

FRITAKSMETODEN OG DELTAKERLIGNEDE SELSKAP

ULIKHETER I FRITAKSMETODENS ANVENDELSE PÅ
INVESTERINGER GJORT GJENNOM HENHOLDSVIS AKSJE-
OG DELTAKERLIGNEDE SELSKAPER

Kandidatnummer: 678

Leveringsfrist: 25.04.09

Til sammen 17806 ord

24.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Videre fremstilling	3
<u>2</u>	<u>HOVEDTREKK I REGLENE OM SELSKAPSBESKATNINGEN</u>	<u>4</u>
2.1	Beskatning av selskaper	4
2.1.1	Innledning	4
2.1.2	Beskatning av aksjeselskaper	6
2.1.3	Beskatning av deltakerlignede selskaper	6
2.2	Beskatning av inntekter på eierandeler i aksjeselskap og deltakerlignede selskap	8
2.2.1	Innledning	8
2.2.2	Aksjonærmodellen – beskatning av personlige aksjonærer	9
2.2.3	Deltakermodellen – beskatningen av personlige deltakere	11
2.2.4	Fritaksmetoden – beskatningen av selskapsaksjonærer og -deltakere	13
<u>3</u>	<u>SKATTELOVENS § 2-38 TREDJE LEDD BOKSTAV E</u>	<u>20</u>
3.1	Innledning	20
3.2	Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e fører til skjev beskatning av like investeringer	20
3.2.1	Ulik beskatning av avkastning på investering utenfor fritaksområdet	22
3.2.2	Beskatning ved investering gjennom aksjeselskap	23
3.2.3	Beskatningen ved investering gjennom deltakerlignet selskap	25
3.2.4	Forskjell i total beskatning	30
3.3	Tilpasnings- og planleggingsmuligheter	31

3.3.1	Introduksjon	31
3.3.2	Innvinne gevinsten skattefritt ved utdeling	31
3.3.3	Inkonsekvensen mellom reglene om beskatning av utdeling og gevinst ved realisasjon åpner for en mulighet til å konstruere fradragsberettiget tap	31
3.3.4	Minimere tapsrisikoen ved investering i et risikofylt prosjekt	36
3.4	Vurdering av begrunnelsen for skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e	37
3.5	Forslag til alternative løsninger	44
3.5.1	Alternativ avgrensning av fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper	44
3.5.2	Alternativ løsning til manglende regulering av inngangsverdi på andel eid av selskapsdeltaker	48
4	<u>LOVLIGHETSKRAV KNYTTET TIL UTDELING FRA SELSKAP</u>	49
4.1	Innledning	49
4.2	Intet lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper	49
4.3	Analyse av begrunnelsen for at det ikke oppstilles et lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper	52
4.4	Vurdering av det manglende lovlighetskravet	56
4.5	Forslag til alternative løsninger	59
5	<u>ULIKHETER I BESKATNINGEN AV UTDELINGER FRA DELTAKERLIGNEDE SELSKAPER OG UTBYTTEUTDELINGER FRA AKSJESELSKAP</u>	65
5.1	Innledning	65
5.2	Fritaket for skatt på utdelinger fra deltakerlignede selskaper favner bredere enn fritaket for skatt på utbytte fra aksjeselskaper som reguleres av fritaksmetoden	65
5.2.1	Subjekt for fritak – hvem er fritatt for beskatning?	65
5.2.2	Objekt for fritak - hvilke utdelinger omfattes?	67
5.2.3	Ulikheter i fradragsretten for kostnader som er pådratt for å erverve eierandel i aksjeselskap og deltakerlignet selskap	68

5.3	Vurdering av begrunnelsen for forskjellene i beskatningen av aksjeutbytte og utdelinger fra deltakerlignede selskaper	71
5.3.1	Vurdering av begrunnelsen for fritakets subjektive anvendelsesområde	71
5.3.2	Vurdering av begrunnelsen for fritakets objektive anvendelsesområde	72
5.3.3	Vurdering av begrunnelsen for skatteloven § 2-38 sjette ledd	72
5.4	Forslag til alternative løsninger	73
5.4.1	Innføring av generell skatteplikt for utdelinger fra deltakerlignede selskaper samt innlemming av slike utdelinger i fritaksmetoden	73
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	76
6.1	Innledning	76
6.2	Skatteloven § 2-38 ledd tredje ledd bokstav e	76
6.3	Intet lovlighetskrav for rett til skjerming og fritak for skatt på utdeling fra deltakerlignet selskap	77
6.4	Ulikheter i beskatningen av aksjonærer og deltakere ved utbetaling fra selskapet	77
7	<u>REFERANSER</u>	A
	Lover	A
	Forskrifter	A
	Forarbeider	B
	Praksis	B
	Administrative uttalelser	B
	Litteratur	C

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er ulikheter i beskatningen av aksjonærer og deltakere. Med dette menes forskjeller i beskatningen av investeringer avhengig av om de gjøres gjennom deltakerlignede selskaper¹ eller aksjeselskaper.

Grunnen til at det er interessant med ulikheter, er at de ideelt sett ikke skal oppstå. Et grunnleggende hensyn i skatteretten er at skattereglene skal være nøytrale.² Dette fordi skatteregler påvirker folks økonomiske atferd på en måte som gjør at samfunnets ressurser blir brukt på en mindre effektiv måte, enn hva som hadde vært tilfelle om vi ikke hadde hatt dem.³ Derfor er det ønskelig at skattereglene er nøytrale, slik at de i minst mulig grad påvirker den økonomiske atferden i samfunnet. Nøytralitet i denne sammenheng vil si at valg av foretaksform skal ha minst mulig betydning for beskatningen.

Ved skattereformen av 2004-06 ble det innført nye regler om beskatning av inntekter på aksjer og andeler i deltakerlignede selskaper. Først kom aksjonærmodellen og fritaksmetoden for beskatning av personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer. Senere ble det innført regler som skulle regulere beskatningen av inntekter på eierandeler i deltakerlignede selskaper.

¹ Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) §§ 2-2 annet ledd jf. § 10-40.

² Frederik Zimmer, *Lærebok i skatterett*, 5. Utgave, Oslo 2005 s. 33.

³ Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi I*, Oslo 2005 s. 125

Lovgivers intensjon med innføring av deltakermodellen og innlemmingen av deltakerlignede selskap i fritaksmetoden, var blant annet at beskatningen av deltakere og aksjonærer skulle bli så lik som mulig.⁴

Lovgiver tok imidlertid forbehold om at hensynet til likebehandling måtte vike hvor ”særtrekk ved bestemte foretaksformer.. ...nødvendigjør særskilte løsninger”.⁵

Særegenheter ved deltakerlignede selskap som foretaksform vil altså medføre at enkelte av reglene om beskatning av deltakere blir annerledes enn de tilsvarende reglene for aksjonærer. Etter min mening inneholder lovgivers uttalelse ikke bare et forbehold om at det vil oppstå ulikheter i beskatningen av deltakere og aksjonærer, den synes også å stille opp et slags kriterium for at ulikheter skal aksepteres. Sett i sammenheng med utgangspunktet om nøytralitet, virker uttalelsen nærmest å legge til grunn at ulikheter kun bør oppstå hvor de skyldes særegenheter ved deltakerlignede selskaper som foretaksform.

Temaet for avhandlingen må etter dette presiseres. Fremstillingen vil ikke omhandle ulikheter som kan begrunnes i særtrekk ved deltakerlignede selskaper som foretaksform. Slike ulikheter er mindre interessante, da lovgiver legger til grunn at det vil oppstå forskjeller i beskatningen på denne bakgrunn. Formålet med avhandlingen blir i stedet å finne frem til ulikheter som ikke kan begrunnes i særtrekk ved foretaksformen.

Jeg vil vurdere ulikheter, hvis begrunnelse er tvilsom sett i det perspektiv at ulikheter kun kan begrunnes i særtrekk ved deltakerlignede selskaper som foretaksform. Hvor det oppstår forskjeller i beskatningen som etter min mening ikke er godt nok begrunnet vil jeg vurdere alternative løsninger til dagens regel.

⁴ Ot.prp. nr. 92 (2004–05) s. 11”Departementet legger vekt på at ulike typer virksomhet bør skattlegges ut fra de samme grunnprinsippene, med størst mulig grad av skattemessig likebehandling.”

⁵ Ot.prp. nr. 92 (2004–05) s. 11.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen avgrenses til behandling av tre tilfeller hvor deltakere i deltakerlignede selskaper og aksjonærer i aksjeselskaper blir beskattet ulikt. Det første tilfelle omhandler ulikheter i fritaksmetodens anvendelse på inntekter av eierandeler i aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper. Det andre tilfellet omfatter ulikheter i aksjonærenes og deltakernes rett på skjerming og fritak for skatt på inntekt av sine eierandeler. Det tredje tilfellet gjelder ulikheter i beskatning av aksjeutbytte og utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Avhandlingen vil kun behandle ulikheter i beskatningen av deltakere i deltakerlignede selskaper og aksjonærer i aksjeselskaper. Det avgrenses mot ulikheter som måtte oppstå i forhold til andre selskapslignede skattesubjekter.

Hvor det reiser seg skatterettslig spørsmål av internasjonal karakter, vil kun de aktuelle internrettslige regler drøftes.

1.3 Videre fremstilling

I kapittel 2 presenteres hovedreglene om beskatning av selskaper og inntekt på eierandel i selskap. I kapittel 3 behandles avgrensningen av fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper. Her vil det drøftes hvordan avgrensningen kan medføre at aksjeinntekter som innvinnnes gjennom deltakerlignet selskap beskattes på annen måte enn tilsvarende inntekt innvunnet gjennom aksjeselskap.

I kapittel 4 og 5 redegjøres det for ulikheter i beskatningen av utbetalinger fra aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper. Avslutningsvis vil det i kapittel 6 gis en sammenfatning av konklusjonene fra de tre foregående kapitlene.

2 Hovedtrekk i reglene om selskapsbeskatningen

2.1 Beskatning av selskaper

2.1.1 Innledning

Det er ikke bare individer som skattlegges for sin inntekt, foretak av ulike slag er også underlagt inntektsbeskatning. Denne formen for beskatning utgjør en viktig del av skattleggingen av næringsdrivende.

Ved beskatning av selskaper, går det en grunnleggende sontring mellom selskaper som er egne skattesubjekter og selskaper som ikke er egne skattesubjekter.

Hvorvidt et selskap er det ene eller det andre reguleres i hovedsak av skatteloven § 2-2.

I bestemmelsens første ledd bokstav a til h er det listet opp ulike foretaksformer som utgjør egne skattesubjekter. Aksjeselskaper er en av disse foretaksformene som regnes som egne skattesubjekter jf. skatteloven § 2-2 første ledd bokstav a. I bestemmelsens første ledd bokstav e oppstilles generelle vilkår for at et selskap skal utgjøre et selvstendig skattsubjekt. For det første må det være tale om en sammenslutning, ”som noen eier formuesandeler i eller mottar inntektsandeler fra”. For det andre må ansvaret for sammenslutningens forpliktelser være begrenset til ”sammenslutningens kapital”.

At et selskap er et eget skattesubjekt innebærer at det er selskapet som sådan som skattlegges for selskapets inntekt. Eierne skattlegges bare i den grad de mottar utdelinger fra selskapet.

I skatteloven § 2-2 annet ledd er det i bokstavene a til e listet opp foretaksformer som ikke utgjør selvstendige skattesubjekter. Blant foretaksformene som nevnes er ansvarlige selskaper⁶, kommandittselskaper⁷, indre selskap⁸ og partrederier⁹.

Det karakteristiske for selskaper som ikke er selvstendige skattesubjekter, er måten selskapets overskudd beskattes. Her er det ikke selskapet som beskattes, men dets deltakere, jf. skatteloven § 2-2 tredje ledd. En omtaler derfor disse selskapstypene som deltakerlignede selskaper.

Sondringen, innebærer flere viktige forskjeller i beskatningen av aksjeselskaper mv. på den ene side og deltakerlignede selskaper på den annen.

En forskjell er graden av samordning mellom eiernes inntekter og selskapets inntekter. For aksjeselskaper og aksjonærer er regelen at det ikke foretas noen samordning mellom selskapets og eiernes inntekter. Om selskapet skulle gå i underskudd har aksjonæren således ikke mulighet til å trekke fra den del av underskuddet som faller på hans eierandel i øvrig alminnelig inntekt. For eierne av deltakerlignede selskaper er regelen en annen. Her gjelder full samordning mellom deltakernes og selskapets inntekt.

En annen forskjell gjelder ansvaret for skatteforpliktelsen. For aksjeselskaper er det selskapet som er ansvarlig for selskapets skatt. Men for deltakerlignede selskaper er det deltakerne som er ansvarlig. Selskapet vil imidlertid være subsidiært ansvarlig.¹⁰

⁶ Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskap og kommandittselskaper (selskapsloven) § 1-2 første ledd bokstav b.

⁷ Selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav e.

⁸ Selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav c.

⁹ Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøloven) § 101.

¹⁰ Lov 21. november 1952 nr. 2 om betaling og innkreving av skatt (skattebetalingsloven) § 37 nr. 3.

2.1.2 Beskatning av aksjeselskaper

Aksjeselskaper er å regne som selvstendige skattesubjekter, og skal derfor selskapslignes. Det innebærer at aksjeselskaper skal tilordnes alminnelig inntekt etter skattelovens vanlige regler.

Ettersom aksjeselskaper er å betrakte som juridiske personer kan de ikke ha arbeidsinntekt. Aksjeselskapers alminnelige inntekt vil altså enten ha formen av kapitalinntekt eller virksomhetsinntekt. For disse inntektsformene blir det ikke ilagt toppskatt og trygdeavgifter, slik at skattesatsen blir 28 %. Dette er lagt til grunn i Stortingets skattevedtak av 2008 § 3-3.

2.1.3 Beskatning av deltakerlignede selskaper

Deltakerligning innebærer at det er de enkelte deltakere og ikke selskapet som lignes for selskapets resultater, jf. skatteloven § 2-2 tredje ledd. Dette gjøres ved at hver av deltakerne tilordnes en del av selskapets inntekt.

Deltakerligning kan gjennomføres på ulike måter. I denne sammenheng er det i hovedsak deltakerligning etter nettometode det skal redegjøres for. Nettoligning innebærer at det først foretas et separat inntektsoppgjør på selskapets hånd som om dette var skattyter. Deretter fordeles resultatet på deltakerne til beskatning. Selskapet er dermed kun en bergningsenhet, mens det er deltakeren som er skattedebitor.

I skatteloven § 10-40 første ledd angis en uttømmende oppregning av hvilke deltakerlignede selskaper som skal nettolignes. Ansvarlige selskaper, herunder selskaper med delt ansvar, kommandittselskaper, indre selskap og partrederier skal alle nettolignes

etter reglene i skatteloven §§ 10-41 til 10-48. Deltakerlignede selskaper som ikke omfattes av oppregningen skal bruttolignes.¹¹

Det avgjørende er ikke hvorvidt selskapet er registrert eller ikke, men dets materielle form. Ofte vil grensen mellom virksomhet og passiv kapitalavkastning være avgjørende.

For eksempel vil spørsmålet om et sameie som driver med utleie av leiligheter skal nettolignes eller bruttolignes, bero på omfanget av utleie virksomheten. Hvis utleievirksomheten er av mindre omfang, vil inntekten de oppnår regnes som passiv kapitalavkastning. Er derimot utleievirksomheten av et større omfang vil grensen for virksomhet kunne være overtrådt. Da vil sameiet være og betrakte som et ansvarlig selskap, og dermed bli nettolignet.

Deltakerligning er en form for kildeskatt. Skatt på overskudd pålegges løpende og skatteplikt er ikke avhengig av at det er foretatt uttak fra selskapet. Denne formen for beskatning forutsetter en form for transparens mellom selskapet og deltakerne. Dette står i kontrast til perspektivet i deltakermodellen, hvor selskap og deltaker betraktes som atskilte enheter.

Beskatning skjer ved at den del av selskapets nettoresultat som tilsvare deltakerens eierandel i selskapet, tilordnes deltakerens alminnelige inntekt og beskattes med en sats på 28 %.

¹¹ Begrepet deltakerlignede selskaper vil i det følgende ha et snevrere meningsinnhold. I det følgende vil begrepet kun referere til selskaper som nettolignes etter skatteloven §§ 10-40 til 10-48.

2.2 Beskatning av inntekter på eierandeler i aksjeselskap og deltakerlignede selskap

2.2.1 Innledning

Når det redegjøres for hovedreglene innen selskapsbeskatningen, må reglene om hvordan eierne av selskapene blir beskattet for sine andelsinntekter også behandles. Disse inntektene forekommer i to former. Det kan enten være tale om utdelinger fra selskapet til eieren eller gevinst ved realisasjon av andelen

Disse inntektsformene henger nøye sammen. Tas det ikke ut utbytte et år vil den merverdien som blir igjen i selskapet kunne føre til at selskapets verdi stiger, slik at aksjonæren da får en større gevinst ved realisasjonen av aksjene i selskapet.

Etter dagens regler er inntekter på aksjer og andre selskapsandeler skattepliktig hos personlige eiere av andeler i både aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper. Med personlig eier menes her en fysisk person. Inntekten inngår i skattyterens alminnelige inntekt. Ettersom inntektene er å regne som kapitalinntekt, vil de ikke inngå i beregning av personinntekt, jf. skatteloven § 12-11 tredje ledd bokstav a. Inntektene vil da ikke bli underlagt noen ytterligere beskatning i form av toppskatt eller trygdeavgift, jf. skatteloven § 12-1. Endelig skattesats på inntekter av aksjer og andre selskapsandeler blir derfor 28 %.

Det opereres altså med et dobbeltbeskatningssystem. Først beskattes inntekter som innvinnnes av selskapet med 28 %. Deretter inntreder det en skatteplikt på 28 % når midler overføres fra selskapet til personlig skattyter. Effektiv skattebelastning på selskapsoverskudd som mottas på eierens hånd blir dermed, $(28 \% + (1-0,28) \times 0,28) = 48,16 \%$.

2.2.2 Aksjonærmodellen – beskatning av personlige aksjonærer

Aksjonærmodellen er betegnelsen på de lovregler som regulerer beskatningen av en personlig aksjonærs aksjeinntekter. Det karakteristiske med aksjonærmodellen er at den innebærer en dobbeltbeskatning av aksjeinntekter, med skjerming for en normal avkastning av investeringen som er gjort.

Tanken bak skjermingsmetoden¹² er at aksjonæren kunne ha satt pengene i banken i stedet for å investere i selskaper gjennom aksjer og andeler. Avkastningen av en slik risikofri investering vil kun bli skatt lagt en gang ved at den tilordnes skattyterens alminnelige inntekt. Avkastningen av aksjeinvesteringen vil derimot bli beskattet to ganger. Først ved selskapsligningen, og deretter ved at utbytte eller gevinst ved realisasjon tilordnes aksjonærens alminnelige inntekt.

Skjermingsmetodens formål er altså å oppnå en mer nøytral investeringsbeskatning. Dette gjøres ved at den delen av aksjeinntekten som forutsettes å tilsvare avkastningen av en tilsvarende risikofri investering, holdes utenfor gevinst- og utbytte beskatning.

Utbytte

I skatteloven § 10-11 første ledd oppstilles det en generell hjemmel for beskatning av utbytte som mottas fra selskaper som omfattes av skatteloven § 10-1. Dette omfatter blant

¹² Skjermingsmetoden innebærer at den delen av aksjeinntekten som representerer avkastningen av en tilsvarende risikofri investering skal skjermes fra dobbeltbeskatning. Dette gjøres ved at det foretas et skjermingsfradrag i gevinst og utbytte før det beregnes skatt. Skjermingsfradraget beregnes ved å multiplisere investeringen aksjonæren har gjort (skjermingsgrunnlaget) med avkastningsraten på en risikofri investering (skjermingsrenten), jf. skatteloven § 10-12 annet ledd.

annet aksjeselskaper, jf. skatteloven § 10-1 første ledd. I tillegg omfattes utbytteutdelinger fra ”tilsvarende utenlandske selskaper”, jf. skatteloven § 10-10 første ledd.

Utbytte er en betegnelse på utdeling av generert overskudd i et aksjeselskap, fra selskapet til dets eiere. Skatterettens utbyttebegrep er nærmere definert i skatteloven § 10-11 annet ledd.

Bestemmelsen gir en vidtfavnende definisjon som rammer enhver overføring av verdier fra selskap til aksjonær, uten vederlag fra dennes side. Så lenge overføringene innebærer et element av vederlagsfrihet, vil transaksjonene omfattes som en utbytteutdeling, og det vederlagsfrie elementet vil utgjøre utbyttets størrelse.

For at aksjonæren skal ha rett på skjermingsfradrag, er det et vilkår at utbyttet er delt ut i overensstemmelse med aksjelovens regler, jf. skatteloven § 10-12 første ledd annet punktum.

Gevinst ved realisasjon

Gevinst ved realisasjon av aksjer er den andre typen avkastning som omfattes av aksjonærmodellen. Hjemmel for skatteplikt er skatteloven § 10-31 første ledd. Skatteplikten omfatter gevinst på aksje i både norske og tilsvarende utenlandske aksjeselskap, jf. skatteloven § 10-30 første ledd.

Vilkåret for at gevinst skal beskattes er at det foreligger en realisasjon. Etter skatteloven § 9-2 første ledd vil det normalt foreligge realisasjon ved ”overføring av eiendomsrett mot vederlag og opphør av eiendomsrett”.

Hvordan en skal beregne tap og gevinst er regulert i skatteloven § 10-32 første ledd. Hvorvidt realisasjonen medfører gevinst eller tap finner en ved å trekke aksjens inngangsverdi fra dens utgangsverdi.

Aksjens inngangsverdi skal i utgangspunktet settes til aksjens kostpris tillagt eventuelle anskaffelseskostnader, jf. skatteloven § 10-32 (2). Forøvrig vil alle aktiveringspliktige kostnader som er tilknyttet aksjen, kunne tillegges inngangsverdien.

Når det gjelder utgangsverdien, vil den i utgangspunktet tilsvare vederlaget aksjonæren får for aksjene ved realisasjonen. Vederlaget vil omfatte alle økonomiske goder som faller inn under skattelovens fordelsbegrep, slik dette tolkes i eksempelvis skatteloven § 5-1.¹³

Dersom aksjonæren oppnår ”gevinst ved realisasjon[en]”, vil han ha rett på skjermingsfradrag, jf. skatteloven § 10-31 første ledd annet punktum. Skjermingsfradraget kan imidlertid aldri brukes til å skape eller øke et fradragsberettiget tap.¹⁴

2.2.3 Deltakermodellen – beskatningen av personlige deltakere

Deltakermodellen er betegnelsen på de lovregler som regulerer beskatningen av en personlig deltakers inntekt på sin eierandel. Reglene er angitt i skatteloven §§ 10-42 og 10-44.

På samme måte som aksjonærmodellen innebærer deltakermodellen en dobbelt beskatning av andelsinntekter, med skjerming for en normal avkastning av den investering som er gjort.

Utdeling

¹³ Ole Gjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, 7. Utgave, Oslo s. 637.

¹⁴ Norsk lovkommentar, Hauge, note 824.

Hjemmel for beskatning av utdeling fra deltakerlignet selskap, finnes i skatteloven § 10-42. Av bestemmelsens ordlyd fremgår det at det kun er hvor ”personlige deltaker” mottar utdeling at det skal ilegges skatt. ”[P]ersonlig deltaker” betyr i denne sammenheng en deltaker som er en fysisk person.

Definisjonene av utdeling i deltakermodellen er identisk med ”utbytte” i aksjonærmodellen, jf. skatteloven §§ 10-42 annet ledd og 10-11 annet ledd. ”[E]nhver vederlagsfri overføring” regnes som utdeling, jf. skatteloven § 10-42 annet ledd.

Før utdelingen blir tillagt deltakerens alminnelige inntekt skal det gjøres fradrag for den skatt deltakeren tilordnes etter nettoligningsreglene. Bakgrunnen for dette fradraget er at deltakerlignede selskaper ikke er egne skattesubjekter.

I aksjeselskaper blir selskapets overskudd beskattet i selskapet gjennom selskapsligning. Det er altså selskapsoverskuddet etter skatt, som danner grunnlag for senere utbytteutdelinger. Etersom skatten er trukket fra før utdelingen, blir samlet skattesats på den del av selskapets overskudd som bli utdelt i utbytte $(28 \% + (1 - 0,28) \times 0,28) = 48,16 \%$.

For deltakerlignede selskaper er utgangspunktet et annet. Selskapets overskudd blir beskattet hos selskapets deltakere. Det er altså overskuddet før fradrag for skatt som utgjør grunnlaget for utdelinger fra det deltakerlignede selskapet. Hvis en deler ut dette overskuddet uten å foreta korrigeringer vil samlet skattesats på utdelingen bli $(28\% + 28\%) = 56 \%$. For å oppnå nøytralitet må det derfor gjøres fradrag for den skatt deltakeren allerede har betalt gjennom nettoligning, jf. skatteloven § 10-42 tredje ledd bokstav a. Videre skal det gjøres fradrag for skjerming.

Gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap

Skatteloven § 10-44 oppstiller en skatteplikt på gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap.

Gevinst beregnes ved å trekke inngangsverdi fra utgangsverdien. Utgangsverdien settes til ”netto vederlag” som mottas ved realisasjonen, jf. skatteloven § 10-44 annet ledd første punktum. Det innebærer at eventuell gjeld til selskapet som erververen av andelen overtar fra den tidligere deltaker ikke skal inngå i utgangsverdien.

Hvordan en skal beregne andelens inngangsverdi er regulert i bestemmelsens tredje ledd. Inngangsverdien utgjør summen av nettokostpris, anskaffelseskostnader og netto innskudd deltakeren har foretatt i selskapet.

2.2.4 Fritaksmetoden – beskatningen av selskapsaksjonærer og -deltakere

Innledning

Fritaksmetoden innebærer at utbytte og gevinst på aksjer mv. er fritatt for beskatning dersom aksjonæren er et selskap.¹⁵ På samme måte er tap ved realisasjon av aksjer ikke fradragsberettiget for disse selskapene. Fritaksmetoden skaper dermed en nullsats-sone¹⁶ for aksjeinntekter innenfor selskapsfæren. Aksjeinntektene blir først beskattet når de deles ut til personlige aksjonærer.

Fritaksmetoden gjaldt opprinnelig kun for aksjeselskaper og andre utvalgte egne skattesubjekter. Deltakerlignede selskaper har imidlertid gradvis blitt innlemmet i reglene gjennom flere endringslover.¹⁷

¹⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004–05) s. 52.

¹⁶ Gjems-Onstad s. 654.

¹⁷ Endringslov 17. juni 2005 nr. 74 og endringslov 16. juni 2006 nr. 29.

Fritaksmetoden er først og fremst innført for å unngå kjedebeskatning og for å overholde Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.¹⁸ Uten fritaksmetoden vil aksjeinntekter bli beskattet hver gang de innvinnes av et selskap, dette vil lede til at inntekten blir beskattet flere ganger dersom en operer med større selskapsstrukturer. Slik kjedebeskatning er lite ønskelig fra et samfunnsøkonomisk perspektiv, da det svekker kapitalmobiliteten i næringslivet, og gir incentiv til omorganisering. Forøvrig bidrar fritaksmetoden til en større grad av likebehandling av investeringer gjort i Norge og innenfor EØS-området.

Hvem er subjekt for fritaksmetoden – hvilke selskaper er fritatt for beskatning?

Spørsmålet er hvem som har rett på skattefritak etter fritaksmetoden. Disse omtales i det følgende som kvalifiserte subjekter.

Hvem som er subjekter er i utgangspunktet regulert i skatteloven § 2-38 første ledd. I tillegg kommer skatteloven § 10-41 annet ledd, som sammen med deltakermodellen, medfører at selskaper som skal nettolignes, tilnærmet er å regne som subjekt for fritaksmetoden.

Felles for de som er subjekt etter skatteloven § 2-38 første ledd er at det er tale om eiere som enten er selskap selv eller som lignes som selskap. I forhold til drøftelsene som skal gjøres i denne oppgaven er det tilstrekkelig å fastslå at aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper er subjekt for fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 første ledd og § 10-41 annet ledd jf. § 10-40 første ledd. Bakgrunnen for at også deltakerlignede selskaper i hovedsak beskattes som om de er subjekt for fritaksmetoden, er hensynet til sammenheng i regelverket.¹⁹

¹⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 52.

¹⁹ Ot.prp. nr. 77 (2005-06) s. 13.

Hva er objekt for fritaksmetode – hvilke typer inntekter er fritatt for beskatning?

Utdelinger fra visse selskaper

Lovlig utdelt utbytte fra selskap som er nevnt i skatteloven § 2-38 første ledd bokstav a til c omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a. Dette omfatter blant annet aksjeutbytte. Det er imidlertid et krav for fritak at det er delt ut i tråd med selskapslovgivningens regler, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a.

Utdelinger fra deltakerlignede selskaper kan også tilordnes selskapsdeltakere skattefritt. Dette følger ikke av skatteloven § 2-38, men av en antitetisk tolkning av § 10-42. Bestemmelsen, som hjemler skatteplikt på utdelinger fra deltakerlignede selskaper, gjelder kun for ”personlig[e] deltaker[e]”.²⁰ Det er således ingen hjemmel for å beskatte selskapsdeltakere.

Gevinst eller tap ved realisasjon og uttak

For å sikre lik skattemessig behandling av tilfeller hvor aksjene i et selskap selges og hvor de deles ut fra selskapet til deres aksjonærer, er gevinst ved uttak også omfattet av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a.²¹ Hvilke objekter som er fritatt for gevinstbeskatning ved realisasjon og uttak er regulert i skatteloven § 2-38 annet ledd.

For det første er eierandeler i selskaper som er nevnt i skatteloven § 2-38 første ledd bokstav a til d og tilsvarende utenlandske selskap, regnet som kvalifiserte objekter.

²⁰ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 24.

²¹ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 60.

Hvorvidt det utenlandske selskapet anses å tilsvare et norsk selskap vurderes konkret. Det er tilstrekkelig at lovgivningen som gjelder for det utenlandske selskapet ikke avviker fra den norske på sentrale punkter.²²

For det andre er andeler i deltakerlignede selskaper kvalifiserte objekter under fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav b. Andeler i tilsvarende selskaper som er hjemmehørende i utlandet omfattes også.

For det tredje utgjør visse finansielle instrumenter kvalifisert objekt for fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav c. Det er her tale om derivater, det vil si finansielle instrumenter som utleder sin verdi fra et underliggende objekt. Et eksempel er aksjeopsjoner.

Avgrensning av fritaksmetodens anvendelsesområde - fritaksområdet

Hvorfor må anvendelsesområdet avgrenses?

Begrunnelsen for de begrensninger som gjøres i fritaksmetoden er todelt.²³ For det første tilsier bakgrunnen for fritaksmetoden en avgrensning. Hovedformålet med fritaksmetoden er som nevnt å unngå kjedebeskatning. Hvor aksjeinntekten som innvinnes bare er beskattet i liten grad eller ikke i det hele tatt, tilsier ikke dette formålet at det skal gis fritak.

Dette fordrer at fritaksmetoden må avgrenses mot selskaper hjemmehørende i lavskatteland. For det andre er en begrensning nødvendig for å unngå tilpasnings- og omgåelsesmuligheter. En generell anvendelse vil kunne medføre en svekkelse av det norske skattefundamentet ved at Norge blir benyttet som gjennomstrømningsland. En helt generell anvendelse av fritaksmetoden vil også kunne oppfattes som skadelig skattekonkurranse i EUs og OECDs øyne.

²² Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 59.

²³ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 64.

Selskap hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS

Aksjeinntekter og tap fra selskaper som er hjemmehørende i lavskatteland omfattes ikke av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a.

Porteføljeinvesteringer i høyskatteland utenfor EØS

Inntekter og tap på porteføljeinvesteringer i utenlandske selskap hjemmehørende utenfor EØS, omfattes ikke av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d. Porteføljeinvesteringer skiller seg fra direkteinvesteringer ved at investoren ikke har til hensikt å utøve aktivt eierskap.²⁴ Lovgiver la til grunn at hensynet til å unngå kjedebeskatning står sterkere ved direkteinvesteringer enn ved porteføljeinvesteringer.²⁵ I tillegg er avgrensningen begrunnet i effektivitetshensyn, regelen sparer ligningsmyndighetene for merarbeid ved at de ikke behøver å kontrollere hvorvidt enhver utenlandsinvestering er gjort i et lavskatteland.²⁶

Porteføljeinvesteringer omfatter altså mindre investeringer som ikke medfører at eieren får særlig innflytelse på selskapets avgjørelser. Grensen er trukket gjennom en 10 % regel. At skattyter eier minst 10 % av kapitalen i selskapet og har minst 10 % av stemmene ved generalforsamlingen, er et første vilkår for at det skal være tale om en direkte investering. I tillegg oppstilles det et krav til 2 års eiertid, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d.

²⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 70.

²⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 70.

²⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 70.

Selskaper hjemmehørende innenfor EØS som ikke er reelt etablert eller driver reell økonomisk aktivitet

For at aksjeinntekter fra selskap hjemmehørende i EØS skal anses som kvalifisert objekt, må selskapet være "reelt etablert" og drive "reell økonomisk aktivitet", jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a.

Bakgrunnen for regelen er Cadbury Schweppes-saken.²⁷ EF-domstolen la her til grunn at det kunne oppstilles visse minstekrav til et selskap for at det skulle nyte godt av rettighetene som følger av de fire frihetene. Dette åpnet døren for lovgiver til å oppstille de samme kravene for fritaksmetodens anvendelse. På denne måten ville en unngå tilpasningsmuligheter.

Kildeskatt på utbytte fra norsk selskap til utenlandsk aksjonær

Bestemmelsen i skatteloven § 2-38 femte ledd, oppstiller begrensninger i hvem som kan være subjekt for fritak for kildeskatt på utbytte etter skatteloven § 10-13. Bestemmelsen i skatteloven § 2-38 femte ledd bestemmer at det kun er selskaper som er hjemmehørende innefor EØS som er fritatt. I tillegg må selskapet være "reelt etablert" og drive "reell økonomisk aktivitet"

Andel i deltakerlignet selskap som har investert i selskapsandeler som ikke omfattes av fritaksmetoden

Hvis et deltakerlignet selskap eier selskapsandeler som ikke er kvalifisert objekt etter fritaksmetoden, og disse utgjør mer enn 10 % av verdien av selskapets portefølje, omfattes det deltakerlignede selskapet ikke av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd

²⁷ C-196/04.

bokstav e. Gevinst eller tap ved realisasjon av andel i slikt selskap er da henholdsvis skattepliktig og fradragsberettiget.

Tre prosent av alle inntekter som omfattes av fritaksmetoden skal inntektsføres

Regelen i skatteloven § 2-38 sjette ledd innebærer ingen begrensning i fritaksmetodens anvendelsesområde. Regelen innebærer imidlertid en begrensning i de fritak for skatt som gis etter § 2-38, og behandles av den grunn her.

Regelen ble innført med virkning fra 7. oktober 2008. Den er en reaksjon på at lovgiver mente at regelen i skatteloven § 6-24 i for stor utstrekning tillot fradrag for kostnader som knyttet seg til skattefrie inntekt.²⁸ I stedet for å endre eller fjerne regelen i skatteloven § 6-24, ble det innført en regel som sjablonmessig tilbakefører en del av fradragene som blir gitt etter § 6-24. Av alle inntekter som fritas for skatt etter fritaksmetoden, skal tre prosent føres som inntekt hos mottakeren. Denne inntektsføringen innebærer at inntekter som før var skattefrie nå blir beskattet, dog effektivt sett med svært lav sats. Den del av aksjeinntekten som inntektsføres blir beskattet som alminnelig inntekt. Dermed ender en opp med en effektiv skattesats på 0,84 % (28% av 3%).

²⁸ Ot.prp. nr. 1 (2008-09) s. 32.

3 Skattelovens § 2-38 tredje ledd bokstav e

3.1 Innledning

Gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap er i utgangspunktet omfattet av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav b. Fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper begrenses imidlertid av regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e. Denne regelen lar det avgjørende kriteriet for fritaksmetodens anvendelse være om selskapet har investert i ”aksjer mv.” utenfor fritaksområdet. Utgjør verdien av de ikke-kvalifiserende aksjene mer enn 10 % av verdien på selskapets totale portefølje av aksjer mv., er andel i selskapet ikke objekt for fritaksmetoden.

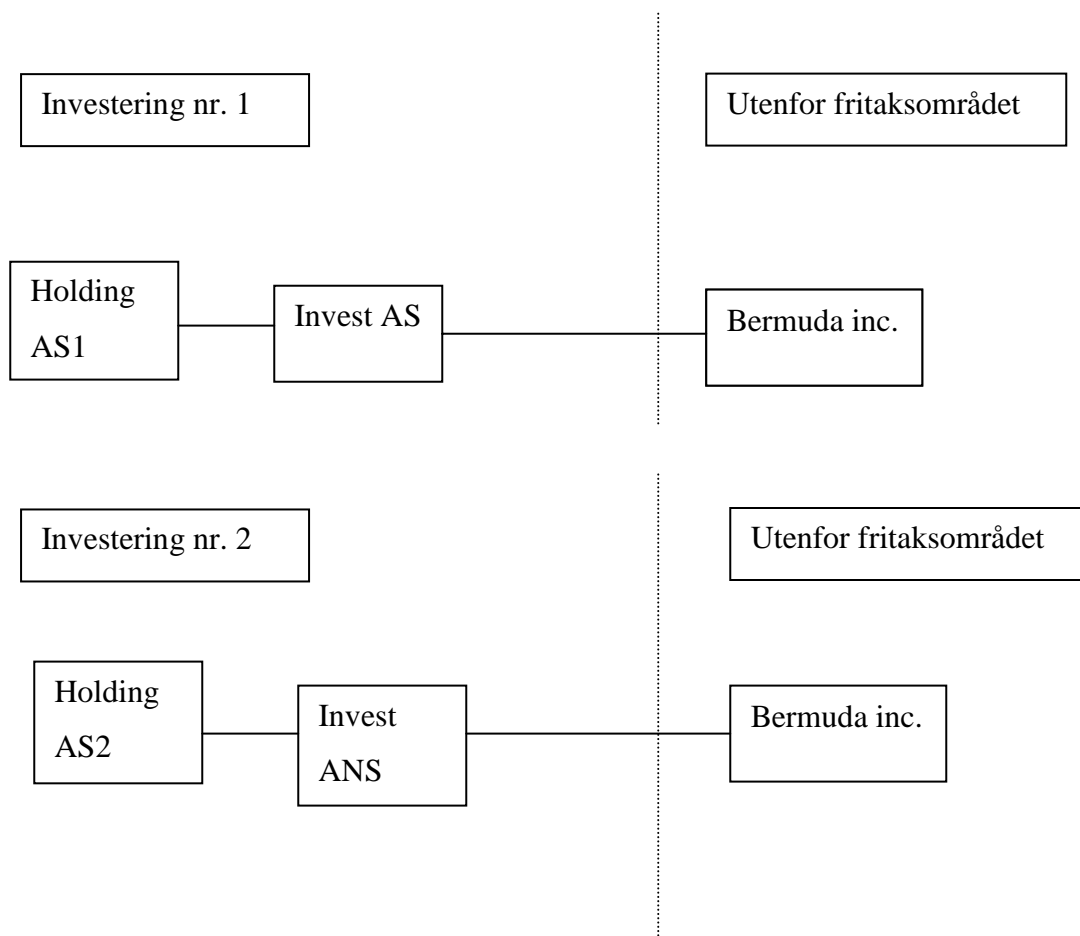
Det er denne avgrensingsregelen og dens rettsfølger det skal redegjøres nærmere for i dette kapitlet. Formålet med redegjørelsen er å anskueliggjøre hvordan regelen kan medføre ulik beskatning av like investeringer, avhengig av om de er foretatt gjennom aksjeselskap eller deltakerlignet selskap. I tillegg vil fremstillingen omhandle hvilke tilpasningsmåter og planleggingsmuligheter regelen åpner for.

3.2 Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e fører til skjev beskatning av like investeringer

For å vise at regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e kan lede til skjev beskatning avhengig av valg av foretaksform, er det hensiktsmessig å benytte et eksempel.

Utgangspunktet er at to holdingselskaper som begge er subjekt for fritaksmetoden investerer 100 i hvert sitt investeringsselskap. Ved disse investeringene oppnår holdingselskapene en eierandel på 50 % i hvert av investeringsselskapene. Det ene investeringsselskapet er et aksjeselskap og det andre er et ansvarlig selskap, begge er

hjemmehørende i Norge. De to investeringsselskapene forutsettes å ha en identisk portefølje. Porteføljen består av aksjer i et selskap hjemmehørende på Bermuda.



Skjevheten i beskatning oppstår hvor holdingselskapene realiserer sin investering i investeringsselskapene. I det første tilfelle vil det ikke oppstå noen skatteplikt på eventuell gevinst som måtte oppstå ved realisasjon. Holding AS1 er subjekt for fritaksmetoden og aksjene i Invest AS er objekt for fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 første ledd bokstav a og annet ledd bokstav a.

I det andre tilfelle oppstår det skatteplikt. Ettersom Bermuda er et lavskattland²⁹ er inntekter på aksjene i Bermuda inc. ikke omfattet av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a. Aksjer i selskap hjemmehørende utenfor fritaksområdet utgjør dermed 100 % av verdien av Invest ANS sin aksjeportefølje. Det innebærer at en eventuell gevinst som oppstår ved realisasjon av investeringen i Invest ANS, er skattepliktig for Holding AS2, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e.

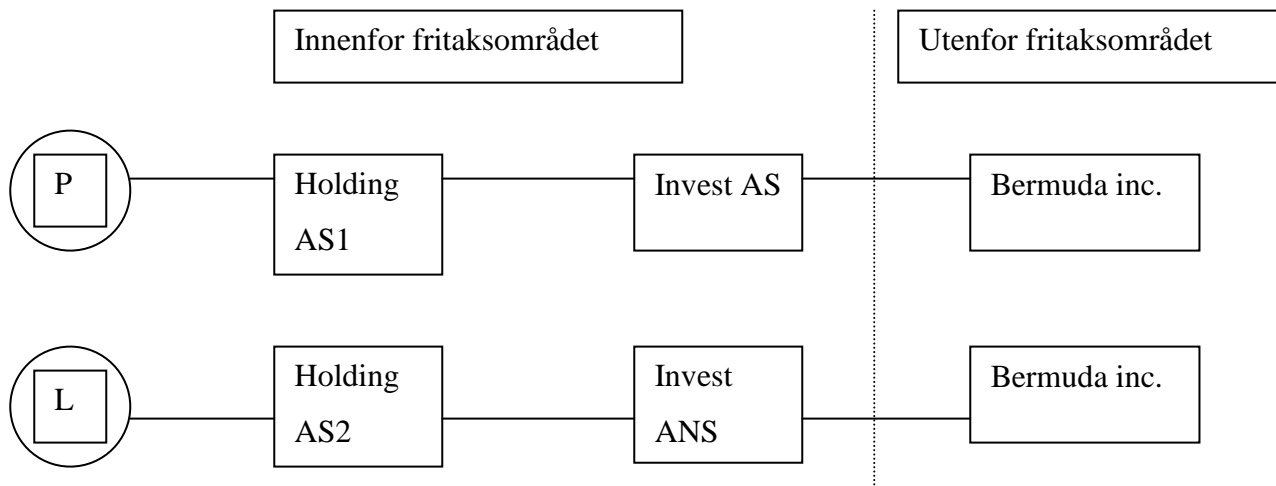
Denne skjevheten skaper behov for planlegging. En bør gjennomføre sine investeringer på en slik måte at man unngår skatteplikt etter særregelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e. Samtidig åpner bestemmelsen opp for tilpasningsmuligheter som kan lede til lavere skattebelastning.

3.2.1 Ulik beskatning av avkastning på investering utenfor fritaksområdet

I denne delen skal det redegjøres for hvordan valg av foretaksform i kombinasjon med regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, kan lede til ulikheter i beskatningen av avkastningen på identiske investeringer. Dette fremstilles best gjennom et eksempel.

Det tas utgangspunkt i den samme selskapsstrukturen som ovenfor. I tillegg legges det til grunn at to fysiske personer, Peder og Lars, eier hvert av holdingselskapene.

²⁹ Forskrift 22. november 1999 nr. 1160 fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 § 10-63-2.



Invest AS og Invest ANS mottar 100 hver i utbytte fra selskapet de begge har investert i på Bermuda. Etter dette vil både Lars og Peder realisere sine investeringer.

3.2.2 Beskatning ved investering gjennom aksjeselskap

Beskatning av utbytte fra selskapet på Bermuda når det innvinnes av Invest AS

Utbytte fra selskap hjemmehørende i lavskatteland, er ikke objekt for fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a. Utbyttet blir således medregnet i investeringsselskapets alminnelige inntekt, og beskattet med en sats på 28 %, jf. skatteloven §§ 10-11 første ledd og 10-10 første ledd.

Realisasjon av andelen i Invest AS

Avkastningen av investeringen i form av utbytteutbetalingen vil lede til at det oppstår gevinst når aksjene i investeringsselskapet realiseres. Investeringsselskapet besitter nå

større verdier, og prisen på deres aksjer blir dermed høyere. Holdingselskapets aksjer får således en høyere utgangsverdi enn inngangsverdi.

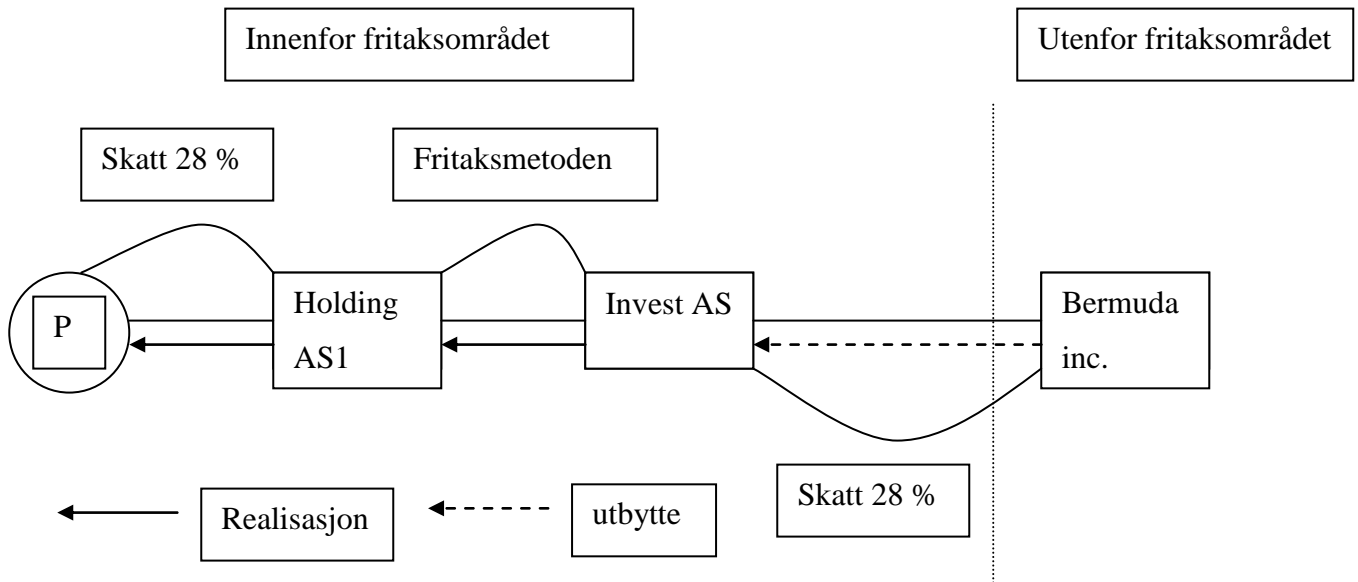
Gevinst ved realisasjon av aksjer i et norsk AS omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a. Holding AS1 er også et norsk AS, og er dermed subjekt for fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 første ledd bokstav a. Gevinsten på realisasjonen av aksjene i investeringsselskapet er derfor fritatt for beskatning i Holding AS1.

Realisasjon av Holding AS1

Ved realisasjon av holdingselskapet vil avkastningen fra utenlandsinvesteringen materialisere seg i en gevinst for Peder. Denne gevinsten vil være gjenstand for beskatning, jf. skatteloven § 10-31 første ledd. Gevinsten blir dermed skattlagt med 28 % etter at det er gjort fradrag for skjerming, jf. skatteloven § 10-31 første ledd annet punktum.

Når det investeres gjennom aksjeselskap blir altså utbytte fra selskapet på Bermuda beskattet med 48,16 % ($28 \% + (1-0,28) \times 0,28 = 48,16 \%$.)

Investering i aksjer utenfor fritaksområdet gjennom aksjeselskap



Total beskatning på Peders investering utenfor fritaksområde: $28 \% + (1-0,28) \times 0,28 = 48,16 \%$.

3.2.3 Beskatningen ved investering gjennom deltakerlignet selskap

Beskatning av utbytte fra Bermuda når det innvinnes av Invest ANS

Utbytte fra selskapet på Bermuda vil inngå i overskuddet som er gjenstand for nettoligning etter skatteloven § 10-41 første og annet ledd, jf. § 2-38 tredje ledd bokstav d. Holdingselskapet blir således tilordnet 50 som beskattes der som alminnelig inntekt. Skattesatsen er 28 %.

Realisasjon av andelen i Invest ANS

Invest ANS er et deltakerlignet selskap, jf. skatteloven § 10-40 første ledd. Da det ikke er foretatt noen utdelinger fra selskapet oppstår spørsmålet om inngangsverdien på holdingselskapets andel skal justeres.

Slik justering av inngangsverdi som følge av uegentlig innskudd, gjøres på andeler som tilhører personlige deltakere, jf. skatteloven § 10-44 tredje ledd jf. § 10-42 syvende ledd. Dersom inntektsskatten som tilordnes personlig deltaker etter nettoligning er større enn summen av utdelinger fra selskapet samme år, skal differansen tillegges deltakerens skjermingsgrunnlag, jf. skatteloven § 10-42 syvende ledd. Denne endringen i skjermingsgrunnlaget skal det så korrigeres for i andelens inngangsverdi, jf. skatteloven § 10-44 tredje ledd.

Spørsmålet er om det kan foretas en tilsvarende justering av inngangsverdi hvor eieren av andelen er et selskap. Eneste hjemmel for slik justering er skatteloven § 10-44. Spørsmålet blir derfor hvorvidt og i hvilken grad skatteloven § 10-44 får anvendelse ved realisasjon av selskapsandel som tilhører en selskapsdeltaker.

Ordlyden i bestemmelsens første ledd taler for at det er en generell bestemmelse som oppstiller en hovedregel om skatteplikt på gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap. Lovgivningsteknikken synes å være den samme som benyttes i skatteloven § 10-31 første ledd. Det oppstilles en generell hjemmel for skatteplikt, mens det opereres med vidtfavnende unntak i form av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38. Etter denne tolkningen av § 10-44 første ledd, er alle slags deltakere som hovedregel skattepliktige for gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap. Paragraf 10-44 får således anvendelse på tilfeller hvor selskapsdeltakere avhender andel i deltakerlignet selskap.

Den siste delen av ordlyden i skatteloven § 10-44 tredje ledd passer imidlertid ikke like godt for selskapsdeltakere som for personlige deltaker. Det kan vanskelig foretas noen

korrigeringer etter skatteloven § 10-42 syvende ledd, når selskapsdeltakere ikke har noe skjermingsgrunnlag. Den siste delen av skatteloven § 10-44 tredje ledd kan derfor ikke få direkte anvendelse ved avhendelse av andel eid av selskapsdeltaker.

Spørsmålet synes etter dette å være hvorvidt regelen i § 10-44 tredje ledd om justering av inngangsverdi kan få anvendelse så langt den passer for selskapsdeltakere som realiserer andel i deltakerlignet selskap. Spørsmålet virker ikke å være behandlet i verken forarbeider³⁰, lignings-ABC eller juridisk teori. Når reglene om realisasjon fremstilles skjer det utelukkende fra personlig deltakers perspektiv. En må da foreta en friere vurdering hvor ulike reelle hensyn kan spille inn. Et utgangspunkt kan være å ta for seg begrunnelsen for regelen som fremgår av § 10-44 tredje ledd jf. § 10-42 syvende ledd, og drøfte hvorvidt denne også gjør seg gjeldene for selskapsdeltakere.

Regelen synes å være begrunnet i at beskatningen av deltakere i deltakerlignede selskaper og aksjonærer i aksjeselskaper skal være nøytral. Utgifter til skatt på overskuddet i et aksjeselskap reduserer selskapets midler. Etersom selskapets midler mer eller mindre reflekterer dets omsetningsverdi, bidrar skatten til å redusere eventuell gevinst og øke eventuelt tap ved realisasjon.

I deltakerlignede selskaper blir skatt etter nettoligning ikke reflektert i noen reduksjon av selskapets verdier, ettersom beskatningen skjer på deltakernes og ikke selskapets hånd. Uten en justering i inngangsverdi blir dermed gevinsten – skattepliktig inntekt – høyere og fradragberettiget tap mindre enn i tilsvarende tilfelle for aksjeselskaper.

Dette er argumenter som gjør seg gjeldende på lik linje for selskapsdeltakere. Også for selskapsdeltakere vil manglende justering av inngangsverdien medføre en mindre gunstig beskatning enn hva tilfellet hadde vært om deltakeren i stedet var aksjonær. Hensynet til nøytralitet og konsekvens taler derfor for at også selskapsdeltakere bør ha rett på justering

³⁰ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 49–53.

av inngangsverdien ved uegentlige innskudd. Disse hensynene må imidlertid avveies mot det faktum at den aktuelle delen av ordlyden i § 10-44 tredje ledd er rettet mot personlige deltakere. I tillegg må det tas med i betraktningen at omtalen av regelen i forarbeidene, utelukkende retter seg mot personlige deltakere.³¹

Ved avveiningen av nøytralitets- og konsekvenshensyn, som kan begrunne justering, mot lovens ordlyd og regelens omtale i forarbeidene, er min vurdering at lovens ordlyd og behandlingen i forarbeidene må veie tyngst.

Min konklusjon er derfor at det ikke er hjemmel for å oppjustere inngangsverdien hvor det foretas uegentlige innskudd av selskapsdeltakere.

I forhold til eksempelet er det dermed klart at inngangsverdien på holdingselskapets andel i Invest ANS, ikke kan justeres. Inngangsverdien blir dermed den kostpris andelen hadde da den ble ervervet, jf. skatteloven § 10-44 tredje ledd. Ettersom Invest ANS har mottatt utbytte på 100, vil en eierandel i selskapet være verdt mer nå, enn da Holding AS2 ervervet sine andeler. En eierandel som tilsvarer 50 % av selskapet vil nå være verdt 50 mer enn hva som var tilfelle før selskapet mottok utbytte. Utgangsverdien blir derfor 50 større enn inngangsverdien, og holdingselskapet oppnår en gevinst på 50.

Ved realisasjonen kommer regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e til anvendelse. Andelene i Invest ANS er dermed ikke omfattet av fritaksmetoden, og gevinsten på 50 blir beskattet som alminnelig inntekt hos Holding AS2.

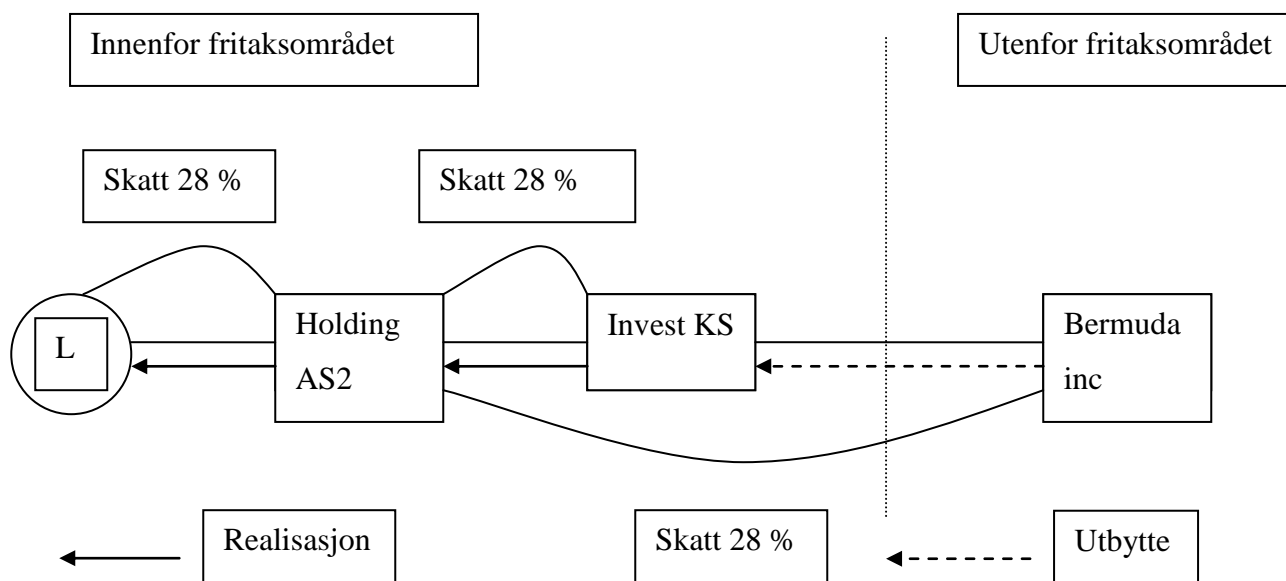
Realisasjon av Holding AS2

Ved realisasjon av holdingselskapet vil det som er igjen av avkastningen fra utenlandsinvesteringen materialisere seg i en gevinst for Lars. Gevinsten vil være gjenstand

³¹ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 49–53.

for beskatning, jf. skatteloven § 10-31 første ledd. Gevinsten blir dermed skattlagt med 28 % etter at det er gjort fradrag for skjerming, jf. skatteloven § 10-31 første ledd annet punktum.

Investering i aksjer utenfor fritaksområdet gjennom deltakerlignet selskap



Total beskatning på Lars sin investering utenfor fritaksområdet: $28\% + 28\% + (1-0,28) \times 0,28 = 62,67\%$

3.2.4 Forskjell i total beskatning

Beskatningen av investeringene til Peder og Lars er oppsummert i tabellen nedenfor:

Transaksjoner	Beskatning av Peders investering	Beskatning av Lars' investering
Utdeling av utbytte fra selskap på Bermuda	28 % av 50	28% av 50
Realisasjon av eierandel i investeringselskap		28 % av 50
Realisasjon av holdingselskap	28 % av 38,6	28 % av 22
Sum total beskatning	24,08	34,16
Total beskatning i %	48,16 %	68,32 %

Forskjellen i skattebelastning blir altså stor avhengig av om en investerer gjennom et aksjeselskap eller et deltakerlignet selskap. Dette skyldes for det første regelen i § 2-38 tredje ledd bokstav e, som unntar andeler fra visse deltakerlignede selskaper fra å omfattes av fritaksmetoden. For det andre er den manglende hjemmel på justering av inngangsverdien på andeler tilhørende selskapsdeltakere med på å bidra til den ulike beskatningen.

3.3 Tilpasnings- og planleggingsmuligheter

3.3.1 Introduksjon

Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd medfører både i seg selv og i kombinasjon med andre regler muligheter for skatteplanlegging og tilpasninger.

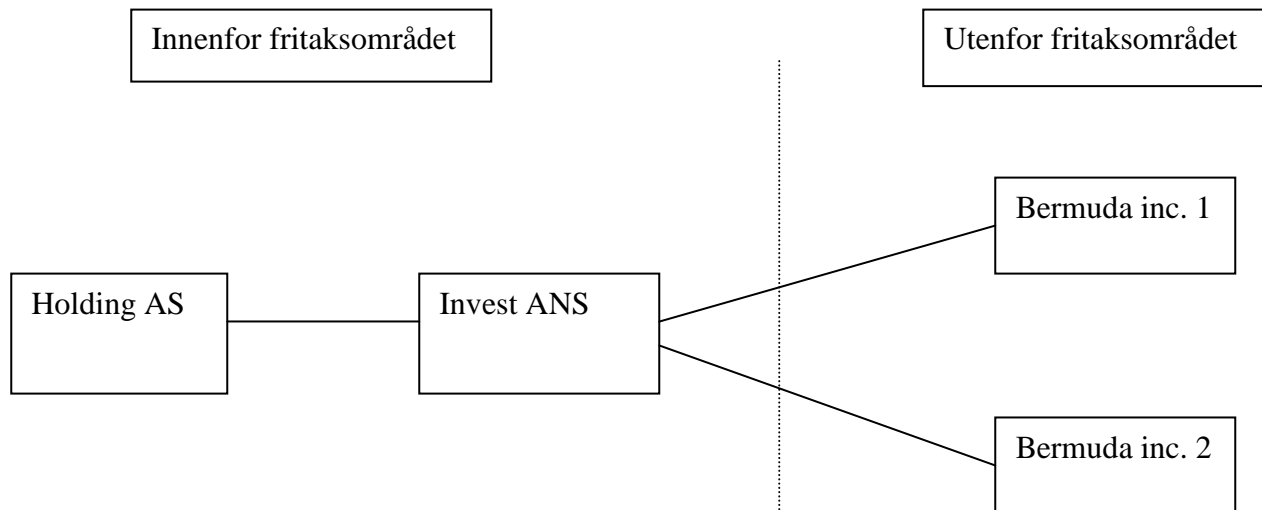
3.3.2 Innvinne gevinsten skattefritt ved utdeling

En er ikke nødt til å realisere sin andel, for å få tilgang til realiserte aksjegevinster i et deltakerlignet selskap. Gevinstene vil også kunne deles ut til deltakeren. Selskapsdeltakere vil kunne motta disse utdelingene skattefritt, ettersom deltakermodellen kun omfatter ”personlige deltakere”, jf. skatteloven § 10-42 første ledd.

3.3.3 Inkonsekvensen mellom reglene om beskatning av utdeling og gevinst ved realisasjon åpner for en mulighet til å konstruere fradragsberettiget tap

I dette avsnittet skal det drøftes hvorvidt regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, sammen med fritaket for skatt på utdelinger til selskapsdeltakere, kan åpne for at andel i deltakerlignet selskap kan realiseres med et konstruert fradragsberettiget tap.

Spørsmålet kan best drøftes gjennom et eksempel. Det kan tas utgangspunkt i selskapsstrukturen som er benyttet i 3.2.1. Til forskjell fra eksempelet i 3.2.1, legges det til grunn at Invest ANS har investert i to selskap på Bermuda. En aksje i hvert selskap, hvor hver av dem har en inngangsverdi på 100.



Verdien på aksjen i Bermuda inc. 1, stiger så til 200. Investeringselskapet realiserer da aksjen med en gevinst på 100, jf skatteloven § 10-32 første ledd. Denne gevinsten er skattepliktig inntekt for Invest ANS, jf. skatteloven §§ 10-41 første og annet ledd jf. 2-38 tredje ledd bokstav a. Inntekten inngår således i selskapets overskudd som skal fordeles på deltakerne for beskatning, jf. skatteloven § 10-41. Holdingselskapet får dermed tilordnet 50 til sin alminnelige inntekt. Skattesatsen er 28 % og deltakeren må dermed betale (28 % av 50) 14 i skatt på gevinsten. Etter dette vil selskapsdeltakeren realisere sin andel i selskapet.

Realisasjon uten forutgående utdelinger

Omsetningsverdien på andelene vil tilsvare verdiene i selskapet. Selskapet har en aksjeportefølje som er verdt 100 og likvider verdt 200. Andelene vil dermed ha en utgangsverdi på 150.

Andelen til selskapsdeltakeren vil ha 100 som inngangsverdi, jf. skatteloven § 10-44 tredje ledd. Det er som nevnt ikke hjemmel for å oppjustere inngangsverdien på andel tilhørende selskapsdeltaker, som følge av uegentlig innskudd.³² Selskapsdeltakeren oppnår dermed en

³² Se punkt. 3.2.3.

gevinst på 50 ved realisasjonen, jf. skatteloven § 10-44 andre ledd. Denne gevinsten utgjør skattepliktig inntekt for holdingselskapet. Andelen i Invest AS er ikke omfattet av fritaksmetoden, da selskapet kun eier aksjer utenfor fritaksområdet, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e.

Beskatning av selskapsdeltaker blir som følger:

Vederlag for andelen	150
Skatt ved realisasjon av aksje i Bermuda inc. 1	-14
Skatt ved realisasjon av andel i Invest ANS	-14
Selskapsdeltaker sitter igjen med	122

Realisasjon etter at selskapets likvider er utdelt

Det er en skjevhet mellom reglene om beskatning av selskapsdeltaker ved utdeling fra deltakerlignet selskap, og beskatning av gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap. Denne skjevheten kan utnyttes for å oppnå en lavere beskatning ved realisasjon av andel.

Skjevheten skyldes at skattefritaket på gevinst ved realisasjon og skattefriheten på utdelinger reguleres av ulike regler som er avgrenset forskjellig. Skattefritaket på gevinst ved realisasjon reguleres av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav b. Skattefriheten for utdelinger derimot, baseres på at den eneste hjemmel for beskatning av slike utdelinger ikke omfatter selskapsdeltakere. Anvendelsesområdet for fritaksmetoden er dermed avgrenset snevrere enn anvendelsesområdet for skattefriheten på utdelinger. Selskapsdeltakeren vil dermed kunne motta utdelinger fra deltakerlignede selskaper som ikke er objekt for fritaksmetoden skattefritt.

Selskapsdeltakerens andel av selskapets likvider er 100. Disse vil han kunne få utdelt skattefritt. Ved realisasjon av andel i Invest AS etter en slik utdeling, vil andelenes omsetningsverdi være lavere. Andelen gir nå bare rett på halvparten av selskapets aksjeportefølje som er verdt 100. Andelens utgangsverdi blir derfor 50.

Selskapsdeltakeren får de 100 utbetalt som en ”utdeling” slik disse defineres i skatteloven § 10-42 annet ledd. Da utbetalingen ikke har form av tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital, kommer ikke regelen om justering av inngangsverdi i skatteloven § 10-44 tredje ledd til anvendelse. Denne regelen bestemmer nemlig at inngangsverdien kun skal korrigeres for ”netto innskudd”. Det vil si at det kun korrigeres for innskudd fratrukket tilbakebetaling av innbetalt kapital.³³ Inngangsverdien på selskapsdeltakerens andel er dermed fortsatt 100.

Ved realisasjon av andelen for 50 vil selskapsdeltakeren derfor bli påført et tap på 50. Ettersom andelen i det deltakerlignede selskapet ikke er objekt for fritaksmetoden vil tapet være fradragsberettiget. Selskapsdeltakeren kan da trekke fra tapet i sin alminnelige inntekt.

Beskatning av selskapsdeltakeren:

Utdeling		100
Vederlag ved realisasjon		50
Tillegg i alminnelig inntekt etter nettoligning	50 x 28 %	14
Fradragsrett i alminnelig inntekt etter tap ved realisasjon	-50 x 28 %	-14
Beløp selskapsdeltaker sitter igjen med etter beskatning		150

³³ Lignings-ABC s. 299.

Selskapsdeltakeren skaper på denne måten tilstrekkelig fradragsberettiget tap til å realisere, en i utgangspunktet skattepliktig inntekt skattefritt. Grunnen til at dette lar seg gjøre er todelt. For det første skyldes det som nevnt at utdelinger kan mottas skattefritt av selskapsdeltakere. For det annet skyldes det at deltakerne i et selskap kan velge om en utbetaling fra selskapet skal være utdeling eller tilbakebetaling av innbetalt selskapskapital.³⁴

En slik valgmulighet synes rimelig for personlige deltakere. Utbetalingen blir nemlig beskattet i begge tilfeller. Enten beskattets den når deltakeren mottar utbetalingen, jf. skatteloven § 10-42. Eller så vil utbetalingen komme til beskatning ved realisasjon av andelen, i form av at inngangsverdien har blitt justert, jf. skatteloven § 10-44 tredje ledd.

At selskapsdeltakere skal ha samme valgmulighet virker mer urimelig, da de alltid vil kunne motta utdelinger skattefritt. Det er imidlertid ingen holdepunkter for å hevde at ikke også selskapsdeltakere vil kunne velge om en utbetaling skal klassifiseres om utdeling eller tilbakebetaling av innbetalt aksjekapital.

Inkonsekvensen mellom reglene om beskatning av utdeling og beskatning av gevinst ved realisasjon, åpner dermed for at selskapsdeltaker skattefritt kan tappe selskapet for verdier for så å realisere andelen med fradragsberettiget tap.

Det kan reises spørsmål om selskapsdeltakers fremgangsmåte rammes av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen som gjelder i skatteretten.³⁵ Det vil imidlertid føre for langt å gå inn på en nærmere drøftelse av spørsmålet her.

³⁴ Lignings-ABC s. 268.

³⁵ Rt. 2006 s. 1232 (avsnitt 47).

3.3.4 Minimere tapsrisikoen ved investering i et risikofylt prosjekt

Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e er en såkalt sjablonregel. Det innebærer at det kan oppstå terskeeffekter, ved at grensen for skatteplikt er klart definert.

Slike regler er godt egnet for tilpasninger og planlegging, blant annet ved at en legger seg helt opp til lovens grenser for å oppnå gunstig beskatning. Ti prosent regelen i tredje ledd bokstav e utgjør intet unntak i så måte. Bestemmelsen kan brukes til å begrense et mulig tap ved investering i et risikofylt prosjekt. Dette illustreres best ved et eksempel.³⁶

Hans og Tom skal sammen investere i et prosjekt som det knytter seg stor risiko til. De oppretter begge hvert sitt aksjeselskap slik at deres ansvar begrenses til aksjekapitalen. Sammen opprettet de et ansvarlig selskap som skal benyttes til å realisere prosjektet. Aksjeselskapene til Hans og Tom er eneste deltakere. Ved oppstarten sørger de for at det ansvarlige selskapet kjøper opp et visst kvantum av aksjer i et selskap som befinner seg utenfor fritaksområdet. Dette er de eneste aksjene det ansvarlige selskapet eier.

Hvis nå prosjektet skulle gå dårlig, vil Hans og Tom oppløse det ansvarlige selskapet. Dette vil regnes som realisasjon av deres eierandeler, jf. skatteloven § 10-44 første ledd. Ved realisasjonen vil regelen i § 2-38 tredje ledd bokstav e komme til anvendelse.

Aksjeselskapene til Hans og Tom vil dermed få fradrag i selskapsinntekten for tapet de blir påført.

Hvis prosjektet derimot skulle gå bra, vil Hans og Tom velge en annen løsning. En stund før de realiserer andelene i det ansvarlige selskapet, vil de realisere aksjene selskapet eier. På den måten vil gevinst ved realisasjon av andel i det ansvarlige selskapet omfattes av fritaksmetoden. Dette innebærer at Hans og Tom sine aksjeselskap ikke blir beskattet for gevinsten som oppnås ved realisasjonen av det ansvarlige selskapet.

³⁶ Zimmer (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, Oslo 2006 s. 498.

En kan altså med ganske enkle grep, oppnå enten fradrag for tap eller skattefritak for gevinst.

Det kan reises spørsmål om denne fremgangsmåten rammes av den ulovfestede gjennomskjæringsregelen som gjelder i skatteretten.³⁷ Det vil imidlertid føre for langt å gå inn på en nærmere drøftelse av spørsmålet her.

3.4 Vurdering av begrunnelsen for skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e

Problemstilling

Problemstillingen i dette avsnittet er hvorvidt begrunnelsen som er gitt for regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, er god. En slik problemstilling fordrer en redegjørelse for den begrunnelse lovgiver har gitt, samt en vurdering av denne begrunnelsen.

Presentasjon av begrunnelsen

Begrunnelsen for regelen skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, finner en i dens forarbeider.³⁸ Her tas det utgangspunkt i at det skal legges et transparensynspunkt til grunn ved beskatning av aksjeinntekter som innvinnnes gjennom deltakerlignede selskaper. Det vil si at det avgjørende for hvorvidt kvalifiserte aksjeinntekter skal beskattes er hvorvidt deltakerne utgjør kvalifiserende subjekter etter fritaksmetoden. I et slikt perspektiv ”skal det avgjørende for om en aksjeinntekt kvalifiserer som objekt under fritaksmetoden være om aksjeinntekten stammer fra en investering i et EØS-land, eventuelt fra en direkte investering i et land som ikke faller inn under definisjonen av lavskatteland”. I

³⁷ Rt. 2006 s. 1232 (avsnitt 47).

³⁸ Ot.prp. nr 92 (2004-05) s. 25 -26.

utgangspunktet skal således beskatning av aksjeinntekter bli den samme uavhengig av om det investeres gjennom et deltakerlignet selskap eller direkte fra et aksjeselskap.

På denne bakgrunn tar lovgiver opp spørsmålet om hvordan fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper skal avgrenses. Uttaksutvalget har foreslått at fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper bør avgrenses på samme måte som for aksjer i aksjeselskaper.³⁹ Lovgiver mener imidlertid at en avgrensning som bygger på reglene i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a til d, ikke er treffende. Gjennom to eksempler illustrerer lovgiver hvordan beskatning av like investeringer blir ulik, avhengig av om de er gjort fra aksjeselskap eller gjennom deltakerlignet selskap. Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e innføres derfor som en alternativ avgrensning, fordi den antas å være mer treffende ved at den motvirker disse ulikhetene i beskatning.

I min vurdering av lovgivers begrunnelse vil jeg ta utgangspunkt i de to eksemplene og vurdere hvorvidt de medfører riktighet. Spørsmålet blir dermed hvorvidt en avgrensning av fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper som bygger på skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a til d, vil medføre en unøytral beskatning av investeringer gjort gjennom deltakerlignede selskaper.

Investering utenfor fritaksområdet

Det første eksempelet i forarbeidene⁴⁰, omhandler to identiske investeringer utenfor fritaksområdet som er foretatt på ulike måter. I det ene tilfellet er det investert direkte fra norsk aksjeselskap. I det andre tilfellet er det investert fra norsk aksjeselskap indirekte gjennom et norsk deltakerlignet selskap. Med utgangspunkt i transparensynspunktet vil avkastning på slik investering være skattepliktig fullt ut også når det er investert gjennom

³⁹ NOU 2005: 2 s. 46.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 26.

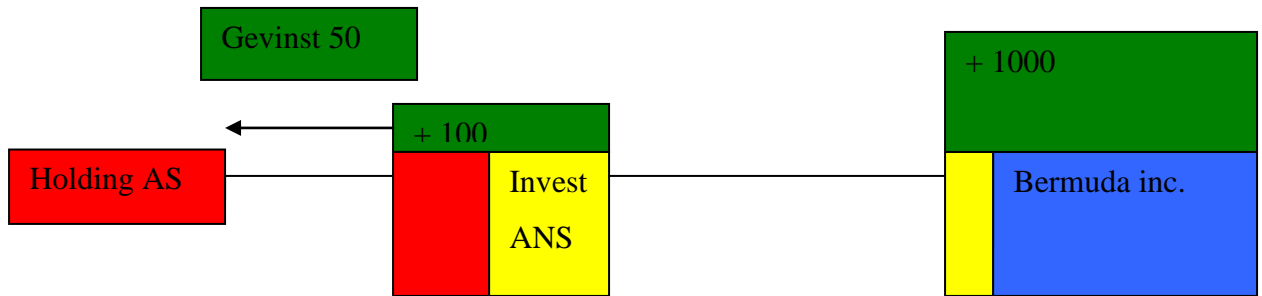
deltakerlignet selskap. Det samme er tilfelle hvor det investeres direkte fra et aksjeselskap, jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a til d.

Om man legger uttaksutvalgets forslag til avgrensning til grunn, hevder imidlertid lovgiver at beskatningen av en slik investering vil kunne bli forskjellig avhengig av om det investeres direkte fra et aksjeselskap eller indirekte gjennom et deltakerlignet selskap.

Ved direkte investering fra aksjeselskap, vil aksjeinntekter fra land utenfor fritaksområdet bli beskattet. Hvis en derimot investerer indirekte, hevder lovgiver at det er mulighet for at aksjeinntekter som stammer fra land utenfor fritaksområdet ”automatisk [vil] bli omfattet av fritaksmetoden ved realisasjon av andel i” det deltakerlignede selskapet som er hjemmehørende i Norge.⁴¹

Slik aksjeinntekt det er tale om oppstår hvor aksjene i det deltakerlignede selskapets aksjeportefølje, stiger i verdi. Andel i det deltakerlignede selskapet blir da mer verdt som følge av prisstigningen på aksjene selskapet eier. På denne måten vil aksjeinntekter som stammer fra land utenfor fritaksområdet kunne materialisere seg i en gevinst ved realisasjon av andel i deltakerlignet selskap. Ettersom det deltakerlignede selskapet er hjemmehørende i Norge, vil det etter uttaksutvalgets forslag være omfattet av fritaksmetoden. På den måten vil aksjeinntektene, som stammer fra utenfor fritaksområdet, kunne realiseres skattefritt ved å investere indirekte gjennom deltakerlignet selskap. Dette kan illustreres gjennom et eksempel.

⁴¹ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 26.



Holding AS eier 50 % av Invest ANS, som eier 10 % av aksjene i Bermuda inc. Når Holding AS realiserer sin andel i Invest ANS vil prisstigningen på aksjene i Bermuda inc materialisere seg i en gevinst som omfattes av fritaksmetoden.

Ved vurderingen av lovgivers standpunkt, må det tas med i betraktningen at samme skattefritak synes å kunne oppnås ved å investere gjennom et kvalifisert aksjeselskap. Aksjeinntekter fra land utenfor fritaksområdet vil ikke bli beskattet i aksjeselskapet før de innvinnes. Verdiene på de utenlandske aksjene vil imidlertid på samme måte som i eksempelet ovenfor, påvirke verdien på andelene i det mellomliggende selskapet. Ved en slik sammenligning synes derfor avgrensningen, som foreslås av uttaksutvalget, å lede til en nøytral beskatning av aksjeinntekter fra land utenfor fritaksområdet.

Men også når en sammenligner indirekte investering gjennom deltakerlignet selskap med investering gjort gjennom mellomliggende aksjeselskap, vil uttaksutvalgets forslag lede til ulik beskatning.

Aksjeselskapene det er investert fra vil nemlig kunne få ulikt vederlag for andel i de mellomliggende selskapene, avhengig av om det er tale om et deltakerlignet selskap eller et aksjeselskap. En større del av de materialiserte aksjeinntektene vil dermed kunne bli omfattet av fritaksmetoden i det ene tilfellet enn i det andre.

Dette kan illustreres ved et eksempel. Vi kan tenke oss at de mellomliggende selskapene er hjemmehørende i et høyskatteland innenfor EØS-området. At det er tale om et

høyskatteland innebærer at den alminnelige inntektsskatten for selskaper som er hjemmehørende der, utgjør mer enn to tredjedeler av den skatt tilsvarende selskap ville vært underlagt i Norge, jf. skatteloven § 10-63. Det medfører at det mellomliggende aksjeselskapet som er hjemmehørende i landet vil bli skattelagt med en sats som er høyere enn 18,67 %. Dette gjelder sannsynligvis også ved innvinning av de ikke-kvalifiserte aksjeinntektene.

Denne skatten vil påvirke omsetningsverdien på aksjene i det mellomliggende aksjeselskapet. Når det skal ytes vederlag vil kjøper ta høyde for at de ikke-kvalifiserte aksjeinntektene vil bli skattlagt med denne satsen.

For det mellomliggende deltakerlignede selskapet er stillingen en annen. Deltakerlignede selskaper er i de aller fleste land ikke egne skattesubjekter. Det er altså deltakerne og ikke selskapet som blir beskattet for dets overskudd. Avgjørende for hvordan de utenlandske aksjeinntektene skal beskattes når de innvinnes, er dermed ikke reglene i landet hvor det deltakerlignede selskapet er hjemmehørende. Avgjørende for beskatningen er reglene i landet hvor erververen av andelen er hjemmehørende. Er det tale om et lavskatteland, vil liten eller ingen skatt influere på prisen.

Aksjeselskapet, som har investert gjennom deltakerlignet selskap, vil på denne måten kunne få en høyere pris for sin andel enn aksjeselskapet som har investert gjennom aksjeselskap. Dermed vil en større del av de ikke-kvalifiserte aksjeinntektene kunne bli omfattet av fritaksmetoden, hvor det investeres indirekte gjennom deltakerlignede selskaper.

Lovgivers påstand om at uttaksutvalgets forslag til avgrensning ikke er treffende, fordi den leder til ulik beskatning av investeringer utenfor fritaksområdet medfører altså riktighet.

Investering innenfor fritaksområdet

Det andre eksempelet tar for seg investeringer innenfor fritaksområdet.⁴² Eksempelet omhandler to ulike fremgangsmåter. I det ene tilfelle investeres det direkte fra et aksjeselskap. I det andre investeres det indirekte fra aksjeselskap gjennom et deltakerlignet selskap utenfor EØS.

Ved investering direkte fra norsk aksjeselskap vil aksjeinntekten være gjenstand for fritak, ettersom investeringen er gjort fra kvalifisert subjekt for fritaksmetoden. I det andre tilfellet hvor det investeres indirekte gjennom et deltakerlignet selskap hjemmehørende utenfor EØS, hevder imidlertid lovgiver at "[a]ksjeinntekter som i utgangspunktet var kvalifiserende objekter under fritaksmetoden" ikke lenger automatisk vil omfattes av fritaksmetoden.⁴³ Denne påstanden medfører riktighet da gevinst ved realisasjon av andel i det deltakerlignede selskapet etter uttaksutvalgets forslag vil utgjøre skattpliktig inntekt for det investerende aksjeselskapet. Kvalifisert aksjeinntekt som er innvunnet av det deltakerlignede selskapet, vil på den måten kunne komme til beskatning ved realisasjon av andel i selskapet.

Eksempelet viser dermed at uttaksutvalgets forslag vil lede til ulik beskatning, avhengig av om det er investert direkte fra aksjeselskap eller indirekte gjennom et deltakerlignet selskap. En slik beskatning strider mot transparens synspunktet. I et slikt perspektiv skal det avgjørende for beskatning av kvalifisert deltaker være hvorvidt inntekten omfattes av fritaksmetoden.⁴⁴ Uttaksutvalgets forslag medfører at det legges et geografisk kriterium til grunn for fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper. Mens det ved

⁴² Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 26.

⁴³ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 26.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 25.

beskatning etter transparensynspunktet i utgangspunktet er irrelevant hvor det deltakerlignede selskapet er hjemmehørende.⁴⁵

Eksempelet viser dermed at uttaksutvalgets forslag til avgrensning vil medføre en unøytral beskatning investeringer gjort gjennom deltakerlignede selskaper og aksjeselskaper.

Oppsummering

Etter denne gjennomgangen, finner jeg det klart at særtrekk ved deltakerlignede selskaper som foretaksform, gjør det nødvendig med en alternativ avgrensning av fritaksmetodens anvendelse. Det faktum at deltakerlignede selskaper ikke er egne skattesubjekter gjør at en tilsvarende avgrensning som for aksjeselskaper, vil kunne lede til en unøytral beskatning.

Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e er etter min mening et bedre alternativ en uttaksutvalgets forslag. Denne regelen lar det avgjørende for fritaksmetodens anvendelse være hvorvidt det deltakerlignede selskapet eier aksjer mv. utenfor fritaksområdet. Avgrensningen sikrer dermed at transparensynspunktet i større grad blir lagt til grunn ved beskatning av investeringer gjennom deltakerlignede selskaper. Dette motvirker de ulikheter som uttaksutvalgets forslag medfører.

Konklusjon

Da ulempene uttaksutvalgets forslag medførte, motvirkes av regelen i tredje ledd bokstav e, kan regelen i utgangspunktet virke godt begrunnet. Det må imidlertid tas med i betraktningen at regelen gir en del urimelige utslag, slik som beskrevet i kapitlene 3.2 og 3.3. Disse utslagene er ikke behandlet i forarbeidene.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 25.

Det kan derfor konkluderes med at det er behov for en regel som den i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, men at den nærmere utformingen av regelen ikke er like velbegrunnet.

3.5 Forslag til alternative løsninger

3.5.1 Alternativ avgrensning av fritaksmetodens anvendelse på andeler i deltakerlignede selskaper

Etter redegjørelsene i punktene 3.2 og 3.3 er det klart at regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, kan føre til ulik beskatning av like investeringer avhengig av valg av selskapstype. Regelen åpner også for tilpasningsmuligheter. Med relativt enkle grep kan et deltakerlignet selskap bevege seg inn og ut av fritaksområdet. Etter min mening er det derfor behov for en alternativ løsning til dagens regel.

En viktig årsak til at regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e gir urimelige utslag i enkelt tilfeller er at den er utformet som en sjablonregel. Det gjør at regelen blir upresis, slik at den kan få anvendelse på tilfeller, hvis dens begrunnelse tilsier at den ikke burde få anvendelse.

Formålet med en alternativ løsning er at den skal ivareta de samme hensyn som dagens regel i § 2-38 tredje ledd bokstav e, samtidig som den motvirker regelens unøytrale utslag. Målet må derfor være å finne frem til en mer presis regel, i den forstand at regelen leder til en mer nyansert beskatning enn dagens sjablonregel.

Ved vurdering av alternative løsninger kan det tas utgangspunkt i forarbeidene til skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e.⁴⁶ Før lovgiver bestemmer seg for å gi regelen en sjablon utforming beskrives en regel som i større grad ivaretar hensynet til presisjon. Denne regelen synes å sikre at deltakerlignede selskaper beskattes etter transparensynspunktet, fullt ut.

Regelen tar utgangspunkt i at andelens verdi i større eller mindre grad vil gjenspeile de investeringer selskapet har gjort. Disse investeringen kan være gjort innenfor og utenfor fritaksområdet. Slik at gevinst ved realisasjon av andelen vil gjenspeile verdistigninger på investeringene innenfor og utenfor fritaksområdet. Regelen foreskriver da at det foretas en fordeling slik at den delen av gevinsten som stammer fra investeringer utenfor fritaksområdet beskattes, mens den del av gevinsten som stammer fra investeringer innenfor fritaksområdet er gjenstand for fritak.

Regelen ble likevel vraket til fordel for regelen med sjablonmessig utforming. Lovgivers begrunnelse for dette valget synes å være at det ville knytte seg praktiske problemer til å foreta fordeling ved realisasjon.⁴⁷ Det ble trolig ansett å være for ressurskrevende å beregne fra hvilke investeringer gevinsten stammet fra, hver gang en skulle realisere andel i deltakerlignede selskaper.

Jeg mener det kan reises spørsmål om den alternative løsningen som beskrives i forarbeidene er så mye mer ressurskrevende at det legitimerer de urimelige utslagene av dagens sjablonregel.

Den alternative regelen fordrer at det blir utarbeidet en brøk, som gjenspeiler forholdet mellom selskapsinvesteringer innenfor og utenfor fritaksmetoden. En slik brøk må trolig baseres på verdien av selskapets investeringer på realisasjonstidspunktet. Brøken vil så

⁴⁶ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 26.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 26.

kunne bli benyttet på gevinst eller tap som oppstår ved realisasjonen. Hvis for eksempel 70 % av et selskaps aksjeportefølje består av investeringer utenfor fritaksområdet, vil 30 % av gevinsten være skattefri og 70 % av tapet være fradragsberettiget.

Også dagens regel i § 2-38 tredje ledd bokstav e fordrer at det beregnes en brøk. Denne skal også baseres på verdien av selskapets portefølje på realisasjonstidspunktet.

Den alternative regelen innebærer således intet merarbeid i forhold til dagens regel, hva gjelder å begrenne forholdet mellom selskapets aksjer i og utenfor fritaksområdet.

Dagens regel kan imidlertid synes å innebærer en enklere løsning hva gjelder den endelige beskatningen. Enten vil hele gevinsten beskattes eller så er hele gevinsten skattefri. Ved anvendelse av den alternative regelen må det foretas en ekstra utregning også her.

Gevinsten må deles opp før den kan underlegges beskatning. Denne utregningen innebærer imidlertid ikke store mengder merarbeid. Det virkelig ressurskrevende arbeidet er trolig å finne frem til forholdet mellom selskapets investeringer.

Det merarbeid den alternative regelen representerer må holdes opp mot de urimelige utslagene dagens regel medfører. Er det viktigst å ivareta hensynet til effektivitet ved å unngå merarbeid eller er det hensynet til presisjon som bør veie tyngst slik at en i større grad unngår de unøytrale utslag av dagens regel?

Etter min vurdering bør hensynet til presisjon veie tyngst. Jeg mener det en unngår av merarbeid med dagens regel ikke er tilstrekkelig til å oppveie de unøytrale utslagene den får som følge av liten presisjon.

Det skal imidlertid bemerkes at heller ikke denne alternative løsningen, vil medføre at investeringer gjennom deltakerlignet selskap i alle tilfeller blir beskattet på samme måte som tilsvarende investering foretatt gjennom et aksjeselskap. Den alternative regelen vil nemlig kunne medføre at inntekter som er i behold i selskapet og alt er beskattet etter nettoligningsreglene, blir beskattet igjen ved realisasjon. Et eksempel på dette har en hvor

et deltakerlignet selskap mottar utbytte fra et selskap utenfor fritaksområdet. Utbyttet vil bli beskattet etter nettoligningsreglene, jf. skatteloven § 10-41. Hvis utbytte fortsatt er i behold i selskapet på realisasjonstidspunktet, vil det medføre at deltakeren får en høyere utgangsverdi enn inngangsverdi, slik at han oppnår en gevinst. Selv om denne gevinsten utelukkende stammer fra allerede beskattede midler, vil den være skattepliktig fullt ut, dersom det deltakerlignede selskapet kun eier aksjer utenfor fritaksområdet. Den alternative regelen ville dermed ikke medført noen annen beskatning enn dagens regel, dersom den hadde vært anvendt på eksemplene i kapittel 3.2 og 3.3.2.

Den alternative regelen vil heller ikke motvirke de tilpasningsmuligheter som dagens regel åpner for. Dette fordi også den alternative løsningen knytter skattefritak og skatteplikt opp mot selskapets portefølje. For et selskap med liten aksjeportefølje og store øvrige verdier vil altså skatteplikten utelukkende være avhengig av aksjeporteføljens sammensetning, med de tilpasningsmuligheter det medfører.⁴⁸

Jeg mener allikevel at den alternative regelen er å foretrekke fremfor dagens løsning. Den alternative regelen vil i større grad ivareta hensynet til nøytralitet ved at beskatningen blir mer nyansert enn etter dagens sjablonregel.

Konklusjon

Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e bør endres. Den nye regelen bør la fritaksmetoden få anvendelse på gevinst og tap ved realisasjon i den grad selskapet har investert innenfor fritaksområdet.

⁴⁸ Punkt 3.3.3.

3.5.2 Alternativ løsning til manglende regulering av inngangsverdi på andel eid av selskapsdeltaker

Oppjustering av inngangsverdi ved uegentlig innskudd

Begrunnelsen for regelen i skatteloven § 10-44 tredje ledd om justering av inngangsverdi, som følge av uegentlig innskudd, tilsier at regelen også bør få anvendelse på andeler eid av selskapsdeltakere.⁴⁹ Regelen bør derfor endres slik at også inngangsverdien på andel eid av selskapsdeltaker blir oppjustert ved uegentlig innskudd. Det denne løsningen vil måtte innebære av merarbeid for ligningsmyndighetene, kan etter min mening ikke veie opp for den unøytrale beskatningen av selskapsdeltakere i forhold til selskapsaksjonærer.

⁴⁹ Punkt 3.2.3.

4 Lovlighetskrav knyttet til utdeling fra selskap

4.1 Innledning

Både deltakerlignede selskaper og aksjeselskaper kan dele ut verdier eller eiendeler fra selskapet til dets eiere. Som nevnt utgjør disse utdelingene skattepliktig inntekt om de mottas av personlige skattytere, mens selskapssubjekter som hovedregel kan motta utdelingene skattefritt.

Når det gjelder aksjeutbytte stilles det opp et krav om at utbytte må være ”lovlig utdelt” for at mottakeren skal ha rett til skjerming eller fritak for skatt, jf. henholdsvis skatteloven §§ 2-38 annet ledd bokstav a og 10-12 første ledd annet punktum. Dette lovlighetskravet ”referer seg først og fremst til de selskapsrettslige skranker for utbytteutdelinger”.⁵⁰ Hvis reglene i aksjeloven ikke er fulgt, vil selskaper som er subjekt for fritaksmetoden bli skattlagt og personlige aksjonærer vil ikke ha krav på fradrag for skjerming.

Med utgangspunkt i lovgivers uttalelser i forarbeidene⁵¹ til deltakermodellen; om at det er ønskelig å oppnå størst mulig nøytralitet i beskatningen, kan det spørres om det gjelder et tilsvarende lovlighetskrav tilknyttet utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

4.2 Intet lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper

Skatteloven § 10-42 regulerer i utgangspunktet kun den ”personlige deltaker” sin skatteplikt og rett til skjerming for skatt. Men ettersom det ikke foreligger noen annen hjemmel for beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskaper, er bestemmelsen også avgjørende for hvem som fritas for skatt på slike utdelinger.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og 57.

⁵¹ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 11

Det kan ikke utledes noe lovlighetskrav fra lovens ordlyd. Tvert i mot følger det av en normal språklig forståelse at enhver utdeling som ikke er til en ”personlig deltaker” ikke skal skattlegges, mens enhver utdeling til personlige deltaker skal underlegges skjermingsmetoden, jf. skatteloven § 10-42 første ledd.

I deltakermodellens forarbeider er spørsmålet om det gjelder et lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper ikke behandlet.⁵²

I lignings-ABC legges det til grunn at også utdelinger i strid med selskapsloven eller selskapsavtalen, regnes som utdeling etter skatteloven § 10-42 annet ledd.⁵³ Denne avgrensingen regulerer imidlertid kun hvorvidt utdelingene er skattepliktige og ikke hvorvidt det foreligger rett til fritak eller skjerming. Standpunktet som er inntatt i lignings-ABC sier dermed intet om hvorvidt det opereres med et lovlighetskrav eller ikke.

I teorien er så vidt meg bekjent spørsmålet bare behandlet i ett verk.⁵⁴ Forfatteren legger her til grunn at det ut i fra en ren ordlydsfortolkning av skatteloven § 10-42 ikke kan stilles opp noe lovlighetskrav for rett til fritak på skatt for selskapsdeltakere. Forøvrig synes forfatteren ikke å ta endelig stilling til hvorvidt det gjelder et lovlighetskrav for rett til skjerming og fritak for skatt på utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Etter denne gjennomgangen av relevante rettskilder, må det legges til grunn at det ikke gjelder noe lovlighetskrav for rett på skjerming etter skatteloven § 10-42. Det kan heller ikke oppstilles noe lovlighetskrav for rett på fritak for skatt, da fritaket kun baserer seg på en antitetisk tolkning av ”personlig deltaker” i § 10-42. Når det er ikke hjemmel for å beskatte selskapsdeltakere, finnes det heller ikke hjemmel for noe lovlighetskrav for rett til

⁵² Ot.prp. nr. 92 (2004–05) s. 11–65.

⁵³ Lignings-ABC s. 265.

⁵⁴ Gjems-Onstad s. 660, i samme retning s. 517.

fritak. Lovens ordlyd taler klart for dette standpunktet, og det finnes intet i de relevante forarbeidene som taler for en motsatt løsning.

Denne ulikheten i lovgivningen får konsekvenser for beskatning. Disse kan belyses gjennom et eksempel. To selskaper har begge som eneste eiendel et gjeldfritt skip. Det ene selskapet er organisert som et kommandittselskap, mens det andre er organisert som et aksjeselskap. Skipene selges og eierne av selskapene vil at vederlaget skal deles ut med det samme.

I selskapet som er organisert som et aksjeselskap vil adgangen til slik utdeling blant annet reguleres av aksjeloven § 8-1. Av denne bestemmelsens første ledd følger det at selskapets inntekter ikke kan utdeles før de inngår i det ”godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår”. En utdeling av vederlaget til aksjonærene vil derfor ikke kunne gjøres lovlig før året etter salget.⁵⁵ Utbytte blir dermed å betrakte som skattepliktig inntekt hos selskapets aksjonærer, og det gis ikke fradrag for skjerming. Dette følger av en antitetisk tolkning av skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a og § 10-12 første ledd annet punktum.⁵⁶

I selskapet som er organisert som et kommandittselskap reguleres adgangen til å foreta utdelinger blant annet av selskapsloven § 3-16. Etter denne bestemmelsen vil ikke utdeling kunne foretas ”i større utstrekning enn selskapets nettoformue for siste regnskapsår overstiger to femte deler av selskapskapitalen.” Vederlaget må således inngå i balansen som beregnes for siste regnskapsår, før utdeling kan foretas. Dette innebærer at vederlaget ikke kan utdeles lovlig før slik balanse er beregnet. En utdeling av vederlaget med det samme, vil derfor stride med selskapsloven § 3-16. Utdelingen vil likevel kunne mottas skattefritt av selskapsdeltakere, og personlige deltaker vil ha rett på skjerming.

⁵⁵ Uttalelse fra Lovavdelingen 20. Desember 2001, jnr. 01/10900; samme retning Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 441.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og 57.

Det oppstår dermed markante forskjeller i beskatningen. Det skal imidlertid tas med i betraktningen at enhver utdeling som strider med selskapsloven § 3-16, skal tilbakeføres til selskapet, jf. bestemmelsens siste punktum. Men er det som i dette eksempelet, tale om et tilfelle hvor selskapet ikke har utstående krav mot seg og det forutsettes at alle deltakerne er enig om utdelingen, vil restitusjonskravet kunne ha liten betydning.

4.3 Analyse av begrunnelsen for at det ikke oppstilles et lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper

Forarbeidene til deltakermodellen⁵⁷ inneholder som nevnt ingen overveielser knyttet til spørsmålet om utdelinger fra deltakerlignede selskaper skal underlegges et lovlighetskrav eller ikke.

Begrunnelsen for regelen må derfor søkes andre steder. Det kan her være relevant å se på hvordan lovlighetskravet i skatteloven §§ 10-12 første ledd annet punktum og 2-38 annet ledd bokstav a, er begrunnet. Ved å holde denne begrunnelsen opp mot forskjellene på aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper, kan det muligens sies noe om hvorfor det ikke gjelder et tilsvarende lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Lovlighetskravet i skatteloven §§ 10-12 og 2-38 referer som nevnt i hovedsak til de selskapsrettslige skranker for utdeling av utbytte.⁵⁸ Dette tilsier at lovlighetskravet i hvert fall til dels er begrunnet i de samme hensyn som begrunner skrankene i aksjelovgivningen. Dette viser seg da også i lovlighetskravets forarbeider.⁵⁹

⁵⁷ Ot.prp. nr. 92 (2004–05) s. 11 – 65.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og s. 57 som viser til side 46.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og s. 57 som viser til side 46.

Lovlighetskravet for rett til skjerming og fritak på skatt, er en videreføring av tidligere lovlighetskrav som har vært knyttet til utbytteutdelinger fra aksjeselskaper. Den tidligere aksjeskatteloven⁶⁰ § 8 satt som vilkår for selskapets fradragrett for utdelt utbytte, at utdelingen hadde foregått på lovlig måte. Dette lovlighetskravet ble så videreført som vilkår for rett til godtgjørelse for skatt på utbytte. Lovlighetskravet videreføres etter dette som vilkår for rett til skjerming og fritak uten at dette begrunnes nærmere. Lovgiver nøyer seg med å vise til hvordan videreføringen av lovlighetskravet som vilkår for rett til godtgjørelse ble begrunnet: ”Ved videreføringen ble det fremhevet at ulovlig utbytte kan være illojalt overfor kreditorer, minoritetsaksjonærer og skattemyndighetene.”⁶¹

Lovlighetskravet knyttet til aksjeutbytte må således antas å være begrunnet i hensynet til selskapets kreditorer og minoritetsaksjonærer. I tillegg virker lovlighetskravet å være oppstilt av hensyn til skattemyndighetene.

Det er som nevnt noen vesentlige forskjeller mellom aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper som organisasjonsformer. Den mest betydningsfulle forskjellen er eiernes ansvar for selskapets forpliktelser.

Deltakerlignede selskaper er en betegnelse som omfatter flere selskapsformer. Felles for dem alle er at en eller flere av eierne i selskapet er ubegrenset personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser.⁶² Men også blant selskapene som deltakerlignes er det ulikheter i ansvarsformen. Det kan sondres mellom selskaper hvor alle deltakerne, delt eller udelt, er ubegrenset ansvarlig for selskapets forpliktelser, og selskaper hvor minst en av deltakerne kun har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Ansvarlige selskaper med og uten

⁶⁰ Lov 19. juni 1969 nr. 59 om særregler for skattlegging av aksjeselskaper mv. (aksjeskatteloven) (opphevet).

⁶¹ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 som viser til Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 197.

⁶² Skatteloven § 10-40 jf. selskapsloven § 1-1 første ledd og sjøloven § 101.

delt ansvar, samt partrederier hører til den førstnevnte kategorien.⁶³ Den andre kategorien består av kommandittselskaper og indre selskaper med stille deltaker.⁶⁴

I aksjeselskaper er ansvarsbegrensingen total. Aksjonærene er ikke ansvarlig for selskapets forpliktelser, jf. aksjeloven § 1-2 første ledd. Deres ansvar begrenser seg til en plikt til å yte innskudd i selskapet i tråd med det som følger av grunnlaget for aksjetegningen, jf. aksjeloven § 1-2 annet ledd.

Denne ulikheten i ansvarsform tilsier at det er et ulikt behov for vern av selskapskapitalen i de ulike selskapsformene. For aksjeselskaper opereres det med strenge restriksjoner i adgangen til å dele ut utbytte. I aksjeloven kapittel 8 er det gitt regler som regulerer selskapets adgang til å disponere over egne midler. Det er for eksempel bare selskapets frie egenkapital som kan benyttes til å dele ut utbytte, jf. aksjeloven § 8-1 tredje ledd. I tillegg må enhver utbytteutdeling være i samsvar med ”forsiktig og god forretningsskikk”, jf. aksjeloven § 8-1 fjerde ledd.

For deltakerlignede selskaper er situasjonen en annen. For ansvarlige selskaper, gjelder det også restriksjoner i adgangen til å foreta utdelinger fra selskapet. Men disse er ikke like strenge som for aksjeselskaper. Fra ansvarlige selskaper kan det foretas utdelinger så lenge dette ikke ”åpenbart ville skade selskapets eller kreditorenes interesser”, jf. selskapsloven § 2-26 fjerde ledd. Man står dermed betraktelig friere til å disponere over selskapskapitalen i ansvarlige selskaper, enn i aksjeselskaper.

⁶³ Selskapsloven § 1-2 første ledd, sjøloven § 101

⁶⁴ For kommandittselskaper følger dette av selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav e. Indre selskap kan i utgangspunktet være hvilken som helst av selskapsformene, jf. selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav c. Men hvor selskapet har stille deltaker, vil det på grunn av ansvarsbegrensningen ikke kunne ha formen av et ansvarlig selskap, jf. selskapsloven § 1-2 første ledd bokstav e jf. bokstav a. Ansvarlige selskaper kan dog ha stille deltakere uten at det er tale om et indre selskap med ansvarsbegrensning.

For kommandittselskaper og indre selskaper med stille deltaker, er behovet for vern av selskapets midler større. Ettersom en eller vanligvis flere av eierne kun er begrenset ansvarlig. I kommandittselskaper⁶⁵ opereres det derfor med en bestemt selskapskapital, jf. selskapsloven § 3-1 første ledd. I tillegg er to femtedeler av denne bundet i selskapet, jf. selskapsloven § 3-1 annet ledd. Dette gjenspeiler seg også i utdelingsrestriksjonene som gjelder for kommandittselskaper. I slike selskaper kan det kun foretas utdelinger i den grad ”selskapets nettoformue ifølge balansen for siste regnskapsår overstiger to femtedeler av selskapskapitalen”, jf. selskapsloven § 3-16. Denne restriksjonen er likevel mindre streng enn den som gjelder for utdeling av midler fra aksjeselskaper.

Sett under ett er restriksjonene i utdelingsadgangen fra aksjeselskaper, klart strengere enn restriksjonene knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Spørsmålet blir etter dette hva en kan utlede av disse forskjellene i ansvarsform og adgang til å foreta utdelinger.

I mangel av en eksplisitt begrunnelse i forarbeidene til deltakermodellen, kan det synes nærliggende at det er ulikheten i ansvarsform, som er bakgrunnen for det manglende lovlighetskravet knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Hensynet til selskapskreditorene og minoritetsaksjonærene taler i større grad for restriksjoner på utdelinger fra aksjeselskaper, enn det gjør for restriksjoner på utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Altså står to av de sentrale hensynene som begrunner lovlighetskravet, sterkere ved utdelinger fra aksjeselskaper enn ved utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Begrunnelsen som bygger på ulikheter i ansvarsform, passer imidlertid best når det gjelder ansvarlige selskap og partrederier. For kommandittselskaper og indre selskaper med stille deltaker slår begrunnelsen også til, men i mindre grad.

⁶⁵ Disse reglene og restriksjonene får bare anvendelse på indre selskaper med stille deltaker i den grad det indre selskapet er organisert som et kommandittselskap, jf. Gjems-Onstad 2008 s. 757.

4.4 Vurdering av det manglende lovlighetskravet

Den overordnede problemstillingen i dette avsnittet er hvorvidt det utgjør en god regel å ikke oppstille et lovlighetskrav for rett til skjerming og fritak på skatt ved utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Ved drøftelsen av denne problemstillingen kan det tas utgangspunkt i det faktum at selskapslovgivningen oppstiller skranker i adgangen til å foreta utbetalinger, både fra aksjeselskaper og deltakerlignede selskaper. Når det først oppstilles skranker i adgangen til å foreta utdelinger fra deltakerlignede selskaper, kan det spørres hvorfor ikke disse på lik linje med skrankene som stilles opp i aksjeloven, forsterkes gjennom et lovlighetskrav.

Når det skal redegjøres for dette spørsmålet er det naturlig å ta utgangspunkt i hvordan lovlighetskravet knyttet til aksjeutbytte er begrunnet, og deretter vurdere om denne begrunnelsen også gjør seg gjeldene for utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Lovlighetskravet knyttet til aksjeutbytte referere seg i hovedsak til restriksjonene i aksjelovgivningen og er først og fremst begrunnet i hensynet til selskapets kreditorer og minoritetsaksjonærer.⁶⁶ Et første spørsmålet blir derfor i hvilken grad de samme hensynene søkes ivaretatt av restriksjonene i selskapsloven. I tillegg virker lovlighetskravet å være oppstilt av hensyn til skattemyndighetene.⁶⁷ Det må derfor også vurderes i hvilken grad hensynet til skattemyndighetene tilsier at det oppstilles et tilsvarende lovlighetskrav for utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

⁶⁶ Punkt 4.3; Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og s. 57; Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 197.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og s. 57; Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 197.

Et første spørsmål som reiser seg er derfor hvorvidt selskapslovens restriksjoner ivaretar hensynet til selskapets kreditorer. Selskapsloven § 2-26 fjerde ledd stiller opp en ufravikelig begrensning i adgangen til å dele ut verdier til selskapets deltakere. En utdeling kan ikke foretas i den grad en slik disposisjon ”åpenbart ville skade ... kreditorenes interesser.” En utdeling vil altså ikke kunne foretas så lenge den innebærer at kreditors ”dekningsmuligheter forringes”.⁶⁸ I selskapsloven § 3-16 er det stilt opp en skranke som gjelder spesielt for kommandittselskaper. Bestemmelsen fastsetter at utdelinger ikke kan foretas i større utstrekning enn hvor selskapets nettoformue overstiger to femte deler av selskapets balanse for siste regnskapsår. Dette vernet av selskapskapitalen er i hovedsak begrunnet i hensynet til kreditorene.⁶⁹

Et neste spørsmål blir hvorvidt restriksjonene i selskapsloven ivaretar hensynet til minoritetsandelshavere. Også dette hensynet virker å være ivaretatt av bestemmelser i selskapsloven. I selskapsloven § 2-26 fjerde ledd bestemmes det at utdelinger ikke kan foretas i den grad disse ”åpenbart ville stride mot selskapets ... interesser.” Dette omfatter både deltakernes og de ansattes interesser.⁷⁰ I selskaper hvor vedtak treffes ved vanlig flertall vil det også omfatte minoritetsandelshaverne interesser.⁷¹ Denne begrensningen gjelder også for kommandittselskaper, jf. selskapsloven § 3-16 siste punktum. ”Utdelinger i strid med bestemmelsene i loven”, tolkes slik at det også omfatter utdelinger i strid med selskapsloven § 2-26.⁷²

Restriksjonene i selskapsloven ivaretar altså i stor grad de samme hensynene som lovlighetskravet knyttet til aksjeutbytte ønsker å tilgodese. Dette taler for at et tilsvarende

⁶⁸ Norsk lovkommentar, Woxholt, note 187.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 47 (1984-85) s. 67 jf. Innst. O. nr. 96 (1984-85) s. 138.

⁷⁰ Norsk lovkommentar, Woxholt, note 186.

⁷¹ Norsk lovkommentar, Woxholt, note 186.

⁷² Norsk lovkommentar, Woxholt, note 369.

lovlighetskrav bør gjelde for rett til skjerming og fritak for skatt på utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Det neste spørsmålet blir hvorvidt det tredje elementet i begrunnelsen for lovlighetskravet knyttet til utbytte, tilsier at det stilles opp et lovlighetskrav for utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Lovgiver la til grunn at ”ulovlig utbytte kan være illojalt overfor ... skattemyndighetene”⁷³

Hvorfor ulovlig utbytte vil være illojalt overfor skattemyndigheten kan umiddelbart være vanskelig å forstå. Skrankene som er gitt i aksjelovgivningen er først og fremst ment å ivareta selskapskreditorenes og minoritetsaksjonærenes interesser. Hvordan kan da utbytteutdelinger som bryter med disse reglene, være illojale overfor skattemyndighetene?

Grunnen synes etter min mening å være at lovgiver i dette tilfelle ikke begrunner innføringen av, men videreføringen av et lovlighetskrav. Ulovlig utbytte kan vanskelig sies å være illojalt overfor skattemyndighetene med mindre det foreligger en form for kobling mellom aksjelovens restriksjoner og skatteretten. En slik kobling forelå da lovgiver begrunnet videreføringen av lovlighetskravet til å gjelde som vilkår for rett på godtgjørelse etter datidens skattelov § 10-12. Den tidligere aksjeskatteloven § 8 opererte som nevnt med et lovlighetskrav som vilkår for fradragsrett for selskap ved utbytteutdeling. Det å foreta en ulovlig utdeling ville således være illojalt overfor skattemyndighetene om en samtidig fikk fradrag for utdelingen.

Ettersom hensynet til skattemyndighetene synes å forutsette at det allerede er oppstilt et lovlighetskrav i skatteloven, kan det etter min mening ikke tillegges særlig vekt i denne drøftelsen. Spørsmålet er her om begrunnelsen for å ikke innføre et lovlighetskrav er god; ikke hvorvidt et allerede etablert lovlighetskrav skal videreføres.

⁷³ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 som viser til Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 197.

Hensynet til sammenheng og konsekvens er trolig også med på å begrunne lovlighetskravet for aksjeutbytte. Lovlighetskravet gir incentiv til å følge reglene i aksjeloven kapittel 8 og 12. Også dette er et moment som taler for at det bør oppstilles et tilsvarende lovlighetskrav for utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Selv om restriksjonene i selskapsloven er færre og mindre, er de likefullt ufravikelige, og da er de er vel neppe mindre beskyttelsesverdige enn de tilsvarende restriksjonene i aksjeloven. Slik skatteloven er utformet i dag gir den lempning i beskatning på disposisjoner som bryter med annen lovgivning. Det oppfordrer ikke nødvendigvis til å bryte loven, men gir heller ikke incentiv til å følge den.

Etter dette synes begrunnelsen for lovlighetskravet også å gjøre seg gjeldene for utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Lovlighetskravet søker i hovedsak å ivareta hensynet til selskapets kreditorer og minoritetsaksjonærer. Da disse hensyne også søkes ivaretatt av restriksjonene i selskapsloven, virker det inkonsekvent at disse ikke skal beskyttes av et lovlighetskrav. I tillegg kommer hensynet til sammenheng mellom regelverkene og hensynet til nøytral beskatning.

4.5 Forslag til alternative løsninger

Ett alternativ til å operere med et lovlighetskrav for aksjeutbytte, men ikke for utdelinger fra deltakerlignede selskaper, er å avskaffe lovlighetskravet på utbytte fra aksjeselskaper. Løsningen bidrar til en nøytral beskatning, ved at verken utbetalinger fra aksjeselskaper eller deltakerlignede selskaper underlegges noe lovlighetskrav i skatteloven. Utbytte- og utdelingsdefinisjonene i skatteloven §§ 10-11 annet ledd og 10-42 annet ledd beholdes. Forskjellen er at det ikke stilles noe krav til at aksje- og regnskapslovgivningens regler om utdeling av utbytte, skal være overholdt. Enhver utbetaling som omfattes av skattelovens definisjoner vil være objekt for skjerming, og enhver utdeling fra selskap innenfor fritaksområdet vil være gjenstand for fritak.

En avskaffelse av lovlighetskravet kan umiddelbart virke urimelig. Hvorfor skal ulovlige disposisjoner belønnes med lempning i beskatning? I stedet for at skatteloven gir et

incentiv til å følge reglene i selskapslovgivningen, kan en avskaffelse tvert i mot synes å oppfordre til ulovligheter. Det finnes imidlertid sterke argumenter som taler for løsningen.

Et første argument for avskaffelse, er at lovlighetskravet medfører mye merarbeid for ligningsmyndighetene. Lovlighetskravet innebærer at en har gjort store deler av aksjelovgivning og regnskapslovgivning til en del av skatteretten. Det betyr at ligningsmyndighetene må beherske reglene også innenfor disse fagfeltene, når de skal ta stilling til skatterettslige spørsmål. Da dette er omfattende fagfelt som er i stadig forandring, blir det utvilsomt ressurskrevende å undersøke hvorvidt lovlighetskravet er overholdt.

Dette gjelder i desto større grad hvor det utdelende selskapet er hjemmehørende i utlandet. I slike tilfeller er det avgjørende for rett på skjerming eller fritak for skatt, om utdelingen er foretatt i tråd med reglene som gjelder i selskapets hjemland.⁷⁴ Lovlighetskravet forskriver altså at ligningsmyndighetene har oversikt over detaljer i regnskaps- og selskapsretten i ethvert land hvor en norsk aksjonær har investert i et selskap. At en slik ordning medfører en mengde ekstraarbeid er hevet over enhver tvil, at det vil kunne oppstå problemer i praksis virker også sannsynlig.

Ett annet moment som taler for avskaffelse, er det faktum at selskapslovgivningens restriksjoner er sanksjonert i de samme lovene. Aksjeloven § 3-7 første ledd oppstiller en restitusjonsplikt for enhver utdeling som bryter med bestemmelsene i loven. Utdelinger av utbytte aksjonæren mottok i god tro, er imidlertid ikke omfattet av restitusjonsplikten, jf. aksjeloven § 3-7 første ledd annet punktum. I tillegg vil det kunne oppstå erstatningsansvar for den som på selskapets vegne medvirker til ”beslutning om” eller ”gjennomføring av” ulovlig utdeling, jf. § 3-7 annet ledd.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 57, Lignings-ABC s. 1182, Zimmer s. 335 og Gjems-Onstad s. 519.

Når det gjelder utdelinger fra deltakerlignede selskaper oppstilles det på samme måte visse sanksjoner i selskapsloven. Selskapsloven § 2-26 gjelder for alle deltakerlignede selskaper. I bestemmelsens fjerde ledd siste punktum oppstilles det en ubetinget restitusjonsplikt for utdelinger i strid med bestemmelsen. For kommandittselskaper gjelder det som nevnt enda strengere restriksjoner i adgangen til å foreta utdelinger, jf. selskapsloven § 3-16. Også her gjelder det en ubetinget restitusjonsplikt, for utdelinger som strider mot bestemmelsen, jf. selskapsloven § 3-16 siste punktum.

Disse sanksjonene må antas å gi tilstrekkelig incentiv til å følge reglene i selskapslovgivningen. At det som hovedregel oppstår en ubetinget restitusjonsplikt, gjør det lite attraktivt å dele ut og motta ulovlige utdelinger. Dette innebærer at en eventuell avskaffelse av lovlighetskravet ikke nødvendigvis vil føre til at det vil foretas flere ulovlige utdelinger fra selskaper. Tatt i betraktning de ulemper et lovlighetskrav innenfor skatteretten medfører, er dette et argument for å avskaffe lovlighetskravet.

Et tredje argument som kan anføres mot å operere med et lovlighetskrav i skatteretten, er at et slikt krav kan gi uproportjonale rettsfølger. En unnskyldelig feil begått av selskapets revisor ved revideringen av resultatregnskapet, vil kunne medføre at den etterfølgende utbytteutdelingen strider mot aksjeloven § 8-1. Ettersom utbyttet på denne måten utdeles i strid med de materielle selskapsrettslige reglene, vil feilen kunne oppfylle vesentlighetskravet som er stilt opp av finansdepartementet.⁷⁵ En i utgangspunktet tilforlatelig feil begått av revisoren, vil således kunne få dramatiske følger for en selskapsaksjonær. Utbyttet vil gå fra å være skattepliktig med en sats på 0,84 % til å bli beskattet med 28 %, jf. skatteloven § 2-38 sjette ledd.

⁷⁵ FIN Utv. 2003 s. 796; Uttalelsen gjaldt lovlighetskravet knyttet til fisjoner og fusjoner etter skatteloven § 11-1 annet ledd, men antas å få virkning også for andre regler hvor skatteloven setter som vilkår for begunstigelse at det foreligger lovlighet etter selskaps og regnskapslovgivningen, jf. Gjems-Onstad s. 524.

Et fjerde moment som taler i mot å operere med et lovlighetskrav for rett til skjerming og fritak for skatt på utbytte, er at det har et ”tilfeldig preg”.⁷⁶ Samme kriterium medfører vidt forskjellige rettsfølger for personlige aksjonærer og selskapsaksjonærer. For selskapsaksjonærene vil brudd på lovlighetskravet som nevnt medføre at utbyttet går fra å bli skattlagt med en marginal sats, til å bli fullt ut skattepliktig som alminnelig inntekt. For personlige aksjonærer derimot, får brudd på lovlighetskravet mindre dramatiske konsekvenser. Det ulovlig utdelte utbyttet vil ikke være gjenstand for skjerming, men skjermingsfradraget faller likevel ikke bort. Det vil kunne fremføres til neste års utbytteutdeling.⁷⁷ Det kan derfor synes lite rimelig at et og samme kriterium skal medføre så ulike rettsfølger.

Et femte argument i samme retning er at lovlighetskravet ikke synes særlig godt begrunnet. Utover at lovgiver anser det som ønskelig å videreføre rettstilstanden hva gjelder beskatning av ulovlig utdelt utbytte, synes lovlighetskravet i hovedsak å være begrunnet de samme hensynene som begrunner restriksjonene i selskapslovgivningen.⁷⁸

Hensynet til selskapets kreditorer samt hensynet til selskapets minoritetsaksjonærer, ivaretas trolig i tilstrekkelig grad av restriksjonene i selskapslovgivningen, med deres tilhørende sanksjoner. Hensynet til skattemyndighetene vil trolig ikke ha noen vekt om man legger til grunn at lovlighetskravet avskaffes. Det er da bare hensynet til sammenheng og konsekvens i lovgivningen som står igjen. Det er som nevnt usikkert hvor stor betydning denne incentivvirkningen har for at selskap og aksjonærer følger selskapslovgivningens regler. Men at incentivvirkningen alene skal begrunne en ordning som skaper så mye

⁷⁶ Gjems-Onstad s. 518-519.

⁷⁷ Gjems-Onstad s. 518 som viser til uttalelse fra Finansdepartementet 16 november 2006: ”Etter departementets syn skal aksjonæren tilordnes skjerming selv om det er foretatt ulovlige utdelinger fra selskapet. Dersom skjermingen overstiger årets lovlige utbytte, kan ubenyttet skjerming fremføres til fradrag i senere års utbytte på samme aksje”

⁷⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 46 og s. 57; Ot.prp. nr. 35 (1990-91) s. 197.

merarbeid, finner jeg ikke særlig rimelig. Så lenge restriksjonene i selskapslovgivningen er tilstrekkelig sanksjonert, synes begrunnelsen som er gitt for lovlighetskravet ikke tilstrekkelig til å berettigede dets eksistens.

Etter denne drøftelsen er det etter min mening klart at lovgivningskravet knyttet til aksjeutbytte bør avskaffes. Dette vil bidra til at reglene om fritak og skjerming blir mer strømlinjeformede. Foruten at reglene blir vesentlig lettere å praktisere, vil også reglene være nøytrale i forhold til beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskap.

For det tilfelle at lovlighetskravet knyttet til utbytteutdelinger ikke kan avskaffes, synes alternativ løsning å være å innføre et lovlighetskrav knyttet til utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Rett til fritak og skjerming for skatt vil da være betinget av at reglene i selskapsloven er fulgt.

Hensynet til nøytralitet taler som nevnt for denne løsningen. I samme retning trekker hensynet til konsekvens i lovgivningen. Et lovlighetskrav vil innebære et incentiv til å følge reglene i selskapsloven.

Mot en slik løsning taler det faktum at det vil innebære merarbeid for ligningsmyndighetene, i forhold til dagens løsning. I tillegg kommer de øvrige argumentene som taler i mot å operere med lovlighetskrav i skatteretten. Jeg nøyer meg her med å vise til drøftelsen som er gitt ovenfor

Jeg finner imidlertid at hensynet til nøytralitet og sammenheng i lovgivningen må veie tyngst, når det legges til grunn at lovlighetskravet knyttet til aksjeutbytte ikke kan avskaffes.

Konklusjon

Dagens løsning for utdelinger fra deltakerlignede selskaper, bør beholdes. Dette gjelder imidlertid kun under forutsetning av at lovlighetskravet for aksjeselskaper avskaffes. I motsatt fall burde det innføres et lovlighetskrav for utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Hensynet til nøytralitet og konsekvens tilsier en slik løsning.

5 Ulikheter i beskatningen av utdelinger fra deltakerlignede selskaper og utbytteutdelinger fra aksjeselskap

5.1 Innledning

Skattefritaket på utdelinger fra deltakerlignede selskaper til andre enn personlige deltakere, favner videre enn fritaksmetodens anvendelse på aksjeutbytte. Enhver utdeling fra et deltakerlignet selskap kan mottas skattefritt av enhver selskapsdeltaker. Fritaksmetoden får derimot kun anvendelse på en begrenset krets av selskapsaksjonærer, og omfatter utelukkende utbytteutdelinger fra selskaper hjemmehørende innenfor fritaksområdet.

5.2 Fritaket for skatt på utdelinger fra deltakerlignede selskaper favner bredere enn fritaket for skatt på utbytte fra aksjeselskaper som reguleres av fritaksmetoden

5.2.1 Subjekt for fritak – hvem er fritatt for beskatning?

Ved utdeling fra deltakerlignede selskaper som driver virksomhet i Norge vil enhver selskapsdeltaker være fritatt for beskatning, uavhengig av hvor i verden han er hjemmehørende.⁷⁹ Ved utbytteutdeling fra aksjeselskap som er hjemmehørende i Norge, vil kun selskapsaksjonærer som er subjekt for fritaksmetoden gis fritak for beskatning, jf. skatteloven § 2-38 første ledd. Ethvert utenlandsk selskap som tilsvarende selskapene som er nevnes i dette leddet vil i utgangspunktet kunne være subjekt for slikt fritak, jf. § 2-38 annet ledd bokstav k. Men skatteloven § 2-38 femte ledd inneholder en viktig avgrensning. Av denne bestemmelsen følger at utenlandske selskaper som er hjemmehørende utenfor

⁷⁹ Skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b; Lignings-ABC s. 1192.

EØS ikke har rett på fritak for kildeskatt etter skatteloven § 10-13. Det samme gjelder selskaper som er hjemmehørende innenfor EØS, men som ikke er ”reelt etablert” eller ikke ”driver reell virksomhet”, jf. skatteloven § 2-38 femte ledd.

Hvilke konsekvenser får denne skjevheten i skattereglene?

Ved utbetaling til norske skattesubjekter synes skjevheten å få liten betydning. Hvem som ikke omfattes av deltakermodellen vil i stor grad samsvare med hvem som er subjekt for fritaksmetoden etter skatteloven § 2-38 første ledd bokstav a til h. Det er derfor først og fremst ved utdelinger fra norske selskaper til utenlandske eiere, at forskjellen får konsekvenser.

Det vidtfavnende fritaket for selskapsdeltakere medfører at inntekter som er innvunnet av norsk deltakerlignet selskap og beskattet etter nettoligningsreglene, vil kunne utdeles til selskapsdeltaker hjemmehørende i lavskatteland, uten ytterligere beskatning fra norsk side.⁸⁰

Når en ser avgrensingen av deltakermodellens anvendelsesområde i sammenheng med nettoligningsreglene, kan det reises spørsmål om hvorvidt avgrensingen i skatteloven § 2-38 femte ledd kan omgås ved å investere gjennom et deltakerlignet selskap som driver virksomhet i Norge.

For deltakerlignede selskaper som driver virksomhet i Norge vil aksjeinntekter som er omfattet av fritaksmetoden i utgangspunktet ikke være gjenstand for nettoligning, jf. skatteloven § 10-41 annet ledd, jf. § 2-38 annet ledd bokstav a. Videre vil utdelinger til selskapsdeltakere hjemmehørende utenfor fritaksområdet som hovedregel ikke være gjenstand for beskatning. Umiddelbart kan det dermed virke som at ikke-kvalifiserte

⁸⁰ Skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b; Lignings-ABC s. 1192.

utenlandske selskaper kan omgå begrensningen i skatteloven § 2-38 femte ledd, ved å investere gjennom et deltakerlignet selskap.

Også i dette tilfelle vil imidlertid begrensningene i skatteloven § 2-38 femte ledd gjøre seg gjeldene. Norske aksjeselskaper plikter å ”foreta forskottstrekk til dekning av inntektskatt” på utdelinger som er skattepliktig etter skatteloven § 10-13⁸¹ Videre er selskapet ansvarlig for aksjonærens skatt, jf. skatteloven § 10-13 første ledd tredje punktum.

Det utdelende aksjeselskapet er derfor pliktig til å holde tilbake kildeskatt ved utdeling til utenlandske deltakerlignede selskaper.⁸² Det samme er trolig tilfelle for deltakerlignede selskaper som driver virksomhet i Norge, når disse har utenlandske selskapsdeltakere som ikke er fritatt for kildeskatt på utbytte etter skatteloven § 2-38 femte ledd.⁸³ Hensynet til å unngå omgåelser tilsier det. Utenlandske selskaper vil dermed ikke kunne omgå begrensningen i skatteloven § 2-38 femte ledd ved å investere igjennom deltakerlignet selskap som driver virksomhet i Norge.

Etter dette vil altså den ulike avgrensningen først og fremst få betydning for de øvrige inntekter som innvinnes av deltakerlignede selskaper. Slike inntekter som ikke stammer fra investeringer i norske aksjeselskaper vil kunne innvinnes av selskapsdeltakere i lavskatteland uten at de er beskattet med en høyere sats enn 28 % i Norge.

5.2.2 Objekt for fritak - hvilke utdelinger omfattes?

Utdeling fra ethvert deltakerlignet selskap vil etter intern skattelovgivning kunne mottas skattefritt av selskapsdeltaker hjemmehørende i Norge. Det innebærer at også utdelinger fra deltakerlignet selskap som ikke er objekt for fritaksmetoden, vil kunne mottas skattefritt.

⁸¹ Skattebetalingsloven § 5 A.

⁸² Lignings ABC s. 1208.

⁸³ I samme retning Gjems-Onstad s. 706.

For utbytteutdelinger fra aksjeselskaper stiller dette seg annerledes. Det er kun utbytte utdelt på aksjer i selskap som er hjemmehørende innenfor fritaksområdet som er objekt for skattefrihet., jf. skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav a og d.

Hvilke konsekvenser får denne skjevheten i skattereglene?

I utgangspunktet vil enhver utdeling fra deltakerlignede selskaper bestå av midler som allerede er beskattet etter nettoligningsreglene. Fritaket innebærer således ikke at det deltakerlignede selskapet kan dele ut aksjeinntekter som ikke omfattes av fritaksmetoden, uten at de først er blitt beskattet. Men som redegjort for i punkt 3.2.2 kan fritaket sammen med regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, gjøre at slike inntekter likevel kan innvinnings skattefritt av selskapsdeltaker.

5.2.3 Ulikheter i fradragretten for kostnader som er pådratt for å erverve eierandel i aksjeselskap og deltakerlignet selskap

Utgangspunkt

I skatteloven § 6-1 gis det hjemmel for fradrag i alminnelig inntekt for kostnader til inntektservervelse. Skattyter gis rett til fradrag for kostnader ”som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt.”⁸⁴

Hovedregelen i skatteloven § 6-1 gir altså ikke rett til fradrag for kostnader som er pådratt for å erverve inntekter som er fritatt for beskatning. Det innebærer at kvalifiserte subjekter ikke har rett på fradrag for kostnader som pådras ved erverv av eierandeler som er omfattet av fritaksmetoden. Dette standpunktet ble også lagt til grunn av lovgiver da spørsmålet om fradragserett for kostnader med tilknytning til inntekter som omfattes av fritaksmetoden ble

⁸⁴ Skatteloven § 6-1 første ledd.

vurdert.⁸⁵ Lovgiver kom den gang til at det ikke burde innføres en regel om gir fradragrett for kostnader tilknyttet kvalifiserte inntekter⁸⁶

Senere ble det imidlertid innført en ny regel i skatteloven § 6-24 som gjør et unntak fra hovedregelen i § 6-1.⁸⁷ Skatteloven § 6-24 gir rett til ”fradrag for kostnad som pådras for å erverve inntekt som er fritatt for skatteplikt etter § 2-38.”

På denne bakgrunn ble det med virkning fra 7. oktober 2008 innført hjemmel for beskatning av inntekt som fritas etter fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 sjette ledd.⁸⁸ Bakgrunnen for regelen var at lovgiver mente skatteloven § 6-24 gikk for langt i å innrømme fradrag for kostnader tilknyttet skattefrie inntekter.⁸⁹ Løsningen som ble valgt innebærer at andelshaverne fortsatt gis rett til fradrag, men plikter å inntektsføre tre prosent av inntekt som fritas for skatt etter fritaksmetoden.

Ulikhet i plikten til å inntektsføre andel av utbetaling fra aksjeselskap og deltakerlignet selskap

Ettersom utdelinger fra deltakerlignede selskaper ikke fritas for skatteplikt etter fritaksmetoden, er selskapsdeltakere ikke pliktig å inntektsføre tre prosent av slik utdeling etter skatteloven § 2-38 sjette ledd. Dette synes rimelig ettersom unntaket i skatteloven § 6-24 heller ikke får anvendelse på kostnader tilknyttet slik inntekt.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 62-63

⁸⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) s. 63 ”Hensynet til harmoni i regelverket taler i mot en slik løsning. Når kostnader med tilknytning til aksjen/aksjeervervet ikke kommer til fradrag ved realisasjon ... bør ikke kostnader med tilknytning til aksjeinntekten gi rett til fradrag.”

⁸⁷ Endringslov 9. desember 2005 nr. 116.

⁸⁸ Endringslov 12. desember 2008 nr. 99.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 1 (2008-09) s. 32-33

Inntekt i form av utdeling er imidlertid ikke den eneste formen for avkastning en kan ha på andel i deltakerlignet selskap. Avkastning på andelen kan også innvinnes i form av gevinst ved realisasjon. Denne inntektsformen omfattes av fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav b.

Tre prosent av inntekt som innvinnes ved realisasjon skal derfor inntektsføres hos eieren av andelen. Samtidig vil kostnader tilknyttet slik inntekt være gjenstand for fradrag etter skatteloven § 6-24.

Etter dette kan det reises spørsmål om i hvilken grad kvalifiserte subjekter har rett til fradrag kostnader som er ”pådratt for å erverve” inntekt på andel i deltakerlignet selskap etter skatteloven § 6-24. En løsning kan være at retten til fradrag er avhengig av hvordan avkastningen på andelen innvinnes. Et annet tolkningsalternativ er at det gis fradrag for enhver kostnad som har tilknytning til andel i deltakerlignet selskap,

Etter min mening kan en tolkning i tråd med sistnevnte løsning hente støtte i forarbeidene til skatteloven § 6-24.⁹⁰ En viktig del av begrunnelsen for § 6-24 synes å være at en ville unngå de praktiske problemene som knyttet seg til å skille mellom kostnadene selskap hadde som aksjeeier og kostnadene som refererte seg til andre inntekter. Dette hensynet til å unngå praktiske problemer taler for at en enten gir fradrag for en enhver kostnad som pådras for å erverve andelen i det deltakerlignede selskapet, eller ikke gir fradrag i det hele tatt. Alternativet om å ikke gi rett til fradrag overhodet, vil innebære en forskjellsbehandling av deltakerlignede selskaper og aksjeselskaper. De beste grunner taler derfor for å tolke skatteloven § 6-24 slik at den gir rett på fradrag for kostnader som er pådratt for å erverve andel i deltakerlignet selskap, uavhengig av om avkastningen på investeringen innvinnes gjennom realisasjon eller utdeling fra selskapet.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 1 (2005-06) s. 63.

Det oppstår dermed en forskjell i beskatningen av selskapsaksjonærer og selskapsdeltakere. Sistnevnte vil trolig ha rett på fradrag for utgifter tilknyttet sin eierandel, samtidig som utbetalinger fra selskapet ikke skal beskattes etter sjettede ledd.

5.3 Vurdering av begrunnelsen for forskjellene i beskatningen av aksjeutbytte og utdelinger fra deltakerlignede selskaper

I forarbeidene til deltakermodellen har lovgiver vurdert hvilke deltakere som skal beskattes ved utdeling.⁹¹ Det legges til grunn at det kun er personlig deltakere som skal beskattes.⁹² Dette i motsetning til selskaper, som må gis fritak for beskatning, for å unngå kjedebeskatning. Ut over dette synes ikke ytterligere avgrensinger av skattefritaket å være vurdert.⁹³

5.3.1 Vurdering av begrunnelsen for fritakets subjektive anvendelsesområde

Fritaket innebærer at selskaper hjemmehørende i lavskatteland kan motta utdelinger fra norske deltakerlignede selskaper skattefritt. Siden disse selskapene er hjemmehørende i lavskatteland, vil utdelingen fra det norske selskapet kunne tilflyte eierne av det utenlandske selskapet uten at det underlegges noen ytterligere beskatning. Å kreve kildeskatt på utdelinger i slike tilfeller vil således ikke nødvendigvis innebære noen fare for kjedebeskatning.

Fritaket har på den måten fått et større anvendelsesområde enn formålet tilsier. Når det i tillegg tas i betraktning at spørsmålet om avgrensning ikke er tatt opp i forarbeidene, kan det virke som ulikheten vedrørende hvem som får fritak for skatt, skyldes en glipp fra

⁹¹ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 23-26.

⁹² Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 24.

⁹³ Ot.prp. nr. 92 (2004-05) s. 11 - 66.

lovgiver.⁹⁴ Bestemmelsens begrunnelse synes i hvert fall ikke å dekke hele dens anvendelsesområde.

5.3.2 Vurdering av begrunnelsen for fritakets objektive anvendelsesområde

Ettersom deltakerlignede selskaper ikke er egne skattesubjekter, må utdelinger til selskapsdeltakere være skattefrie for å unngå kjedebeskatning, også hvor selskapet ikke er objekt for fritaksmetoden. I motsatt fall, vil aksjeinntekter fra utenfor fritaksområdet som blir innvunnet av selskapet bli beskattet tre ganger før personlig aksjonær i selskapsdeltakeren får hånd om inntekten. At fritaket skal få anvendelse også på utdelinger fra deltakerlignede selskaper utenfor fritaksområdet synes derfor å være vel begrunnet.

5.3.3 Vurdering av begrunnelsen for skatteloven § 2-38 sjette ledd

Det faktum at inntekt i form av utdeling fra deltakerlignet selskap er fritatt for skatteplikt hos selskapsdeltakere, samtidig som selskapsdeltakerne vil kunne kreve fradrag for kostnader til erverv av slik inntekt etter skatteloven § 6-24, er ikke behandlet i forarbeidene til skatteloven § 2-38 sjette ledd.⁹⁵

Begrunnelsen for å innføre regelen i § 2-38 sjette ledd, tilsier imidlertid at også utdelinger fra deltakerlignede selskaper burde være gjenstand for beskatning. Bakgrunnen for regelen er at lovgiver mente regelen i skatteloven § 6-24 var for liberal, og ønsket å begrense fradragsretten for kostnader knyttet til skattefrie aksjeinntekter. Forskjellen i beskatning av aksjeutbytte og utdelinger fra deltakerlignede selskaper, synes derfor å ikke være godt begrunnet.

⁹⁴ Gjems-Onstad (2008) s. 716

⁹⁵ Ot.prp. nr.1 (2008-09) s. 32–33.

5.4 Forslag til alternative løsninger

5.4.1 Innføring av generell skatteplikt for utdelinger fra deltakerlignede selskaper samt innlemming av slike utdelinger i fritaksmetoden

Presentasjon

Løsningen innebærer at det oppstilles en generell hjemmel for beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskaper, på linje med hva som er tilfelle for aksjeutbytte, jf. skatteloven § 10-11 første ledd. En slik hjemmel medfører at utdelinger fra deltakerlignede selskaper er skattepliktig for alle slags deltakere.

Samtidig må fritaksmetoden endres slik at den omfatter utdelinger fra deltakerlignede selskaper. På denne måten vil det kun være kvalifiserte subjekter etter skatteloven § 2-38 første ledd, samt deltakerlignede selskaper, som har rett til fritak for skatt på utdelinger fra deltakerlignede selskaper, jf. skatteloven § 10-41 annet ledd.

Utbedring av ulikheten vedrørende hvem som kan være subjekt for skattefritaket

Deltaker som er bosatt eller hjemmehørende i utlandet er skattepliktig til Norge for inntekt fra deltakerlignet selskap, dersom selskapet driver virksomhet i Norge, jf. skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b. Denne skatteplikten gjelder uavhengig av om deltakelsen er av aktiv eller passiv karakter.⁹⁶

Skatteplikten omfatter for det første den andel av selskapets overskudd som blir tilordnet deltakeren etter nettoligningsreglene i skatteloven § 10-41. Dersom den utenlandske deltakeren er en fysisk person vil skatteplikten etter skatteloven § 2-3 første ledd bokstav b,

⁹⁶ Lignings-ABC s. 1192.

også omfatte utdeling som reguleres av deltakermodellen.⁹⁷ Den alternative løsningen innebærer at det stilles opp en generell hjemmel for beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Dermed vil også utdelinger til selskapsdeltakere som er hjemmehørende i utlandet trolig omfattes av skatteplikten etter skatteloven § 2-3 første ledd b.

En slik løsning vil dermed innebære at utenlandske selskapsdeltakere kun vil være fritatt for skatt på utdeling fra deltakerlignet selskap som driver virksomhet i Norge, i den utstrekning selskapsdeltakeren utgjør kvalifisert subjekt for fritaksmetoden. Avgrensningen i skatteloven § 2-38 femte ledd vil dermed sørge for en symmetrisk avgrensning av hvem som er subjekt for fritak for skatt på aksjeutbytte og utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Utbedring av ulikheten vedrørende hva som kan være objekt for skattefritak

Å la utdelinger fra deltakerlignede selskaper omfattes av fritaksmetoden uten at det gjøres visse modifikasjoner, vil kunne medføre utilsiktede virkninger. At fritaksmetoden gis anvendelse vil medføre at en utdeling bare vil være gjenstand for fritak dersom den er foretatt fra kvalifisert deltakerlignet selskap. Utdelinger fra selskap som faller utenfor fritaksmetoden etter skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e, vil således ikke være gjenstand for fritak.

På denne måten vil en ikke-kvalifisert inntekt som innvinnes av et ikke-kvalifisert deltakerlignet selskap, kunne bli underlagt trippelbeskatning før den tilflyter personlig skattyter med eierandel i den kvalifiserte deltakeren.

⁹⁷ Lignings-ABC s. 1192.

Det må derfor gjøres en endring hva gjelder fritaksmetodens anvendelse på utdelinger fra ikke-kvalifiserte deltakerlignede selskaper. En mulig løsning synes å være metoden som brukes for nærmere angitte deltakere i NOKUS, slik den fremgår av skatteloven § 10-67.

Utdelinger fra ikke-kvalifiserte selskaper vil etter en slik løsning ikke være skattepliktige i den utstrekning den samlede verdien av utdelingene er innenfor andelen av selskapets overskudd, som tilordnes deltakeren etter nettoligningsreglene.

En slik løsning sikrer i større grad at ikke-kvalifisert aksjeinntekt som blir innvunnet av ikke-kvalifiserte deltakerlignede selskaper, ikke blir trippelbeskattet før den tilflyter personlig skattyter som eier andel i den kvalifiserte deltakeren.

Løsningen vil i tillegg motvirke den tilpasningsmuligheten som er beskrevet i punkt 3.3.2. Selskapsdeltakere vil ikke kunne motta utdelinger skattefritt i en slik grad at de kan konstruere et fradragsberettiget tap, ved realisasjon av andelen.

Utbedring av ulikheten vedrørende beskatning etter skatteloven § 2-38 sjette ledd

Løsningen medfører nøytralitet i fradragsretten for kostnader som er pådratt for å erverve eierandel i deltakerlignet selskap eller aksje i aksjeselskap. At utdelinger fra deltakerlignede selskaper blir omfattet av fritaksmetoden medfører nemlig at kvalifiserte deltakere plikter å inntektsføre tre prosent av utdelinger som er gjenstand for fritak, jf. skatteloven § 2-38 sjette ledd.

6 Avsluttende bemerkninger

6.1 Innledning

Dagens skatteregler medfører at det oppstår mange ulikheter i beskatningen av aksjonærer og deltakere. Denne avhandlingen omhandler kun tre slike forskjeller. I denne avslutningen har jeg derfor ingen ambisjoner om å utforme en generell konklusjon om hvordan aksjonærer og deltakere bør beskattes. Formålet er i stedet å gi en oppsummering av hovedlinjene som kan trekkes ut av de spørsmålene som har blitt behandlet.

6.2 Skatteloven § 2-38 ledd tredje ledd bokstav e

Denne reglen innebærer at fritaksmetodens anvendelse er avgrenset på ulik måte for aksjer og andel i deltakerlignet selskap. Denne forskjellen medfører at identiske aksjeinvesteringer vil kunne beskattes ulikt avhengig av om det investeres gjennom aksjeselskap eller deltakerlignet selskap.

Ulikheten i fritaksmetodens anvendelse er i utgangspunktet begrunnet i særtrekk ved deltakerlignede selskaper som foretaksform, og den særskilte løsningen som er valgt synes derfor å være god. Det kan imidlertid tenkes en alternativ regel som i større grad ivaretar hensynet til nøytralitet.

Min konklusjon

Regelen i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav e er godt begrunnet, men den sjablonmessige utformingen bør avskaffes.

6.3 Intet lovlighetskrav for rett til skjerming og fritak for skatt på utdeling fra deltakerlignet selskap

Det oppstår en ulikhet i beskatning av aksjonærer og deltakere, ved at det stilles opp et lovlighetskrav for rett til skjerming og fritak for skatt på aksjeutbytte, mens dette ikke er tilfelle for utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

Etter min mening kan denne forskjellen ikke begrunnes i særtrekk ved deltakerlignede selskaps som foretaksform, da det også for slike selskaper gjelder absolutte restriksjoner i adgangen til å foreta utdelinger. Det kan derfor tenkes alternative løsninger som i større grad ivaretar hensynet til nøytralitet.

Min konklusjon

Lovlighetskravet knyttet til aksjeutbytte bør avskaffes, eller tilsvarende lovlighetskrav bør innføres for utdelinger fra deltakerlignede selskaper.

6.4 Ulikheter i beskatningen av aksjonærer og deltakere ved utbetaling fra selskapet

For det første er kretsen av skattesubjekter som er fritatt for beskatning på utdeling fra deltakerlignet selskap, større enn kretsen som er fritatt for beskatning på utbytte fra aksjeselskaper. Denne forskjellen kan etter min mening ikke begrunnes i særegenheter ved deltakerlignede selskaper som foretaksform, og er således ikke tilstrekkelig godt begrunnet.

For det andre oppstår det en forskjell ved at skattefritaket på utdelinger fra deltakerlignede selskaper, også gjelder hvor utdelingen skjer fra selskap som ikke er objekt for

fritaksmetoden. Denne ulikheten skyldes imidlertid at deltakerlignede selskap ikke er egne skattesubjekt, og er derfor i utgangspunktet tilfredsstillende begrunnet.

For det tredje oppstår det en ulikhet ved at utdelinger fra deltakerlignede selskaper som er gjenstand for fritak ikke beskattes etter skatteloven § 2-38 sjette ledd. Denne forskjellen skyldes at utdelinger fra deltakerlignede selskaper ikke fritas for skatt gjennom fritaksmetoden, men forskjellen er likevel ikke begrunnet på en fullgod måte.

Min konklusjon

For å oppnå en mer nøytral beskatning bør det oppstilles en generell hjemmel for beskatning av utdelinger fra deltakerlignede selskaper. Samtidig bør utdelinger fra deltakerlignede selskaper være gjenstand for fritaksmetoden.

7 Referanser

Lover

- 1952 Lov om betaling og innkreving av skatt (skattebetalingsloven) av 21. November 1952 nr. 2
- 1969 Lov om særregler for skattlegging av aksjeselskaper mv. (aksjeskatteloven) av 19. juni 1969 nr. 59 (opphevet)
- 1985 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) av 21. juni 1985 nr. 83
- 1991 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26 mars 1999 nr. 14
- 1994 Lov om sjøfarten (sjøloven) av 24 juni 1994 nr. 39
- 1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. Juni 1997 nr. 44
-
- 2005 Endringslov 17. Juni 2005 nr. 74
- 2005 Endringslov 9. desember 2005 nr. 116
- 2006 Endringslov 16. Juni 2006 nr. 29
- 2008 Endringslov 12. desember 2008 nr. 99

Forskrifter

- 1999 Forskrift 22. november 1999 nr. 1160 fastsatt av Skattedirektoratet til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14

Forarbeider

Ot.prp. nr. 47 (1984-85)

Ot.prp. nr. 35 (1990-91)

Ot.prp. nr. 1 (2004-05) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer

Ot.prp. nr. 92 (2004-05) Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.

Ot.prp. nr. 77 (2005-06) Om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen mv.

Ot.prp. nr. 1 (2008-09) Skatte- og avgiftsopplegget 2009 - lovendringer

Innst. O. nr. 96 (1984-85)

NOU 2005: 2 Uttaksutvalget - skattlegging av personlige næringsdrivende ved utdeling

Praksis

Høyesterett

Rt. 2006 s. 1232

EF-domstolen

C-196/04, Cadbury schweppes

Administrative uttalelser

FIN Utv. 2003 s. 796.

Uttalelse fra Lovavdelingen 20. Desember 2001, jnr. 01/10900

Uttalelse fra Finansdepartementet 16. november 2006

[Gjems-Onstad s. 518.]

Litteratur

Eide, Erling, Stavang Endre, *Rettsøkonomi I*, (Oslo 2005)

Zimmer, Frederik, *Lærebok i skatterett*, 5. Utgave (Oslo 2005)

Zimmer, Frederik (red.), *Bedrift, selskap og skatt*, 4. Utgave (Oslo 2006)

Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. Utgave (Oslo 2006)

Onstad, Ole Gjems, *Norsk bedriftsskatterett*, 7. Utgave (Oslo 2008)

Lignings-ABC for 2008/09

Hauge, Harald. *Kommentarer til skatteloven*, Norsk lovkommentar (Rettsdata.no) [sist besøkt 15.04.09]

Woxholt, Geir, *Kommentarer til selskapsloven*, Norsk lovkommentar (rettsdata.no) [sist besøkt 15.04.09]