fulgte av at løsningen var omdiskutert og usikker, kunne medføre at selskaper som reelt sett skulle vært oppløst, formelt sett ikke ble det.¹³¹ Den manglende reguleringen og usikkerheten rundt hvordan transaksjonen skatterettslig skulle bedømmes, kunne medføre en uheldig innlåsnings effekt, når selskaper som burde vært oppløst, ikke ble det.¹³²

Under utbyttreglene skattlegges løpende kapitalavkastning, mens gevinstreglene skattlegger verdiendringer på kapitalobjektet.¹³³ Utbetaling av likvidasjonsutbytte kan betraktes både under synsvinkelen løpende avkastning og realisasjon av verdiendring på aksjer, men kan ikke anses som typisk for noen av dem.¹³⁴ Kapitalgrunnlaget som avkastningen bygger på blir borte ved transaksjonen, samtidig blir det som ”avhendes” verdiløst for mottageren.¹³⁵

Ved skattereformen i 1992 ble utdelinger av likvidasjonsoverskudd underlagt eksplisitt lovregulering. I forbindelse med lovreguleringen av likvidasjonsoverskudd uttalte

¹³¹ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214, 2. spalte.

¹³² Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214, 2. spalte.

¹³³ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 1. spalte.

departementet at en utdeling av midler i selskapet ved en selskapsrettslig oppløsning og avvikling burde reguleres av gevinst- og tapsreglene, da disposisjonen måtte anses å medføre en realisasjon av eierposisjonen i selskapet. Disposisjonstypen hadde således klare fellestrekk med ordinær realisasjon av aksjer.¹³⁶

Også forut for lovfesting var det, fra departementets side, antatt at gevinst- og tapsreglene måtte gis forrang ved utdelinger i forbindelse med likvidasjon av selskapet. Praksis var imidlertid uklar og noe sprikende, og departementet mente at det var behov for en lovregulering på området.¹³⁷

Gevinst- og tapsreglene har den fordel at reglene gir hjemmel for tapsfradrag dersom aksjene har sunket i verdi fra ervervstidspunktet. Utbyttereglene legger ikke opp til en helhetlig skattlegging av investeringen på samme måte som gevinst- og tapsreglene. Utbyttereglene gir ikke mulighet til å skattlegge aksjonæren for eventuelle fordeler av å ha ervervet aksjene billig, og reglene gir ikke rett til fradrag for eventuelt tap aksjonæren har lidt i forbindelse med investeringen.¹³⁸ Dersom selskapet er inne i en dårlig økonomisk periode og ønsker omorganiseringer e.l., vil det som regel være en fordel for aksjonæren om disposisjonen reguleres av regler som gir aksjonæren mulighet til å kreve fradrag for tapet. Sett fra skattemyndighetenes side kan slike omorganiseringer være samfunnsøkonomisk ønskelige. Dersom aksjonæren søker å omgå reglene, vil for det første tolkningen av realisasjonsbegrepet sette enkelte skranker.¹³⁹ For det andre vil de ulovfestede omgåelsesreglene sette en siste skranke for ulovlige tilpasninger dersom disposisjonen hovedsakelig er skattemessig motivert, og er i strid med skattelovens formål.¹⁴⁰

¹³⁶ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 213 ff.

¹³⁷ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 2. spalte.

¹³⁹ Se bl.a. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Utv. 2003 s. 336, Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), Utv. 2001 s. 478 (Kronos), Rt. 2002 s. 798 (Nordea). Se også Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 303.

¹⁴⁰ Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada), Rt. 2006 s. 1232 (Telenor Eiendom), Rt. 2007 s. 209 (Hex AS), HR-2008-1977-A (Reitan) og HR-2008-1981-A (ConocoPhillips).

Myndighetene mente derfor at det var mest hensiktsmessige å skattlegge utdelinger i forbindelse med likvidasjon av selskapet som en form for realisasjon av aksjene.¹⁴¹

Den beskatningsmåten gevinst- og tapsreglene legger opp til kan imidlertid medføre at aksjonæren kan få ut ubeskattede midler fra selskapet som ikke representerer innskuddskapital. Dette kan illustreres med et eksempel:

Aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen er 150 000. Innbetalt kapital knyttet til aksjen, 100 000, og likvidasjonsutbytte 225 000. Etter gevinst- og tapsreglene vil skattepliktig utbytte her være $(225\ 000 - 150\ 000 =) 75\ 000$. differansen mellom aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen og innbetalt kapital $(150\ 000 - 100\ 000 =) 50\ 000$, er ubeskattede verdier som ikke representerer noe innskuddskapital i selskapet. Denne differansen (mellom innbetalt kapital og aksjonærens inngangsverdi) vil imidlertid være skattlagt på tidligere aksjonærens hånd, ved realisasjon av aksjene. Tilsvarende spørsmål oppstår hvis aksjens inngangsverdi er lavere enn innbetalt kapital knyttet til aksjen. Hvis inngangsverdien er 50 000, vil aksjen realiseres med gevinst på $(225\ 000 - 50\ 000 =) 175\ 000$. Her vil differansen mellom innbetalt kapital og inngangsverdi være negativ $(100\ 000 - 50\ 000 = - 50\ 000)$. Tidligere aksjonærer vil imidlertid ha fått fradrag for tap ved realisasjon av aksjen, og det foreligger således ikke noen ”dobbelbeskatning”.

Under nåværende lovgivning er utdeling av likvidasjonsoverskudd regulert i sktl. § 10-37 (1), som gir gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. anvendelse så langt de passer.

Likvidasjonsoverskudd er unntatt fra utbyttebeskatning etter reglene i sktl. § 10-12 (2) 2. p.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215.

4.1 Norske regler om skattlegging av aksjonæren ved utdeling av likvidasjonsoverskudd ved oppløsning og avvikling av selskapet

Det kan oppstilles to hovedproblemstillinger i forbindelse med likvidasjonsbeskatning etter sktl. § 10-37 (1). Den ene hovedproblemstillingen angår spørsmålet om likvidasjonsreglens anvendelsesområde. Hva er likvidasjon i sktl. § 10-37 1. ledds forstand, og hvilke disposisjoner skal eventuelt skatterettslig likestilles med slike transaksjoner? Denne problemstillingen behandles ikke her. Den andre hovedproblemstillingen omhandler beregningen av utgangsverdien ved gevinst- og tapsoppgjøret etter reglene i sktl. §§ 10-30 flg., jfr. sktl. § 10-37 (1). Spørsmålet her er hvor grensen mellom utbytteutdeling forut for likvidasjon og utdeling av likvidasjonsutbytte skal trekkes. Under denne problemstillingen kommer spørsmålet om grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglens og utbyttereglens anvendelsesområde på spissen. Her må det rekkles en grense mellom utdelinger forut for selskapets avvikling og oppløsning, og utdelinger av selskapsoverskudd som skal beregnes som en del av likvidasjonsoverskuddet og inngå i aksjonærens utgangsverdi ved beregningen av gevinst- og tap etter reglene i sktl. § 10-30 flg. Dette behandles nedenfor i punkt 4.1.1.

Reglene i sktl. § 10-37 (1) kommer først til anvendelse når selskapet oppløses og avvikles på en slik måte at det er klart at selskapet ikke skal fortsette sin virksomhet.¹⁴² Dersom selskapet skal fortsette en form for næringsvirksomhet må disposisjonen eventuelt reguleres etter reglene for partiell likvidasjon av selskapet. Etter rettspraksis¹⁴³ må det være klart at reglene for innløsning av enkeltaksjer i sktl. § 10-37 (2) også får anvendelse i de situasjoner der samtlige aksjer innløses, men der selskapet refinansieres (selskapet utsteder nye aksjer) og fortsetter driften. Skatterettslig spørsmål i forbindelse med slike disposisjoner behandles derfor nedenfor under punkt 5.1.

¹⁴² Normalt vil imidlertid ikke opphør av næringsvirksomhet være tilstrekkelig i seg selv for at reglene skal komme til anvendelse. Se Zimmer/BA-HR (2006) s. 407-408.

¹⁴³ Se Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland).

4.1.1 Fastsettelse av utgangsverdien ved likvidasjon av selskapet – grensen mellom likvidasjonsutbytte og annen utbytteutdeling i likvidasjonsfasen

Registrering av utdeling av likvidasjonsoverskudd på aksjonærens konto i

Verdipapirsentralen, eller tilsvarende oppgivelse av aksjen ved selskapets likvidasjon, skal etter sktl. § 10-37 (1) regnes som realisasjon. Utdeling av likvidasjonsoverskudd regnes som vederlag for aksjen, jfr. sktl. § 10-37 (1) 2. p.

Likvidasjon av selskapet kan ta noe tid å gjennomføre, og selskapet vil som regel drives videre under avviklingsprosessen. Det er ikke noe i veien for at selskapet utdeler utbytte til aksjonærene mens selskapet er under likvidasjon.¹⁴⁴ I forarbeidene fremholdes det at slik utbytteutdeling, foretatt etter reglene i asl. kap. 8, skattemessig ikke skal anses som utdeling av likvidasjonsoverskudd.¹⁴⁵ Slik utbytteutdeling skal underlegges de samme reglene som under selskapets løpende drift.¹⁴⁶ Utdeling av likvidasjonsoverskudd skal imidlertid inngå i beregningsgrunnlaget, som aksjonærens utgangsverdi ved realisasjon av aksjen, ved gevinst- eller tapsoppgjøret etter reglene i sktl. §§ 10-30 flg., jfr. sktl. § 10-37 (1). Spørsmålet her er hvor grensen mellom disse to regelsettene skal trekkes. Med andre ord; hva skal regnes som en likvidasjonsutdeling, og hva skal regnes som en alminnelig utbytteutdeling under likvidasjonsprosessen?

Utdelinger av ordinært likvidasjonsoverskudd, foretatt etter aksjelovens regler i asl. kap. 16 eller asal. kap. 16 i forbindelse med oppløsningen av selskapet, må klart nok behandles som likvidasjonsutbytte og inngå i utgangsverdien ved gevinst- og tapsberegningen, jfr. sktl. § 10-37 (1) 2. p. Slike utdelinger, som ikke er underlagt samme begrensninger som ved utdeling av utbytte etter asl./asal. kap. 8, kan ikke finne sted før selskapets forpliktelser er dekket, jfr. asl./asal. § 16-9. Normalt skal slike utdelinger heller ikke kunne foretas før det har gått to måneder siden kunngjøring av kreditorvarsel. Disse reglene har til formål å gi kreditorene et vern mot at selskapet utdeler overskudd til aksjonærene før kreditorenes krav

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 2. spalte.

¹⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 2. spalte og s. 374, 1. spalte (til § 5-8).

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 2. spalte og s. 374, 1. spalte (til § 5-8).

er dekket (eller det er stilt tilstrekkelig sikkerhet for kravene). Slik utdeling kan derfor ikke foretas før kreditorene har fått tilstrekkelig varsel. Etter avsluttet utdeling skal revidert oppgjør fremlegges for generalforsamlingen, og når oppgjøret er godkjent skal det meldes til Foretaksregisteret at selskapet er endelig oppløst, jfr. asl./asal. § 16-10 (1). Annen utdeling av selskapsoverskudd (utbytte) kan imidlertid foretas også under likvidasjonsprosessen, forutsatt at det er tilstrekkelige midler til rådighet i selskapet som kan deles ut etter reglene i asl./asal § 8-1. Spørsmålet her er hvorvidt også andre utdelinger under likvidasjonsprosessen, som ikke utdeles etter reglen i asl./asal. kap. 16, etter omstendighetene må anses som en utdeling av likvidasjonsoverskudd og således skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.

Skatteretten bygger på privatrettslige begreper og klassifiseringer av disposisjoner. Normalt skal også slike privatrettslige klassifiseringer av disposisjoner legges til grunn ved den skatterettslige vurderingen.¹⁴⁷ Utgangspunktet må dermed være at man legger det formelle skillet mellom utbytte og utdeling av likvidasjonsoverskudd, som aksjeloven og allmennaksjelovens regler i henholdsvis kap. 8 og 16 legger opp til, til grunn ved den skatterettslige vurderingen av disposisjonen. Dersom likvidasjonsprosessen er kommet så langt at utdelingen formelt sett kan gjennomføres både etter utbyttereglene asl./asal. § 8-1 og likvidasjonsoverskudd i asl./asal. § 16-9, oppstår imidlertid spørsmålet om dette formelle skillet i aksjeloven og allmennaksjeloven skal tillegges avgjørende vekt ved den skatterettslige behandlingen av disposisjonen, eller om det her kan tenkes at slike utbytteutdelinger (umiddelbart forut for likvidasjon) må anses som deler av likvidasjonsutdelingen og inngå i utgangsverdien ved beregningen av inntektens størrelse etter gevinst- og tapsreglene i sktl. §§ 10-30 flg.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Zimmer (2005) s. 48.

¹⁴⁸ Spørsmålet vil være særlig relevant dersom aksjen etter den forutgående utbytteutdelingen realiseres med tap. Se for øvrig ovenfor under punkt 2.4.1 for betydningen av slik utbytteutdeling forut for realisasjon av aksjene.

Ved skattereformen i 1992, da likvidasjonsutdeling ble underlagt eksplisitt lovregulering, hadde aksjeloven¹⁴⁹ en bestemmelse i § 13-13 om at aksjonæren skulle innlevere aksjebrevet, eller få en påtegnelse på dette, ved utdeling av likvidasjonsutbytte. Etter dagjeldende skattelov¹⁵⁰ § 5-8 skulle aksjene anses realisert ved innlevering av aksjebrev eller tilsvarende oppgivelse av aksjene ved selskapets likvidasjon. Utdeling etter aksjelovens § 13-13 skulle regnes som vederlag for aksjene. I forarbeidene¹⁵¹ ble det presisert at det kun var tale om utdelinger mot innlevering av aksjebrevet som skulle rammes av bestemmelsen. Annen utdeling i likvidasjonsfasen skulle behandles etter de vanlige utbyttereguleringene.¹⁵² Ved endringen av aksjeloven ble aksjebrev avskaffet, og det finnes således ikke lenger noen slike regler om påtegnelse eller innlevering av eierbevis mot utdeling av likvidasjonsoverskudd. Ved endelig likvidasjon av aksjeselskapet skal melding sendes foretaksregisteret, jfr. asl. § 16-10 og selskapet anses som opphørt fra dette tidspunkt. Etter sktl. § 10-37 (1) 1. p anses realisasjon i skatterettslig forstand å foreligge ved registrering av utdeling av likvidasjonsoverskudd på aksjeeiers konto i VPS eller tilsvarende oppgivelse av aksjen ved selskapets likvidasjon. Utdeling etter asl./asal. § 16-9 regnes som vederlag for aksjen.

Finansdepartementet har i et brev, inntatt i Utv. 1992 s. 389, antatt at det formelle skillet mellom likvidasjonsutdeling og utbytteutdeling som aksjeloven og allmennaksjeloven bygger på, skal være avgjørende for den skatterettslige behandlingen av disposisjonen.¹⁵³ Dette standpunktet har også støtte i forarbeidene.¹⁵⁴ Departementet fremholder at det i oppløsningsperioden kan forekomme opp til flere utbytteutdelinger. Slike utdelinger skal altså ikke skattemessig anses som utbetaling ved likvidasjon. I forarbeidene fremholdes det

¹⁴⁹ Lov 1976-06-04 nr. 59: Lov om aksjeselskaper.

¹⁵⁰ Lov 1991-07-20 nr. 65: Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven).

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991), se s. 215, 2. spalte.

¹⁵² Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 215, 2. spalte og s. 374, 1. spalte (til § 5-8).

¹⁵³ Se Utv. 1992 s. 389 og Skattelovkommentaren 2003/04 (2004) s. 804.

¹⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 374, 1. spalte og s. 215, 2. spalte.

at: ”Når forholdet til selskapets kreditorer er oppgjort etter aksjeloven § 13-12 [nåværende asl./asal. § 16-7], kan resten av midlene i selskapet deles ut, uten hensyn til fondsavsetninger m.v., jf aksjeloven § 13-13 [nåværende asl./asal. § 16-9]. Denne utbetalingen anses skattemessig som likvidasjonsutbetaling og gevinstbeskattes på aksjonærens hånd.”¹⁵⁵ Utdelinger forut for dette tidspunktet kan bare foretas etter reglene for utbytte i asl./asal. § 8-1.

Beslutning om oppløsning av selskapet kan omgjøres av generalforsamlingen dersom selskapet ikke har foretatt andre utdelinger til aksjeeierne av annet enn utbytte etter reglene i asl./asal. § 16-13. Frem til det tidspunkt selskapet faktisk utdeler midler etter reglene i asl./asal. § 16-9 kan beslutning om oppløsning reverseres. Aksjeloven og allmennaksjeloven legger opp til at skjæringstidspunktet for endelig oppløsning av selskapet inntreer ved utdelinger av likvidasjonsoverskudd etter reglene i asl./asal. § 16-9. Utdelinger foretatt etter utbyttereglene i asl./asal. § 8-1, forut for dette skjæringstidspunktet bør derfor anses som en utbytteutdeling, også ved den skatterettslige bedømmelsen av transaksjonen.

En slik forståelse må også kunne sies å være i tråd med det skatterettslige realisasjonsbegrepet. Etter sktl. § 9-2 (1) foreligger realisasjon ved ”opphør av eiendomsrett”, og en ordinær utbytteutdeling foretatt etter reglene i asl./asal. § 8-1 medfører ikke en slik oppgivelse av aksjonærens eierinteresser som vanligvis må kunne kreves for at det skal foreligge en realisasjon i skatterettslig forstand.¹⁵⁶ Slik oppgivelse av eierposisjon foreligger først når selskapet er oppløst og avviklet etter reglene i asl./asal. kap. 16. Også praktiske hensyn taler for en slik forståelse.

Etter min oppfatning bør det formelle skillet mellom utdelinger foretatt etter reglene i asl./asal. kap. 8 og 16 opprettholdes under hele likvidasjonsfasen, også etter det tidspunkt

¹⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 347, 1. spalt.

¹⁵⁶ Se Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), Rt. 2001 s. 170 (Espeland), Utv. 2001 s. 478 (Kronos), Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea)

der forholdet til kreditorene er ordnet og utdelingen formelt sett kan gjennomføres etter begge regelsett. Hvorvidt utbytteutdelingen er gjennomført før eller etter det tidspunkt der reglene i asl./asal. § 16-9 kunne vært anvendt, kan ikke anses avgjørende i denne sammenheng. Utgangspunktet er at utdelinger foretatt etter reglene i asl./asal. § 8-1 skal anses som en utbytteutdeling i skatterettslige forstand også under likvidasjonsfasen. Avgjørende for den skatterettslige bedømmelsen av disposisjonen bør således være hvorvidt den aktuelle utdelingen faktisk er gjennomført etter reglene i asl./asal. § 8-1 (utbytte) eller § 16-9 (likvidasjonsoverskudd).

4.2 Særlig om skattlegging av likvidasjonsoverskudd ved grenseoverskridende disposisjoner, og forholdet til mønsteravtalens fordelingsregler

Utdeling av likvidasjonsutbytte fra utenlandske selskaper til norske aksjonærer er underlagt samme skatterettslige behandling (i norsk rett) som utdeling fra norske selskaper til norske aksjonærer. Grensedragningen mellom likvidasjonsutbytte og andre utbytteutdelinger i avviklingsfasen må trekkes likt, uavhengig av hvor selskapet eller aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende.¹⁵⁷ Ved slike grenseoverskridende disposisjoner, der utdelende selskap og aksjonæren er bosatt i to forskjellige stater, vil skatteavtalenes fordelingsregler være avgjørende for hvilken stat som har kompetanse til å skattlegge inntekten. For aksjeutbytte er beskatningskompetansen delt mellom utdelende selskaps hjemstat og aksjonærens hjemstat, mens for aksjegevinster er beskatningskompetansen lagt eksklusivt til aksjonærens hjemstat (avhenders hjemstat), jfr. OECDs mønsteravtale art. 10, og art. 13 (5). For å avgjøre hvilken stat som har beskatningskompetanse ved utdeling av likvidasjonsoverskudd ved avvikling av selskapet og hvordan inntekten skal skattlegges, må inntekten første klassifiseres under mønsteravtalens fordelingsregler. Selve gjennomføringen av skattleggingen må gjennomføres etter intern rett i den stat som har kompetanse til å skattlegge inntekten etter mønsteravtalens fordelingsregler.

¹⁵⁷ Se ovenfor under punkt. 2.4.2.1.

Utdeling av likvidasjonsoverskudd er ikke uttrykkelig regulert under noen av artiklene i OECDs mønsteravtale. Generelt kan det sies at mønsteravtalens utbytteregler rammer disposisjoner som medfører en overføring av verdier opparbeidet i selskapet, når de utdeles til aksjonæren, mens gevinstreglene får anvendelse når aksjonæren oppgir eierinteressen i investeringen ved en avhendelse av formuesobjektet. I den internasjonale teori har det vært hevdet at en likvidasjonsutdeling ligger nærmere opp til en ordinær utbytteutdeling enn en gevinst, ut fra sin økonomiske natur.¹⁵⁸ Også i norsk rett var det, forut for lovreguleringen, antatt at utbyttereglene kunne få anvendelse ved utdeling av likvidasjonsoverskudd fra selskapet.¹⁵⁹

Etter OECDkomm. må det være klart at utdeling av likvidasjonsoverskudd i utgangspunktet kan reguleres etter både gevinst- og utbyttereglene.¹⁶⁰ Mønsteravtalen selv åpner for at begge løsninger kan tenkes anvendt.¹⁶¹ Den konkrete grensedragningen mellom gevinst- og utbyttereglene må trekkes etter intern retts i utdelende selskaps hjemstat, jfr. OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

For selskaper hjemmehørende i Norge betyr dette at intern norsk rett skal legges til grunn ved klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens regler. Etter norsk rett skal slik utdeling av likvidasjonsoverskudd, gjennomført etter reglene i asl./asal. § 16-9 ved selskapets avvikling, anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg., jfr. sktl. § 10-37 (1). Når intern norsk rett skal legges til grunn ved klassifiseringen av inntekten under skatteavtalenes fordelingsregler, medfører dette at slik inntekt, etter mønsteravtalens regler, skal regnes som en aksjegevinst. Etter OECDs mønsteravtale er beskatningskompetansen for slike gevinster lagt eksklusivt til aksjonærens hjemstat (avhenders hjemstat), og Norge, som utdelende selskaps hjemstat, vil da normalt

¹⁵⁸ Se Helminen (1999) s. 344 i note 3.

¹⁵⁹ Se ovenfor under punkt 4.

¹⁶⁰ Se OECDkomm. 10.28 og 13.31.

¹⁶¹ OECDkomm. 10.28 og 13.31.

mangle kompetanse til å skattlegge inntekten når aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet.

Dersom utdelende selskap er hjemmehørende i utlandet, må spørsmålet om klassifisering av inntekten etter mønsteravtalens regler løses etter intern rett i selskapets hjemstat. Som aksjonærens hjemstat vil Norge ha kompetanse til å skattlegge inntekten uavhengig av om inntekten klassifiseres under mønsteravtalens gevinst- eller utbytteregler, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5) og 10 (1). I de tilfeller utdelende selskaps hjemstat klassifiserer utdeling av likvidasjonsoverskudd som utbytte etter internrettslige regler er Norge, som aksjonærens hjemstat, forpliktet til å gjennomføre en lempning av beskatningen etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A eller 23 B.¹⁶² Slik lempning gjennomføres etter reglene i sktl. § 16-20. Hvis utdelingen etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat skal anses som en gevinst, vil Norge, som aksjonærens hjemstat, ha eksklusiv rett til å skattlegge inntekten, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5). Selve skattleggingen må gjennomføres etter de samme regler som gjelder for norske aksjonærer i norske selskaper. Gevinst eller tap settes til likvidasjonsoverskudd fratrukket aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen etter reglene i sktl. § 10-32 (2), jfr. sktl. § 10-37 (1).

¹⁶² Se ovenfor under punkt 3.3 i forhold til spørsmålet om plikt til å gi kredit for kildeskatt betalt i utdelende selskaps hjemland.

5 Kapitalnedsettelse

En kapitalnedsettelse skal selskapsrettslig gjennomføres etter reglene i asl./asal. kap. 12, etter forslag fra styret og beslutning fra generalforsamlingen. En kapitalnedsettelse kan enten gjennomføres ved en nedskrivning av samtlige aksjers pålydende, eller ved innløsning av enkeltaksjer, jfr. forutsetningsvis asl. § 12-1 (2) 2. p.¹⁶³ Selskapsrettslig gjelder i utgangspunktet samme regler, avhengig av hvordan nedsettelsen gjennomføres. Generalforsamlingens beslutning må imidlertid angi hvordan kapitalnedsettelsen skal gjennomføres, jfr. asl./asal. § 12-1 (2) 2. p. Den skatterettslige behandlingen av transaksjonen vil være forskjellig avhengig av hvilken fremgangsmåte som er valgt.

Forut for skattereformen i 1992 var det antatt at utbyttebegrepet hjemlet skatteplikt både ved nedskrivning av aksjens pålydende og ved innløsning av enkeltaksjer.¹⁶⁴ Innløsning av enkeltaksjer ble imidlertid også ansett å være omfattet av det dagjeldende avhendelsesbegrepet, og slike utdelinger kunne således også anses regulert etter gevinst- og tapsreglene.¹⁶⁵ En innløsning av aksjer vil normalt kunne få betydning både på aksjonærplan (endring av eiersammensetningen) og selskapsnivå (utdeling fra selskap til aksjonær). Forut for lovreguleringen var det derfor en viss usikkerhet om hvilke regler som skulle få anvendelse i forbindelse med slike disposisjoner.¹⁶⁶

Etter någjeldende lovgivning skal utdelinger i forbindelse med kapitalnedsettelse ved nedskrivning av aksjenes pålydende skatterettslig behandles som utdeling av utbytte, jfr. sktl. § 10-11 (2). Kapitalnedsettelse ved innløsning av enkeltaksjer medfører i

¹⁶³ Se Andenæs (2006) s. 566.

¹⁶⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214, 2. spalte.

¹⁶⁵ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214.

¹⁶⁶ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214.

utgangspunktet en realisasjon av aksjen, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg., jfr. sktl. § 10-37 (2) og (3).

5.1 Kapitalnedsettelse ved innløsning av enkeltaksjer

Kapitalnedsettelse med innløsning av enkeltaksjer skal etter sktl. § 10-37 (2), jfr. sktl. § 9-2 (1) litra h, regnes som realisasjon av aksjene og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. Utdelinger i forbindelse med kapitalnedsettelsen anses som vederlag, og regnes som aksjonærens utgangsverdi ved realisasjon. Inngangsverdien på de innløste aksjene fastsettes etter de alminnelige reglene i sktl. § 10-32 flg. En slik utdeling må være unntatt fra skatteplikt etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p., til tross for at sktl. § 10-11 (2) 2. p. ikke inneholder uttrykkelig unntak som ved likvidasjon av selskaper etter sktl. § 10-37 (1). En slik forståelse må kunne sies å ha støtte i forarbeidene, der det fremheves at en skattyter ikke skal kunne beskattes to ganger for samme inntekt med mindre det er uttrykkelig hjemlet eller forutsatt i loven.¹⁶⁷ Lovgiver har tatt stilling til hvordan disposisjonen skatterettslig skal være regulert, og det må da antas at disse reglene, dersom særlige grunner ikke gjør seg gjeldende, skal få anvendelse ved slik innløsning som foreskrevet i sktl. § 10-37 (2).¹⁶⁸

I de tilfeller en aksjonær utløses eller der innløsning av aksjer medfører en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierandel i selskapet, vil den eierandel som oppgis utgjøre en betaling til aksjonæren for dennes andel av selskapets nettoverdier ved realisasjon.¹⁶⁹ At en slik oppgivelse av eierinteressen eller eierposisjonen i selskapet utløser gevinst- og tapsbeskatning, må kunne sies å være i tråd med den forståelse som er lagt til grunn ved

¹⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 214, 1. spalte jf. s. 216, 1. spalte.

¹⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 213 ff., se også Finansdepartementets uttalelser i Utv. 1993 s. 231, Utv. 1994 s. 1420 og Utv. 2004 s. 630 som tilsidesetter /presiserer de tidligere uttalelsene, men som fastholder prinsippet om at utdelinger i forbindelse med innløsning av enkeltaksjer i utgangspunktet er unntatt fra utbyttebeskatning.

¹⁶⁹ Zimmer/BA-HR (2006) s. 418.

tolkningen av realisasjonsbegrepet generelt.¹⁷⁰ Dersom en innløsning gjennomføres på en slik måte at aksjonærens eierinteresse ikke endres, oppstår imidlertid spørsmålet om en innløsning av enkeltaksjer alltid skal anses som en skatterettslig realisasjon, eller om slike utdelinger, som ikke får det vanlige realisasjonsvirkningene, skatterettslig kan anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær og skattlegges som utbytte etter reglene i sktl. § 10-11 flg. Spørsmålet oppstår der samtlige aksjonærer innløser aksjer forholdsmessig etter sin eierandel, eller der selskapet bare har én aksjonær.¹⁷¹

En innløsning av aksjer som ikke medfører noen endring eller oppgivelse av aksjonærens eierandel i selskapet, har klare likhetstrekk med en alminnelig utbytteutdeling eller en kapitalnedsettelse ved nedskrivning av aksjens pålydende, som skatterettslig skal behandles som utbytte.¹⁷² I Ot.prp.nr.35 (1990-1991) Skattereformen 1992 s. 303 fremholder Finansdepartementet at ”realisasjon som innvinningskriterium forutsetter at eierposisjonen i formuesobjektet opphører”.¹⁷³ Ordlyden i sktl. § 10-37 (2) indikerer imidlertid ikke at det kan oppstilles et vilkår om at eierinteressen i selskapet må være endret etter innløsningen. I forhold til innløsningssituasjonen er det heller ikke kommet klart til uttrykk i forarbeidene at innløsningen må medføre opphør av eierposisjon. Det fokuseres imidlertid motsetningsvis på at en kapitalnedsettelse ved nedskrivning av aksjens pålydende har ”lite til felles med realisasjon, blant annet fordi aksjonæren ikke vil få endret sin eierandel i selskapet ved transaksjonen”.¹⁷⁴ Det faktum at innløsning av enkeltaksjer ikke uttrykkelig er unntatt fra skatteplikt etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p. kan også anses å være en indikasjon om at regelen ikke er like absolutt som ved utdelinger av likvidasjonsoverskudd.

¹⁷⁰ Se bl.a. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), Rt. 2001 s. 170 (Espeland), Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) (der det ble fremholdt at endringer i eierinteressen fra direkte til indirekte eierinteressen var tilstrekkelig for at det forelå realisasjon) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

¹⁷¹ Zimmer/BA-HR (2006) s. 418.

¹⁷² Zimmer/BA-HR (2006) s. 418.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 303, 2. spalte.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 216, 1. spalte. Se også Zimmer/BA-HR (2006) s. 418-420.

Problemstillingen er tradisjonell: aksjonæren ønsker å benytte seg av de skattemessige fordelene som ligger i gevinst- og tapsreglene (normalt skaffe seg tapsfradrag, eller redusere skatteplikten størrelse dersom inngangsverdien på aksjene er høyere enn den innbetalte aksjekapitalen knyttet til aksjene), samtidig som han ikke ønsker å skille seg fra eierinteressene.¹⁷⁵ I praksis kan det synes å være en alminnelig enighet om at nedskrivning av aksjekapitalen hvor verdiene reelt er tapt, skal anses som en realisasjon.¹⁷⁶ Derimot har det lenge vært uenighet om hvorvidt det samme skal gjelde i de tilfeller aksjonæren i realiteten beholder sin eierinteresse i selskapet.¹⁷⁷ I praksis har man sett flere eksempler på dette i forbindelse med reinvesteringer i selskapet. Særlig stor praktisk betydning har spørsmålet fått i de tilfeller der selskapets aksjekapital nedskrives til null, og aksjonæren innløser enkeltaksjer (ofte samtlige aksjer), samtidig som det foretas en reinvestering (oppskriving av aksjekapitalen) ved nytegning i selskapet. Dersom samme aksjonær tegner seg for en like stor andel av de nytegnede aksjene eller en redusert andel av de nytegnede aksjene, oppstår spørsmålet om innløsningen reelt sett kan sies å ha medført en realisasjon av aksjene (i den grad ny eierandel tilsvarende den gamle), og således gir aksjonæren rett til tapsfradrag etter reglene i sktl. § 10-31 flg., eller om disposisjonen skal anses som en ikke-avsluttet aksjeinvestering. Spørsmålet er om en slik innløsning etterfulgt av en reinvestering i selskapet reelt sett utgjør en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierinteresse. Samme spørsmål oppstår i de tilfeller der samtlige aksjonærer innløser aksjer forholdsmessig etter deres eierposisjon i selskapet, eller dersom aksjonæren er eneaksjonær og denne eneaksjonæren innløser enkeltaksjer i selskapet uten at selskapet likvideres.

Et slikt ”reinvesteringstilfelle” var oppe for Høyesterett i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon). Saken gjaldt tokningene av reglene i dagjeldende selskapsskattelov § 5-8 nr. 2, (som tilsvarende reglene i den nåværende skatteloven § 10-37 (2)), i et tilfelle hvor aksjonæren samtidig med innløsningen tegnet nye aksjer i selskapet, som ledd i en refinansieringsavtale.

¹⁷⁵ Gjems-Onstad (2003) s. 744.

¹⁷⁶ Jf. Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1992 s. 1287. Se også Zimmer (1999) s. 270.

¹⁷⁷ Jf. Finansdepartementets uttalelse i Utv. 1993 s. 231. Se også Zimmer (1999) s. 270-271.

Iversen stiftet selskapet Troll Salmon AS i mai 1987. Etter en rekke emisjoner og aksjekjøp, samt en konvertering av lånekapital til aksjekapital i selskapet, eide han pr 20. august 1993 630 av i alt 2250 aksjer i selskapet. Den samlede inngangsverdien knyttet til aksjene var på kr. 676 097. Selskapet hadde gått med underskudd fra 1990, og etter forhandlinger med kreditorene ble det høsten 1993 inngått en avtale om refinansiering av selskapet. Etter avtalen skulle noen av de store kreditorene (Statens nærings- og distriktsutviklingsfond, Nordlandsbanken og BNP Kjøbmandsbanken) nedskrive sine fordringer med 75 %, mot at selskapets aksjekapital skulle nedskrives til null, samt at selskapet skulle bli tilført ny aksjekapital med kontant innbetaling av kr. 1 000 000. De øvrige aksjonærene i selskapet ønsket ikke å gå inn med ny aksjekapital, og aksjene ble derfor den 16. november 1993 overdratt til Iversen for kr. 1 pr. aksje. Samme dag ble det på ekstraordinær generalforsamling vedtatt at selskapets aksjekapital skulle nedskrives til null, og Iversen innløste samtlige aksjer i selskapet. I samme generalforsamling ble det imidlertid også besluttet å innhente ny aksjekapital med kr. 1 000 000 ved nytegning og kontant innbetaling. Iversen tegnet seg for samtlige nye aksjer, men overdro umiddelbart 20 % av aksjene til en fetter til pålydende. Etter refinansieringen var Iversen eier av 80 % av aksjene i selskapet. Etter refinansieringen gikk selskapet med overskudd. I selvangivelsen for 1993 krevde Iversen fradrag for tap ved realisasjon av de gamle aksjene i forbindelse med nedskrivningen av aksjekapitalen og innløsningen av aksjene. Siden innløsningen ikke hadde medført noen utdeling til aksjonærene, ble hele inngangsverdien (kr. 676 097) krevd fradragsført som tap ved realisasjon. Fradrag ble nektet ved ligningen og Iversen påklagde ligningsvedtaket til overligningsnemnda. Overligningsnemnda fastholdt i vedtak 20. september 1995 ligningen, og fremholdt at det ikke forelå noen realisasjon i skatterettslig forstand da aksjonæren, ved den etterfølgende emisjonen, hadde styrket sin eierposisjon ved nytegningen (aksjonærens eierandel var vesentlig styrket ved emisjonen, fra 28 % til 80 %).

Iversen reiste 20. mars 1996 sak mot Staten ved Akershus fylkesskattekontor for Ytre Follo herredsrett og krevde ligningen for inntektsåret 1993 opphevd, men tapte også saken i herredsretten. Saken ble anket, og brakt dirkete inn for Høyesterett, der Iversen igjen tapte.

Høyesterett tok utgangspunkt i at realisasjonsbegrepet i selsktl. § 5-8 nr. 2 (sktl. § 10-37 (2)) generelt krever at aksjonæren helt oppgir sin eierposisjon i selskapet, og uttalte at bestemmelsen i selsktl. § 5-2 nr.2 (sktl. § 10-31 (2)) om fradragsrett i alminnelig inntekt ved realisasjon av aksjer ”tar sikte på de tilfelle hvor tapet er endelig”.¹⁷⁸ Dette standpunkt fant retten holdepunkter for ut fra sammenhengsbetraktninger med bestemmelsen i selsktl. § 5-8 nr. 1 (sktl. § 10-37 (1)) om retten til tapsfradrag for aksjonæren ved selskapets likvidasjon, som jo forutsetter endelig oppgivelse av eierposisjonen.¹⁷⁹

Høyesterett fant at aksjonæren ved nulling av aksjekapitalen samt innløsningen av aksjene reelt sett ikke hadde oppgitt sin eierposisjon i selskapet pga. den etterfølgende nytegningen. Realiteten i den avtalte refinansieringen var at aksjonæren ”i kraft av sin aksjonærposisjon uten avbrudd opprettholdt sine økonomiske og organisatoriske rettigheter som aksjonær” i selskapet.¹⁸⁰ Også reelle hensyn ble anført til støtte for dette resultatet. Den kontinuitet i eierforholdet som fant sted ved refinansieringen måtte etter rettens oppfatning være avgjørende. ”Skjulte verdier i selskapet i form av knowhow, immaterielle rettigheter, kontakt med leverandører og kunder, markedsandeler og andre fordeler som gjør at man velger å refinansiere selskapet, vil komme tidligere aksjonærer til gode når de etter refinansieringen uten avbrudd fortsetter som aksjonær i selskapet. ... I vårt tilfelle har selskapet etter refinansieringen gått med overskudd, og det er uavklart om tapet ved nedskrivningen og innløsningen er endelig.”¹⁸¹ Hva som egentlig ligger i disse formuleringene kan imidlertid være vanskelig å få tak på. Særlig når førstvoterende innledningsvis i sine bemerkninger sier at ”partene er for Høyesterett enige om at selskapets egenkapital var gått tapt da nedskrivningen skjedde, og at styrt likvidasjon eller konkurs ville vært alternativet om ikke refinansiering hadde funnet sted”.¹⁸²

Sammenhengen er antageligvis at selv om egenkapitalen er tapt, utelukker ikke dette at det

¹⁷⁸ Se Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) på s. 1431.

¹⁷⁹ Se Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) på s. 1431. Se også Zimmer (1999) s. 271.

¹⁸⁰ Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) på s. 1432.

¹⁸¹ Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) på s. 1432.

¹⁸² Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) på s. 1430.

fremdeles er verdier i selskapet; de er bare lavere enn gjelden. Når gjelden så saneres og ny aksjekapital tegnes, får aksjonærene glede av disse verdiene.¹⁸³

Høyesterett konkluderte med at en slik innløsning av enkeltaksjer, med en etterfølgende nytegnning der aksjonæren reelt sett ikke oppgir sin eierposisjon i selskapet, ikke skal anses som en realisasjon av aksjene, og aksjonæren ble derfor nektet fradrag for tapet. Dommen fastsetter at det avgjørende i forhold til realisasjonsspørsmålet må være hvorvidt innløsningen medfører en reduksjon eller oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, og ikke hvorvidt innløsningen medfører en oppgivelse av aksjen som verdipapir.¹⁸⁴

En lignende sak var oppe for høyesterett i Rt. 2001 s. 170 (Espeland). Saken gjaldt betydningen av forutgående kapitalnedsettelse (med etterfølgende reinvesteringer) for beregning av inngangsverdi. Dommen bekrefter og til dels presiserer resultatet i Troll Salmon-saken.¹⁸⁵

Espeland stiftet i 1985 selskapet Scavani AS, og tegnet selv samtlige av aksjene i selskapet. I de etterfølgende årene fant det sted en rekke kapitalutvidelser og kapitalnedsettelse, i det vesentlige som følge av underskudd. I 1988 ble aksjekapitalen forhøyet, og nye aksjonærer kom inn i selskapet. Forhøyelsen medførte at Espeland reduserte sin eierandel i selskapet til 83,3 %. I 1989 ble aksjekapitalen nedskrevet til null, og de ansvarlige lånene ble ettergitt. Samtidig ble aksjekapitalen forhøyet med 1 million kroner. Av dette tegnet Espeland aksjer for kr. 175 000. Espelands andel i aksjekapitalen ble ved dette redusert til 17,5 prosent. I april 1990 ble aksjekapitalen igjen nedskrevet til null, og de ansvarlige lånene ettergitt. Samtidig ble aksjekapitalen forhøyet til kr. 500 000. Espeland tegnet aksje fra kr. 125 000, som medførte en økning av eierandelen i selskapet til 25 %. I 1994 solgte Espeland de resterende aksjene til Krog Iversen & Co AS, for kr. 125 000. Espeland gjorde gjeldende at han hadde hatt et tap på i alt kr. 425 000 på aksjene

¹⁸³ Se Zimmer (1999) s. s. 273.

¹⁸⁴ Se Zimmer (1999) s. 272-273.

¹⁸⁵ Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon)

(samlet investering kr. 550 000 minus salgsvederlag på kr. 125 000). I ligningen ble tapsfradrag nektet, med den begrunnelse at aksjesalget måtte anses som et salg av de aksjene Espeland hadde tegnet i 1990 (for kr. 125 000), og at salget således ikke medførte noe tap for ham. Høyesterett gav Espeland delvis medhold i kravet om tapsfradrag. Retten la vesentlig vekt på dommen i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), og fastholdt at en kapitalnedsettelse kun anses som en realisasjon i den utstrekning nedsettelsen utgjør en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Førstvoterende gir uttrykk for at dommen ”og uttalelser i premissene til denne dommen, sammenholdt med hensynet til rimelig god konsekvens i regelverket på det område av skatteretten det er tale om, gir et tilstrekkelig grunnlag for å tolke selskapsskatteloven § 5-3 nr. 2 [sktl. § 10-31 (2)] slik at Espeland har rett til å få medregnet i inngangsverdien også de aksjeinvesteringer fra før 1990 som reelt sett ble videreført i de aksjene som han tegnet i 1990, og som han senere realiserte i 1994”.¹⁸⁶ Spørsmålet var så hvilke av disse investeringene som måtte anses videreført. Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) gjaldt et tilfelle hvor aksjene i selskapet var nedskrevet samtidig som aksjonæren tegnet seg for nye aksjer slik at han etter refinansieringen eide en større andel av selskapet enn tidligere. Høyesterett forutsatte her at konsekvensen av at en slik reinvestering ikke medførte realisasjon og ga rett til tapsfradrag, måtte være at inngangsverdien på de nedskrevne aksjene måtte regnes med til inngangsverdien på de nye. Retten la avgjørende vekt på dommen i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og fremholdt at det avgjørende var at en slik transaksjon ”ble ansett som et ledd i en transaksjon som var påbegynt, men ikke avsluttet. Investeringen i de aksjene som var bortskrevet ved aksjekapitalendringen, var derfor etter Høyesteretts oppfatning ikke ute av selskapsskattelovens system”.¹⁸⁷ Retten fant at det ikke var noen grunn til å fravike denne rettsoppfatningen.

I den konkrete bedømmelsen ble det lagt til grunn at nedskrivningen av aksjekapitalen i 1989, der Espeland fikk sin eierposisjon redusert til fra 83,3 % til 17,5 % måtte anses om en delvis realisasjon. For den del av aksjeinvesteringen som ikke ble videreført – 65,8 % – medførte kapitalnedsettelsen at Espeland mistet retten til å få denne

¹⁸⁶ Se Rt. 2001 s. 170 (Espeland) på s. 176.

¹⁸⁷ Se Rt. 2001 s. 170 (Espeland) på s. 176.

delen av aksjeinteressen medregnet i inngangsverdien på aksjene. De 17,5 % som Espeland eide etter reinvesteringen utgjorde 21 % av den tidligere investeringen på 83,3 %. Denne delen av investeringen ($250\,000 * 21\% = 52\,500$) ble ikke ansett å være realisert, og kunne således videreføres på de videreførte (og nytegnede) aksjene. I tillegg tegnet han aksjer for 175 000 i 1989. Ved kapitalutvidelsen i 1990 økte han aksjeinteressen med kr. 125 000, og økte sin eierandel i selskapet til 25 %. Samlet innebar dette en inngangsverdi på kr. 352 500. Høyesterett kom etter dette til at Espeland kunne kreve fradrag for tap med kr. 227 500 (352 500 minus 125 000).¹⁸⁸

Fra disse dommene må det kunne sluttet at når aksjonæren ikke oppgir eller reduserer sin eierposisjon i selskapet, foreligger det ikke en realisasjon i skatterettslig forstand. Konsekvensen av dette er at gevinst- og tapsreglene ikke kommer til anvendelse ved en slik gjennomføring av disposisjonen. I begge de ovenfor nevnte dommene var det tale om retten til tapsfradrag, men det samme må også gjelde der en eventuell realisasjon ville medført gevinst.¹⁸⁹ I Rt. 2001 s. 170 (Espeland) fant retten at den del av investeringen som ikke medførte en realisasjon (den del av investeringen som reelt sett ble videreført ved reinvesteringen), skal medregnes i aksjonærens inngangsverdi ved erverv av de nytutstedte aksjene. Den del av disposisjonen som medfører en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet skal anses som en realisasjon, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. jfr. sktl. § 10-37 (2) og (3).

Både Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland) gjaldt spørsmålet om retten til tapsfradrag ved innløsning av enkeltaksjer. Begge sakene gjaldt tilfeller der aksjekapitalen, som ledd i en reinvestering, ble nedskrevet til null. Samtlige aksjer ble innløst uten at det ble foretatt noen utdeling til aksjonærene. Spørsmålet om skatteplikt for utdelinger foretatt i forbindelse med innløsning av enkeltaksjer, som ikke medfører

¹⁸⁸ For en nærmere redegjørelse om denne dommen, se Zimmer (2002) s. 295-297.

¹⁸⁹ Dette ble også resultatet i en lagmannsrettsdom, inntatt i Utv. 2001 s. 478 (Kronos), se s. 482. Se også Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2004 s. 630 og Lignings-ABC 2007/08 s. 11-12 som legger til grunn samme standpunkt.

realisasjon i skatterettslig forstand, ble derfor ikke behandlet. I den grad innløsningen ikke medfører en skatterettslig realisasjon, oppstår spørsmålet om utbyttereglene kan få supplerende anvendelse ved skattleggingen av utdelingen. Dette spørsmålet ble behandlet i en sak for Borgarting Lagmannsrett, inntatt i Utv. 2001 s. 478.

Et utenlandsk selskap, Kronos International Inc (hjemmehørende i USA og Tyskland), eide samtlige aksjer i det norske holdingselskapet Kronos Norge. I generalforsamling i Kronos Norge 1. februar 1994 ble det vedtatt å nedskrive aksjekapitalen med kr. 4 831 300 (fra 7 000 000 til 2 168 700), med tilbakebetaling til aksjonæren. Nedskrivningen skulle gjennomføres som en innløsning av enkeltaksjer der antall aksjer skulle reduseres fra 70 000 til 21 687. I sammenheng med nedsettelsen ble det besluttet at det også skulle utbetales kr. 338 477 146 fra disposisjonsfondet til aksjonæren. I samme generalforsamling ble det også besluttet å forhøye aksjekapitalen med nytegning med kr. 4 831 300 (fra 2 168 700 til kr. 7 000 000), og med forhøyelse av antall aksjer fra 21 687 til 70 000. Kronos International Inc tegnet seg for samtlige aksjer. Kronos Norge la til grunn at utbetalingen til Kronos International Inc skulle behandles som en kapitalnedsettelse der innløsningen av enkeltaksjene måtte betraktes som en skatterettslig realisasjon. Etter sktl. 1911¹⁹⁰ § 15, (sktl. § 2-2) ville utbetalingen ikke utløse gevinstbeskatning i Norge da Kronos International Inc ikke var hjemmehørende her. Ved ligningen ble det lagt til grunn at utdelingen av aktiva til Kronos International Inc på 338 477 146 var utbytte etter selskapsskatteloven¹⁹¹ § 3-2 (sktl. § 10-11 (2)), og beregnet kildeskatt etter reglene i § 3-5 (sktl. § 10-13), med kr. 50 771 571. Forholdet til skatteavtalens fordelingsregler er ikke omtalt i dommen.

Det avgjørende spørsmålet i saken var hvorvidt de transaksjonene som ble foretatt i generalforsamlingen i Kronos Norge 1. februar 1994 skatterettslig skulle anses som en utbytteutdeling eller en gevinst ved realisasjon av aksjene. Dersom innløsningen skulle

¹⁹⁰ Lov 1911-08-18 nr. 08: Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

¹⁹¹ Lov 1991-07-20 nr. 65: Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven).

anses som en realisasjon ville det ikke være hjemmel for skattlegging av den utenlandske aksjonæren i norsk rett, og utdelingen ville således være skattefri i Norge. Selskapet hevdet med styrke at spørsmålet måtte være løst direkte i selskapsskatteloven¹⁹² § 5-8 (2) (sktl. § 10-37 (2)) som bestemmer at innløsning av enkeltaksjer skal anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.

Lagmannsretten fant at det ikke hadde funnet sted noen ”*reell oppgivelse av posisjonen som aksjonær i selskapet*” og at det dermed ikke forelå noen realisasjon som kunne medføre at gevinstreglene kom til anvendelse.¹⁹³ Aksjonæren – Kronos International Inc – oppretthold sine økonomiske og organisatoriske rettigheter som aksjonær, og ”selskapet var nøyaktig i den samme stilling etter generalforsamlingen som man hadde vært i før denne”.¹⁹⁴ Retten la avgjørende vekt på avgjørelsen i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og fremholdt at symmetrihensyn tilsa at ”realisasjonsbegrepet må være det samme både når det gjelder tap og gevinst”.¹⁹⁵ Lagmannsretten oppretthold ligningen, og selskapet ble skattlagt for deler av utdelingen (den del som ikke representerte en tilbakebetaling av innbetalt kapital, jfr. sktl. § 10-11 (2) 2. p) etter utbyttereglene. Dommen ble påanket til Høyesterett, men ble nektet fremmet fordi det ble ansett åpenbart at anken ikke ville føre frem.¹⁹⁶

Dommen fastholdt altså regelen som ble statuert i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), der Høyesterett fant at en innløsning av enkeltaksjer som ikke medfører en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet, ikke skal regnes som en realisasjon i skatterettslig forstand. Gevinst- og tapsreglene får således ikke anvendelse når innløsningen gjennomføres på en slik måte. Dommen fastslår imidlertid også at i den grad en slik

¹⁹² Lov 1991-07-20 nr. 65: Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven).

¹⁹³ Utv. 2001 s. 478 (Kronos) på s. 482. Se også Zimmer/BA-HR (2006) s. 419.

¹⁹⁴ Se Utv. 2001 s. 478 (Kronos) på side 482.

¹⁹⁵ Se Utv. 2001 s. 478 (Kronos) på s. 482

¹⁹⁶ Se HR-2001-464.

innløsning av enkeltaksjer reelt sett ikke medfører en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon, skal utdelingen skatterettslig anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, og skattlegges etter utbytteregele i sktl. § 10-11 flg. I den grad utdelingen medfører en tilbakebetaling av kapital, skal unntaket i sktl. § 10-11 (2) 2. p komme til anvendelse på vanlig måte. Dette er også blitt lagt til grunn i ligningspraksis.¹⁹⁷

Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland) gjelder spørsmålet om innløsning av enkeltaksjer medfører realisasjon i skatterettslig forstand, der innløsningen blir etterfulgt av en reinvestering i selskapet. Begrunnelsen for at en slik innløsning av enkeltaksjer ikke skal anses som en skatterettslig realisasjon av aksjene, må imidlertid være avgjørende også i andre situasjoner der innløsningen reelt sett ikke medfører en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Dette vil f.eks. kunne være tilfelle ved en pro rata innløsning av aksjene etter aksjonærenes forholdsmessige eierposisjon, eller ved innløsning av enkeltaksjer der selskapet bare har én aksjonær.¹⁹⁸ En slik forståelse ble lagt til grunn i Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 2004 s. 630.

Finansdepartementet fremhever at reglene i sktl. § 10-37 (2) er underlagt en presiserende eller innskrenkende tolkning, og at denne forståelsen av bestemmelsen må gjelde også i de tilfeller det foretas en forholdsmessig innløsning av enkeltaksjer, der innløsningen ikke medfører at eierbrøken i selskapet endres. Dommen i Rt. 1998 s. 1425 fastslår at det avgjørende i forhold til realisasjonsbegrepet er hvorvidt disposisjonen medfører en oppgivelse av eierinteressen i selskapet, og ikke hvorvidt aksjen som verdipapir overdras mot vederlag. Ved en forholdsmessig innløsning av enkeltaksjer foreligger det reelt sett ikke noen overføring eller opphør av eiendomsretten knyttet til selskapsandelen, og etter reglene i sktl. § 9-2 foreligger det dermed ingen realisasjon i skatterettslig forstand. I den grad det forekommer utdelinger i forbindelse med en slik innløsning, må slikt vederlag anses som en ”vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær” og skattlegges etter reglene i sktl. § 10-11 flg. En slik forståelse av bestemmelsen er ikke åpenbar ut fra

¹⁹⁷ Se BFU 58/02, Utv. 2004 s. 630 og Lignings-ABC 2007/08 s. 11.

¹⁹⁸ Se bl.a. Zimmer (1999) s. 271 som hevder et slikt standpunkt.

ordlyden og forarbeidene, men støttes av utviklingen i rettspraksis, samt reelle hensyn og juridisk teori.¹⁹⁹

5.1.1 Skatteposisjoner knyttet til innløste aksjer der innløsningen ikke medfører realisasjon – forholdet til tilbakebetaling av innskuddskapital og videreføring av aksjens inngangsverdi

Ved innløsning av enkeltaksjer er lovens ordning at slik innløsning i utgangspunktet skal anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. I praksis er det imidlertid innfortolket et unntak fra dette der samtlige aksjonærer innløser forholdsmessig like mange aksjer. Utdelinger foretatt i forbindelse med en slik forholdsmessig innløsning skal etter dette skattlegges etter utbyttereglene i sktl. § 10-11 flg. Når aksjene innløses får dette betydning for skatteposisjoner som er knyttet til aksjen. Innbetalt kapital og aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen vil typisk være slike skatteposisjoner som er knyttet til den enkelte aksje. Spørsmålet her er hvordan disse skatteposisjonene forholder seg til innløsningen av aksjen.

Ved innløsning av enkeltaksjer vil normalt deler av utdelingen representere en tilbakebetaling av innskuddskapital. Her oppstår spørsmålet om aksjonæren kan kreve at deler av utdeling skal anses som en tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital ved innløsning av enkeltaksjer etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2.p (der innløsningen ikke medfører realisasjon), eller om skatteposisjonen knyttet til innskuddskapitalen må videreføres på aksjonærens øvrige aksjer i selskapet.²⁰⁰

¹⁹⁹ Jf. bl.a. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1927 s. 386 (Bryn), Rt. 1928 s. 495 (Finne), Rt. 2002 s. 798 (Nordea) og Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) der Høyesterett kom til at en endring i eierforholdet fra direkte til indirekte eierinteresse var tilstrekkelig til å si at aksjonæren ved avhendelsen hadde oppgitt sin eierposisjon. Se også Utv. 2003 s. 336 der retten kom til at aksjene var realisert da aksjonæren oppga eierposisjonen i en 4-5 mnd før refinansiering. Se også Zimmer/BA-HR (2006) s. 419-420.

²⁰⁰ På samme måte som aksjonærens inngangsverdi skal videreføres på aksjonærens øvrige aksjer i selskapet. se Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland).

Utgangspunktet er at skatteposisjonen ”innbetalt aksjekapital” er knyttet til den enkelte aksje og normalt følger uavkortet med aksjen.²⁰¹ I den grad aksjen innløses på en slik måte at det ikke foreligger en realisasjon, bør den delen av vederlaget som tilsvarer innbetalt kapital knyttet til aksjen kunne kreves fradratt ved beregningen av inntektens størrelse etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p. En slik forståelse har også støtte i overligningsnemndas standpunkt i Utv. 2001 s. 478 (Kronos). Her ble det anført at bare den delen av vederlaget som ikke representerte en tilbakebetaling av innbetalt kapital, skulle anses og skattlegges etter utbytteregelele i sktl. § 10-11 flg.²⁰²

Hvis inngangsverdien er 70, innbetalt aksjekapital 100 og verdi ved innløsningen er 150. Dersom innløsningen gjennomføres på en slik måte at det ikke foreligger realisasjon, vil den skattepliktige inntekten etter utbytteregelelele utgjøre (vederlag 150 – innbetalt aksjekapital 100 =) 50.

Særlige spørsmål oppstår imidlertid dersom størrelsen innbetalt aksjekapital er høyere enn det vederlag aksjonæren mottar ved innløsning av aksjen.

Inngangsverdi er 70, innbetalt aksjekapital 200 og vederlag ved innløsning 100. dersom innløsningen gjennomføres på en slik måte at det ikke foreligger realisasjon, vil den skattepliktige inntekten etter utbytteregelelele her være 0 (vederlag 100 – innbetalt aksjekapital 200). Innbetalt aksjekapital knyttet til aksjen etter utdelingen er 100. Her oppstår spørsmålet om hva som skjer med den resterende innskuddskapitalen.

På bakgrunn av dommene i Rt. 1949 s. 296 (Virik) og Rt. 1957 s. 1239 må det kunne slås fast at innbetalt kapital brukt til å dekke tap senere kan erstattes av opptjent kapital i selskapet, etter nedsettelsen. Forutsetningen er imidlertid at aksjene er i behold. Ved innløsning av enkeltaksjer er imidlertid ikke aksjen i behold. Spørsmålet er da hva som skjer med skatteposisjonen knyttet til innbetalt aksjekapital når aksjen ikke lenger eksisterer. I et høringsnotat²⁰³ av 21.10.1998 har Finansdepartementet, i forbindelse med

²⁰¹ Dette ble slått fast i forbindelse med Virik-dommen (se Rt. 1949 s 296 (Virik)) og senere i Rt. 1957 s. 1239. Se også Tjølsen (2006) s. 43-44.

²⁰² Se også Tjølsen (2006) s. 44.

²⁰³ Høringsnotat om endringer av selskapsskattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon som følge av nye aksjelover og ny regnskapslov av 21.10.1998.

spørsmålet om innbetalt kapital ved innløsning av egne aksjer, gitt uttrykk for at skatteposisjonen innbetalt aksjekapital kan gjenvinnes dersom selskapet foretar en fondsemisjon.²⁰⁴ Den nye aksjene skal med andre ord kunne overta den tidligere innbetalte aksjekapitalen som lå på de innløste aksjene.²⁰⁵ Begrunnelsen synes å være at slik gjenvinning er en konsekvens av at summen av innbetalt kapital på selskapsnivå skal tilsvare summen av tilsvarende skatteposisjon på aksjonærnivå.²⁰⁶ Tjølsen antar på denne bakgrunn at skatteposisjonen innbetalt kapital på de innløste aksjene må omfordeles på de gjenværende aksjene, redusert med det beløp aksjonæren mottok ved innløsningen.²⁰⁷ Dette er imidlertid i strid med det tidligere nedfelte prinsipp om at skatteposisjonen innbetalt kapital følger aksjene, og at denne blir borte dersom aksjen innløses. Løsningen må derfor anses som usikker.

Etter Espeland-dommen må det anses klart at inngangsverdien knyttet til de innløste aksjene må videreføres på aksjonærens øvrige aksjer i selskapet.²⁰⁸ I den grad utdelingen i forbindelse med innløsningen medfører en tilbakebetaling av innbetalt kapital etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p, må imidlertid dette medføre en nedskrivning av inngangsverdien på de innløste aksjene etter samme prinsipper som reglene i sktl. § 10-35 bygger på. Etter denne bestemmelsen skal nedsetting av aksjekapitalen ved nedskrivning av aksjens pålydende og tilbakebetaling til aksjonærene medføre en reduksjon i inngangsverdien på aksjene fra det tidspunkt beløpet er tilbakebetalt. Dette må også gjelde dersom innløsningen gjennomføres på en slik måte at disposisjonen ikke medfører en realisasjon.

Poenget kan illustreres med et eksempel:

²⁰⁴ Se Høringsnotat om endringer av selskapsskattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon som følge av nye aksjelover og ny regnskapslov av 21.10.1998, punkt. 2.3.5.

²⁰⁵ Se Tjølsen (2006) s. 46.

²⁰⁶ Høringsnotat om endringer av selskapsskattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon som følge av nye aksjelover og ny regnskapslov av 21.10.1998.

²⁰⁷ Tjølsen (2006) s. 44.

²⁰⁸ Jf. forutsetningsvis Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland).

En aksjonær eier to aksjer i et selskap. Hver av aksjene har en inngangsverdi på 70, innbetalt kapital på 100, og verdi på 150. Dersom en av aksjene innløses på en slik måte at det ikke foreligger realisasjon, skal vederlaget aksjonæren mottar (150) skattlegges etter utbytteregele. Av disse 150 utgjør imidlertid 100 en tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital. Her må aksjonæren kunne kreve at den delen av utdelingen som representerer en tilbakebetaling av innbetalt kapital, ikke skal regnes som skattepliktig utbytte jfr. sktl. § 10-11 (2) 2. p. Skattepliktig utbytte vil da utgjøre 50 (vederlag 150 - innbetalt kapital 100). Inngangsverdien på den innløste aksjen skal da videreføres på aksjonærens øvrige aksjer i selskapet. Tilbakebetalingen av innbetalt kapital skal imidlertid medføre en nedskrivning av inngangsverdien på den innløste aksjen etter reglene i sktl. § 10-35. Inngangsverdi etter nedskrivningen, som skal videreføres på aksjonærens øvrige aksjer, må da være (opprinnelig inngangsverdi 70 - tilbakebetaling av innbetalt kapital 100 =) - 30. Når eventuelt aksjonæren realiserer de gjenværende aksjene (i dette eksempelet den siste aksjen) skal inngangsverdien for denne aksjen nedjusteres med 30. Forutsatt at verdien av aksjen ved salg er 150 vil skattepliktig gevinst da utgjøre (nedjustert inngangsverdi (70-30) 40 - vederlag 150 =) 110. Samlet sett vil innløsningen og realisasjonen medføre en skattepliktig inntekt for aksjonæren på (gevinst 110 + utbytte 50 =) 160. Økonomisk sett vil skatteplikten for aksjonæren medføre samme resultat som om begge aksjene hadde blitt ansett realisert. Hvis begge aksjene i stedet for ble realisert (ved innløsning eller på annen måte), ville utdelingen i sin helhet være skattepliktig etter gevinst- og tapsreglene. Skattepliktig gevinst ville da utgjort (vederlag (150 + 150 =) 300 - inngangsverdi (70+70 =) 140 = skattepliktig inntekt) 160.

5.1.2 Innløsning av enkeltaksjer som delvis gjennomføres forholdsmessig, men som medfører at én eller flere aksjonærer helt eller delvis oppgir sin eierposisjon i selskapet

I den grad det foreligger en oppgivelse av eierposisjonen, må det være klart at gevinst- og tapsreglene får og skal gis anvendelse på disposisjonen. Dersom samtlige aksjonærer innløser aksjer, men enkelte aksjonærer innløser flere aksjer enn deres forholdsmessige eierposisjon skulle tilsi, eller der innløsningen medfører at en eller flere av aksjonærene innløser samtlige aksjer, oppstår spørsmålet om hvordan disposisjonen skatterettslig skal behandles. For deler av disposisjonen medfører innløsningen en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet, mens den resterende delen (den forholdsmessige innløsningen eller likedelingen) ikke har slike virkninger.

Utgangspunktet må være, som skissert ovenfor, at dersom en slik forholdsmessig innløsning ikke medfører endringer i aksjonærens eierposisjon i selskapet, skal utdelingen skattlegges etter utbyttereglene som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær.²⁰⁹ Den del av utdelingen som representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet skal imidlertid anses som en realisasjon, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Spørsmålet her er hvorvidt det skal eller bør få noen betydning at en slik delvis forholdsmessig, delvis skjevdelt innløsning, gjennomføres som en transaksjon.

Dette kan illustreres med et eksempel:

Aksjonær A, B, C og D eier selskapet X AS. Selskapet har en aksjekapital på kr. 100 000, og hver av aksjonærene eier 100 aksjer hver (25 % av aksjekapitalen). På selskapets generalforsamling vedtas den en kapitalnedsettelse med tilbakebetaling til aksjonærene på kr. 48 000. Kapitalnedsettelsen skal gjennomføres som en innløsning av enkeltaksjer. Dersom innløsningen gjennomføres forholdsmessig for samtlige aksjonærer, skulle dette medføre at hver aksjonær innløste aksjer for kr. 12 000 (12 aksjer hver). Si at f.eks. A ønsker å redusere sin eierandel, mens B ønsker å øke sin eierinteresse i selskapet. A innløser derfor 22 aksjer, mens B bare innløser 2 aksjer. C og D innløser 12 aksjer hver. A og B får da endret sin eierandel fra 25 % til hhv. 22 % for A og 28 % for B. C og D har uendret eierandel, med 25 % av aksjene i selskapet. Her oppstår

²⁰⁹ Jf. Utv. 2001 s. 478 (Kronos).

spørsmålet om hvordan utdelingen skatterettslig skal bedømmes for den enkelte aksjonær. Skal vederlaget aksjonæren mottar deles opp og skattlegges delvis etter gevinst- og tapsreglene, og delvis etter utbyttreglene, eller skal transaksjonen ses under ett og skattlegges under ett av regelsettene, og i så fall, under hvilket regelsett?

I Rt. 2001 s. 170 (Espeland) ble det lagt til grunn at den delen av aksjeinvesteringen som reelt sett ble opprettholdt eller videreført ved den etterfølgende nytegningen ikke ga rett til tapsfradrag for aksjonæren, fordi denne delen av disposisjonen ikke medførte en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Den del av investeringen som ikke ble videreført ved nytegningen, ble ansett som en skatterettslig realisasjon. Høyesterett fant at aksjonæren hadde rett til tapsfradrag for den delen av innløsningen som representerte en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Den resterende delen av innløsningen representerte imidlertid ikke en realisasjon i skatterettslig forstand og ga derfor ikke aksjonæren rett til tapsfradrag.

Der innløsning av enkeltaksjer gjennomføres forholdsmessig for samtlige aksjonærer er det derfor lagt til grunn at gevinst- og tapsreglene ikke får anvendelse på disposisjonen.

Utdelinger i forbindelse med slik innløsning skal i stedet for skattlegges etter utbyttreglene i sktl. § 10-11 flg. Normalt skulle man da anta at en innløsning som delvis medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon, og delvis medfører en forholdsmessig innløsning, skulle skattlegges etter samme prinsipp som skissert i Rt. 2001 s. 170 (Espeland). Vederlaget aksjonæren mottar må da deles opp i realisasjonsvederlag, som skattlegges etter gevinst- og tapsreglen, og utbytteutdeling, som skattlegges etter utbyttreglene i sktl. § 10-11. Det vil da bare være den delen av vederlaget som representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet som kan anses som et realisasjonsvederlag og skattlegges som gevinst eller gi rett til fradrag for tap etter reglene i sktl. § 10-30 flg., mens resterende utdelinger må anses som en utbytteutdeling og skattlegges etter reglene i sktl. § 10-11 flg. Finansdepartementet ser imidlertid ut til å være av en annen oppfatning på dette punkt. I en uttalelse, inntatt i Utv. 2006 s. 748, fremholder departementet:

”Når innløsningen ikke skjer forholdsmessig for alle aksjonærene, vil situasjonen ikke ha slike likhetstrekk med nedskrivning av aksjenes pålydende. At enkelte aksjonærer ved en innløsning som ikke er forholdsmessig ikke får redusert sin eierandel, bør ikke være til hinder for at realisasjonsreglene anvendes også for disse aksjonærene. Med andre ord kan det ikke stilles krav om at innløsningen for den enkelte aksjonær må ha medført en utvanning av eierposisjonen.”

Finansdepartementet ser med dette ut til å mene at spørsmålet om det foreligger en realisasjon ved innløsning av enkeltaksjer (utenfor reinvesteringstilfellene) må avgjøres ut fra hvorvidt innløsningen har medført endringer i eiersammensetningen i selskapet totalt sett. Etter departementets oppfatning skal det ikke oppstilles noe krav om at innløsningen må ha medført en oppgivelse eller reduksjon av den enkelte aksjonærs eierposisjon i selskapet. Departementet anser det tilstrekkelig at innløsningen medfører at én eller flere av aksjonærene oppgir eller reduserer sin eierandel i selskapet for at hele utdelingen, for samtlige aksjonærer, skal skattlegges etter gevinst- og tapsreglen. Begrunnelsen for en slik forståelse av bestemmelsen må antas å ha vært at dersom innløsningen delvis medfører en oppgivelse av eierposisjon for én eller flere av aksjonærene, har innløsningen en ”karakter av realisasjon” og at dette i seg selv tilsier at gevinst- og tapsreglene får anvendelse på hele disposisjonen.

Finansdepartementets standpunkt kan ha sammenheng med at praksis rundt kravet om at aksjonæren må oppgi sin eierposisjon (helt eller delvis) ved innløsningen av enkeltaksjene, egentlig er en innskrenkende tolkning av reglene i sktl. § 10-37 (2). Kravet om at aksjonæren må oppgi sin eierposisjon i selskapet er imidlertid, slik jeg ser det, knyttet opp mot realisasjonsbegrepet generelt, og ikke spesielt til reglene i sktl. § 10-37 (2). Gevinst- og tapsreglene kommer først til anvendelse når det foreligger en realisasjon i skatterettslig forstand, etter reglene i sktl. § 9-2 (1), jfr. sktl. § 10-30 flg. Realisasjonsbegrepet som innvinningskriterium for gevinst- og tapsbeskatning forutsetter at aksjonæren reelt sett

oppgir eller reduserer sin eierposisjon i selskapet.²¹⁰ Dette må også gjelde ved innløsning av enkeltaksjer etter reglene i sktl. § 10-37 (2).

Finansdepartementets uttalelse kan kanskje virke overraskende sett i sammenheng med Høyesteretts argumentasjon i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og kanskje spesielt Rt. 2001 s. 170 (Espeland), der bare den del av utdelingen som reelt sett medførte en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet ble ansett som realisasjon, og ga aksjonæren rett til tapsfradrag. I utgangspunktet skulle man anta at det samme måtte gjelde der innløsningen delvis gjennomføres forholdsmessig, men der deler av utdelingen medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet.

Den regel Finansdepartementet her ser ut til å legge til grunn ved innløsning av enkeltaksjer, der bare deler av innløsningen medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, må antas å være hovedsakelig praktisk begrunnet. Dersom selskapet har mange aksjonærer, og samtlige aksjonærer innløser aksjer, men innløsningen medfører bare delvis en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærenes eierposisjon i selskapet, vil beregningen av skatteplikten for den enkelte aksjonær kunne bli relativt omfattende. Dersom aksjonæren delvis skal skattlegges etter gevinst- og tapsreglene (for den del av innløsningen som representerer en oppgivelse av eierposisjon i selskapet), og delvis etter utbytteregele (for den delen som representerer en forholdsmessig innløsning), og dette skal gjøres for samtlige aksjonærer, vil beregningen av skatteplikten for den enkelte aksjonær kunne bli uforholdsmessig tidkrevende for forvaltningen.

I de sakene som har vært oppe for Høyesterett i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland) har aksjonæren krevd fradrag for tap for hele aksjeinvesteringen. Det ble således ikke utdelt noe vederlag i forbindelse med innløsningen. I den innløsningssituasjonen som Finansdepartementets uttalelse retter seg mot, vil dette

²¹⁰ Jf. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), Rt. 2001 s. 170 (Espeland), Utv. 2001 s. 478 (Kronos), Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea). Se også Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 303.

vanskelig kunne tenkes å være tilfellet. Forutsetningen for uttalelsen er at det gjennomføres en kapitalnedsettelse i selskapet ved innløsning av enkeltaksjer, med tilbakebetaling til aksjonærene. Samtlige aksjonærer må delta ved innløsningen, og innløsningen må medføre en delvis oppgivelse av eierposisjon for én eller flere av aksjonærene i selskapet, for at utdelingen kan anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Slik sett er det kanskje ikke så overraskende at Finansdepartementet har lagt til grunn en slik forståelse av realisasjonsbegrepet ved innløsning av enkeltaksjer.

Hvorvidt dette er en god regel, og om dette vil bli opprettholdt dersom betydningen av klassifiseringen av inntekten under gevinst- og tapsreglenes eller utbyttereglenes anvendelsesområde får større betydning enn ved en ordinær innløsning av enkeltaksjer der både selskap og aksjonær er hjemmehørende i Norge, gjenstår imidlertid å se.²¹¹ Personlig finner jeg det tvilsomt om en slik forståelse av realisasjonsbegrepet vil bli opprettholdt der klassifiseringen av inntekten får betydning for spørsmålet om det foreligger internrettslig hjemmel for skattlegging, f.eks. der aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet. Dersom aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet finnes det ikke internrettslig hjemmel for gevinstbeskatning. Dersom samtlige aksjonærer innløser aksjer, men der enkelte aksjonærer innløser flere aksjer enn deres forholdsmessige eierposisjon skulle tilsi, skulle da innløsningen etter Finansdepartementets tolkningsuttalelse medføre at utdelingen for samtlige aksjonærer skal anses som en realisasjon, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. For en utenlandske aksjonærer vil dette medføre at det ikke foreligger internrettslig hjemmel for å skattlegge inntekten i Norge, og hele utdelingen vil således være skattefri (etter norsk rett) for aksjonæren. Dette må, etter Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2006 s. 748, i så fall også gjelde der den utenlandske aksjonæren, i det aktuelle tilfellet, ikke har redusert eller oppgitt sin eierposisjon i selskapet. Forutsetningen må imidlertid være at én eller flere av de øvrige aksjonærene helt eller delvis har oppgitt sin eierposisjon i selskapet som følge av innløsningen. En slik forståelse tviler jeg på at vil bli opprettholdt dersom spørsmålet kommer på spissen.

²¹¹ For en nærmere redegjørelse for betydningen av grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglenes anvendelsesområde, se punkt 2.4.1 og 2.4.2.

Uttalelsen er imidlertid lagt til grunn i ligningspraksis.²¹² Dette i seg selv, bør imidlertid ikke bety at uttalelsen skal tillegges vekt i et rettskildemessig perspektiv. Uttalelsen er relativt ny (fra 2006), og har ikke gitt grunnlag for en slik langvarig og ensartet praksis som normalt kreves for at ligningspraksis skal tillegges vesentlig vekt.

Etter min oppfatning gir resultatet i Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland) ikke rom for en slik forståelse som er lagt til grunn i Finansdepartementets uttalelse (og ligningspraksis). At dommen omhandler et tilfelle av innløsning av aksjer med etterfølgende nytegning, bør i denne sammenheng ikke tillegges betydning. Det alminnelige utgangspunkt bør være at utdelinger foretatt i forbindelse med innløsning av enkeltaksjer bare kan anses som realisasjon i skatterettslig forstand, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene (i sktl. § 10-30 flg., jfr. sktl. § 10-37 (2) og (3)), i den grad innløsningen medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Dette må gjelde uavhengig av hvordan innløsningen gjennomføres. Eventuelt annet vederlag som utdeles i forbindelse med en slik innløsning (og som ikke representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet) må skatterettslig anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, og skattlegges etter utbyttreglene i sktl. § 10-11 flg.

²¹² Se Lignings-ABC 2007/08 s. 12.

5.2 Kapitalnedsettelse ved grenseoverskridende disposisjoner – forholdet til mønsteravtalens fordelingsregler

Den skatterettslige behandlingen av utdelinger ved kapitalnedsettelse i selskapet må antas å være lik (i norsk rett), uavhengig av hvorvidt aksjonæren eller selskaper er bosatt eller hjemmehørende i Norge eller utlandet.²¹³ Ved grenseoverskridende disposisjoner (der selskapet eller aksjonæren er hjemmehørende/bosatt i utlandet) kommer imidlertid skatteavtalenes fordelingsregler inn som en kompliserende moment. Fordelingen av beskatningskompetansen mellom statene (utdelende selskaps hjemstat og aksjonærens hjemstat) er imidlertid avhengig av hvorvidt inntekten klassifiseres som aksjegevinst eller aksjeutbytte, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5) og art. 10.

OECDs mønsteravtale inneholder ingen uttrykkelig regulering av utdelinger ved nedsettelse av aksjekapitalen i selskapet. Slike utdelinger må antas å kunne reguleres både etter gevinstreglene, som ”gains from the alienation of ... property”, og utbytteregele, da som ”income from ... corporate rights”.²¹⁴

Etter OECDkomm. 13.5 må utdeling fra selskapet ved nedsettelse av selskapskapitalen anses å være omfattet av gevinstbegrepet i mønsteravtalens art. 13 (5). Ved en kapitalnedsettelse oppgir eller reduserer aksjonæren sin eierposisjon i selskapet, eller aksjens verdi reduseres.²¹⁵ Utdelinger i forbindelse med en slik disposisjon må derfor anses å falle innenfor gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5 som ”capital gains resulting from ... a partial alienation”. Inntekt som skriver seg fra en kapitalnedsettelse skyldes imidlertid i stor grad aksjonærens eierposisjon som sådan i selskapet. I den grad utdelingen representerer en utdeling av akkumulert overskudd i selskapet, har utdelingen vesentlig likhetstrekk med ordinære utbytteutdelinger.

²¹³ Se punkt 2.4.2.1.

²¹⁴ Jf. OECDs mønsteravtale art. 13 (5) og 10 (3).

²¹⁵ Helminen (1999) s. 344.

OECDkomm. 13.5 kan se ut til å legge til grunn at en kapitalnedsettelse i utgangspunktet faller innenfor gevinstbegrepet, og at inntekten normalt skal klassifiseres under gevinstreglene i mønsteravtalens art 13 (5) som ”capital gains resulting from ... a partial alienation”. I OECDkomm. 13.31 fremholdes det imidlertid at bestemmelsen ikke er til hinder for å anvende intern rett i utdelende selskaps hjemstat som klassifiserer inntekten under mønsteravtalens utbytteregler, jfr. OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

“If shares are sold by a shareholder to the issuing company in connection with the liquidation of such company or the reduction of its paid-up capital, the difference between the selling price and the par value of the shares may be treated in the State of which the company is a resident as a distribution of accumulated profits and not as a capital gain. The Article does not prevent the State of residence of the company from taxing such distributions at the rates provided for in Article 10: such taxation is permitted because such difference is covered by the definition of the term “dividends” contained in paragraph 3 of Article 10 and interpreted in paragraph 28 of the Commentary relating thereto.”²¹⁶

Utdeling av slikt vederlag medfører en utdeling av akkumulert overskudd i selskapet, og omfattes således av utbyttedefinisjonen OECDs mønsteravtale art. 10 (3). Hvorvidt inntekten i det konkrete tilfelle må klassifiseres under gevinst- eller utbyttereglene, må avgjøres etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat.²¹⁷

Når utdelende selskap er hjemmehørende i Norge, må således intern norsk rett legges til grunn ved klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens regler. Avgjørende for den skatterettslige behandlingen av disposisjonen må da være hvorvidt utdelingen representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet.²¹⁸ Når kapitalnedsettelsen gjennomføres som en innløsning av enkeltaksjer, og innløsningen medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, skal utdelingen anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Dersom den aktuelle skatteavtalen bygger på

²¹⁶ OECDkomm. 13.31.

²¹⁷ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

²¹⁸ Jf. ovenfor. Se punkt 5.1 (innløsning av enkeltaksjer) og 5.1.2 (forholdsmessig skjevdeling, forholdsmessig likedeling).

OECDs mønsteravtale, medfører dette at aksjonærens hjemstat har eksklusiv beskatningskompetanse for slike utdelinger, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5). I den grad innløsningen ikke medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, eller der kapitalnedsettelsen gjennomføres som en nedskrivning av aksjens pålydende, skal imidlertid utdelingen anses som utbytte etter intern norsk rett.²¹⁹ Dette må også legges til grunn ved skatteavtalenes klassifisering. Etter OECDs mønsteravtale er Norge, som utdelende selskaps hjemstat, gitt en begrenset beskatningsrett for slike utdelinger fra norske selskaper, etter kildeskattprinsippet i OECDs mønsteravtale art. 10 (2). For utenlandske aksjonærer i norske selskaper medfører dette at utdelinger foretatt i forbindelse med slike kapitalnedsettelser skal anses som skattepliktig inntekt etter reglene i sktl. § 10-13.

Når utdelende selskap er hjemmehørende i utlandet, og aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge, skal spørsmålet om klassifisering av inntekten avgjøres etter utdelende selskaps interne rett.²²⁰ Dersom intern rett i utdelende selskaps hjemstat anser utdelingen som utbytte, er Norge (som aksjonærens hjemstat) forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A eller 23 B.²²¹ Slik kredit gis etter reglene i sktl. §§ 16-20 flg.

Et spørsmål som kan oppstå i denne sammenheng er hvorvidt Norge, som aksjonærens hjemstat, også plikter å gi kredit for kildeskatt der utdelende selskaps hjemstat har regler som medfører at deler av utdelingen, som etter norsk rett skal anses som en tilbakebetaling av innskuddskapital, skattlegges som utbytte i kildestaten. Begrepsmessig kan antageligvis en slik tilbakebetaling av innskuddskapital ikke anses som utbytte, men det kan tenkes at statene definerer grensen mellom innskutt og opptjent kapital forskjellig. Dette vil være tilfelle der intern rett i selskapets hjemstat anser hele utdeling som en utbytteutdeling, f.eks. som i dansk rett (der en utdeling ved kapitalnedsettelse i sin helhet skal anses som utbytte

²¹⁹ Se ovenfor under punkt 5.

²²⁰ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

²²¹ Se ovenfor under punkt 3.3 i forhold til spørsmålet om plikt til å gi kredit for kildeskatt betalt i utdelende selskaps hjemland.

dersom det er tilstrekkelig fri egenkapital i behold i selskapet), mens en tilsvarende utdeling etter intern norsk rett, helt eller delvis skal anses som en tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.²²² Her oppstår spørsmålet om Norge er forpliktet til å gi kredit for kildeskatt også for den delen av utdelingen som etter norsk rett ikke skal anses som utbytte.

Etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (3) må klassifiseringen av inntekten (under mønsteravtalens utbytteregler) avgjøres av intern rett i utdelende selskaps hjemstat. Mønsteravtalen inneholder i liten grad regler om selve beregningen av skatteplikten, og selve gjennomføringen av skattleggingen er normalt overlatt til intern rett i den eller de stater som har kompetanse til å skattlegge inntekten etter mønsteravtalens fordelingsregler. Utbyttedefinisjonen i OECDs mønsteravtale art. 10 (3) legger til grunn at klassifiseringen av inntekten i intern rett i utdelende selskaps hjemstat er avgjørende for klassifiseringen av inntekten etter utbyttereglene i art. 10. Dette bør også forstås slik at beregningen av inntektens størrelse, og spørsmålet om hva som kan anses som skattepliktig utbytte (eller tilbakebetaling av innbetalt kapital), må være overlatt til intern rett i kildestaten (utdelende selskaps hjemstat).²²³

I OECDkomm. 13.31 fremholdes det at mønsteravtalens regler i art. 13 (5) ikke er til hinder for at differansen mellom salgsvederlaget og aksjens pålydende, ved salg av aksjer til utstedende selskap i forbindelse med likvidasjon eller ved en reduksjon av innbetalt kapital i selskapet, kan skattlegges etter utbyttereglene, dersom slik utdeling etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat anses som utbytte. Uttalelsen klargjør at reglene i art. 13 (5) ikke er til hinder for anvendelse av intern rett i kildestaten dersom denne stat anser utdelinger i forbindelsen med en slik disposisjon som utbytte. Uttalelsen kan, etter min oppfatning, ikke oppfattes som en grense for hva som kan anses som utbytte etter definisjonen i OECDs mønsteravtale art. 10 (3). I dette må det ligge at dersom intern rett i utdelende selskap anser en større del av utdelingen (enn differansen mellom salgsvederlaget og aksjens pålydende) som utbytte, må dette også legges til grunn etter utbyttedefinisjonen i art. 10 (3). Norge (som aksjonærens hjemstat) må da anses forpliktet til å gi kredit for kildeskatt betalt i utdelende selskaps hjemstat også for den delen av vederlaget som etter intern norsk rett ikke ville vært ansett som utbytte, men snarere som en tilbakebetaling av innbetalt kapital.

²²² For den skatterettslige behandlingen av kapitalnedsettelse i dansk rett, se Skatteretten 2 (2005) s. 538 ff.

²²³ Se også punkt 3.1.1 om tolkningen av begrepet "income" i OECDs mønsteravtale art. 10.

6 Egne aksjer

Det er få skatteregler som særskilt regulerer de tilfellene der et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap kjøper, eier, selger eller innløser egne aksjer.²²⁴ De fleste skatterettslige spørsmålene som oppstår i forbindelse med slike transaksjoner må derfor løses på grunnlag av de alminnelige reglene.²²⁵

Med betegnelsen "egne aksjer" menes tilfeller der aksjonæren eller eier av aksjen er samme selskap som har utstedet aksjen. Med andre ord, tilfeller der et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap eier aksjer i eget selskap.

Kjøp av egne aksjer er en av flere måter å overføre midler fra selskapet til aksjonærene på.²²⁶ Et slikt salg til det utstedende selskapet kan være en enklere og mer fleksibel metode for å overføre midler fra selskapet til aksjonærene enn ved ordinær utbytteutdeling eller kapitalnedsettelse.²²⁷ Selskapet står friere til å velge tidspunktet for når tilbakeføringen skal skje, og ordningen kan ofte gjennomføres raskere enn en utbytteutdeling eller en kapitalnedsettelse.²²⁸

Drøftelsen i det følgende begrenser seg hovedsakelig til forhold rundt selskapets erverv av egne aksjer. Det skatterettslige spørsmålet som oppstår ved et slikt salg av aksjer til utstedende selskap er hvorvidt en slik disposisjon (skatterettslig) skal anses som en kapitalnedsettelse og skattlegges etter utbyttereglene, eller om salget skal anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. Ved salg av

²²⁴ Næringslivets aksjemarkedsutvalg (1999) s. 96.

²²⁵ Næringslivets aksjemarkedsutvalg (1999) s. 96.

²²⁶ Næringslivets aksjemarkedsutvalg (1999) s. 24.

²²⁷ Næringslivets aksjemarkedsutvalg (1999) s. 24.

²²⁸ Næringslivets aksjemarkedsutvalg (1999) s. 24.

aksjer til utstedende selskap oppstår det en spenning mellom den rettslige form (salg) og det økonomiske innhold av transaksjonen. Det økonomiske innholdet av transaksjonen ligger nært knyttet opp mot problemstillingen ved innløsning av enkeltaksjer.²²⁹ Den økonomiske realiteten fremgår kanskje klarest om man tenker seg at selskapet kjøper samtlige aksjer. Hvis kjøpesummen tilsvarer selskapets egenkapital, vil selskapet etter å ha kjøpt samtlige aksjer være tømt for reell egenkapital, og de ervervede aksjene vil være verdiløse.²³⁰ Spørsmålet i denne fremstillingen er hvorvidt det skatterettslig skal holdes fast med den form som er valgt, eller om den økonomiske konsekvensen av disposisjonen skal tillegges avgjørende vekt ved den skatterettslige bedømmelsen av transaksjonen.

Dersom selskapet videreselger aksjene oppstår det tilsvarende spørsmål. Skal utdelingen anses som en kapitalutvidelse med ny utstedelse av aksjer, eller skal disposisjonen anses som et salg? Uavhengig av hvorvidt salg av egne aksjer fra utstedende selskap anses som en realisasjon eller en kapitalutvidelse, vil disposisjonen i utgangspunktet ikke utløse skatteplikt på selskapets hånd.²³¹ Etter innstramningen i fritaksmetoden (ved lovendring i 2008) vil imidlertid gevinst ved realisasjon av aksjene måtte inntektsføres og skattlegges etter 3 % -regelen i sktl. § 2-38 (6).²³² Spørsmålet har derfor fått ny aktualitet. I denne fremstillingen behandles imidlertid spørsmålet nærmest bare som en konsekvens av den skatterettslige behandlingen av salg av aksjer til utstedende selskap, og omtales derfor relativt kort. Et spørsmål som kan oppstå er imidlertid om selskapets videresalg av aksjene kan tenkes å få betydning for klassifiseringen av inntekten ved aksjonærens salg til det utstedende selskap. Dette spørsmålet vil kunne oppstå dersom salget (til og fra det utstedende selskapet) er et ledd i en transaksjonskjede som gjennomføres etter en på forhånd fastsatt plan, for å tilpasse seg eventuelle forskjeller i klassifiseringen av inntekten. Dette spørsmålet behandles nedenfor under punkt 6.3.

²²⁹ For den skatterettslige behandlingen av innløsning av enkeltaksjer, se punkt 5.1.

²³⁰ Se Andenæs (2006) s. 489-490.

²³¹ Jf. sktl. § 2-38.

²³² Se Lov 2008-12-12 nr. 99: Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

Også under selskapets eiertid kan det oppstå spørsmål som kan få betydning for den skatterettslige reguleringen. Blant annet i forbindelse med innløsning eller sletting av egne aksjer kan det oppstå spørsmål om hvordan disposisjonen skal behandles skatterettslig. Normalt vil ikke slike spørsmål komme på spissen fordi en slik disposisjon som regel ikke kan sies å utløse noe vederlagskrav. Slike disposisjoner behandles derfor ikke nærmere.

6.1 Kort om de selskapsrettslige og regnskapsrettslige reglene for erverv og avhendelse av egne aksjer

Aksjeloven og allmennaksjeloven åpner for at et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap kan erverve egne aksjer dersom den samlede pålydende verdi av beholdningen av egne aksjer ikke overstiger ti prosent av den samlede aksjekapitalen.²³³ Vederlaget for selskapets totale beholdning av egne aksjer må ligge innenfor selskapets frie egenkapital, jfr. asl./asal. § 9-3, og ervervet må ikke medføre at aksjekapitalen, med fradrag for samlet pålydende av egne aksjer, blir mindre enn minstekravet til aksjekapital i sal./asal. § 3-1 (1). I den totale beholdningen av egne aksjer regnes også aksjer som selskapet har avtalepant i, aksjer som er ervervet til eie eller pant for selskapets regning (ervervet til eie eller pant av andre enn selskapet, men for selskapets regning), eller aksjer i morselskap som et datterselskap eier eller har avtalepant i, jfr. asl./asal. § 9-2 (2). Dersom selskapet inngår avtale om erverv av egne aksjer i strid med reglene i sal./asal §§ 9-2 til 9-5, er avtalen ugyldig dersom den andre avtaleparten innså eller burde ha innsett at selskapet handlet i strid med reglene, jfr. asl./asal. § 9-7 (1).

Salg av aksjer til utstedende selskap er en transaksjon mellom et selskap og dets aksjonærer. Selskapets erverv av egne aksjer medfører reelt sett en reduksjon av aksjekapitalen, samtidig som netto eiendeler reduseres.²³⁴ I forarbeidene til aksjeloven²³⁵

²³³ Se Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer (2004) s. 640.

²³⁴ Grydeland (2001) s. 39-40.

²³⁵ Se Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) se s. 101 ff.

fremholdes det at selskapets erverv av egne aksjer i realiteten må anses som en innløsning av aksjene. Hovedbegrunnelsen for begrensningene i selskapets adgang til å erverve egne aksjer er at kjøp av slike aksjer bare i formen er en gjensidig bebyrdende avtale, men i realiteten en innløsning av aksjer, der kjøpesummen utgjør innløsningsbeløpet.²³⁶

Begrensningene for selskapets rett til å erverve egne aksjer i aksjeloven og allmennaksjeloven har imidlertid også paralleller til utbyttereglene. Etter asl./asal. § 9-3 kan selskapet bare erverve egne aksjer dersom selskapets frie egenkapital overstiger det vederlag som skal ytes for aksjene. Begrensningen medfører i praksis at selskapet bare kan erverve aksjer ”i den utstrekning selskapet har midler som kan utdeles som utbytte”.²³⁷

Erverv av egne aksjer krever fullmakt fra generalforsamlingen etter reglene i asl./asal. § 9-4. I fullmakten skal også generalforsamlingen angi på hvilken måte erverv og avhendelse av egne aksjer skal skje. Egne aksjer som selskapet lovlig har ervervet, kan selskapet beholde på ubestemt tid.²³⁸ En eventuell realisasjon av aksjene er ikke undergitt spesielle reguleringen. Under selskapets eiertid vil egne aksjer ikke gi stemmerett på generalforsamlingen, jfr. asl. § 5-3 (3), og asal. § 5-4 (3). Hvorvidt aksjen i utstedende selskaps eiertid gir rett til utbytte, har vært noe omdiskutert i teorien, men spørsmålet vil sjelden komme opp når det må anses som helt upraktisk at selskapet utdeler utbytte til seg selv.²³⁹ Det naturlige vil være at generalforsamlingen bestemmer at en forholdsmessig del av antatt utbytte beholdes i selskapet.²⁴⁰

I regnskapsloven er selskapets kjøp og salg av egne aksjer behandlet som en egenkapitaltransaksjon (på lik linje som ved innløsning av enkeltaksjer). Slike

²³⁶ Se Andenæs (2006) s. 489, se også Grydeland (2001) s. 40.

²³⁷ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 102.

²³⁸ Se Grydeland (2001) s. 39.

²³⁹ Se bl.a. Den Norske revisorforening (2007) s. 128, Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer (2004) s. 635, Andersen (1999) s. 49, og Grydeland (2001) s. 39.

²⁴⁰ Jf. Grydeland (2001) s. 39.

egenkapitaltransaksjoner skaper i seg selv ikke gevinster eller tap som skal resultatføres.²⁴¹ Dette gjelder også for kjøp og salg av egne aksjer.²⁴² Avvik mellom kjøpspris og salgspris må således føres mot egenkapitalen.²⁴³ I forarbeidene fremholdes det at ”Kjøpspris for egne aksjer skal fratrekkes egenkapitalen, som om det fant sted en amortisering. Innskutt egenkapital og tilbakeholdte resultater skal reduseres forholdsmessig. Ved senere salg av aksjene skal kjøp og salg ses som en transaksjon.”²⁴⁴ Regnskapsloven bygger således på et resonnement om at utstedende selskaps kjøp og salg av egne aksjer i realiteten er en utskiftning av eierne, og at transaksjonene må ses under ett.²⁴⁵ Til forskjell fra vanlige aksjetransaksjoner mellom eiere, går her kjøp og salg av aksjene gjennom selskapet.²⁴⁶ Virkningen er imidlertid den samme som hvor selskapet ikke er mellomledd.²⁴⁷ Hvis aksjene selges med gevinst (vederlaget overstiger selskapets anskaffelseskostnader ved erverv av aksjene) skal dette overskuddet anses som innskutt egenkapital.²⁴⁸ Denne merinnbetalingen kan sammenlignes med overkurs ved aksjetegning, men skal føres på egen linje under innskutt egenkapital.²⁴⁹ Er vederlaget lavere enn anskaffelseskost, kan dette representere utdeling av merverdi eller av tilbakeholdte resultater.²⁵⁰

²⁴¹ Grydeland (2001) s. 40.

²⁴² Grydeland (2001) s. 40.

²⁴³ Grydeland (2001) s. 40.

²⁴⁴ NOU 1995:30 s. 143.

²⁴⁵ Grydeland (2001) s. 40.

²⁴⁶ Grydeland (2001) s. 40.

²⁴⁷ Grydeland (2001) s. 40.

²⁴⁸ Grydeland (2001) s. 41.

²⁴⁹ Grydeland (2001) s. 41.

²⁵⁰ Grydeland (2001) s. 41.

6.2 Skatterettslige reguleringer ved selskapets erverv av egne aksjer

Et salg av aksjer til utstedende selskap medfører reelt sett en nedsettelse av kapitalen i selskapet, uten at dette formelt gjennomføres etter reglene for kapitalnedsettelse.²⁵¹ Både selskapsrettslig og regnskapsrettslig kan salg av aksjer til utstedende selskap sammenlignes med en innløsning av enkeltaksjer.²⁵² Erverv av egne aksjer er riktignok formelt sett en gjensidig bebyrdende avtale, men det kan argumenteres med at et slikt salg i realiteten innebærer en nedsettelse av aksjekapitalen, der kjøpesummen utgjør innløsningsbeløpet.²⁵³ I motsetning til ved innløsning av enkeltaksjer, blir imidlertid ikke aksjen slettet i selskapets eiertid, og selskapet har i behold enkelte eierbeføyelser i kraft av sin eierposisjon. Selskapet må derfor stå fritt til å avhende eller slette aksjene. I forbindelse med lovreguleringen av innløsning av enkeltaksjer uttalte departementet at en innløsning av enkeltaksjer hadde mye til felles med realisasjon, da en slik disposisjon i normaltillfellene vil medføre en endring i aksjonærens eierposisjon i selskapet.²⁵⁴ Om man argumenterer for at reglene for innløsning av enkeltaksjer i sktl. § 10-37 (2) må få analogisk anvendelse ved salg av aksjer til utstedende selskap, eller om disposisjonen direkte rammes av reglene i sktl. § 10-31 flg. som realisasjon av aksjene, kan langt på vei være en smakssak når sktl. § 10-37 (3) gir gevinst- og tapsreglene tilsvarende anvendelse ved innløsning av enkeltaksjer. I og med at det formelt sett skjer en avhendelse, og avhendelse anses som kjerneområdet innen realisasjonsbegrepet mener jeg at det mest hensiktsmessige kanskje er å bedømme transaksjonen direkte etter gevinst- og tapsreglene. Likheten mellom selskapets erverv av egne aksjer og innløsning av enkeltaksjer taler imidlertid i stor grad for at grensedragning mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttereglene bør trekkes likt for begge disposisjonstypene.

²⁵¹ Se ovenfor under punkt 6.1.

²⁵² Se Grydeland (2001) s. 37-41, se også s. 46. Se imidlertid Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2001 s. 1399 der departementet argumenterer med at dette ikke være utslagsgivende for den skattemessige klassifiseringen av inntekten.

²⁵³ Andenæs (2006) s. 489, og Grydeland (2001) s. 46.

²⁵⁴ Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 216, 1. spalte.

Utgangspunktet i norsk rett er at salg av aksjer til utstedende selskap er en realisasjon, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. §§ 10-30 flg.²⁵⁵ At et slikt salg av aksjer til utstedende selskap som et utgangspunkt skal anses som en realisasjon, har også støtte i praktiske hensyn. I de tilfellene selskapet kjøper egne aksjer vil ikke alltid selger vite hvem kjøper er. Dette vil f.eks. kunne være tilfelle dersom aksjen omsettes fra børsen. Hvis et slikt salg skatterettslig skal anses som en utbytteutdeling, vil dette kunne virke overraskende på selger (og kan by på problemer i forhold til oppføringer i selvangivelsen).

Disposisjonens økonomiske karakter ligger imidlertid nært opp til en utbytteutdeling. Dersom selskapet erverver egne aksjer forholdsmessig av samtlige aksjonærer, eller dersom selskapet bare har én aksjonær, vil et slikt salg til det utstedende selskap ikke medføre noen endring av aksjonærens eierposisjon i selskapet. For slike transaksjoner kan det derfor argumenteres for at salget i realiteten er en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, som bør anses som en utbytteutdeling etter reglene i sktl. § 10-11 flg.²⁵⁶ Kjøp av egne aksjer brukes ofte som et alternativ til utdeling av utbytte i de fleste land hvor kjøp av egne aksjer er tillatt.²⁵⁷ Dersom en slik disposisjon ikke medfører skatteplikt etter utbyttereglene, vil dette kunne gi skatterettslige incentiver som ikke vil være ønskelig, sett fra lovgivers side.²⁵⁸ Dette reiser spørsmål om salg av aksjer til utstedende selskap alltid må anses som en realisasjon, eller om salget, i gitte situasjoner (der salget ikke medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet), bør eller må anses som en vederlagsfri overføring og skattlegges etter utbyttereglene i sktl. § 10-11 flg.

²⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) s. 13, Zimmer/BA-HR (1998) s. 416 og Grydeland (2001) s. 44 ff.

²⁵⁶ Se Grydeland (2001) s. 45.

²⁵⁷ Grydeland (2001) s. 45.

²⁵⁸ Se. Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) s. 13.

6.2.1 Forholdsmessig salg av aksjer til utstedende selskap

Tidligere ble det hevdet at salg av aksjer til utstedende selskap alltid måtte anses som en realisasjon, uavhengig av hvordan salget ble gjennomført.²⁵⁹ Etter den praksis som har utviklet seg i forbindelse med tolkningen av realisasjonsbegrepet, kan det imidlertid stilles spørsmål ved om man bør eller må innfortolke et unntak i de tilfeller der salget reelt sett ikke medfører en reduksjon eller oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet.²⁶⁰ I den grad et salg av aksjer til utstedende selskap foretas på en slik måte at aksjonærens eierposisjon i selskapet ikke reduseres, vil aksjonæren i realiteten (på samme måte som ved en utbytteutdeling) få utdelt kapital fra selskapet uten at det kan sies å foreligge en motytelse.²⁶¹ I en slik situasjon kan det derfor argumenteres med at det vil være mer hensiktsmessig å skattlegge utdelingen etter utbyttereglene. Dette vil være tilfelle dersom samtlige aksjonærer selger forholdsvis like mange aksjer til selskapet, eller dersom selskapet bare har én aksjonær.

I brev til Skattedirektoratet, inntatt i Utv. 2001 s. 1399, uttalte Finansdepartementet at aksjonærens salg av aksjer til utstedende selskap i utgangspunktet og som hovedregel skal anses som en realisasjon av aksjene. Departementet fant imidlertid at det måtte gjøres ett unntak fra dette. "Når selskapet kjøper eller innløser aksjer slik at aksjonærenes eierandel reelt sett forblir uendret", foreligger ikke realisasjon i skatterettslig forstand.²⁶² Ved en slik gjennomføring av salget vil disposisjonen, etter Departementets syn, ikke utløse gevinst- og tapsbeskatning.²⁶³

²⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) s. 13, Zimmer/BA-HR (1998) s. 416 og Grydeland (2001) s. 44 ff.

²⁶⁰ Se bl.a. Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1927 s. 386 (Bryn) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

²⁶¹ Se Ot.prp. nr. 1 (2000-2001) s. 13.

²⁶² Utv. 2001 s. 1399.

²⁶³ Jf. Utv. 2001 s. 1399.

En slik forståelsen av realisasjonsbegrepet må anses å være i tråd med den rettsoppfatning som har utviklet seg i praksis rundt realisasjonsbegrepet.²⁶⁴ Dersom samtlige aksjonærer selger forholdsvis like mange aksjer til utstedende selskap, eller dersom salget på annen måte ikke medfører at aksjonæren oppgir eller reduserer sin eierandel i selskapet, må det legges til grunn at disposisjonen ikke medfører en realisasjon i skatterettslig forstand. Ved en slik pro rata gjennomføring av salget må det derfor legges til grunn at gevinst- og tapsreglene ikke kommer til anvendelse. Utdelinger foretatt i forbindelse med slikt forholdsmessig salg må da anses som en vederlagsfri overføring fra selskapet, og skattlegges etter utbytteregele i sktl. § 10-11 flg.

En innvendig mot dette synspunkt er imidlertid at salg av aksjer til utstedende selskap i hvert fall formelt sett medfører en overdragelse av eierposisjon. Under selskapets eiertid vil aksjen være i behold, og selskapet står formelt sett fritt til å utøve eierbeføyelser knyttet til aksjen. Selskapet vil imidlertid ikke, i egenskap av å være aksjonær, ha stemmerett på generalforsamlingen, og selskapet vil normalt heller ikke ha krav på utbytte dersom det besluttes å utdele overskudd fra selskapet til aksjonærene. Så lenge aksjene er i behold, må imidlertid selskapet kunne selge eller på annen måte overdra aksjene.²⁶⁵ Dersom selskapet beslutter å videreselge egne aksjer, vil dette videresalg kunne medføre en reduksjon eller oppgivelse av de øvrige aksjonærenes eierposisjon i selskapet. Dersom aksjonærens salg til utstedende selskap gjennomføres på en slik måte at aksjonæren ikke reduserer sin eierposisjon, kan altså det etterfølgende videresalg, fra utstedende selskap, få virkninger for de øvrige aksjonærenes eierposisjon i selskapet. Slike virkninger vil imidlertid også kunne inntre når selskapet foretar en oppskrivning av aksjekapitalen ved nytegning. En slik oppskrivning av aksjekapitalen ved nytegning anses ikke som en realisasjon i skatterettslig forstand, og argumentet om at selskapets videresalg av egne aksjer kan medføre en etterfølgende reduksjon av aksjonærenes eierposisjon bør således ikke være avgjørende for

²⁶⁴ Jf. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), Rt. 2001 s. 170 (Espeland), Utv. 2001 s. 478 (Kronos), Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea).

²⁶⁵ Se Grydeland (2001) s. 39, se også Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2001 s. 1399

spørsmålet om utdelingen kan anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, og skattlegges etter utbyttreglene i sktl. § 10-11 flg.

Etter min oppfatning bør de økonomiske realitetsbetraktningene som anført ovenfor være utslagsgivende. Når salget til det utstedende selskapet reelt sett ikke medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, foreligger ikke realisasjon i skatterettslig forstand, og gevinst- og tapsreglene får ikke anvendelse. Vederlag aksjonæren mottar ved slikt salg må da anses som en utbytteutdeling, og skattlegges etter reglene i sktl. § 10-11 flg. Dette er også lagt til grunn i praksis.²⁶⁶

Selve gjennomføringen av skattleggingen etter utbyttreglene (for salg av aksjer til utstedende selskap der salget ikke skal anses å utløse realisasjon), må følge samme beregningsprinsipper som for innløsning av enkeltaksjer der innløsningen ikke medfører oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Den delen av vederlaget som representerer en tilbakebetaling av innbetalt kapital skal holdes utenfor ved beregningen av skattepliktig utbytte etter reglene i sktl. § 10-11 (2) 2. p.²⁶⁷ En slik tilbakebetaling av innskuddskapital må nedskrives på aksjens inngangsverdi, og det er denne nedjusterte inngangsverdien som skal videreføres på aksjonærens øvrige aksjer. Se punkt 5.1.1.

²⁶⁶ Se Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2001 s. 1399 og Lignings-ABC 2007/08 s. 11-12.

²⁶⁷ For den skatterettslige behandlingen av skatteposisjonen "innbetalt kapital" ved selskapets innløsning av egne aksjer, se Tjølsen (2006) s. 45-46.

6.2.2 Salg av aksjer til utstedende selskap som delvis gjennomføres som et forholdsmessig salg, men der enkelte aksjonærer oppgir eller reduserer sin eierposisjon i selskapet

I de tilfeller salg av aksjer til utstedende selskap gjennomføres som et forholdsmessig salg, men der enkelte aksjonærer, helt eller delvis oppgir sin eierposisjon i selskapet, oppstår spørsmålet om hvordan disposisjonen skatterettslig skal bedømmes.

Problemstillingen oppstår i de tilfellene samtlige aksjonærer selger en viss prosentandel av aksjene til utstedende selskap, men en eller flere aksjonærer selger forholdsmessig flere aksjer enn de øvrige. Problemstillingen er den samme som oppstår ved en forholdsmessig innløsning, der innløsningen delvis medfører en oppgivelse eller reduksjon av én eller flere av aksjonærenes eierposisjon i selskapet.²⁶⁸ Spørsmålet blir da om kravet til oppgivelse av eierposisjon i selskapet refererer seg til den enkelte aksjonær, og eventuelt om vederlaget må deles opp i et realisasjonsvederlag og et utbyttebeløp, eller om samtlige aksjonærer skal betraktes som en enhet og skattlegges etter samme regelsett (da gevinst- og tapsreglene).

Problemstillingen kan illustreres med et eksempel:

Et selskapet har to aksjonærer som hver eier 50 aksjer. Selskapet har ingen andre aksjonærer. Dersom aksjonær A selger 10 aksjer til utstedende selskap og aksjonær B 5 aksjer, oppstår spørsmålet om hvordan både aksjonær A og B skal skattlegges. (Forutsetningen er selvsagt at det er selskapsrettslig og regnskapsrettslig anledning til å foreta et slikt type salg av aksjer til det utstedende selskap.)

For halvparten av aksjene A selger til selskapet, medfører salget en reduksjon av As eierposisjon i selskapet. Det vederlaget aksjonæren mottar for disse aksjene må anses som et realisasjonsvederlag og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Spørsmålet er imidlertid hvilket regelsett som skal få anvendelse på utdelingen foretatt ved salget av de resterende 5 aksjene, som begge aksjonærene har solgt til det utstedende selskap, og som (isolert sett) ikke medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Skal man her si at hvis disposisjonen har medført en delvis oppgivelse av eierposisjon for den ene av aksjonærene, skal begge skattlegges etter gevinst- og tapsreglene? Eller må man behandle aksjonærene hver for seg, og i så fall, må man dele opp vederlaget, og bare skattlegge den delen av vederlaget som representerer en oppgivelse av

²⁶⁸ Se punkt 5.1.2.

aksjonærens eierposisjon i selskapet etter gevinst- og tapsreglene (mens resterende del skattlegges som utbytte), eller kan hele utdelingen skattlegges etter samme regelsett (da gevinst- og tapsreglene)?

Utgangspunktet må være at i den grad disposisjonen medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, skal den delen av vederlaget som skriver seg fra oppgivelsen av eierinteressen, anses som et realisasjonsvederlag og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet anses her som en form for motytelse, og utdelingen kan således ikke sies å være vederlagsfri.

Utbyttereglene kommer da ikke til anvendelse på denne delen av vederlaget (realisasjonsvederlaget). For den resterende del av utdelingen medfører imidlertid ikke disposisjonen noen oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet, og utgangspunktet må da være at denne delen av utdelingen skal skattlegges etter utbyttereglene.²⁶⁹

Ovenfor er det argumentert med at det må trekkes et hovedskille mellom salg av aksjer til utstedende selskap der salget skjer forholdsmessig for samtlige aksjonærer, og der salget medfører at aksjonæren reelt sett reduserer sin eierposisjon i selskapet. Etter min oppfatning er det ingen grunn til å trekke denne grensen annerledes simpelthen fordi begge former for salg (forholdsmessig og skjevdeling) forekommer i en og samme transaksjon.

Ved innløsning av enkeltaksjer har imidlertid Finansdepartementet i brev av 10. mars 2006, inntatt i Utv. 2006 s. 748, antatt at gevinst- og tapsreglene skal få anvendelse på hele utdelingen, dersom deler av innløsningen skal anses som en realisasjon.²⁷⁰ Uttalelsen medfører, etter min mening, et unntak fra hovedregelen om at gevinst- og tapsreglene kun får anvendelse i den grad det foreligger realisasjon, og bør derfor anvendes med forsiktighet. Som anført ovenfor mener jeg at denne uttalelsen langt på vei står i strid med

²⁶⁹ Dette er også lagt til grunn i forhold til skattleggingen av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon. Se nedenfor under punkt. 7.2.1.

²⁷⁰ Se ovenfor under punkt 5.1.2.

dommen i Rt. 2001 s. 170 (Espeland), og uttalelsen bør iallfall ikke kunne anses avgjørende for den skatterettslige klassifiseringen av inntekten ved salg av egne aksjer.

6.2.3 Kort om selskapets salg av egne aksjer

Utgangspunktet er at dersom det formelt sett ikke er foretatt en sletting eller innløsning av aksjene, skal disse anses å være i behold i selskapets eiertid.²⁷¹ I de tilfeller utstedende selskap velger å videreselge (eller på annen måte overdra) aksjene, oppstår spørsmålet om vederlaget kjøper betaler skatterettslig skal regnes som aksjonærens (overtakende) kostpris, eller om vederlaget skal anses som en form for innbetaling av aksjekapital ved nytegning. Dersom aksjene overdras og det ikke er foretatt en nytegning bør vederlaget anses som aksjonærens kostpris (inngangsverdi) og ikke som innbetalt aksjekapital.²⁷² Innbetalt aksjekapital knyttet til aksjen ved selskapets erverv må antas å være i behold under selskapets eiertid.²⁷³ Dette må i hvert fall antas å gjelde dersom aksjonærens salg av aksjer til utstedende selskap skal anses som en realisasjon. Hvorvidt dette også må antas å være tilfelle dersom salget gjennomføres som et forholdsmessig salg, og således skal skattlegges som en utbytteutdeling, er imidlertid usikkert. Begrunnelsen for å anse et slikt salg av egne aksjer som utbytte, er så vidt jeg kan se, at disposisjonen i realiteten medfører en nedsettelse av aksjekapitalen i selskapet ved innløsning av enkeltaksjer. Her vil det derfor kunne være grunn til å anse det utstedende selskapets videresalg av egne aksjer som en nyemisjon.²⁷⁴ Både den selskapsrettslige og kanskje spesielt den regnskapsrettslige behandlingen av transaksjonen gir støtte for et slikt synspunkt.²⁷⁵

²⁷¹ Se Grydeland (2001) s. 39, se også Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2001 s. 1399.

²⁷² En slik forståelse har også støtte i Finansdepartementets uttalelse i Utv. 2001 s. 1399. Se også Grydeland (2001) s. 55-57.

²⁷³ Se Tjølsen (2006) s. 43-46.

²⁷⁴ Se Grydeland (2001) s. 55-57.

²⁷⁵ Se punkt 6.1. Se også Grydeland (2001) s. 55-57 (som imidlertid kommer til en annen konklusjon).

6.3 Salg av aksjer gjennom utstedende selskap

Hvis aksjonæren selger aksjer til det utstedende selskap forholdsmessig, slik at vederlaget skal anses som en utdeling av utbytte, og selskapet umiddelbart etter videreselger aksjene til en tredjeperson (eksisterende eller ny aksjonær), oppstår spørsmålet om disse salgene (salg av aksjer gjennom utstedende selskap) kan ses under ett, som et direktesalg til tredjeperson, eller om de enkelte salgavtalene skal ses isolert, som to forskjellige eller uavhengige transaksjoner, ved den skatterettslige bedømmelsen av disposisjonen. Dersom et slikt salg gjennom utstedende selskap medfører en gunstigere beskatning av aksjonæren enn ved et direktesalg til tredjeperson, oppstår spørsmålet om gjennomskjæring etter den ulovfestede omgåelseslæren.

Problemstillingen kan illustreres med et eksempel:

A og B eier 50 % hver av aksjeselskapet X AS. Begge aksjonærene har 50 aksjer hver. Inngangsverdi er 40 og innbetalt aksjekapital er 100. C ønsker å kjøpe seg inn i selskapet. I den forbindelse blir det besluttet at A og B skal selge 10 aksjer hver til det utstedende selskapet (X AS) til kr. 150. Dette salget medfører ingen reduksjon av A og Bs eierposisjon i selskapet. Begge aksjonærene har fremdeles en eierandel på 50 % i X AS. Vederlaget aksjonærene mottar i forbindelse med et slikt forholdsmessig salg skal i utgangspunktet skatterettslig anses som utbytte. Skattepliktig utbytte for A og B utgjør (vederlag 150 – innbetalt aksjekapital 100 = skattepliktig utbytte) 50. Etter salget beslutter imidlertid selskapet (X AS) å selge aksjene videre til C. Dette salget medfører at A og Bs eierposisjon i selskapet reduseres. Etter salget (fra selskapet) vil da A og B eie 30 % hver av aksjekapitalen i selskapet, mens C vil eie 20 %. Dersom A og B i stedet for hadde solgt aksjene direkte til C, ville salget medført en realisasjon og vederlaget ville vært skattepliktig etter gevinst- og tapsreglene. Skattepliktig gevinst, for A og B, ved realisasjon av aksjene ville da ha utgjort (vederlag 150 - inngangsverdi 40 = skattepliktig gevinst) 110. Spørsmålet her er hvorvidt dette videresalg fra X AS kan eller skal medføre at aksjonærenes (A og Bs) salg (til utstedende selskapet) allikevel må regnes som en realisasjon, og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.

Slike transaksjoner har lenge vært kjent i dansk praksis, gjennom de såkalte ”elevator-sakene”.²⁷⁶ Spørsmålet fikk særlig stor betydning fordi de danske reglene medførte at salg av aksjer til utstedende selskap, (og selskapets videresalg av aksjene) kunne gjennomføres

²⁷⁶ Se SKM2003.528.LSR (Finwill) som var den første i rekken. Se også SKM2006.460.LSR, SKM2006.91.ØLR og SKM2006.749.HR (Finwill).

uten å utløse beskatning på aksjonærens hånd. Dersom salget i stedet hadde blitt gjennomført som et direktesalg til tredjemann, ville imidlertid salget i de konkrete tilfellene vært skattepliktig for aksjonæren.

Etter dagjeldende dansk lovgivning skulle et slikt salg av aksjer til utstedende selskap skattlegges etter utbyttereglene.²⁷⁷ I utgangspunktet var utbytte skattepliktig inntekt, men dersom aksjonæren var et aksjeselskap, og dette selskapet eide minst 25 % av aksjene i det utdelende selskapet, skulle utdeling av utbytte ikke medføre skatteplikt for selskapsaksjonæren.²⁷⁸ Dersom aksjonæren i stedet for hadde solgt aksjer til en utenforstående (ikke utstedende selskap), ville salget ha utløst skatteplikt for selskapet etter dagjeldende regler i aktieavancebeskatningsloven.²⁷⁹

Felles for de såkalte ”elevator-sakene” var at aksjonæren solgte aksjer til det utstedende selskapet.²⁸⁰ Umiddelbart etter salget gjennomførte så selskapet en kapitalnedsettelse etterfulgt av en kapitalforhøyelse ved nytegning. Utstedelsen av de nye aksjene ble foretatt som en rettet emisjon der den nye aksjonæren (tredjemann) tegnet seg for samtlige aksjer. Nytegningen medførte således reelt sett ikke noen endringer i selskapskapitalen. Forutsatt at konstellasjonen holdt, ville ikke en slik gjennomføring av salgene medføre noen skatteplikt verken for selskapet eller aksjonærene.²⁸¹

²⁷⁷ Ligningsloven § 16 B.

²⁷⁸ Jf. Selskabsskatteloven § 13 stk.1, nr. 2.

²⁷⁹ Etter reglene i den dagjeldende aktieavancebeskatningslov var aksjegevinster skattepliktig, hvis aksjonæren ervervet aksjene på et tidspunkt som lå mindre enn tre år forut for avståelsen. I den grad avståelsen ble foretatt etter utløpet av treårsfristen, og aksjonæren var et aksjeselskap, var imidlertid gevinsten skattefri på selskapets hånd, jf. Aktieavancebeskatningsloven §§ 2 og 4 stk. 1 og 6.

²⁸⁰ Se bl.a. SKM2003.528.LSR (Finwill), SKM2005.235.VLR (Finwill), SKM2006.460.LSR, SKM2006.91.ØLR og SKM2006.749.HR (Finwill).

²⁸¹ Jf. Selskabsskatteloven § 13 stk.1, nr. 2.

Den første av disse sakene er nå blitt behandlet av dansk Høyesterett.²⁸² I begge underinstansene fant retten at disposisjonene, etter en samlet bedømmelse, måtte anses å ha en slik nær tilknytning at de i skattemessig henseende måtte anses som en sammenhengende disposisjon.²⁸³ Det må kunne legges til grunn at det var på det rene at salgene var et ledd i en samlet plan. Aksjesalget ble akseptert av selskapet samme dag som selskapets styre besluttet å nedsette, og samtidig oppskrive aksjekapitalen ved nytegning. Nytegningen skulle foretas med en kontant innbetaling, og tegningsbeløpet skulle tilsvare det beløp som ble utbetalt til aksjonærene ved salg til selskapet. Selskapet rådet ikke over tilstrekkelige midler til å finansiere tilbakekjøpet før eventuelt den nye aksjonæren foretok innskuddet ved nytegningen. Landsskatteretten fant at salget via selskapet ikke var begrunnet i forretningsmessige hensyn, men at disposisjonen var gjennomført på denne måten alene med det formål å spare skatt.²⁸⁴ På dette grunnlag ble det antatt at disposisjonene, sett i sammenheng, reelt sett måtte anses om et salg direkte til tredjemann, og således skattlegges etter reglene i aktieavancebeskatningsloven § 2 som gevinst ved avståelse av aksjer.²⁸⁵ Høyesterett kom imidlertid (etter dissens 5 mot 2) til det motsatte resultat.²⁸⁶ Mindretallet (2 dommere) fant, i likhet med underinstansene, at disposisjonene måtte ses i sammenheng, og fastholdt at transaksjonene utelukkende var tilrettelagt på denne måten (salg via selskapet i stedet for et direktesalg) for å unngå at aksjonæren (avhenderen) ville bli skattlagt etter gevinstreglene.²⁸⁷ Flertallet (5 dommere) mente imidlertid at loven etter sin ordlyd var klar, og ikke ga rom for en slik tolkning eller forståelse som underinstansene hadde lagt til grunn. Samspillet mellom ligningsloven § 16 B og selskabsskattelovens § 13, stk. 1, nr. 2 innebar at morselskapets fortjeneste ved salg av aksjene til datterselskapet (utstedende selskap) skulle være skattefrie. Dette til tross for at

²⁸² Se SKM2003.528.LSR (Finwill) (Landsskatteretten), SKM2005.235.VLR (Finwill) (Vestre Landsrett) og SKM2006.749.HR (Finwill) (Høyesterett).

²⁸³ Se SKM2003.528.LSR (Finwill) og SKM2005.235.VLR (Finwill).

²⁸⁴ Se SKM2003.528.LSR (Finwill).

²⁸⁵ Se SKM2003.528.LSR (Finwill) og SKM2005.235.VLR (Finwill).

²⁸⁶ Se SKM2006.749.HR (Finwill).

²⁸⁷ Jf. reglene i Aktieavancebeskatningsloven § 2.

et aksjesalg direkte til tredjemann, først ville vært skattefri inntekt på selskapets hånd etter tre års eiertid.²⁸⁸ Etter rettens oppfatning var det ikke avgjørende at det ikke var tilstrekkelige midler i selskapet til å finansiere tilbakekjøpet uten at den nye aksjonæren samtidig med selskapets erverv foretok et kontantinskudd ved nytegningen, så lenge aksjonæren tegnet de nye aksjene til reell verdi. Retten fant derfor at det ikke var noe grunnlag for å nekte å anerkjenne den fremgangsmåte som var blitt valgt, og anså således salget til utstedende selskap som en isolert transaksjon som etter selskabsskattelovens § 13. stk.1, nr.2 kunne gjennomføres uten å utløse beskatning for selskapsaksjonæren.

Tilsvarende spørsmål kan tenkes å oppstå i Norge, dersom et salg via selskapet medfører en gunstigere beskatning av aksjonæren enn ved et direktesalg.²⁸⁹ Spørsmålet må da være hvorvidt transaksjonene (salg til utstedende selskap, og salg fra utstedende selskap) har en så nær tilknytning at de ved den skatterettslige bedømmelsen må ses som ledd i en transaksjonskjede, og således gi grunnlag for å anvende den ulovfestede omgåelseslæren.

Høyesterett har i en rekke dommer lagt til grunn at flere disposisjoner i enkelte tilfeller må ses i sammenheng ved den skatterettslige vurderingen av transaksjonen.²⁹⁰ Ved salg av formuesobjekter via mellomledd har Høyesterett lagt til grunn at man kan se bort fra enkelttransaksjoner, slik at salg og videresalg kan betraktes som en sammenhengende transaksjon.

²⁸⁸ Jf. Aktieavancebeskatningsloven §§ 2, stk.1 og 4, stk. 1 og 6.

²⁸⁹ Dette vil være tilfellet dersom innskuddskapitalen er høyere enn aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen, og salg til utstedende selskap gjennomføres forholdsmessig. Se eksempelet ovenfor.

²⁹⁰ Se bl.a. Rt. 1976 s. 302 (Pegasus/Astrup), Rt. 1971 s. 264 (Kielland), Rt. 1978 s. 60 (Smestad), Rt. 1982 s. 789 (Torkildsen), Rt. 1994 s. 499 (Gokstad) og Rt. 1994 s. 492 (Railo). For en grundigere behandling av omgåelseslæren ved salg via mellomledd, se Banoun (2003) s. 224-238.

I praksis er det oppstilt et grunnvilkår om at disposisjonen hovedsakelig må være skattemessig motivert for at den ulovfestede omgåelseslæren skal komme til anvendelse.²⁹¹ Ved spørsmål om gjennomskjæring ved salg via mellomledd er dette kravet ofte kommet til uttrykk ved at salget (til mellomleddet) må ha en reell verdi, eller som uttalt i Smestad-dommen, en egenverdi, utover hensynet til å spare skatt.²⁹²

Forutsatt at grunnvilkåret om at det hovedsakelige formålet med gjennomføringen av disposisjonen er å spare skatt er oppfylt, beror spørsmålet om gjennomskjæring på en totalvurdering av disposisjonens øvrige formål, virkninger og andre omstendigheter, samt hvorvidt disposisjonen eller fremgangsmåten, ut fra en samlet vurdering fremstår som illojal eller stridende mot skattereglenes formål.²⁹³ For at gjennomskjæring ved salg via mellomledd skal være aktuelt, er det antatt at disposisjonene (salg nummer én og salg nummer to) må være gjennomført etter en på forhånd fastsatt plan.²⁹⁴

I Rt. 1982 s. 789 (Torkildsen) uttalte Høyesterett: ”Det har således foreligget en samlet plan i flere ledd med den ene hensikt å unngå beskatning, jfr. Rt-1976-302 flg. (Astrup-dommen).” Salget til mellomleddet ”var ment bare å ha én funksjon, nemlig å unngå gevinstbeskatning”. Skattemessig sett måtte salget ses som en enhet og salget til mellomleddet måtte anses som en ”uakseptabel omgåelse av reglene om gevinstbeskatning”.²⁹⁵

²⁹¹ Dette grunnvilkåret er kommet til uttrykk i en rekke Høyesterettsdommer. Fra senere tid kan bl.a. nevnes Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada), Rt. 2006 s. 1232 (Telenor Eiendom), Rt. 2007 s. 209 (Hex AS), HR-2008-1977-A (Reitan) og HR-2008-1981-A (ConocoPhillips).

²⁹² Kravet til at transaksjonen må ha en reell verdi utover skattebesparelsen er kommet til uttrykk både i Rt. 1978 s. 60 (Smestad) og Rt. 1982 s. 789 (Torkildsen).

²⁹³ Se Rt. 2002 s. 456 (Hydro Canada), Rt. 2006 s. 1232 (Telenor Eiendom), Rt. 2007 s. 209 (Hex AS), HR-2008-1977-A (Reitan) og HR-2008-1981-A (ConocoPhillips).

²⁹⁴ Dette var tilfellet i både Rt. 1978 s. 60 (Smestad) og Rt. 1982 s. 789 (Torkildsen). Her fant Høyesterett at salgene var gjennomført etter en fastsatt plan, og at formålet med gjennomføringen av salget til mellomleddet ikke hadde noen reell verdi ut over skattebesparelsen.

²⁹⁵ Som støtte for dette resultatet ble det også vist til dommene i Rt. 1976 s. 302 (Pegasus/Astrup), Rt. 1978 s. 60 (Smestad) og Rt. 1971 s. 264 (Kielland).

Noe absolutt krav om en fastsatt plan for videresalg kan imidlertid ikke oppstilles. I Rt. 1994 s. 499 (Gokstad) kom spørsmålet om gjennomskjæring på grunn av sammenhengsbetraktninger opp i et tilfelle hvor salget til mellomleddet ble foretatt før videresalget var endelig avklart. Høyesterett fremholdt at det var tilstrekkelig at transaksjon nummer én ble foretatt på et tidspunkt hvor det var stor grad av sannsynlighet for at den neste transaksjonen ville finne sted, dernest at transaksjon nummer to faktisk fant sted, og endelig at det er liten egenverdi (risiko, kort tid mv.) knyttet til mellomstasjonen. En forutsetning må imidlertid være at aktørene er kjent med sannsynligheten for videresalget allerede på tidspunktet for transaksjon nummer én.²⁹⁶ Det må her være skattyters kunnskap om mulighetene for videresalg som er avgjørende, og ikke mellomleddets.²⁹⁷

Spørsmålet om gjennomskjæring ved salg av aksjer til utstedende selskap, der selskapet umiddelbart etter erverv videreselger aksjene, må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Dersom videresalget gjennomføres innenfor et relativt kort tidsrom, etter en på forhånd fastsatt plan, eller dersom slikt videresalg fremsto som relativt sannsynlig for aksjonæren på avhendelsestidspunktet, og salg nummer én ikke har tilstrekkelig egenverdi ut over ønsket om å spare skatt, er det grunn til å tro at det i norsk rett vil være sannsynlig at salget vil bli ansett som en illojal omgåelse av skattereglene etter den ulovfestede omgåelseslæren. Forutsetningen må imidlertid være at aksjonæren har oppnådd en skattebesparelse ved å gjennomføre salget gjennom mellomleddet (utstedende selskap). Dette vil bare kunne være tilfelle dersom salg til selskapet gjennomføres forholdsmessig slik at utdelingen skal skattlegges etter utbyttereglene.²⁹⁸

I de danske sakene var det på det rene at salget var gjennomført etter en fastsatt plan. Overdragelsene ble gjennomført samme dag, og salget til mellomleddet hadde ingen reell egenverdi ut over ønsket om å spare skatt. Etter Høyesteretts praksis må det derfor kunne legges til grunn at det med stor grad av sannsynlighet vil være rom for å anvende den

²⁹⁶ Jf. Rt. 1994 s. 499 (Gokstad). Se også Banoun (2003) s. 236.

²⁹⁷ Se Banoun (2003) s. 236.

²⁹⁸ Se eksempelet ovenfor.

ulovfestede omgåelseslæren, og se disposisjonene i sammenheng, som ledd i en lengre transaksjonsrekke dersom et tilsvarende tilfelle skulle komme opp i Norge. Hvorvidt salget gjennomføres som et salg via selskapet, eller som et salg til utstedende selskap og sletting av aksjene med en etterfølgende nytegning, som var tilfelle i de danske dommene, bør her være uten betydning. Ved den konkrete gjennomføringen av skattleggingen medfører gjennomskjæringen at man ser bort fra salget til mellomleddet, og anser salget som et direktesalg til tredjeperson. Vederlaget aksjonæren mottar i forbindelse med slikt salg skal da anses som et realisasjonsvederlag og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene, til tross for at salget til utstedende selskap, isolert sett, ikke medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet.

6.4 Særlig om salg av egne aksjer ved grenseoverskridende disposisjoner – forholdet til skatteavtalenes fordelingsregler

Den internrettslige klassifiseringen og grensedragningen mellom realisasjon og utbytte ved salg av aksjer til utstedende selskap, som behandlet ovenfor, må antas å være lik (etter norsk rett) uavhengig av hvorvidt aksjonæren eller selskapet er bosatt eller hjemmehørende i Norge eller utlandet.²⁹⁹ Ved grenseoverskridende disposisjoner (der enten utdelende selskap eller aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge), må spørsmålet om norsk beskatningskompetanse avgjøres etter skatteavtalenes fordelingsregler.

OECDs mønsteravtale inneholder ingen uttrykkelig regulering av salg av aksjer til utstedende selskap. I likhet med kapitalnedsettelse må det være klart at slik inntekt kan falle innenfor både utbytte- og gevinstreglene i OECDs mønsteravtale.³⁰⁰ I utgangspunktet må slikt salg av aksjer til utstedende selskap anses som ”gain from the alienation of ... property”.³⁰¹ I OECD kommentaren er gevinst definert som inntekt ”resulting from the sale

²⁹⁹ Se punkt 2.4.2.1.

³⁰⁰ Se OECDkomm. 10.28 og 13.31. Se også Betten (1993) s. 425. Se også ovenfor under punkt 5.2.

³⁰¹ Jf. OECDs mønsteravtale art. 13 (5) og FN's mønsteravtale art. 13 (6).

or exchange of property”.³⁰² At også salg av egne aksjer til utstedende selskap faller innenfor denne betegnelsen må således være klart. I OECDkomm. 13.31 fremholdes det imidlertid at gevinstdefinisjonen ikke stenger for at slikt salg av aksjer til utstedende selskap også kan anses å falle innenfor mønsteravtalens utbyttedefinisjon.

“If shares are sold by a shareholder to the issuing company in connection with the liquidation of such company or the reduction of its paid-up capital, the difference between the selling price and the par value of the shares may be treated in the State of which the company is a resident as a distribution of accumulated profits and not as a capital gain.”³⁰³ Slik utdeling er etter kommentaren ansett å falle innenfor utbyttebegrepet i art. 10 (3) og slik dette er blitt tolket i OECDkomm. 10.28.³⁰⁴

Vederlaget aksjonæren mottar ved salg av aksjer til utstedende selskap vil, i likhet med innløsning av enkeltaksjer, medføre en utdeling av akkumulert overskudd i selskapet, som må anses omfattet at utbyttedefinisjonen i OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

Den konkrete grensedragningen mellom mønsteravtalens gevinst- og utbytteregler må imidlertid foretas etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat, jfr. OECDs mønsteravtale art. 10 (3). For selskaper hjemmehørende i Norge må således norsk rett legges til grunn ved grensedragningen etter mønsteravtalens regler. Utgangspunktet her er at i den grad salget har medført en reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet, skal vederlaget anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Etter mønsteravtalens regler er beskatningskompetansen for slik aksjegevinst lagt eksklusivt til aksjonærens hjemstat, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5). For utenlandske aksjonærer i norske selskaper medfører dette at Norge (som selskapets hjemstat) ikke har rett til å beregne kildeskatt for vederlag aksjonæren mottar ved salg av aksjer til utstedende selskap, der salget medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet. I de fleste tilfeller vil det heller ikke

³⁰² OECDkomm. 13.5.

³⁰³ OECDkomm. 13.31.

³⁰⁴ Se også ovenfor under punkt 6.4. som behandler spørsmålet om hvorvidt utdelinger i forbindelse med en kapitalnedsettelse kan regnes som både gevinst og utbytte etter mønsteravtalens egen definisjon.

foreligge internrettslig hjemmel for å skattlegge slik inntekt i norsk rett.³⁰⁵ Hvis salget gjennomføres på en slik måte at aksjonærens eierposisjon reelt sett ikke er endret ved salget, skal imidlertid utdelingen (etter norsk rett) anses som en utbytteutdeling.³⁰⁶ Dette må også legges til grunn i forhold til klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens regler. For slik inntekt vil Norge, som utdelende selskaps hjemstat, ha en begrenset rett til å skattlegge inntekten etter reglene om kildeskatt i OECDs mønsteravtale art. 10 (2). Skattleggingen etter intern norsk rett gjennomføres etter reglene i sktl. § 10-13.

Når selskapet er hjemmehørende i utlandet, vil spørsmålet om grensedragningen mellom gevinst- og utbyttereglene måtte avgjøres etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat.³⁰⁷ I den grad utdelende selskaps hjemstats interne rett klassifiserer inntekten som utbytte, er Norge (som aksjonærens hjemstat) forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A eller 23 B.³⁰⁸ Slik kredit gis etter reglene i sktl. § 16-20 flg. Hvis utdelingen anses som gevinst etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat, vil Norge, som aksjonærens hjemstat, ha eksklusiv rett til å skattlegge inntekten, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5). Selve skattleggingen av inntekten (etter norsk rett) må gjennomføres etter de samme regler som gjelder for norske aksjonærer i norske selskaper.

³⁰⁵ Se punkt 2.2 og 2.3.

³⁰⁶ Se ovenfor under punkt 6.2 og 6.2.1 om grensedragningen i norsk rett.

³⁰⁷ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (3). Se også ovenfor under punkt 3.3.

³⁰⁸ Se ovenfor under punkt 3.3.

7 Tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon

7.1 Generelt om fisjon og fusjon av aksjeselskaper

Ved fusjon og fisjon av selskaper overføres eiendeler, rettigheter og forpliktelser mellom selskapene som omorganiseres (deltar i fisjonen eller fusjonen). Slike overføringer skal i utgangspunktet utløse beskatning etter de vanlige reglene for realisasjon, utbytte og/eller uttak.³⁰⁹ Gjennom praksis har det imidlertid utviklet seg særregler om at fusjon og fisjon skal kunne gjennomføres uten beskatning når visse vilkår er oppfylt.³¹⁰ Denne praksis er nå i stor grad lovfestet i sktl. §§ 11-1 til 11-11.³¹¹ Bestemmelsene regulerer vilkårene for at fisjon og fusjon skal kunne gjennomføres uten å utløse beskatning av selskapene eller aksjonærene.³¹² Dersom fisjonen eller fusjonen ikke oppfyller lovens vilkår, vil det normalt medføre realisasjonsbeskatning for aksjonærene, jfr. sktl. § 11-1 (1).

Forutsetningen for at fisjon eller fusjon skal kunne gjennomføres uten skattlegging er at fisjonen eller fusjonen er gjennomført på lovlig måte etter selskapsrettslige og regnskapsrettslige regler, jfr. sktl. § 11-1 (2). Brudd på slike regler kan føre til at disposisjonen utløser beskatning både på selskaps- og aksjonærnivå. Finansdepartementet har imidlertid uttalt at ikke ethvert brudd på vilkårene for skattefri fusjon og fisjon vil medføre at transaksjonen utløser skatteplikt. Det må innfortolkes et vesentlighetskrav i

³⁰⁹ Se sktl. § 11-1 (1) og Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 5, 1. spalte.

³¹⁰ Se Rt. 1922 s. 436, Rt. 1925 s. 1009, Rt. 1961 s. 1195 (Kollbjørg), Rt. 1976 s. 519 (Gestoria), Rt. 1994 s. 492 (Railo) jf. LG. 1992 s. 1087. Se også Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s 5, 1. spalte.

³¹¹ Se bl.a. Brudvik (2007) s. 553 og Zimmer/BA-HR (2006) s. 596.

³¹² Se Zimmer/BA-HR (2006) s. 596.

vurderingen av om feilen innebærer at fusjon eller fisjon ikke oppfyller vilkårene for skattefrihet.³¹³

Skattefri fusjon forutsetter at det skal være skattemessig kontinuitet både på selskaps- og eiernivå, jfr. sktl. § 11-7.³¹⁴ Kontinuitet for de berørte selskaper innebærer at overdragelse av eiendeler, rettigheter og forpliktelser videreføres med ligningsmessig nedskrevne verdier.³¹⁵ På eiernivå innebærer kontinuitetskravet at inngangsverdi på aksjene og ervervstidspunktet skal være uberørt av fusjonen eller fisjonen, jfr. sktl. § 11-7 (2).³¹⁶ Eventuelle andre skatteposisjoner knyttet til eierposisjonen skal også videreføres uendret på vederlagsaksjene, jfr. sktl. §§ 11-7 (3) og 11-8 (1).³¹⁷ Kontinuitetskravet på selskaps- og aksjonærnivå innebærer en forutsetning om at en fusjon eller fisjon ikke skal medføre verdioverføringer mellom aksjonærene.³¹⁸ Dette betyr at bytteforholdet mellom aksjonærene må være basert på markedsverdier, ikke bokførte verdier.³¹⁹ Også selskapsrettslig er hovedreglen kontinuitet på både selskaps- og eiernivå.

Reglene for skattefrie fusjoner og fisjoner er begrunnet i at slike omorganiseringer er samfunnsøkonomisk ønskelige og en grunnleggende forutsetning for et velfungerende marked.³²⁰ Skattereglene bør ikke utformes på en slik måte at de er til hinder for at slike samfunnsøkonomisk ønskelige og bedriftsøkonomisk nødvendige transaksjoner blir

³¹³ Se Utv. 2003 s. 796 og Utv. 2003 s. 1210. Se også høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 2005 s. 86 (Fjeld Eiendom).

³¹⁴ For en grundig behandling av kravet til skattemessig kontinuitet, se Folkvord (2006) s. 142-269.

³¹⁵ Brudvik (2008) s. 565.

³¹⁶ Se Folkvord (2006) s. 219 ff.

³¹⁷ Se også Folkvord (2006) s. 224-246.

³¹⁸ Brudvik (2008) s. 565.

³¹⁹ Brudvik (2008) s. 565.

³²⁰ Folkvord (2006) s. 25.

gjennomført.³²¹ Et viktig moment er også at det ved fusjon og fisjon normalt ikke skjer noen direkte utbetalinger til aksjonærene.³²²

7.2 Skattlegging av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon i norsk rett

Etter reglene i asl./asal. § 13-2 og 14-2 er det åpnet for at det kan utdeles tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon. For at fisjon eller fusjon skal være skatterettslig lovlig må eventuelt tilleggsvederlag ikke overskride 20 % av samlet vederlag ved fisjonen eller fusjonen. Dersom denne grensen overskrides, kan det være tale om en ulovlig fisjon eller fusjon som kan danne grunnlag for full beskatning av både selskap og aksjonærene.

Reglene om tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon i asl./asal § 13-2 (1) og 14-2 (1) medfører en lemping av kravet om full eierkontinuitet. En utdeling av tilleggsvederlag representerer en overføring av verdier til aksjonærene, og skal skattlegges på aksjonærens hånd etter reglene i sktl. § 11-6.³²³

Adgangen til å yte tilleggsvederlag er hovedsakelig begrunnet med at utdeling av slikt vederlag kan være en nødvendig forutsetning for å få bytteforholdet til å gå opp.³²⁴

Sett at bytteforholdet er slik at 2 aksjer i overdragende selskap gir rett til 3 aksjer i overtakende selskap. Hvis aksjonær A eier 3 aksjer i overdragende selskap, vil dette tilsvare 4,5 aksjer i overtakende selskap. For at bytteforholdet skal gå opp, mottar da aksjonær A 4 vederlagsaksjer, samt tilleggsvederlag for den resterende del av aksjeinteressen (tilsvarende verdien for 0,5 aksje i overtakende selskap).

Etter EFs fusjonsskattedirektiv kan det bare ytes kontanter som tilleggsvederlag.³²⁵

Ettersom direktivet bare angir minimumskrav for hvilke transaksjoner som skal tillates

³²¹ Folkvord (2006) s. 25.

³²² Brudvik (2008) s. 563.

³²³ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s 37 f.

³²⁴ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37, 2. spalte.

³²⁵ Se 90/434/EØF art. 8 (9) og Folkvord (2006) s. 247.

gjennomført skattenøytralt, må medlemslandene stå fritt til også å tillate vederlag i annet enn kontanter.³²⁶ Dette er imidlertid i liten grad blitt gjort, i hvert fall i de nordiske landene.³²⁷ I norsk rett er det ikke noen begrensninger i hva slags ytelser som kan utgjøre tilleggsvederlag.³²⁸ Både utdelinger av kontanter og naturalia må antas å være omfattet av reglene. Dersom tilleggsvederlaget ytes i form av naturalia oppstår det et verdsettelsesproblem, men dette er ikke spesielt for fusjon og fisjon; slike problemstillinger oppstår ved enhver naturalytelse. Etter sktl. § 5-3 må omsetningsverdien legges til grunn. Viktig å merke seg i denne sammenhengen er at dersom vederlag ytes i form av naturalia, må omsetningsverdien av naturalobjektet ikke overstige 20 % av det totale vederlaget ved fisjon eller fusjon, jfr. reglene i asl./asal. §§ 13-2 og 14-2.

Definisjonen av tilleggsvederlag er negativt avgrenset. Enhver ytelse som er vederlag for det overdragende selskapet, og som ikke er vederlagsaksjer, må regnes som tilleggsvederlag.³²⁹ Sktl. § 11-6 definerer vederlagsaksje som ”aksjer eller andeler i selskap som direkte deltar i fusjonen eller fisjonen”. Som vederlagsaksjer regnes aksjer som aksjonæren i overdragende selskap mottar ved fusjon eller fisjon etter reglene i asl./asal. §§ 13-2 og 14-2. Aksjer fra et annet datterselskap i samme konsern (ved konsernfisjon/fusjon) skal imidlertid ikke regnes som vederlagsaksjer i skatterettslig forstand. Slik konsernfisjon/fusjon der overtakende selskap mottar vederlag i form av aksjer i et annet datterselskap er ikke omfattet av skattefritaket i sktl. §§ 11-2 (1) 2. p og 11-4 (1) 2. p. Vederlag i form av aksjer i et annet datterselskap (ved konsernfisjon eller fusjon) må anses å falle inn under definisjonen av tilleggsvederlag og er således skattepliktig etter de alminnelige reglene.³³⁰

³²⁶ Folkvord (2006) s. 247.

³²⁷ Se Folkvord (2006) s. 247.

³²⁸ Se bl.a. Folkvord (2006) s. 247.

³²⁹ Folkvord (2006) s. 248.

³³⁰ Se Folkvord (2006) s. 251 og s. 259.

Sktl. § 11-6 sier ikke noe om hvordan tilleggsvederlaget skal skattlegges. I forarbeidene fremgår det imidlertid at tilleggsvederlaget skal skattlegges etter de alminnelige reglene, som utbytte eller gevinst ved realisasjon av aksjene.³³¹ Ved klassifiseringen av disposisjonen må man skille mellom lik utdeling og skjevdelt utdeling av tilleggsvederlag.³³² Utgangspunktet er at likdelt tilleggsvederlag skattlegges etter reglene om utbytte i sktl. § 10-11 flg., mens skjevdelt tilleggsvederlag skattlegges etter reglene om gevinst og tap ved realisasjon i sktl. § 10-30 flg.³³³ Denne løsningen bygger på ligningspraksis, juridisk teori og forarbeider, og må anses som sikker rett.³³⁴

Vurderingstemaet må da være hvorvidt aksjonæren kan sies å ha oppgitt eller redusert sin eierposisjon i overtakende selskap, ut ifra sin forholdsmessige eierposisjon i overdragende selskap, ved fusjonen eller fisjonen. Med andre ord om aksjonæren kan sies å redusere eller oppgi sin eierposisjon i selskapet som et ledd i disposisjonen. Denne løsningen må sies å være i tråd med den praksis som har utviklet seg rundt forståelsen av realisasjonsbegrepet.³³⁵ Det er alminnelig antatt at når disposisjonen ikke medfører en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet, foreligger det ikke en realisasjon i skatterettslig forstand, og gevinst- og tapsreglene kommer ikke anvendelse. Det avgjørende for klassifiseringen av tilleggsvederlaget må da være hvorvidt eiersammensetningen mellom aksjonærene i det overdragende selskapet forskyves.³³⁶

For aksjonærer som omfattes av fritaksmetoden i sktl. § 2-38 har det normalt liten betydning om tilleggsvederlaget behandles som realisasjonsvederlag eller utbytte. Klassifiseringen av inntekten under gevinst- og tapsreglene eller utbytteregele vil

³³¹ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s 37 f.

³³² Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte.

³³³ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte og Folkvord (2006) s. 261 ff.

³³⁴ Se Folkvord (2006) s. 261. Se også Lignings-ABC 2007/08 s. 548, Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte, Zimmer/BA-HR (2006) s. 622 og Gjems-Onstad (2008) s. 852.

³³⁵ Jf. Rt. 1925 s. 472 (Kallevig), Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon), Utv. 2001 s. 478 (Kronos) og Rt. 2002 s. 798 (Nordea). Se også Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) s. 303 ff. om kravet til realisasjon.

³³⁶ Se Folkvord (2006) s. 262 og Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37-38.

imidlertid få betydning ved beregningen av inntektens størrelse ved skattleggingen etter reglene i sktl. § 2-38 (6). For personlige aksjonærer vil klassifiseringen (i tillegg til forskjellen i beregningsmåten av inntektens størrelse) kunne få betydning for spørsmålet om skjermingsfradraget. Hvis utdelingen klassifiseres som en utbytteutdeling, skal utdelingen anses å skrive seg fra samtlige av aksjonærens aksjer i selskapet, og han vil da ha krav på fradrag for skjerming knyttet til samtlige av aksjene.³³⁷ Ved realisasjon av aksjene vil aksjonæren imidlertid bare ha krav på skjermingsfradrag knyttet til den eller de aksjene som skal anses realisert ved disposisjonen.³³⁸

Dersom tilleggsvederlag ved fusjon og fisjon fordeles likt på samtlige aksjonærer ut fra aksjonærenes forholdsmessige eierandel i selskapet, medfører utdelingen ikke en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon (i overdragende) selskap. Etter forarbeidene skal en slik utdeling anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, og skattlegges etter utbyttereglene i sktl. § 10-11 flg.³³⁹ Ved utdeling av tilleggsvederlag der selskapet (overdragende selskap) bare har én aksjonær, vil eiersammensetningen eller eierinteressen i overdragende selskap aldri forskyves. Det må derfor antas at utdeling av tilleggsvederlag til aksjonær i et overdragende selskap som bare har én aksjonær, alltid må behandles som utbytte.³⁴⁰

Ved skjevdeling av tilleggsvederlaget er utgangspunktet at utdelingen skal anses som en realisasjon i skatterettslig forstand. Dersom utdelingen av tilleggsvederlaget medfører at aksjonæren blir utløst, eller der bare enkelte av aksjonærene mottar tilleggsvederlag, vil utdelingen representere en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet (overdragende selskap), og vederlaget skal da skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg.³⁴¹ Beregningen av gevinst eller tap må følge de alminnelige

³³⁷ Se Folkvord (2006) s. 261-262, se også s. 266-268.

³³⁸ Se Folkvord (2006) s. 262, se også s. 268-269.

³³⁹ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte

³⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte og Folkvord (2006) s. 262.

³⁴¹ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37-38.

reglene i sktl. § 10-32. Det tilleggsvederlaget aksjonæren mottar anses som aksjonærens utgangsverdi ved realisasjonen. Ved fastsettelse av inngangsverdien er beregningen noe mer komplisert. Her må man både ta stilling til hvilke, og hvor mange, aksjer som skal anses å være realisert. Ved beregningen av hvor mange og hvor stor del av aksjene som er innløst ved utdelingen av tilleggsvederlaget, må man ta utgangspunkt i forholdet mellom verdien på tilleggsvederlaget og verdien av vederlagsaksjene.³⁴² Antall aksjer som skal anses realisert utgjør differansen mellom det antall aksjer aksjonæren skulle hatt etter bytteforholdet og det antall aksjer han faktisk har mottatt.³⁴³ Ved avgjørelsen av hvilke aksjer som skal anses innløst og fastsettelsen av inngangsverdien av disse aksjene, må man antageligvis bygge på FIFU-prinsippet i sktl. § 10-36.³⁴⁴ Gevinst eller tap beregnes ved at tilleggsvederlaget (utgangsverdien) trekkes fra aksjonærens inngangsverdi ved erverv av aksjen, beregnet ut fra prinsippene ovenfor, jfr. sktl § 10-32. Ubenyttet skjerming knyttet til de innløste aksjene kan føres til fradrag i gevinst, men ikke ved tap, etter reglene i sktl. § 10-31 (1) og (2).

Et enkelt eksempel kan kanskje være illustrerende:

Selskap X (overdragende) og selskap Y (overtakende) skal fusjonen. Selskap X har to aksjonærer A og B som hver eier 50 aksjer. Inngangsverdi pr. aksje er kr. 2 500. Selskapet har ingen andre aksjonærer. Fusjonen skal gjennomføres med skatterettslig kontinuitet. Det forutsettes at aksjene i selskap X og Y har like høy verdi slik at én aksje i selskap X tilsvarer én aksje i selskap Y. Ved fusjonen mottar aksjonær A 50 vederlagsaksjer (og 0 i tilleggsvederlag). Aksjonær B mottar 40 vederlagsaksjer og kr. 30 000 i tilleggsvederlag. Inngangsverdi for de innløste aksjene settes til (antall innløste aksje (50-40 =)10 * inngangsverdi pr. aksje 2 500 =) kr. 25 000. Skattepliktig gevinst vil her utgjøre (mottatt tilleggsvederlag 30 000 - inngangsverdi 25 000 =) kr. 5 000.

³⁴² Folkvord (2006) s. 268.

³⁴³ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte.

³⁴⁴ Se Folkvord (2006) s. 268.

7.2.1 Delvis likedeling og delvis skjevdeling av tilleggsvederlaget ved fisjon og fusjon

Dersom samtlige aksjonærer mottar tilleggsvederlag, men enkelte aksjonærer mottar et høyere kontantvederlag, og dermed tilsvarende færre vederlagsaksjer enn det eierforholdet i overdragende selskap skulle tilsi, oppstår spørsmålet om hvordan utdelingen skatterettslig skal behandles.

Problemstillingen kan illustreres med et eksempel:

Selskap X (overdragende) skal fusjonere med selskap Y (overtakende). Selskap X har to aksjonærer A og B som hver eier 50 aksjer. Selskapet har ingen andre aksjonærer. Det forutsettes at aksjene i selskap X og Y har lik verdi, slik at én aksje i selskap X tilsvarer én aksje i selskap Y. Fusjonen skal gjennomføres med skattemessig kontinuitet. Ved fusjonen mottar den ene aksjonæren (A) 45 vederlagsaksjer og et tilleggsvederlag på kr. 5 000. Aksjonær B mottar 40 vederlagsaksjer og et tilleggsvederlag på kr. 10 000. Her vil deler av utdelingen medføre en reduksjon av aksjonærens (Bs) eierposisjon i overdragende selskap. Denne delen av vederlaget må anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Spørsmålet er imidlertid om hvordan den resterende delen av tilleggsvederlaget, kr. 5 000 som begge aksjonærene mottar og som således (isolert sett) representerer en forholdsmessig utdeling, skatterettslig skal behandles? Spørsmålet er det samme som oppstår ved en forholdsmessig innløsning av enkeltaksjer, og forholdsmessig salg av aksjer til utstedende selskap, der innløsningen eller salget medfører en delvis oppgivelse av én eller flere av aksjonærenes eierposisjon i selskapet.³⁴⁵

Etter forarbeidene må det være klart at det bare er den delen av vederlaget som overstiger det tilleggsvederlag de øvrige aksjonærene får, som skal skattlegges etter gevinst- og tapsreglen.³⁴⁶ Denne delen av vederlaget representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, og anses således som en realisasjon i skatterettslig forstand. Ved beregningen av gevinsten eller tapets størrelse gjelder de samme reglene som ovenfor nevnt. Utgangsverdien settes da til den del av tilleggsvederlaget som overskrider tilleggsvederlaget som de øvrige aksjonærene fikk ut fra aksjonærens forholdsmessige

³⁴⁵ Se punkt 5.1.2 og 6.2.2 for tilsvarende spørsmål ved innløsning av enkeltaksjer og salg av aksjer til utstedende selskap.

³⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37.

eierandel i selskapet (den del som representerer en skjevdeling).³⁴⁷ Den del av tilleggsvederlaget som representerer en forholdsmessig innløsning skattlegges etter utbytteregele.³⁴⁸

I forarbeidene argumenteres det med at dersom en aksjonær får færre vederlagsaksjer enn bytteforholdet skulle tilsi, og dermed et større tilleggsvederlag enn de øvrige aksjonærene, medfører dette i realiteten en delvis innløsning av aksjene.³⁴⁹ Ved innløsning av enkeltaksjer utenfor fisjon og fusjon har imidlertid Finansdepartementet uttalt at kravet til realisasjon er oppfylt dersom én eller flere aksjonærer oppgir eller reduserer sin eierposisjon i selskapet.³⁵⁰ Dersom utdelingen delvis medfører en oppgivelse av eierposisjon i selskapet, for enkelte av aksjonærene, skal samtlige aksjonærer skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Finansdepartementet legger her til grunn at man skal se samtlige aksjonærer som en enhet ved bedømmelsen av om disposisjonen medfører en oppgivelse av eierposisjon i selskapet.³⁵¹ For tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon er imidlertid dette annerledes. Her må man vurdere hver enkelt aksjonær for seg, og gevinst- og tapsreglene får kun anvendelse på den delen av disposisjonen som direkte representerer en oppgivelse eller reduksjon av eierposisjonen.³⁵²

Forskjellen mellom innløsning av aksjer i og utenfor fisjon eller fusjon kan være uheldig, da aksjonærene til en viss grad kan velge om innløsningen skal foretas før fisjon eller fusjon av selskapet, eller som et ledd i fisjonen eller fusjonen (som utdeling av tilleggsvederlag).

³⁴⁷ Se Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte.

³⁴⁸ Jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37-38.

³⁴⁹ Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 38, 1. spalte.

³⁵⁰ Se Finansdepartementets uttalelse inntatt i Utv. 2006 s. 748

³⁵¹ Jf. Finansdepartementets uttalelse inntatt i Utv. 2006 s. 748. Som fremholdt under punkt. 5.1.2 kan det imidlertid stilles spørsmålstejn med om det faktisk bør legges til grunn en slik ”enten-eller-løsning” ved innløsning av enkeltaksjer. Etter min mening er ikke en slik løsning i overensstemmelse med resultatet i Rt. 2001 s. 170 (Espeland), og det kan derfor stilles spørsmål ved hvorvidt en slik uttalelse bør tillegges vekt i denne sammenhengen.

³⁵² Jf. Ot.prp. nr. 71 (1995-1996) s. 37-38.

Dersom én eller flere av aksjonærene ønsker å redusere sin eierposisjon i selskapet i forbindelse med fisjon eller fusjon, vil beskatningen av inntekten være avhengig av om innløsningen gjennomføres forut for, eller som en del av fissions- eller fusjonsplanen. Hvorvidt innløsningen gjennomføres forut for fissionen eller fusjonen, eller som en utdeling av tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon vil da få betydning både for aksjonæren selv (forutsatt at aksjonæren ikke utløses), og de øvrige aksjonærene som tar del i innløsningen. Hvis innløsningen gjennomføres forut for fissionen eller fusjonen skal (dersom man legger Finansdepartementets uttalelse til grunn), samtlige aksjonærer skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.³⁵³ Hvis derimot innløsningen gjennomføres ved utdeling av tilleggsvederlag skal imidlertid realisasjon bare anses å foreligge for den delen av vederlaget som representerer en oppgivelse av eierposisjon i selskapet. Forutsetningen er selvsagt at samtlige aksjonærer deltar i innløsningen.

Et eksempel kan være illustrerende:

Aksjonær A og B eier selskap X AS. Selskapet har en aksjekapital på 100. Aksjonærene eier 50 aksjer hver. Selskap X skal fusjonere med selskap Y. I forbindelse med fusjonen skal imidlertid aksjekapitalen i selskap X nedskrives til 50, og antall aksjer reduseres fra 100 til 50. Aksjonær A ønsker å redusere sin eierposisjon i selskapet p.g.a. den forestående fusjonen. Aksjonær A beslutter derfor å innløse 30 aksjer, mens aksjonær B bare innløser 20. Dersom innløsningen gjennomføres som en vanlig innløsning av enkeltaksjer (utenfor fusjonen) vil utdelingen, etter Finansdepartementets oppfatning, i sin helhet være skattepliktig etter gevinst- og tapsreglene. Dersom innløsningene i stedet for gjennomføres som en utdeling av tilleggsvederlag ved fusjonen skal imidlertid bare 10 av aksjene anses som realisert. Bare det vederlaget aksjonær A mottar ved realisasjonen av disse aksjene skal skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Resterende deler av tilleggsvederlaget (vederlaget for de 20 aksjene som både A og B innløser forholdsmessig) skal anses som utbytte og skattlegges etter reglene i sktl. § 10-11 flg. Den skatterettslige reguleringen av innløsningen vil således være avhengig av hvorvidt innløsningen gjennomføres forut for, eller som ledd i fusjonen.

³⁵³ Jf. Finansdepartementets uttalelse inntatt i Utv. 2006 s. 748.

7.2.2 Er anvendelse av både utbytteregele og gevinst- og tapsregle ved skjevdelt tilleggsvederlag hensiktsmessig?

Det kan reises spørsmål ved om det er hensiktsmessig å skille mellom skjevdelt og likedelt tilleggsvederlag ved den skatterettslige reguleringen av disposisjonen.³⁵⁴ En slik differensiering av den skatterettslige behandlingen av utdeling er visstnok heller ikke vanlig internasjonalt.³⁵⁵ Begrunnelsen for oppdelingen av den skatterettslige behandlingen av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon er meget kortfattet i forarbeidene.

Man kan hevde at en streng fortolkning av ordlyden i sktl. § 10-11 (2) taler mot at utdeling av tilleggsvederlag skatterettslig rammes av utbyttebestemmelsen.³⁵⁶ Etter sktl. § 10-11 (2) er det et vilkår at overføringen er ”vederlagsfri”. Hvis man ser aksjonærene i overdragende og overtakende selskap under ett, vil imidlertid en utdeling av tilleggsvederlag alltid medføre en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet (overtakende selskap). Utdeling av tilleggsvederlag vil da ikke kunne anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, når utdelingen medfører at aksjonæren oppgir sin eierposisjon i selskapet. Oppgivelsen av eierposisjon må da anses som en motytelse, og utbytteregele får således ikke anvendelse på utdelingen.

I den grad det utdeles tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon, medfører dette automatisk at aksjonærene i det overdragende selskapet får færre aksjer i det overtakende selskapet.³⁵⁷ Utdeling av tilleggsvederlag medfører slik sett at aksjonærens eierposisjon i overtakende selskap alltid vil reduseres eller oppgis i forhold til hva som ville ha vært tilfelle dersom det ikke ble utdelt noe tilleggsvederlag.³⁵⁸ Tilleggsvederlaget har dermed de karakteristikk som kjennetegner en realisasjon.³⁵⁹ Ved utdeling av tilleggsvederlag foreligger det en

³⁵⁴ Se Folkvord (2006) s. 263-266.

³⁵⁵ Se Folkvord (2006) s. 263.

³⁵⁶ Se Folkvord (2006) s. 261 i note 730.

³⁵⁷ Jf. Folkvord (2006) s. 264.

³⁵⁸ Se Folkvord (2006) s. 264.

³⁵⁹ Folkvord (2006) s. 264.

umiddelbar og nødvendig sammenheng mellom tilleggsvederlaget og oppgivelsen av kravet av vederlagsaksjer.³⁶⁰ Dette må gjelde uavhengig av om utdelingen gjennomføres som en forholdsmessig eller skjevdelt utdeling av tilleggsvederlag. En slik forståelse forutsetter imidlertid at aksjonærene i overdragende og overtakende selskap ses i sammenheng. Utdelingen av tilleggsvederlag vil da alltid medføre en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon, i forhold til hva aksjonæren ville ha hatt dersom det ikke ble utdelt tilleggsvederlag.

De norske reglene for skattlegging av tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon bygger imidlertid på den forutsetning av aksjonærene i overdragende selskap ikke skal ses i sammenheng med aksjonærene i overtakende selskap. Kravet til oppgivelse av eierposisjon referere seg kun til forholdet mellom aksjonærene i overdragende selskap. Forholdet til aksjonærene i overtakende selskap har med andre ord ingen betydning for spørsmålet om skattlegging eller klassifisering av tilleggsvederlaget.

Det har vært reist innsigelser mot den oppdelingen av tilleggsvederlaget som reglene legger opp til i dag.³⁶¹ Man kan, antageligvis også med rette, argumentere for at dette skillet, mellom likedelt og skjevdelt tilleggsvederlag, kan medføre vridninger som skaper innrettelsesmuligheter.³⁶² Slike standpunkt kan imidlertid også hevdes for spørsmålet om skattlegging av utdelinger i forbindelse med kapitalnedsettelse i selskapet, og ved salg av aksjer til utstedende selskap. Reglene om skattlegging av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon, og den oppdeling av vederlaget etter hvorvidt utdelingen medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet eller ikke, er imidlertid i tråd med den rettsoppfatning som gjør seg gjeldende i forhold til de øvrige disposisjonstypene som her nevnt (forutsatt at man holder aksjonærene i overtakende selskap utenfor ved vurderingen av om aksjonæren har oppgitt sin eierposisjon i selskapet).

³⁶⁰ Folkvord (2006) s. 264.

³⁶¹ Se Folkvord (2006) s. 263-266.

³⁶² Folkvord (2006) s. 265.

For meg fremstår dette spørsmålet, om den skatterettslige oppdeling av skjevdelt og likedelt utdeling av tilleggsvederlag, som et spørsmål om det ved bedømmelsen av realisasjonsbegrepet er relevant å se kravet til oppgivelse av eierposisjon i selskapet, som en henvisning til aksjonærens eierposisjon i overdragende eller overtakende selskap. Folkvord argumenterer for at reglene for skattlegging av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon bør endres, slik at utdeling av tilleggsvederlag alltid skal anses som en realisasjon.³⁶³ En slik regel vil opplagt være lettere å praktisere, men om den vil medføre en mindre vridning eller skape mindre rom for innrettelsesmuligheter er imidlertid usikkert. Ved en slik regel, som medfører at tilleggsvederlag alltid skal anses som realisasjon, vil selskapet fremdeles kunne tilpasse seg regelsettene ved å eventuelt utdele utbytte forut for fisjonen eller fusjonen, eller ved å foreta en kapitalnedsettelse (ved forholdsmessig innløsning eller nedskrivning av aksjens pålydende) i stedet for å utdele tilleggsvederlag.

7.3 Særlig om fisjon og fusjon ved grenseoverskridende disposisjoner – forholdet til skatteavtalenes fordelingsregler

Ved grenseoverskridende disposisjoner siktes det i utgangspunktet til situasjoner der norske selskaper med utenlandske aksjonær, eller utenlandske selskaper med norske aksjonærer, gjennomfører en fisjon eller fusjon. Tilsvarende spørsmål oppstår imidlertid også der et norsk selskap fusjonerer med et utenlandsk selskap. Forutsetningen for at spørsmålet om norsk beskatning skal komme opp, er imidlertid enten at overdragende selskap eller aksjonæren i overdragende selskap er bosatt eller hjemmehørende i Norge.

OECDs mønsteravtale har ingen regler som spesielt tar sikte på å regulere utdelinger i forbindelse med fisjon eller fusjon av selskaper. Utgangspunktet for spørsmålet om klassifisering av slik inntekt må være hvorvidt inntekten kan sies å være ”income from ... corporate rights” eller ”gains from the alienation of ... property”.³⁶⁴ Avgjørende bør være

³⁶³ Se Folkvord (2006) s. 263-266.

³⁶⁴ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (3) og 13 (5).

hvorvidt disposisjonen faktisk medfører en reduksjon av aksjonærens eierinteresse i selskapet.³⁶⁵

Ved fisjon eller fusjon oppgir aksjonæren (helt eller delvis) sin eierposisjon i selskapet (overdragende selskap) mot aksjer i et annet selskap (overtakende selskap) samtidig som verdier i det førstnevnte selskapet (overdragende) overføres til det andre selskapet (overtakende). Disposisjonen medfører således i praksis et bytteforhold der aksjonærene i overdragende selskap overfører aksjer til overtakende selskap, og i bytte for disse aksjene mottar aksjer i overtakende selskap. I OECDkomm. 13.5 er gevinst definer som ”exchange of property”, og det kan på denne bakgrunn argumenteres for at slikt vederlag (i form av vederlagsaksjer) alltid må anses regulert av gevinstreglene i OECDs mønsteravtale art. 13 (5).³⁶⁶ Dette gjelder imidlertid bare for den delen av vederlaget som består av vederlagsaksjer. Dersom det i tillegg til, eller i stedet for, slike vederlagsaksjer utdeles tilleggsvederlag, må det antas at denne delen av fisjons- eller fusjonsvederlaget ikke omfattes av betegnelsen ”exchange of property”.³⁶⁷ For slikt tilleggsvederlag inneholder ikke mønsteravtalen noen uttrykkelig regulering for klassifiseringen av inntekten. Ofte skal slikt vederlag også skattlegges etter egne regler i statenes intern rett.³⁶⁸

³⁶⁵ Se Helminen (1999) s. 359.

³⁶⁶ Se OECDkomm. 13.5. Se også Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 13 (24) s. 818 og Smit (1992) s. 57-60 som omtaler en avgjørelse av den Nederlandske høyesterett av 3. juli 1991, No. 25.308, publisert i *Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 1991/248*. Her fant retten at et aksjesalg med en ”likvidasjonsklausul” ikke kunne anses som en utbytteutdeling, da salget etter skatteavtalens regler måtte regnes som en gevinst ved avhendelse av aksjen. Klassifiseringen av inntekten etter OECDkomm. gevinstdefinisjon ga etter retten mening ikke rom for å anvende internrettslige regler i Nederland (der slikt salg med likvidasjonsklausul skulle anses som utbytte).

³⁶⁷ OECDkomm. 13.5.

³⁶⁸ I hvert fall må dette kunne hevdes i forhold til de stater som har regler som medfører at fisjon eller fusjon av selskaper kan gjennomføres uten at det utløses beskatning på selskapets eller aksjonærens hånd. For norsk rett, se sktl. § 11-1 ff. (særlig § 11-6). I forhold til EFs-fusionsskattedirektiv følger det samme av reglene i 90/434/EØF art. 8, se særlig art 8 (9). Se også nedenfor under punkt. 7.3.2.

Utdeling av tilleggsvederlag har normalt den virkning at aksjonæren i overdragende selskap mottar færre vederlagsaksjer i forbindelse med fisjon eller fusjon enn det han ville hatt krav på ut fra sin eierposisjon i overdragende selskap. Slik sett vil utdelingen kunne sies å være et resultat av aksjonærens oppgivelse av eierposisjon, og således falle inn under betegnelsen ”gains from the alienation of ... property”.³⁶⁹ I forbindelse med full og partiell likvidasjon, fremholdes det i OECDkomm. at klassifisering av slik inntekt under mønsteravtalens gevinstregler ikke stenger for klassifisering av inntekten under utbytteregelen, forutsatt at slik inntekt behandles som utbytte i selskapets hjemlands rett.³⁷⁰ Dette bør, etter min mening, også kunne gjøres gjeldende i forbindelse med klassifiseringen av tilleggsvederlag etter skatteavtalenes regler.

I den videre fremstillingen skilles det mellom spørsmålet om klassifisering av vederlagsaksjer, der spørsmålet om vederlagsaksjene skal anses som ”exchange of property” må antas å være avgjørende for om vederlaget alltid skal anses som en aksjegevinst etter mønsteravtalens regler, og annet vederlag (tilleggsvederlag) der klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens gevinst- eller utbytteregler må avgjøres etter intern rett i utdelende selskap hjemstat, jfr. reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

7.3.1 Fisjon og fusjon av norske selskaper og fusjon av norske og utenlandske selskaper der aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet

Ved fisjon eller fusjon mellom norske selskaper vil normalt de norske reglene for skattefri fusjon eller fisjon komme til anvendelse.³⁷¹ Vederlag i form av vederlagsaksjer vil da ikke utløse skatteplikt på aksjonærens hånd.³⁷² Dette må gjelde uavhengig av hvorvidt aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge eller utlandet. Dersom fisjon eller fusjon

³⁶⁹ Jf. OECDs mønsteravtale art. 13 (5).

³⁷⁰ Jf. OECDkomm. 10.28 og 13.31. Se punkt 4.2 og 5.2.

³⁷¹ Se sktl. § 11-1 ff. Reglene kommer imidlertid etter sin ordlyd bare til anvendelse dersom alle selskapene som deltar i fisjonen eller fusjonen er hjemmehørende i Norge, jf. sktl. §11-1 (2).

³⁷² Jf. sktl. §§ 11-1 ff. Se også ovenfor under punkt 7.1.

ikke oppfyller kravene i sktl. §§ 11-1 flg., vil imidlertid ikke disse reglene komme til anvendelse. Det alminnelige utgangspunkt er da at en slik sammenslåing eller deling av selskaper utløser skatteplikt både på selskapets og aksjonærens hånd.³⁷³

Ved fisjon eller fusjon mellom norske og utenlandske selskaper kommer ikke de norske reglene for skattefritak ved fisjon eller fusjon til anvendelse, jfr. sktl. § 11-1 (2). Dersom overdragende selskap er hjemmehørende i Norge oppstår spørsmålet om Norge kan beregne kildeskatt for slik inntekt etter mønsteravtalens regler. Dette spørsmålet kan også oppstå ved fisjon eller fusjon mellom to eller flere norske selskaper i den grad fisjonen eller fusjonen ikke oppfyller kravene i sktl. § 11-1 flg. for skattefri fisjon/fusjon. Av praktiske grunner omtales imidlertid bare grenseoverskridende disposisjoner nedenfor, men samme regler og grensedragning må kunne legges til grunn også for slike tilfeller.

Der et norsk selskap (overdragende) fusjonerer med et utenlandsk selskap (overtakende) oppstår spørsmålet om skatteplikt til Norge både der aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge og utlandet. Forutsetningen for den videre behandlingen er imidlertid at aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet.

Etter sktl. § 11-22 kan det søkes om dispensasjon fra skatteplikt ved grenseoverskridende fisjon eller fusjon. For selskaper hjemmehørende innenfor EU/EØS-området har det blitt reist spørsmål ved om reglene i EØS-avtalen art. 31 oppstiller krav om at slik dispensasjon må gis.³⁷⁴ Hvorvidt EØS-avtalen medfører at fisjon og fusjon innenfor EU/EØS-området må kunne gjennomføres med skattemessig kontinuitet eller ikke er imidlertid usikkert. Finansdepartementet har lagt til grunn at slik dispensasjon skal være relativt kurant for

³⁷³ Jf. sktl. § 11-1 (1). For aksjonærene vil vederlagsaksjene anses som skattepliktig inntekt ved realisasjon etter sktl. § 9-2 (1), se litra c, mens eventuelt tilleggsvederlag vil være skattepliktig som gevinst eller utbytte, avhengig av hvordan utdelingen gjennomføres.

³⁷⁴ Se Sak C-411/03 Sevic hvor EF-domstolen fant at en regel som bare medførte skattefritak ved fisjon eller fusjon der begge selskap var hjemmehørende i Tyskland var i strid med EU-traktatens regler om fri etableringsfrihet.

selskaper hjemmehørende innenfor EU/EØS-området (forutsatt at lovens øvrige vilkår om eierkontinuitet og videreføring av de skattemessige verdiene er oppfylt).³⁷⁵

Dispensasjonsreglene gjelder også for fisjon og fusjon mellom norske og utenlandske selskaper hjemmehørende utenfor EØS-området, men i slike tilfeller oppstiller ikke EØS-avtalen noe krav om at slik dispensasjon må gis. I den grad det ikke gis dispensasjon ved grenseoverskridende fisjon eller fusjon, oppstår spørsmålet om Norge har kompetanse til å beregne kildeskatt av inntekten.

Utdeling av fisisjons- eller fusjonsvederlag kan bestå av vederlagsaksjer og/eller tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon. Både ved spørsmålet om skattlegging etter intern norsk rett og ved skatteavtalens klassifisering av inntekten må det skilles mellom disse to formene for vederlag.

Etter norsk intern rett skal utdeling av vederlagsaksjer anses som en realisasjon av aksjene og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.³⁷⁶ Som anført ovenfor må dette også legges til grunn ved klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens regler.³⁷⁷ Etter OECDs mønsteravtale art. 13 (5) er beskatningskompetansen for aksjegevinst eksklusivt lagt til aksjonærens hjemstat. Der aksjonæren i overdragende selskap er hjemmehørende i utlandet medfører dette at Norge, som selskapets hjemstat, må avstå fra å skattlegge inntekten.

Dersom aksjonæren i tillegg til, eller i stedet for, slike vederlagsaksjer mottar tilleggsvederlag, må intern rett i utdelende selskaps hjemstat anses avgjørende ved klassifiseringen av inntekten under mønsteravtalens regler, jfr. OECDs mønsteravtale art. 10 (3). Når overdragende selskap er hjemmehørende i Norge, må således intern norsk rett

³⁷⁵ Jf. Finansdepartementet, svar på spm. 33 fra Stortingsrepresentant Solveig Horne, publisert 04.12.2007.

³⁷⁶ Jfr. sktl. § 9-2 (1) litra c.

³⁷⁷ Dette gjelder uavhengig av om man anser klassifiseringen av inntekten som avgjort etter mønsteravtalens gevinstregler og gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5, eller om man legger intern norsk rett til grunn ved klassifiseringen av inntekten.

legges til grunn ved vurderingen av grensdragningen mellom mønsteravtalens gevinst- og utbytteregler.³⁷⁸

Etter norsk rett må det skilles mellom likedelt og skjevdelte tilleggsvederlag.³⁷⁹ Dersom tilleggsvederlaget representerer en skjevdeling skal utdelingen etter norsk rett anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Ved likedeling av tilleggsvederlaget vil imidlertid disposisjonen reelt sett ikke medføre en oppgivelse av eierposisjon, og utdelingen skal skatterettslig anses som en utdeling av utbytte. Dersom deler av vederlaget representerer en forholdsmessig innløsning, men enkelte aksjonærer mottar en forholdsmessig større andel av tilleggsvederlaget enn deres eierposisjon skulle tilsi, må vederlaget delvis anses som en realisasjon og delvis som en utbytteutdeling. Den andel av vederlaget som representerer en forholdsmessig utdeling til samtlige aksjonærer (likedelingen) skal skattlegges som utbytte, mens den resterende eller overskytende del (skjevdelingen) skal skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.³⁸⁰ Denne grensdragningen må også kunne gjøres gjeldende i forhold til skatteavtalenes regler.³⁸¹

For utenlandske aksjonærer medfører dette at spørsmålet om skatteplikt til Norge avhenger av hvordan utdelingen av tilleggsvederlaget gjennomføres. Ved en skjevdelte utdeling skal utdelingen anses som en gevinst etter mønsteravtalens fordelingsregler. Etter OECDs mønsteravtale art. 13 (5) er beskatningskompetansen for aksjegevinst lagt eksklusivt til aksjonærens (avhenders) hjemstat. Norge, som selskapets hjemstat, vil da ikke ha kompetanse til å beregne kildeskatt ved utdelingen. Der tilleggsvederlaget likedeles, vil imidlertid Norge, som utdelende selskaps hjemstat, ha en begrenset beskatningskompetanse etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (2). For utenlandske aksjonærer i norske selskaper medfører dette at en likedelt utdeling av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon skal anses som skattepliktig inntekt etter reglene i sktl. § 10-13.

³⁷⁸ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

³⁷⁹ Se ovenfor under punkt 7.2.

³⁸⁰ Se ovenfor under punkt 7.2.1.

³⁸¹ Jf. OECDs mønsteravtale art. 10 (3).

7.3.2 Fisjon og fusjon av utenlandske selskaper og fusjon av norske og utenlandske selskaper der aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge

Ved fisjon eller fusjon av utenlandske selskaper, eller ved fusjon av norske og utenlandske selskaper, der det norske selskapet er overtakende selskap, oppstår spørsmålet om norsk beskatningskompetanse bare i de tilfellene aksjonæren i overdragende selskap er bosatt eller hjemmehørende i Norge.

I likhet med problemstillingen ovenfor må det også her skilles mellom klassifiseringen av vederlagsaksjer og tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon. Ved klassifiseringen av vederlagsaksjene kan det stilles spørsmål ved om gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5 medfører at vederlagsaksjene alltid må anses som en gevinst etter mønsteravtalens regler. I kommentaren fremholdes det at gevinstreglene i OECDs mønsteravtale art. 13 (5) er ment å få anvendelse på inntekt ”from ... exchange of property”.

Spørsmålet om utdeling av vederlagsaksjer skal anses omfattet av begrepet ”exchange of property”, og således klassifiseres under mønsteravtalens gevinstregler i art. 13 (5) har bare betydning i den grad utdelende selskaps hjemstat etter intern rett anser slik inntekt som utbytte. Dersom overdragende selskaps hjemstat har internrettslige regler som medfører at slik fisjon eller fusjon kan gjennomføres uten skattlegging av aksjonæren (i selskapets hjemstat), vil imidlertid ikke spørsmålet komme på spissen.

Hvis utdelende selskaps hjemstat anser utdelingen av vederlagsaksjer som en utbytteutdeling, og således beregnes kildeskatt etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (2), oppstår spørsmålet om Norge, som aksjonærens hjemstat, er forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten. Her vil det kunne oppstå spørsmål ved om skattleggingen i kildestaten er ”in accordance with the provisions of this Convention”.³⁸² Hvis man legger

³⁸² Jf. OECDs mønsteravtale art. 23 A (1) og 23 B (1), og OECDkomm. 32.2.

til grunn at gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5 medfører at utdeling av vederlagsaksjer alltid skal anses som en gevinst etter mønsteravtalens regler, vil det ikke være rom til å anvende intern rett i selskapets hjemstat ved klassifisering av inntekten, og en skattlegging etter utbyttereglerne vil da ikke kunne anses å være ”in accordance with the provisions of this Convention”.³⁸³ Den annen stat (her Norge) vil da ikke være forpliktet til å gi kredit for skatt betalt i kildestaten.³⁸⁴ Hvorvidt man kan tillegge gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5 en slik betydning kan imidlertid være usikkert.³⁸⁵ En uenighet om hvorvidt disposisjonen er omfattet av gevinstdefinisjonen eller om man må anvende intern rett for å klassifisere inntekten er ikke løst i mønsteravtalen. Statene er da forpliktet til å søke å oppnå en gjensidig avtale etter reglene for en ”mutual agreement procedure” foreskrevet i mønsteravtalens art. 25.³⁸⁶ Dersom statene ikke kommer til enighet, vil den dobbeltbeskatningen som her oppstår, ikke være avverget av mønsteravtalens regler.

Det må antas at det bare er vederlag i form av vederlagsaksjer ved fisjon eller fusjon som eventuelt er omfattet av gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5. Utdeling av tilleggsvederlag er ikke uttrykkelig regulert i mønsteravtalen. Hvorvidt tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon skal klassifiseres under mønsteravtalens gevinst- eller utbyttereglerne må da avgjøres etter intern rett i utdelende selskaps hjemstat, jfr. OECDs mønsteravtale art. 10 (3). En forutsetning for at problemstillingen skal komme opp, må være at utdelende

³⁸³ Jf. OECDs mønsteravtale art. 23 A (1) og 23 B (1), og OECDkomm. 32.2.

³⁸⁴ Jf. OECDs mønsteravtale art. 23 A (1) og 23 B (1), og OECDkomm. 32.2 ff.

³⁸⁵ Se Klaus Vogel on double taxation conventions (1997) art. 13 (24) s. 818 som ser ut til å legge til grunn at gevinstdefinisjonen i OECDkomm. 13.5 her må være avgjørende. Se for øvrig også Smit (1992) s. 57-60 som omtaler en avgjørelse av den Nederlandske høyesterett av 3. juli 1991, No. 25.308, publisert i *Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 1991/248*. Her fant retten at et aksjesalg med en ”likvidasjonsklausul” ikke kunne anses som en utbytteutdeling, da salget etter mønsteravtalens regler måtte anses å falle inn under gevinstreglene. Klassifiseringen av inntekten etter mønsteravtalens gevinstdefinisjon ga etter retten mening ikke rom for å anvende internrettslige regler i Nederland (der slikt salg med likvidasjonsklausul skulle anses som utbytte).

³⁸⁶ Se OECDkomm. 32.5. Se også OECDs mønsteravtale art. 25, særlig 3.ledd.

selskaps hjemstat har regler som åpner for at det kan ytes en form for tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon.

Dersom overdragende selskaps hjemstat anser slike utdelinger (helt eller delvis) som utbytte, vil kildestaten ha rett til å skattlegge inntekten etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 10 (2), jfr. art. 10 (3). Norge, som aksjonærens hjemstat, er da forpliktet til å gi kredit i norsk skatt etter reglene i OECDs mønsteravtale art. 23 A eller 23 B.³⁸⁷ Slik kredit gis etter reglene i sktl. § 16-20 flg. I den grad utdelingen anses som en gevinst, vil normalt selskapets hjemstat ikke ha kompetanse til å skattlegge inntekten etter skatteavtalenes fordelingsregler. Etter OECDs mønsteravtale art. 13 (5) er kompetansen til å skattlegge slik inntekt eksklusivt lagt til aksjonærens hjemstat, og spørsmålet om kredit i norsk skatt kommer derfor normalt ikke opp når inntekten klassifiseres under skatteavtalenes gevinstregler, jfr. OECDs mønsteravtale art. 13 (5).

³⁸⁷ Se ovenfor under punkt 3.3.

DEL IV: Avslutning

8 Sammenfatning

Slike grensedisposisjoner som her er blitt omtalt kjennetegnes ved at transaksjonene har likhetstrekk til både det som normalt regnes som realisasjon og det som kjennetegnes som utbytte, uten at disposisjonene kan karakteriseres som typisk for noen av regelsettene. Gevinst- og tapsreglenes anvendelsesområde er kjennetegnet ved at aksjonæren oppgir eller reduserer sin eierposisjon i selskapet ved realisasjon av aksjene, og at vederlaget aksjonæren mottar skriver seg fra kjøper (og ikke selskapet). For at utbyttereguleringene skal komme til anvendelse må det foreligge en verdioverføring fra selskap til aksjonær. For slike transaksjoner vil vederlaget aksjonæren mottar skrive seg fra selskapet, samtidig som utdelingen ikke medfører noen endring i aksjonærens eierinteresse i selskapet.

Ved grensedisposisjoner som innløsning av enkeltaksjer, salg av aksjer til utstedende selskap, tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon og utdeling av likvidasjonsoverskudd i forbindelse med selskapets oppløsning og avvikling, vil verdiene eller vederlaget aksjonæren mottar skrive seg fra selskapet, samtidig som utdelingen kan medføre en oppgivelse eller reduksjon av aksjonærens eierposisjon i selskapet. Utdelinger i forbindelse med slike grensedisposisjoner (likvidasjon, innløsning av enkeltaksjer, salg av aksjer til utstedende selskap og utdeling av tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon) kan gjennomføres etter forskjellige fremgangsmåter. To hovedkategorier kan her tenkes å forekomme: utdelinger som utgjør en forholdsmessig (pro rata) utdeling og som ikke medfører en oppgivelse av den enkelte aksjonærs eierposisjon i selskapet, eller utdelinger som gjennomføres som en skjevdeling der bare enkelte aksjonærer mottar vederlag, mot at aksjonæren helt eller delvis oppgir eierposisjon i selskapet. En kombinasjon av disse to

utdelingssituasjonene kan også tenkes, f.eks. dersom utdelingen i utgangspunktet gjennomføres forholdsmessig for samtlige aksjonærer, men der disposisjonen medfører en oppgivelse av eierposisjon i selskapet for én eller flere av aksjonærene. Dette vil typisk være tilfelle dersom én eller flere av aksjonærene utløses i forbindelse med disposisjonen, eller dersom enkelte av aksjonærene mottar en forholdsmessig større del av vederlaget enn deres opprinnelige eierposisjon i selskapet skulle tilsi. Skattlegging av utdelinger i forbindelse med slike grensedisposisjoner må avgjøres ut fra utdelingssituasjonen.

8.1 Pro rate utdeling kontra skjevdeling

Grensen mellom gevinst- og tapsreglene og utbyttreglene trekkes i praksis ved realisasjonskriteriet. I den grad utdelingen medfører realisasjon, skal vederlaget aksjonæren mottar ved disposisjonen skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. Dette gjelder uavhengig av hvilket regelsett disposisjonen i utgangspunktet er klassifisert under, og hvorvidt klassifiseringen har kommet direkte til uttrykk i loven (som ved likvidasjon av selskapet og innløsning av enkeltaksjer), eller om løsningen følger av andre kilder (f.eks. som ved salg av aksjer til utstedende selskap og utdeling av tilleggsvederlag ved fisjon og fusjon).³⁸⁸ Etter rettspraksis må det legges til grunn at det avgjørende for spørsmålet om det foreligger en realisasjon i skatterettslig forstand, må være hvorvidt disposisjonen kan sies å ha medført en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet.³⁸⁹ I den grad disposisjonen medfører en realisasjon i skatterettslig forstand, skal gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg. få anvendelse på utdelingen. Aksjonærens oppgivelse av eierposisjon i selskapet anses da som en form for motytelse slik at utbyttreglene ikke får anvendelse ved

³⁸⁸ F.eks. er det antatt at tilleggsvederlag ved fisjon eller fusjon i utgangspunktet er klassifisert under utbyttreglene, mens innløsning av enkeltaksjer i utgangspunktet skal anses som en realisasjon av aksjene og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene. Grensen mellom regelsettene må imidlertid anses å være lik uavhengig av dette utgangspunktet.

³⁸⁹ Jf. særlig Rt. 1998 s. 1425 (Troll Salmon) og Rt. 2001 s. 170 (Espeland).

utdelingen. Presumptivt må dette kunne legges til grunn også i forhold til andre regler som knytter skatterettslige virkninger til realisasjonsbegrepet.³⁹⁰

8.2 Forholdsmessig utdeling og skjevdeling

Grensen mellom gevinst- og tapsreglenes og utbyttereglenes anvendelsesområde må i utgangspunktet trekkes likt uavhengig av hvorvidt begge typer av utdelingssituasjoner (forholdsmessig og skjevdelt utdeling) forekommer i en og samme disposisjon, eller i to forskjellige transaksjoner. En slik delvis skjevdelt, delvis likedelt utdeling kan forekomme både der samtlige aksjonærer mottar vederlag etter deres forholdsmessige eierandel i selskapet, men der disposisjonen medfører en utløsning av én eller flere av minoritetsaksjonærene, og der samtlige aksjonærer mottar vederlag, men der utdelingen ikke gjennomføres forholdsmessig for samtlige aksjonærer (enkelte av aksjonærene velger f.eks. å innløse eller selge forholdsvis flere aksjer enn de øvrige aksjonærene i selskapet).

Dersom disposisjonen delvis medfører en reduksjon eller oppgivelse av aksjonærens eierposisjon, og delvis en forholdsmessig utdeling til samtlige aksjonærer, må utgangspunktet være at vederlaget skal deles opp etter reglene skissert ovenfor. Den del som representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet skal anses som en realisasjon og skattlegges etter gevinst- og tapsreglene i sktl. § 10-30 flg., mens resterende del av utdelingen skatterettslig skal anses som en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær, og skattlegges etter utbyttereglene i sktl. § 10-11 flg.

For enkelte disposisjonstyper kan imidlertid praktiske hensyn gjøre seg gjeldende på en slik måte at det kan rettferdiggjøre at skattleggingen gjennomføres etter bare ett av regelsettene. Dette er, etter Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 2006 s. 748, lagt til grunn ved den skatterettslige behandlingen av innløsning av enkeltaksjer. En forutsetning for at en slik skattlegging (under bare ett av regelsettene) skal være akseptabel, bør imidlertid være

³⁹⁰ Se ovenfor under punkt 2.2 og forholdet til grensedragningen mellom realisasjon og utbytte etter utflyttingsreglene i sktl. § 10-70.

at en slik ”sammenslåing” av vederlaget er til fordel for skattyter. Hvis en slik skattlegging under bare ett av regelsettene medfører en hardere beskatning av aksjonæren, må dette etter min oppfatning være i strid med skattelovens forutsetninger. I praksis er det lagt til grunn at en innløsning av enkeltaksjer som delvis medfører realisasjon i sin helhet skal skattlegges etter gevinst- og tapsreglene.³⁹¹ Dette gjelder for samtlige aksjonærer som deltar i innløsningen, også for de aksjonærene som i det konkrete tilfellet ikke får endret sin eierposisjon i selskapet. En slik skattlegging (etter gevinst- og tapsreglene) vil vanligvis være en fordel for aksjonærene, og vil derfor normalt ikke være i strid med loven. Dette må antas å gjelde både når aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i Norge, der gevinst- og tapsreglene gir hjemmel for tapsfradrag for personlige aksjonærer, og når aksjonæren er bosatt eller hjemmehørende i utlandet, der det i all hovedsak vil mangle internrettslig hjemmel for skattlegging av slik inntekt.

For andre disposisjonstyper (enn ved innløsning av enkeltaksjer) må det imidlertid kunne legges til grunn at slike praktiske hensyn normalt ikke vil gjøre seg like sterkt gjeldende (uten at det nødvendigvis kan utelukkes helt). Utgangspunktet og hovedregelen bør imidlertid være, som anført ovenfor, at i den grad, og bare i den grad utdelingen representerer en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, foreligger realisasjon i skatterettslig forstand og gevinst- og tapsreglene får anvendelse. Resterende del av utdelingen, som ikke medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon, må eventuelt behandles og skattlegges etter utbyttreglene i sktl. §§ 10-11 flg.

8.3 Forholdet til skatteavtalene

Grensen mellom aksjegevinster og aksjeutbytte etter skatteavtalenes fordelingsregler har vært lite problematisert i OECDs mønsteravtale og OECDkomm. I de fleste tilfeller er beskatningskompetansen for løpende avkastning og gevinst ved avhendelse av formuesobjektet lagt til samme stat, og det vil derfor normalt ikke være nødvendig å trekke

³⁹¹ Se Finansdepartementets uttalelse, inntatt i Utv. 2006 s. 748 og Lignings-ABC 2007/08 s. 12.

en grense mellom reglens anvendelsesområde.³⁹² Beskatningsfordelingen for aksjeinntekter bryter imidlertid med dette utgangspunktet, og for slike inntekter vil det derfor være nødvendig å trekke en grense mellom fordelingsreglene for løpende avkastning (utbytte) og gevinst.³⁹³ OECDs mønsteravtale legger opp til at intern rett i utdelende selskaps hjemstat skal være avgjørende for klassifiseringen av inntekt under, og grensedragningen mellom mønsteravtalens gevinst- og utbytteregler.³⁹⁴

Når utdelende selskap er hjemmehørende i Norge må således den alminnelige grensedragningen mellom gevinst- og tapsreglens og utbyttereglens anvendelsesområde i sktl. § 10-11 flg. og 10-30 flg. legges til grunn ved skatteavtalens klassifisering av inntekten. Dette medfører at det skillet som er skissert ovenfor etter hvorvidt disposisjoner medfører en oppgivelse av aksjonærens eierposisjon i selskapet, også må være avgjørende i forhold til grensedragningen mellom aksjegevinster og aksjeutbytte etter skatteavtalens fordelingsregler.

Dette må også gjelde der skatteavtalene har særlige bestemmelser om aksjegevinster, ut over den såkalte "catch-all" klausulen i OECDs mønsteravtale art. 13 (5). Forutsetningen må imidlertid være at avtalens selv ikke gir anvisning på noe annet. I forhold til skatteavtaler som inneholder utflyttingsklausuler, slik som bl.a. NSA art. 13 (7), medfører dette at den nasjonale grensedragningen må legges til grunn ved avgjørelsen av om det foreligger en "avhendelse" av aksjen i skatteavtalens forstand.

En slik sak var oppe i nederlandsk høyesterett i 1994.³⁹⁵ Spørsmålet i saken gjaldt et tilfelle der en aksjonær bosatt i Nederland flyttet til Spania. Etter utflyttingen solgte aksjonæren aksjer til det utstedende selskapet

³⁹² Jf. OECDkomm. 13.4. Se også Andersson (1991) s. 153.

³⁹³ Se OECDs mønsteravtale art. 10 og 13 (5) om fordelingen av beskatningskompetansen i forhold til aksjeinntekter.

³⁹⁴ Se ovenfor under punkt 3.3.

³⁹⁵ Se Hoge Raads avgjørelse av 25. mai 1994, No. 28.959, publisert i *Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak (BNB) 1994/219c*, omtalt i *Huiskes (1994) s. 472-474*. Se også *Betten (1993) s. 424-426* som omtaler dommen i underinstansen.

(som var hjemmehørende i Nederland). Den aktuelle skatteavtalen inneholdt en utflyttingsbestemmelse tilnærmet lik den som er i NSA art. 13 (7). Etter nederlandsk rett skulle normalt slikt salg av aksjer til utstedende selskap anses som utbytte, men staten hevdet at dette måtte være uten betydning i forhold til skatteavtalens klassifisering av inntekten. Staten hevdet at utflyttingsbestemmelsen i skatteavtalen måtte anses som en form for *lex specialis* og således gå foran utbytteregele som måtte anses som *lex generalis*. Hoge Raad fant at den aktuelle skatteavtalen ikke gav grunnlag for en slik forståelse. Utflyttingsregelen i skatteavtalen var riktignok å anse som *lex specialis* i forhold til den generelle gevinstregelen (se OECDs mønsteravtale art. 13 (5)), men det var ingen holdepunkter i skatteavtalen for at bestemmelsen også var ment å være et unntak fra utbyttebestemmelsen (se OECDs mønsteravtale art. 10). Det avgjørende i forhold til klassifiseringen av inntekten under skatteavtalens bestemmelser måtte således være den internrettslige klassifiseringen i Nederland (utdelende selskaps hjemstat), og etter nederlandsk rett skulle slik inntekt anses som utbytte. Etter rettens oppfatning måtte dette også legges til grunn i forhold til klassifiseringen av inntekten etter skatteavtalens fordelingsbestemmelser.

Ved avgjørelsen av om utflyttingsbestemmelsen i NSA art. 13 (7) får anvendelse på disposisjonen, må norsk intern rett legges til grunn ved bedømmelsen av om det foreligger en realisasjon i skatterettslig forstand når selskapet er hjemmehørende i Norge. Dersom f.eks. en innløsning eller et salg av aksjer til utstedende selskap gjennomføres forholdsmessig for samtlige aksjonærer, anses disposisjonen ikke å utløse gevinstbeskatning i norsk rett, og utflyttingsreglene NSA art. 13 (7) kommer således ikke anvendelse. For selskaper hjemmehørende i Norge, vil imidlertid normalt Norge som selskapets hjemstat ha rett til å beregne kildeskatt innenfor en fastsatt proSENTSATS etter reglene i OECDs mønsteravtale 10 (2) (se NSA art. 10 (3)).

Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. 2. utg. Oslo, 2006.

Andersen, Trond Erik. *Egne aksjer - aksjeloven og allmennaksjelovens kapittel 9*. I: Revisjon og regnskap Årg. 69, nr 7 (1999) s. 46-50.

Det Nordiska skatteavtalet med kommentarer. Edward Andersson ... [et al.]. 2. oppl. Helsingfors, 1991.

Banoun, Bettina. *Omgåelse av skattereglene – En studie av høyesterettspraksis*. Oslo, 2003.

Betten, Rijkele. *Tax Treaty Interpretation: Income from the purchase of shares by the issuing company: dividend and capital gain?* I: *European Taxation* 33 (1993) s. 424-426.

Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivende*. 30. utg. Oslo, 2007.

Brudvik, Arthur J. *Skatterett for næringsdrivende*. 31. utg. Oslo, 2008.

Skattelovkommentaren 2003/04. Arthur J. Brudvik ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2004.

Den Norske revisorforening. *Egenkapitaltransaksjoner*. 3. utg. Oslo, 2007.

Dimmen, Ole Andreas. *Fritaksmetoden - en gavepakke til skatteplanleggere?* I: Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 8/2007 (2007).

Folkvord, Benn. *Skatt ved fusjon og fisjon*. Oslo, 2006.

Frøberg, Thomas. *Juridiske identitetsspørsmål – Særlig om fortsatt forbrytelse i strafferetten og straffeprosessen*. Upublisert avhandling for mastergraden i rettsvitenskap (2008).

Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 6. utg. Oslo, 2003.

Gjems-Onstad, Ole. *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Oslo, 2008.

Grydeland, Aleksander. *Handel med egne aksjer i et skatterettslig perspektiv*. I: *Skatterett* Årg. 20, nr 1 (2001) s. 37-61.

Helminen, Marjaana. *Dividends, Interest and Royalties under the Nordic Multilateral Double Taxation Convention*. I: Bulletin for international taxation Volume 61 - number 2 (2007) s. 49-64.

Helminen, Marjaana. *The dividend concept in international law*. The Hague, 1999.

Huiskes, Theodoor. *Capital Gains on a Company's Repurchase of Shares - Decision of the Netherlands Supreme Court of 25 May 1994*. I: European Taxation 34 (1994) s. 472-474.

Næringslivets aksjemarkedsutvalg. *Egne aksjer – Om aksjeselskapers og allmennaksjeselskapers handel med egne aksjer*. skrift nr.7. Oslo, 1999.

Skatteretten 2. Jan Pedersen ... [et al.]. 4. utg. København, 2005

Lignings-ABC 2007/08. Skattedirektoratet 2008 29. utgave.

Norsk skatteavtalerett. Arvid Aage Skaar ... [et al.]. Oslo, 2006.

Smit, Pieter M. *Classification of Income Under a Tax Treaty - Application of the Vienna Convention on Treaty Law?* I: European Taxation 32 (1992) s. 57-60.

Tjølsen, Anne Taran. *Skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital til aksjonærene*. I: Revisjon og regnskap Årg. 76, nr 5 (2006) s. 43-47.

Klaus Vogel on double taxation conventions – A commentary to the OECD-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital with particular reference to German treaty practice. Klaus Vogel ... [et al.]. 3. utg. London, 1997.

Wille, Hans Georg. *Inntektsbeskatning av aksjonærer ved likvidasjon av aksjeselskap - Del I*. I: Skatterett (1985) s.167-181.

Wille, Hans Georg. *Inntektsbeskatning av aksjonærer ved likvidasjon av selskapet - Del II*. I: Skatterett (1985) s.300-316.

Zimmer, Frederik. *Høyesterettsdommer i skattesaker 1998*. I: Skatterett Årg. 18, nr 3 (1999) s. 253-290.

Zimmer, Frederik. *Høyesterettsdommer i skattesaker 2001 - del I*. I: Skatterett Årg. 21, nr 3 (2002) s. 287-302.

Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 3. utg. Oslo, 2003.

Zimmer, Frederik. *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo, 2005.

Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt – Inntektsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere*. 2. utg. Oslo, 1998.

Zimmer, Frederik (red.) i samarbeid med Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen. *Bedrift, selskap og skatt – Inntektsbeskatning av næringsdrivende, selskaper og selskapsdeltakere*. 4. utg. Oslo, 2006.

Øyen, Ørnulf. *Fortsatt forbrytelse*. I: Jussens venner Vol. 40, nr. 4 (2005) s. 218-258.

Aarbakke, Magnus. *Skatt på inntekt*. 4. utg. Oslo, 1990.

Aksjeloven og allmennaksjeloven med kommentarer. Magnus Aarbakke ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.

Kilder

Domsregister

Rt. 1922 s. 436.

Rt. 1925 s. 472. Kallevig.

Rt. 1925 s. 624. Larsen.

Rt. 1925 s. 1009.

Rt. 1926 s. 83. Hall.

Rt. 1926 s. 209.

Rt. 1926 s. 675.

Rt. 1926 s. 682.

Rt. 1927 s. 386. Bryn.

Rt. 1927 s. 435.

Rt. 1928 s. 495. Finne.

Rt. 1949 s 296. Virik.

Rt. 1957 s. 1239.

Rt. 1961 s. 1195. Kollbjørg.

Rt. 1971 s. 264. Kielland.

Rt. 1976 s. 302. Pegasus/Astrup.

Rt. 1976 s. 519. Gestoria.

Rt. 1978 s. 60. Smestad.

Rt. 1982 s. 789. Torkildsen.
Rt. 1994 s. 492. Railo.
Rt. 1994 s. 499. Gokstad.
Rt. 1994 s. 1416.
Rt. 1998 s. 1425. Troll Salmon.
Rt. 2001 s. 170. Espeland.
Rt. 2002 s. 456. Hydro Canada.
Rt. 2002 s. 798. Nordea.
Rt. 2002 s. 1268. Hovden.
Rt. 2005 s. 86. Fjeld Eiendom.
Rt. 2006 s. 1232. Telenor Eiendom.
Rt. 2007 s. 209. Hex AS.
HR-2008-1977-A. Reitan.
HR-2008-1981-A. ConocoPhillips.
HR-2001-464. Høyesteretts kjæremålsutvalg – Kjennelse.

Underinstans

Utv. 2001 s. 478 Borgarting lagmannsrett LB. 2000 s. 1578. Kronos.

Utv. 2003 s. 336 Jæren tingrett

EF-domstolen

Sak C-265/04 Margaretha Bouanich v Sweden/Skatteverket (Bouanich). Saml. 2008 side 00000

Sak C-411/03 SEVIC Systems Aktiengesellschaft v Germany/Amtsgericht Neuwied (Sevic). Saml. 2005 side I-10805.

Utenlandske dommer

SKM2003.528.LSR Landsskatterettens kendelse af 24 okt 2003; LSR 2-2-1824-0242. Danmark (Finwill).

SKM2005.235.VLR Vestre Landsrets dom af 25 maj 2005. Danmark (Finwill).

SKM2006.91.ØLR Østre Landsrets dom af 13 feb 2006; 12. afdeling B-2385-04. Danmark

SKM2006.460.LSR Landsskatterettens kendelse af 02 jun 2006; 2-2-1819-1431. Danmark

SKM2006.749.HR Højesterets dom af 07 dec 2006; 1. afdeling 282/2005. Danmark (Finwill).

Lovregister

- 1911 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven). Lov 1911-08-18 nr. 08 (sktl.).
- 1921 Lov om beskatning til staten av aksjeselskaper og aksjonærer (Gamle aksjeskattelov). Lov 1921-07-13 nr. 00 (Opphevd).
- 1949 Lov om adgang for Kongen til å inngå overenskomster med fremmede stater til forebyggelse av dobbeltbeskatning m.v. (Dobbeltbeskatningsavtaleloven.) Lov 1949-07-28-15.
- 1969 Lov om særregler for skattlegging av aksjeselskaper og aksjonærer. (Aksjeskatteloven.) Lov 1969-06-19 nr 71.
- 1976 Lov om aksjeselskaper. (Aksjeloven.) Lov 1976-06-04 nr. 59 (Opphevd).
- 1991 Lov om særregler for beskatning av selskaper og selskapsdeltakere (selskapsskatteloven). Lov 1991-07-20 nr. 65.
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven). Lov 1997-06-13 nr. 44 (asl.).
- 1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven). Lov 1997-06-13 nr. 45 (asal.).
- 1998 Lov om årsregnskap m.v. (regnskapsloven). Lov 1998-07-17 nr. 56.
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven). Lov 1999-03-26 nr. 14 (sktl.).
- 2006 Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt. (Endringslov til skatteloven.) Lov 2006-12-15 nr. 81.
- 2007 Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (Endringslov til skatteloven). Lov 2007-12-14 nr. 107.
- 2008 Lov om endringer i lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (Endringslov til skatteloven). Lov 2008-12-12 nr. 99.

Skatte- og avgiftsvedtak 2007. Stortingets skattevedtak 28.11.2006 nr. 1336 for inntektsåret 2008. FOR-2007-11-28-1380.

Utenlandsk lov

- Aktieavancebeskatningsloven. Lovbekendtgjørelse nr. 642 af 18. august 1998 - Lov om beskatning af fortjeneste ved afståelse af aktier m.v. (aktieavancebeskatningsloven).[opphevd] [Danmark].
- Selskabsskatteloven. Lovbekendtgjørelse nr. 727 af 27. oktober 1998 - lov om inkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (Selskabsskatteloven) [opphevd] [Danmark].
- Ligningsloven. Lovbekendtgjørelse nr. 754 af 28. september 1999 - lov om påligningen af inkomstskat til staten (ligningsloven) [Danmark].

Traktater

Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Kongeriket Belgia til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue (avt./Belgia), undertegnet 14.04.88, i kraft fra 04.10.91. Publisert i St.prp. nr. 18 (1988-1989)

Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Kongeriket Spania til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og av formue (avt./Spania), undertegnet 06.10.99, i kraft fra 18.12.00. Publisert i St.prp. nr. 21 (1999-2000).

Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Amerikas Forente Stater til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue (avt./USA), undertegnet 03.12.71, i kraft fra 19.11.72. Publisert i Rundskriv 56-72, St.prp. nr. 71 (1980-1981). (Sist endret 19.09.80).

Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue (NSA), undertegnet 23.09.96 i kraft fra 11.05.97. Publisert i St.prp. nr. 5 (1996-1997). (Sist endret 04.04.08, se st.prp. nr. 54 (2007-2008)).

Overenskomst mellom Kongeriket Norge og Republikken Zambia til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt. (avt./Zambia), undertegnet 14.07.71, i kraft fra 22.03.73. Publisert i Rundskriv 23/7-76.

EU/EØS

- EF-traktaten Traktat om opprettelsen av det europeiske fellesskap, Roma 25. mars 1957.

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.
90/434/EØF	Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater. (fusionsskattedirektivet)
Forarbejder	
NOU 2005:2.	Uttaksutvalget, Skattlegging av personlig næringsdrivende ved utdeling.
NOU 1995:30	Ny regnskapslov.
Ot.prp.nr.23 (1996-1997)	Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).
Ot.prp.nr.71 (1995-1996)	Skatteregler for fusjon og fisjon av selskaper.
Ot.prp.nr.35 (1990-1991)	Skattereformen 1992.
Ot.prp.nr.1 (2000-2001)	Skatte- og avgiftsopplegget 2001 - lovendringer.
Ot.prp.nr.1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer.
Ot.prp.nr.1 (2005-2006)	Skatte- og avgiftsopplegget 2006 - lovendringer.
Ot.prp.nr.1 (2008-2009)	Skatte- og avgiftsopplegget 2009 - lovendringer.
St.meld.nr. 29 (2003-2004)	Om skattereformen.

Utvalget

- Utv. 1992 s. 389 Skattereformens overgangsregler; oppløsning av selskaper.
- Utv. 1992 s. 1287 Fradrag for tap ved innløsning av aksjer i Kreditkassen/ Skatteloven § 58 annet ledd – konsernforhold.
- Utv. 1993 s. 231 Selskapsskatteloven § 5-8 nr 2, innløsning av enkeltaksje.
- Utv. 1994 s. 1420 Retting av Finansdepartementets uttalelse gjengitt i Utv 93 s. 231.
- Utv. 2001 s. 1399 Skattemessig behandling av egne aksjer.
- Utv. 2003 s. 796 Vilkår om at fusjon og fisjon må være gjennomført på lovlig måte etter selskapsrettslige regler.
- Utv. 2003 s. 1210 Spørsmål om skatteplikt for fusjon på grunn av regnskaps- og selskapsrettslige feil.
- Utv. 2004 s. 630 Skattemessig behandling av kapitalnedsettelse ved innløsning av enkeltaksjer.
- Utv. 2006 s. 748 Anmodning om tolkningsuttalelse – presiseringer.

Annet

Model Tax Convention on Income and on Capital (OECDs mønsteravtale). OECD Committee on Fiscal Affairs, 17 July 2008.

United Nations Model Double Taxation Convention between developed and developing countries. (FNs mønsteravtale). Department of International Economic and Social Affairs – United Nations, New York, 2001.

2008 Model Tax Convention on Income and on Capital - With Commentaries on the articles of the model tax convention (OECDkomm.). OECD Committee on Fiscal Affairs, (Condensed Version) 17 July 2008.

Finansdepartementet. *Svar på spm. 303 fra Stortingsrepresentant Solveig Horne* Brev til Stortinget publisert 04.12.2007
http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/brev_Stortinget/2007/Svar-pa-spm-303-fra-Stortingsrepresentan.html?id=493322

Finansdepartementet. *Høringsnotat om endringer av selskapsskattelovens regler om skattefri fusjon og fisjon som følge av nye aksjelover og ny regnskapslov* Høringsnotat av 21.10.1998

BFU 58/02. Spørsmål om kapitalnedsettelse og tilbakebetaling fra utenlandsk datterselskap blir å anse som realisasjon (skatteloven § 10-37) Bindende forhåndsuttalelse fra Skattedirektoratet, avgitt xx.09.2002 2002