

Utdelinger fra selskap til personlig skattyter

Utdeling av utbytte/overskudd og grensen mot andre rettsforhold

Kandidatnummer: 716

Leveringsfrist: 25.april 2008

Til sammen 17.706 ord

25.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling.....	1
1.2	Historikk	2
1.3	Rettskildebilde	3
1.4	Avgrensning og den videre fremstillingen.....	5
<u>2</u>	<u>FORMÅL OG HENSYN</u>	7
2.1	Likebehandling og nøytralitet	7
2.2	Dobbelbeskatning og kjedebeskatning	8
<u>3</u>	<u>UTDELING AV UTBYTTE OG OVERSKUDD FRA SELSKAP TIL</u> <u>AKSJONÆR/DELTAKER</u>	10
3.1	Utdelings- og utbyttebegrepet	10
3.1.1	Forholdet til den selskapsrettslige definisjon av utbytte og utdeling	15
3.2	Anvendelsesområde for aksjonær- og deltakermodellen.....	16
3.2.1	Aksjeselskap	17
3.2.2	Ansvarlig selskap	18
3.3	Skattyters identifikasjon med nærstående.....	19
3.4	Tidspunkt for beskatning	21
3.5	Likhetsprinsippet	23
3.6	Begrensninger i utdelingsadgangen	26
3.6.1	Aksjeselskap	26
3.6.1.1	Tilbakeføringsplikt	27
3.6.2	Ansvarlig selskap	28

3.7	Lovlighetskravet – Må utbyttet/utdelingen være lovlig etter de selskapsrettslige reglene? ..	29
3.7.1	Aksjeselskap	29
3.7.2	Ansvarlig selskap	31
3.7.3	Konklusjon.....	32
3.8	Skjermingsfradrag	32
3.8.1	Vilkår	33
3.8.2	Beregning av skjermingsfradraget	34
3.8.3	Fremføringsretten.....	35
<u>4</u>	<u>GRENSEN MOT ANDRE RETTSFORHOLD</u>	<u>37</u>
4.1	Lønn, arbeidsgodtgjørelse og pensjon	37
4.2	Lån.....	44
4.2.1	Lån fra selskap til aksjonær/deltaker.....	44
4.2.2	Lån fra aksjonær/deltaker til selskap – renteinntekter.....	48
4.3	Tilbakebetaling av innbetalt kapital.....	51
4.3.1	Skatteposisjonen innbetalt kapital.....	52
4.3.1.1	Aksjekapital	53
4.3.1.2	Selskapskapital	55
4.3.1.3	Innbetalt kapital kan være ulik regnskapsmessig kapital.....	56
4.3.2	Hvem kan motta skattefri tilbakebetaling av kapital?.....	57
4.3.3	Begrensninger i adgangen til tilbakebetaling	58
4.3.4	Virkninger av tilbakebetaling av innbetalt kapital	61
4.3.5	Konklusjon.....	62
<u>5</u>	<u>SAMMENFATNING.....</u>	<u>63</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for avhandlingen er utdelinger fra selskap til personlig skattyter, og vil gi en oversikt over skatterettslige spørsmål ved utbytte og utdeling av overskudd fra selskap til personlig skattyter, og grensen mot andre rettsforhold. Som en konsekvens av skattereformen 2004-2006, ble utbytte og utdelinger fra selskap til personlig deltaker skattepliktig fra og med inntektsåret 2006. Frem til dette benyttet man delings- og godtgjørelsesmodellen. Delings- og godtgjørelsesmodellen førte i stor grad til skattemessige tilpasninger, og blant annet på grunn av dette, gikk man inn for å avvikle disse modellene. Man er i dag kommet langt i forhold til ønsket om en skattemessig likebehandling av transaksjoner mellom selskap og personlig skattyter. Allikevel er det fortsatt aktuelt med tilpasninger til skattesystemet slik at skattyter kommer unna med en lavere skattekostnad. Utbytte/utdelinger må på bakgrunn av dette avgrenses mot andre former for overføringer mellom selskap og aksjonær/deltaker, herunder overføringer som lønn, pensjon, lån, renter og tilbakebetaling av innbetalt kapital. Sistnevnte står i en særstilling i og med at dette er og eneste måte man, utover et skjermingsfradrag kan ta ut kapital fra et selskap til personlig aksjonær, uten å rammes av beskatning.

Problemstillingen som ligger til grunn for avhandlingen er:

Utdelinger fra selskap til personlig skattyter. Særlig om utbytte/utdelinger og grensen mot andre rettsforhold. Hvilke alternative former for overføringer mellom selskap og deltaker forekommer, og hva legges til grunn for den skattemessige klassifiseringen?

1.2 Historikk

Etter skattereformen i 1992 fikk delingsmodellen og godtgjørelsesmetoden en sentral plass i det norske skattesystemet. Delingsmodellen omfattet både aksjeselskap og deltakerlignede selskap. Denne gikk ut på at aktive, personlige deltakere fikk beregnet personinntekt. Personinntekten ble beregnet av selskapet som om selskapet var skattyter. Forutsetningen var at aktive deltakere eide minst 2/3 av selskapet eller hadde krav på minst 2/3 av selskapets overskudd. Hensikten bak godtgjørelsesmetoden var å unngå at utbytte var skattepliktig både hos aksjeselskapet og som alminnelig inntekt hos aksjonæren. Slik dobbeltbeskatning ble avverget ved at aksjonærens skattepliktige inntekt ble fastsatt til mottatt utbytte tillagt en beregnet godtgjørelse. I skatten som utlignes på aksjonærens inntekt fikk aksjonæren fradrag for godtgjørelsen, slik at utbytte i praksis ble skattefritt på aksjonærens hånd.¹

Dagens skatteregler er basert på skattereformen fra 2004-2006, og ble gjennomført da det viste seg at 1992-reformen var problematisk, særlig på to områder. For det første førte delingsmodellen til store forskjeller i skattesatsene for arbeidsinntekter og kapitalinntekter. Forskjellen gjorde at det ble svært lønnsomt å omgå delingsmodellen ved å ta inn passive eiere slik at inntekten ble skattlagt som kapitalinntekt.² For det andre viste det seg at godtgjørelsesmetoden var i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen da det kun var utbytte fra norske selskaper til norske skattytere som ga rett til godtgjørelse. Etter Fokus bank- og Manninen-dommene kom man til at skatteloven og godtgjørelsesmetoden var i strid med diskrimineringsforbudet i EØS-avtalen, slik at reglene måtte endres for å oppfylle kravet til likebehandling av utenlandske selskap og aksjonærer innenfor EØS-området.³ Dette innrømmes ikke av departementet, men det uttales i forarbeidene at innføringen av aksjonærmodellen vil føre til at investeringer foretatt i Norge og i utlandet likebehandles, og vil således sikre at Norges forpliktelser etter EØS-avtalen oppfylles.⁴

¹ Ot.prp. nr.35 (1990-1991) kap 16.4.1.

² NOU 2003:9 Kap.10.1.

³ EFTA-domstolen sak E-1/04 og EF-domstolen sak C-319/02.

⁴ Ot.prp. nr.1 (2004-2005) kap 5.5.

Gjeldende rett er basert på Skaugeutvalgets og Uttaksutvalgets utredninger i St.meld. nr.29 (2003-2004) og NOU 2005:2. På bakgrunn av disse ble skjermingsmetoden innført fra og med inntektsåret 2006. Skjermingsmetoden består av aksjonærmodellen, fritaksmetoden og deltakermodellen. Aksjonærmodellen innebærer at utbytte er skattepliktig for personlig aksjonær for den del som overstiger et skjermingsfradrag. Fritaksmetoden innebærer at utdelinger fra aksjeselskap til selskapsdeltaker eller selskapsaksjonær er skattefritt. "Skaugeutvalget" tok ikke stilling til beskatningen av gevinst og utdelinger fra deltakerlignede selskap, og det ble nedsatt et eget utvalg til å vurdere en modell tilsvarende aksjonærmodellen for disse selskapene. Dette førte frem til deltakermodellen, som innebærer at utdelinger til personlig deltaker er skattepliktig på deltakers hånd for den del som overstiger et nærmere bestemt skjermingsfradrag.

1.3 Rettskildebilde

I skatteretten, som på andre juridiske områder, tar man utgangspunkt i den alminnelige rettskildelæren. I dette avsnittet vil jeg kort omtale de rettskilder som er anvendt og vektlagt videre i avhandlingen.

Skattlegging innebærer en inngripen i borgernes rettigheter, og forutsetter derfor etter legalitetsprinsippet hjemmel i lov. Slik hjemmel finnes blant annet i skatteloven av 26. mars 1999 nr. 14 (sktl). Lovens ordlyd danner det naturlige utgangspunktet ved tolking av de ulike bestemmelsene i skatteloven. Som hovedregel legges den privatrettslige betydning av ord og uttrykk i skattelovgivningen til grunn, for eksempel begrepet aksjeselskap.⁵ Hvis uttrykket er definert i skattelovgivningen, legges imidlertid denne forståelsen av uttrykket til grunn. Et eksempel på dette er utbytte som defineres både i sktl § 10-11 og i aksjeloven (asl) § 3-6.

⁵ Aksjeloven, lov 13.juni 1997 nr.44 § 1-1.

Forarbeidene gjør rede for bakgrunnen for en lov/lovendring. Disse benyttes til å kartlegge formålet med bestemmelsene og vektlegges ved tolking av lovene. Sentrale forarbeider i denne sammenheng er Ot.prp. nr.1 (2004-2005) om skatte- og avgiftsopplegget 2005, NOU 2005:2 om skattlegging av personlig næringsdrivende ved utdeling og St.meld. nr.29 (2003-2004) om skattereformen, men også andre forarbeider legges til grunn.

Høyesterettspraksis spiller en stor rolle, og man har et stort antall høyesterettsdommer å forholde seg til innenfor skatteretten. Eldre dommer er fortsatt relevante da loven fra 1999 på flere områder kun var en teknisk revisjon av 1911-loven, og ikke en endring av gjeldende rett. Underrettspraksis tillegges her som ellers mindre vekt, men særlig hvor en anke til Høyesterett ikke fører frem eller underrettspraksis klart går i en bestemt retning, vil den allikevel ha vekt.

Ligningspraksis kan også være en relevant rettskildefaktor. Det foreligger en omfattende ligningspraksis. En liten del av denne praksisen blir publisert i Utvalget, noe som gjør at praksisen blir mer tilgjengelig en forvaltningspraksis på mange andre områder. Ligningspraksis tillegges stor betydning av ligningsforvaltningen, men også domstolene vil kunne legge en viss vekt på den. Hvor stor vekt ligningspraksisen har som rettskilde, avhenger bl.a. av praksisens alder, frekvens og konsistens. I tillegg vil ligningspraksis som går i favør av skattyter generelt ha større vekt enn praksis som går i hans disfavør.

Administrative uttalelser er på generelt grunnlag ikke av særlig verdi, men kan få større rettskildemessig verdi hvor den er veloverveid og vektlegger de øvrige rettskildefaktorene riktig. Det finnes en rekke tilfeller hvor uttalelsene er fraveket av domstolene og som taler for at de ikke har særlig selvstendig verdi. De kan likevel få vekt ved at uttalelsene benyttes i praksis, og dermed bli en rettskildefaktor. Relativt nytt er de bindende forhåndsuttalelsene (BFU) som avgis av Skattedirektoratet. En BFU er foranlediget av en spesiell sak og er kun bindende for ligningsmyndighetene. Forvaltningen vil nok følge de uttalelsene som er gitt, men domstolene vektlegger ikke disse høyere enn øvrige administrative uttalelser.

Lignings-ABC utgis hver år og er en instruks fra Skattedirektoratet til etaten om hvordan skattespørsmål skal løses i henhold til gjeldende rett. Denne fører til likebehandling av likartede tilfeller og øker forutberegneligheten for brukerne. Høyesterett tillegger ikke Lignings-ABC særlig vekt, men ved at denne følges av ligningsmyndighetene vil den få vekt gjennom ligningspraksis. I tilfeller hvor Lignings-ABC ikke angir løsninger som støttes opp av mer tungtveiende rettskilder, vil den antageligvis ikke ha særlig større verdi enn administrative uttalelser.⁶ Hvor det henvises til lignings-ABC i avhandlingen, er det utgaven 2007/2008 som benyttes.

Det foreligger mye juridisk litteratur på skatterettens område, og denne blir også benyttet som bakgrunnsmateriale for avhandlingen. Særlig *Bedrift, selskap og skatt* av professor Fredrik Zimmer er sentral, men også annen litteratur ligger til grunn.

1.4 Avgrensning og den videre fremstillingen

Avhandlingen vil ta for seg de skatterettslige sidene ved utdelinger fra selskap til skattyter. Selskapsrettslige regler trekkes inn i stor grad da disse kan få betydning ved spørsmål av skatterettslig art.

Avhandlingen tar for seg utdelinger fra selskap til personlig skattyter, herunder personlig aksjonær og deltaker med alminnelig skatteplikt til Norge etter sktl §§ 2-1 og 2-2.

Problemstillingen er ikke aktuell ovenfor selskapsdeltakere da utdelinger fra selskap til dets eierselskap ikke er skattepliktig. På selskapssiden tas det utgangspunkt i aksjeselskap og ansvarlig selskap, som er de vanligste selskapsformene i Norge.

Det er hensiktsmessig med en fremstilling av hva som ligger i utdelings- og utbyttebegrepet og hva som er gjeldende rett på området, se oppgavens del 3. I del 4 vil jeg ser nærmere på forholdet mellom utbytte/utdelinger og andre overføringer fra selskap til skattyter. Grensen

⁶ Fredrik Zimmer, *Bedrift, selskap og skatt*, Oslo 2006, 4. utg. s.51.

trekkes mot overføringer som lønn, arbeidsgodtgjørelse, pensjon, lån og tilbakebetaling av kapital. Her skal jeg redegjøre for sentrale momenter av betydning for klassifiseringen av overføringen. Til slutt følger en kort oppsummering.

2 Formål og hensyn

Skattereformen 2004/06 hadde som mål å oppnå et mer rettferdig system med lik beskatning uavhengig av opptjenings- og organisasjonsmetode, og til et redusert skatte- og avgiftsnivå som bidrar til økt verdiskapning og ivaretar fordelingspolitiske mål. Dette legger grunnlaget for økonomisk vekst og økt velferd ved at næringslivet styrkes og den enkeltes innsats økes. Dette fremgår av forarbeidene.⁷ Om formålet om et mer rettferdig og likartet skattesystem oppnås, vil vise seg ved behandlingen av de ulike metodene å overføre verdier fra selskap til deltaker og som etter dette skal føre til en forholdsvis lik skattemessig behandling. Bak dette formålet ligger det noen grunnleggende hensyn:

2.1 Likebehandling og nøytralitet

Hensynet til nøytralitet er i skatterettslig sammenheng viktig. Dette innebærer at ulike skattytere, næringer, inntektsformer og selskapsformer behandles likt skattemessig.⁸

Hensynet ble vektlagt i skattereformen av 1992 og ønsket videreført i den nye reformen. Målet er å unngå skattemessige tilpasninger ved at overføringer mellom selskap og deltaker fremstår som noe annet enn hva de i realiteten er. Det er heller ikke ønskelig at valg av organisasjonsform styres av skattemessige hensyn.

For å konkurrere på det internasjonale markedet bør skattesystemet i Norge ikke være vesentlig dårligere enn i andre land. Det må være attraktivt å arbeide, investere og drive næringsvirksomhet i og fra Norge.⁹ Dette er viktig både for å få utenlandske aktører til å investere i norske selskaper, og for å hindre at norske selskaper og deltakere/aksjonærer flytter ut av Norge.

⁷ St.meld. nr.29 (2003-2004) s.7.

⁸ St.meld. nr.29 (2003-2004) s.10.

⁹ St.meld. nr.29 (2003-04) s.9.

Norge er forpliktet gjennom EØS-avtalen til å arbeide og tilrettelegge for de fire friheter (fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer). EØS-avtalen inneholder også forbud mot diskriminering, bla. på bakgrunn av nasjonalitet. Dette innebærer at også skattesystemet må tilpasses EØS-avtalen og Norges forpliktelser etter denne.

2.2 Dobbelbeskatning og kjedebeskatning

Hovedregelen i norsk skatterett er at dobbeltbeskatning bør unngås. For utdelinger fra selskap til personlig aksjonær/deltaker gjelder et unntak fra hovedregelen. Overskuddet i selskapet beskattes både ved opptjening og utdeling, dermed blir samme fordel beskattet to ganger. En viss grad av dobbeltbeskatning er akseptert av hensyn til likebehandling av overføringer mellom selskap og personlig skattyter. Utbytte/utdelinger gir rett på et nærmere bestemt skjermingsfradrag. Formålet bak skjermingsfradraget er å skjerme normalavkastningen mot dobbeltbeskatning slik at denne beskattes likt uavhengig av investeringsform, som for eksempel avkastning på bankinnskudd. I europeiske land er det i dag vanlig med en delvis dobbeltbeskatning av personlig aksjonær ved at det gis et særskilt bunnfradrag, kun skatter deler av utbytte eller at utbyttet/utdelingen beskattes med en redusert skattesats.¹⁰

Selv om dobbeltbeskatning til en viss grad er akseptert, er det enighet om at kjedebeskatning bør unngås. Kjedebeskatning ville medført en større skattebelastning for utbytter som deles ut via flere aksjeselskaper, enn for utdelinger som foretas direkte fra aksjeselskap til fysiske aksjonær. Kjedebeskatning kunne også virket motiverende til å omorganisere eierstrukturen, slik at kapitalen kan flyttes fra en virksomhet til en annen uten å gå veien om kjedebeskatning. Det ville også kunnet påvirke etableringen av nye selskapsstrukturer.¹¹ Dette er bakgrunnen for at man for selskapsaksjonærer innførte fritaksmetoden. Denne vil forhindre at inntekten beskattes både ved opptjening i selskapet,

¹⁰ St.meld. nr.29 (2003-2004) s.32.

¹¹ NOU 2003:9 kap.9.3.2.

utdeling til eierselskapet, og til sist ved utdeling til personlig aksjonær. Internasjonalt er tendensen av man innrømmer direkte skattefritak for utbytte som oppbæres av selskaper.¹²

¹² St.meld. 29 (2003-2004) s.33.

3 Utdeling av utbytte og overskudd fra selskap til aksjonær/deltaker

Etter sktl § 10-11 og § 10-42 er utbytte og utdeling av overskudd skattepliktig inntekt for aksjonær/deltaker.

3.1 Utdelings- og utbyttebegrepet

For å kartlegge hva et utbytte/utdeling er, er det behørig med en redegjørelse av hva som ligger til grunn for utdelings- og utbyttebegrepet og hva som kjennetegner dette i forhold til andre overføringer av verdier mellom selskap og aksjonær/deltaker. Spørsmålet er hvilke krav som må være oppfylt for at transaksjonen skatterettslig anses som utbytte/utdeling etter sktl §§ 10-11 og 10-42.

Utbytte defineres i § 10-11 andre ledd som ”enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær”. Uttaksutvalget ønsket en like vid definisjon når det gjaldt utdelinger av overskudd fra ansvarlig selskap. Utdelinger ble etter dette definert som ”enhver vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til deltaker”, jfr. § 10-42. Det må trekkes en grense mot realisasjon av aksjer og andeler i selskapet. Både realisasjon og utbytte/utdelinger har den virkning at aksjonær/deltaker får verdier ut fra selskapet. Ved utbytte/utdelinger vil man imidlertid ikke oppgi sin eierposisjon, slik tilfellet er ved realisasjon.

Om transaksjonen anses som utbytte/utdeling avgjøres etter en vurdering hvor det sentrale momentet er om det foreligger en vederlagsfri overføring av verdier.

Det må skje en overføring av verdier fra selskap til skattyter. Loven stiller ikke noen nærmere krav eller begrensninger til overføringen, og det er uten betydning hvilken måte overføring skjer på. Dette fremgår av ordlyden, jfr. uttrykket ”enhver”. Utgangspunktet er at

overføring av verdier innebærer en overføring av økonomiske fordeler eller goder. Overføring kan skje i form av penger, gjenstander og tjenester, forutsatt at disse kan verdsettes. I dette ligger et krav til at det utdelte kan fastsettes til en regnskapsmessig verdi. Gjenstander og tjenester verdsettes til markedsverdi/omsetningsverdi, jfr. § 5-3. For det andre er det et krav om at overføringen fra selskap til aksjonær/deltaker er vederlagsfri for at den skal beskattes etter §§ 10-11 eller 10-42. Som utgangspunkt kan det virke uproblematisk å avgjøre om vilkåret er oppfylt. Flere forhold kan imidlertid komplisere dette, for eksempel ved betingede ytelser og hvor det ytes delvis vederlag. Det er et moment for at overføringen anses vederlagsfri, at man står ovenfor en ensidig overføring fra selskap til aksjonær/deltaker.

Det kan stilles spørsmål ved om eiers *vederlagsfrie bruk eller leie* av selskapets eiendeler anses som en om vederlagsfri overføring av verdier, for eksempel eierens bruk av selskapets bil eller leilighet. Det samme gjelder benyttelse av selskapets tjenester. Problemet er om aksjonær/deltakers vederlagsfrie bruk anses som en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær/deltaker. Hovedregelen er at vederlagsfri bruk eller leie av selskapets eiendeler eller tjenester er en skattepliktig økonomisk fordel. Skattedirektoratet tok i BFU 39/05 stilling til spørsmålet om en aksjonærs helt eller delvis vederlagsfrie bruk av aksjeselskapets boligeiendom i Florida anses som en skattepliktig fordel. Skattyter eide sammen med to andre en bolig i utlandet og vurderte å overføre eiendommen til et aksjeselskap som skulle ha til formål å stille eiendommen til aksjonærenes disposisjon. Salgsvederlaget skulle gjøres opp ved at aksjonærene ga et rente- og avdragsfritt lån til selskapet. Aksjonærene skulle også forplikte seg til å tilføre selskapet midler til dekning av vedlikehold og drift av eiendommen, og selskapet skulle ikke ha noen risiko eller kostnader knyttet til boligen. Direktoratet anser det som klart at aksjonærenes vederlagsfrie bruk av eiendommen var en skattemessig fordel. Den skattemessige fordel den vederlagsfrie bruken utgjør, anses som en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til skattyter og beskattes som utbytte/utdeling etter §§ 10-11 eller 10-42. Verdien av den vederlagsfrie bruk eller leie settes til markedsmessig leie, dvs. det det ville kostet på det frie leiemarkedet.

Videre i kapitlet vil jeg se på enkelte situasjoner hvor det kan være problematisk å avgjøre om det er skjedd en vederlagsfri overføring fra selskap til aksjonær/deltaker.

Det kan stilles spørsmål ved om *betingede* overføringer betraktes som en vederlagsfri overføring av verdier og beskattes etter §§ 10-11 eller 10-42. Utbytte/utdelinger som er betinget av en motytelse, er i utgangspunktet ikke en vederlagsfri overføring av verdier. Sentrale momenter i vurderingen av om en betinget ytelse er vederlagsfri eller ikke, er om det foreligger årsakssammenheng, betingelsens realitet og hvor lang tid det er gått mellom ytelsene. For at overføringen ikke anses som vederlagsfri, må det påvises en årsakssammenheng mellom ytelse og motytelse. Hvor slik årsakssammenheng ikke kan konstateres, er det et moment for at utdelingen anses som en vederlagsfri overføring og beskattes som utbytte/utdeling. Et annet moment er om betingelsen som påligger utbyttet/utdelingen er reell. Ett eksempel hvor dette er aktuelt, er hvor selskapet yter ett lån til aksjonær/deltaker som er betinget av en tilbakebetalingsplikt. At det faktisk påligger låntaker en tilbakebetalingsplikt, taler mot at overføringen er en vederlagsfri overføring. Hvor betingelsen ikke anses som reell, er utgangspunktet at man står ovenfor en vederlagsfri overføring som beskattes etter §§ 10-11 eller 10-42. Videre er det et moment hvor lang tid det er gått mellom ytelse og motytelse. At det er gått lang tid mellom ytelsene er i seg selv ikke et moment for at overføringen er vederlagsfri, men det kan være vanskelig å bevise at man ikke står ovenfor en ensidig overføring og at det foreligger årsakssammenheng. Beviskravet påligger aksjonær/deltaker. Det taler for at overføringen ikke er vederlagsfri hvor skattyter kan dokumentere at det foreligger årsakssammenheng mellom overføringen og motytelsen.

Hvor det ytes *delvis vederlag* for overføringen, knytter vederlaget seg kun til en del av overføringen. Den del av overføringen vederlaget ikke knytter seg til anses som en vederlagsfri overføring, og beskattes som utbytte/utdeling. Beregningsgrunnlaget settes til differansen mellom vederlag og omsetningsverdi.

Armlengdeprinsippet avgjør om motytelsen (vederlaget) er riktig fastsatt. Ett sentralt moment er på hvilke vilkår ytelsen gis. Overføringer mellom selskap og aksjonær/deltaker som er gjort på gunstigere vilkår enn det uavhengige parter kan oppnå, beskattes som utbytte/utdeling.

Selskapet har anledning til å selge sine eiendeler til en lavere pris enn markedsverdi. Spørsmålet er om salg til *underpris* betraktes som en vederlagsfri overføring av verdier. Om det er skjedd et salg til underpris avgjøres på bakgrunn av eiendelens virkelige verdi (markedsverdi), dvs. det som en ekstern og uavhengig kjøper er villig til å betale, jfr. § 5-3. Et moment i vurderingen er å se på tilsvarende transaksjoner til uavhengige parter innenfor samme periode. Hvor erverver har ervervet eiendeler til en lavere verdi enn hva selskapet kunne oppnådd på det frie marked, anses erverver å ha fått en skattepliktig økonomisk fordel. I lagmannsrettsdom inntatt i Utv.1963 s.251 legges markedsverdien til grunn for vurderingen av om det er skjedd salg til underpris da det er denne verdi selskapet er eier av, og denne verdi som er blitt overdratt. Et alternativ ville være å benytte ligningsverdi, men dette vil ikke alltid gi et riktig bilde av tjenesten eller eiendelens virkelige verdi. Særlig er dette tilfelle ved salg av fast eiendom hvor ligningsverdien fastsettes til maksimalt 30 % av omsetningsverdien ved førstegangs registrering. Deretter justeres ligningsverdien etter takseringsforskriften hvert inntektsår.¹³ I dommen fra 1963 uttaler retten at det foreligger tilfeller fra Oslo hvor ligningsverdi er lagt til grunn uten at dette førte til beskatning på grunn av salg til underpris. Retten avfeier dette da de finner at opplysningene som foreligger om disse tilfellene ikke er utfyllende nok til å fastslå at transaksjonene er likartede med foreliggende sak. Salg til ligningsverdi vil etter dette betraktes som salg til underpris.

Salg til underpris kan vise seg vanskelig å påvise. Det er tilstrekkelig for beskatning at det er konstatert en klar og påviselig underpris. Det er ikke krav til et åpenbart misforhold mellom overdragelsespris og verdi for at beskatning skal kunne finne sted. Dette har

¹³ SKD nr.6/2007 § 1-1-1.

Høyesterett tatt stilling til i den ovenfor nevnte dom (Utv.1963 s.251). Bevisbyrden for at det foreligger overføring til underpris påligger ligningsmyndighetene. Dersom det er tvil om salg er skjedd til underpris, skal dette komme skattyter til gode.

Salg til underpris anses etter dette som en delvis vederlagsfri overføring. Det er differansen mellom markedsverdi og underpris som er gjenstand for beskatning etter reglene for utbytte/utdeling. Det samme prinsippet legges til grunn hvor eier overdrar en vare eller tjeneste til selskapet til overpris. Konsekvensen er at det foreligger en skatteplikt for overprisen etter reglene for utbytte/utdeling.

Det kan stilles spørsmål ved om *utdeling av egne aksjer som utbytte* beskattes etter § 10-11. Utdeling av egne aksjer som utbytte innebærer en overføring av aksjer fra noen av selskapets aksjonærer, via selskapet til andre aksjonærer. Ett moment mot at det anses som en overføring fra selskap til aksjonær, er at overføringen i realiteten kan anses som en overføring fra en aksjonær til en annen. Dette legges ikke til grunn. Det sentrale moment i vurderingen er om det skjer en netto overføring av verdier fra selskap til aksjonær, som er et av vilkårene for å beskattes etter § 10-11. Det avgjørende er om det skjer en endring av eierforholdene. Utdeling til alle aksjonærene i forhold til deres eierandeler fra før anses ikke som en netto verdioverføring, og rammes ikke av utbyttebeskatning. Hvor eierandelene endrer seg som en konsekvens av utdelingen, anses utdelingen som en netto verdioverføring og beskattes etter § 10-11. Dette støttes av Finansdepartementet.¹⁴

Videre kan det stilles spørsmål ved om *fondsemisjoner* anses som en vederlagsfri overføring av verdier, og dermed rammes av utbyttebeskatning. Fondsemisjon vil si at det skjer en omdannelse av kapital som allerede befinner seg i selskapet, og ingen overføring av verdier fra selskap til aksjonær.¹⁵ For eksempel kan fondsemittert aksjekapital være skjedd ved overføring fra overkursfond eller fri egenkapital, jfr. asl § 10-20. Overføring av

¹⁴ Uttalelse 08.aug. 2001.

¹⁵ Stig Berge mfl., *Utbytte*, 2.utg Oslo 2007 s.36.

verdier avgrenses mot fondsemisjoner med utstedelse av fondsaksjer eller med økning av pålydende på eksisterende aksjer. I BFU 42/03 var spørsmålet om midler som er overført fra overkursfond til annen egenkapital, lovlig kan deles ut som utbytte slik at skattyter vil ha rett til godtgjørelse etter skatteloven § 10-12 annet ledd. Utbyttebeskatning blir ilagt når det besluttes utdeling av fondsemittert kapital. Det er først ved vedtakelse om utdeling av den fondsemitterte kapitalen det skjer en overføring av verdier. Selskapet må da følge reglene om nedsettelse av kapital i asl kap 12. Dette er ikke avgjørende for skatteplikten, men hvor utdelingen er lovlig vil dette i dag gi rett til skjermingsfradrag.

Kort oppsummert er det avgjørende for at utbetalingen anses som utbytte/utdeling, om det er skjedd en hel eller delvis vederlagsfri overføring av verdier fra aksjeselskap eller ansvarlig selskap til aksjonær/deltaker.

3.1.1 Forholdet til den selskapsrettslige definisjon av utbytte og utdeling

Spørsmålet er om den selskapsrettslige definisjonen av utbytte/utdelinger får betydning skatterettslig.

De selskapsrettslige reglene har betydning for den faktiske muligheten til å foreta vederlagsfrie overføringer til aksjonærer/deltakere. Utbytte er selskapsrettslig definert i asl § 3-6 andre ledd som enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeier til gode. Aksjeloven inneholder tre krav for at overføringen anses som utbytte. Det må foreligge en overføring av verdier, være en sammenheng mellom aksjeinnhavet og overføringen og aksjonær må oppnå en fordel ved overføringen, enten indirekte eller direkte.¹⁶ Aksjeloven inneholder både formelle og materielle regler som må være oppfylt for at en utdeling skal være lovlig etter de selskapsrettslige reglene, se asl §§ 8-1 til 8-3 og § 3-4. Den selskapsrettslige definisjonen av utdelinger står i sel § 2-26, og er definert som enhver overføring som direkte eller indirekte kommer en deltaker til gode. Selskapsloven stiller ikke samme krav til utdelingen som aksjeloven gjør til utbytte, men § 2-26 setter

¹⁶ Geir Woxholt, *Selskapsrett*, Oslo 2004, s.183.

noen rammer for utdelingen. Med unntak av fjerde ledd er bestemmelsen fravikelig, og hovedregelen at utdeling kan finne sted.

Ved å se de skatterettslige og selskapsrettslige definisjonene av utbytte/utdelinger opp mot hverandre, vil en se at definisjonene langt på vei er sammenfallende. Utgangspunktet er at de selskapsrettslige reglene ikke får betydning skattemessig da skatteloven selv uttømmende definerer utbytte og utdeling. Skatteplikten vurderes ut i fra det skatterettslige begrepet, og er ikke avhengig av at de selskapsrettslige reglene (asl § 3-6 og sel § 2-26) er fulgt, heller ikke at utdelingen selskapsrettslig er lovlig etter aksje- og selskapsloven og at det dermed rent faktisk er grunnlag for å foreta utdelinger. En grunn til at skatteplikten er uavhengig de selskapsrettslige reglene, er at overføringer som gjennomføres til tross for at disse ikke følges ikke skal komme gunstigere ut skattemessig.

Etter dette får den selskapsrettslige definisjonen av utbytte/utdeling liten betydning for den skatterettslige vurderingen av om overføringen anses som utbytte/utdeling, eller annen verdioverføring mellom selskap og aksjonær/deltaker.

3.2 Anvendelsesområde for aksjonær- og deltakermodellen

Det kan stilles spørsmål om hvilke selskap aksjonær/deltaker kan motta utbytte/utdeling fra etter sktl §§ 10-11 og 10-42. Skatteplikt forutsetter at det skjer en overføring fra selskap til aksjonær/deltaker. I dette ligger et krav om at overføring må skje fra det selskap aksjonær/deltaker har aksjer/andeler i. I denne fremstillingen er dette begrenset til aksjeselskap og ansvarlig selskap. Videre i kapitlet vil jeg se på hva som er karakteristisk for disse måtene og organisere selskapet på.

3.2.1 Aksjeselskap

Etter sktl §§ 10-11 vil vederlagsfri overføring av verdier fra aksjeselskap til aksjonær rammes av utbyttebeskatning. Selskap omfatter i denne sammenheng aksjeselskap, andre likestilte selskap, sammenslutninger og tilsvarende utenlandske selskaper, jfr. §§ 10-10 første ledd og 10-1. Aksjeselskap defineres i asl § 1-1 andre ledd. Aksjonærene har et begrenset ansvar for selskapets forpliktelser. Hovedregelen i norsk rett er ubegrenset ansvar. Om det foreligger ansvarsbegrensinger må det påvises et særlig grunnlag for det, for eksempel i selskapsavtalen.¹⁷ Ubegrenset ansvar vil si at ingen av selskapets deltakere har personlig ansvar for selskapets forpliktelser eller hefter for selskapets kreditorer. Aksjonærenes tap er begrenset til aksjekapitalen.

Det kan stilles spørsmål ved om aksjonærmodellen får anvendelse både ovenfor børsnoterte og ikke-børsnoterte aksjeselskap. Flere momenter taler for at både børsnoterte og ikke-børsnoterte aksjer omfattes. Det er nødvendig for en skattemessig likebehandling av aksjer at også børsnoterte aksjer omfattes. Heller ikke realøkonomiske grunner tilsier noen forskjellsbehandling på dette punkt. Videre skal aksjonærmodellen skattlegge høy avkastning av arbeidsinnsats og meravkastning utover skjerming uavhengig av opptjeningskilden, dvs. uavhengig om selskapet er børsnotert eller ikke. Ett moment mot at børsnoterte aksjer omfattes av aksjonærmodellen, er at det ikke vil være et stort problem med omdannelser av arbeidsinntekt til kapitalinntekt i børsnoterte selskap. Forarbeidene fastslår at både aksjer i børsnoterte og ikke-børsnoterte selskaper omfattes av aksjonærmodellen.¹⁸

¹⁷ Woxholth, s.32.

¹⁸ St.meld. nr.29. s.90.

3.2.2 Ansvarlig selskap

Hovedregelen i norsk rett er at personer som i fellesskap driver en økonomisk virksomhet hefter ubegrenset og personlig for selskapets forpliktelser. Disse selskapene omtales som deltakerlignede selskap og omfatter etter sktl § 10-40 ansvarlige selskap, indre selskap, partrederi og kommandittselskap. En nærmere definisjon av disse er gitt i selskapsloven av 21.juni 1985 nr.83 § 1-2. Fremstillingen tar kun for seg ansvarlige selskap, dvs. selskap hvor deltakerne hefter personlig for selskapets forpliktelser. Deltakerne kan seg i mellom avtale delt eller udelt ansvar. Ved udelt ansvar kan kreditor velge hvem han vil gå på for å få dekning for sitt krav. Det er opp til kreditor hva han krever dekt av den enkelte deltaker, begrenset oppad til den totale forpliktelsen. Dette betegnes som solidaransvar. Ved delt ansvar kan den enkelte deltaker kun belastes for en nærmere avtalt del av selskapets totale forpliktelser, men likevel slik at deltakerne samlet sett er ansvarlig for hele selskapets gjeld.

For å komme inn under deltakermodellen må selskapet bestå av to eller flere deltakere, ha et økonomisk formål og drive næringsvirksomhet, jfr. sel § 1-1. Problemer oppstår først og fremst i tilknytning til virksomhetsbegrepet. Momenter i vurderingen av om selskapet driver næringsvirksomhet, er at selskapet utøver økonomisk aktivitet av en viss varighet og omfang, virksomheten er egnet til å gi overskudd og drives for egen regning og risiko. Det kan ikke på generelt grunnlag fastsettes hva som skal til for at skattyter anses å drive virksomhet. Det går her en grense mot passiv kapitalplassering. Et avgjørende moment i vurderingen om det drives næringsvirksomhet eller passiv kapitalplassering, er aktivitetens omfang. At de materielle vilkårene må oppfylles kommer til uttrykk i ot.prp. nr.92 (2004-2005) punkt. 1.6.3:

"Det er en klar presumsjon for at registrerte selskaper oppfyller de materielle vilkårene for å være selskap. Departementet legger til grunn at deltakermodellen vil bli benyttet på alle registrerte deltakerlignede selskaper, uten nærmere overprøving av om de materielle selskapsvilkårene er oppfylt."

På den annen side er ikke registrering et vilkår for at reglene kommer til anvendelse på selskapet. Det er tilstrekkelig at de materielle vilkårene om at virksomhet drives er oppfylt.

3.3 Skattyters identifikasjon med nærstående

Utgangspunktet er at den som omtales som personlig deltaker i selskapsavtalen eller personlig aksjonær i aksjeavtalen har rett på utbytte/utdeling, og dermed også er rette skattesubjekt. En aksjeavtale er en avtale mellom aksjonærene om utøvelsen av aksjonærrettigheter i selskapet.¹⁹ Deltakermodellen, i motsetning til delingsmodellen som gjaldt til og med 2005, omfatter både aktive og passive aksjonærer/deltakere. Som hovedregel vil personlig aksjonær/deltaker være en fysisk person. Loven likestiller imidlertid personlig dødsbo, konkursbo og administrasjonsbo, jfr. sktl §§ 2-2 første ledd h nr. 2 og 10-42.

Problemet oppstår hvor utdeling skjer til aksjonær/deltakers nærstående. Spørsmålet er hvem som er riktig skattesubjekt når utdeling skjer til aksjonær/deltakers nærstående.

Etter sktl § 10-11 andre ledd siste punktum likestilles utdelinger til aksjonærens ektefelle eller til personer skattyter er i slekt eller svogerskap med, i opp- eller nedstigende linje eller i sidelinjen så nær som onkel og tante. Aksjonæren identifiseres med sine nærstående, dvs. at inntekten er skattepliktig på aksjonærens hånd. Tilsvarende gjelder for deltaker i ansvarlig selskap, jfr. §§ 10-42 og 10-11 andre ledd, siste punktum. Hensikten bak utvidelsen til å omfatte aksjonær/deltakers nærstående, er å unngå skattemessige tilpasninger ved at utbetaling skjer til en som står aksjonær/deltaker nær. Tilordning av skjermingsfradrag forutsetter at utbytte er lovlig utdelt etter aksjeloven, noe som ofte ikke vil være tilfelle hvor utdelingen skjer til nærstående og ikke aksjonær selv.

¹⁹ Woxholth, s.80.

Opplystningen i bestemmelsen er ikke uttømmende, og problemstillingen er hvem som anses som aksjonær/deltakers nærstående.

Aksjonær/deltaker identifiseres med sin ektefelle. Et spørsmål er om andre samlivsformer, herunder registrert partnerskap og samboerskap likestilles med ekteskap. Etter partnerskapsloven § 3 gis registrert partnerskap samme rettsvirkninger som ekteskap, og samlivsformene likestilles etter loven.²⁰ Utdeling av selskapets overskudd til aksjonær/deltakers registrerte partner beskattes dermed som utbytte/utdeling på aksjonær/deltakers hånd. Samboerskap stiller seg annerledes. Samboerskap kan defineres som et ekteskapslignende forhold hvor partene bor sammen, men ikke er formelt gift med hverandre. Det generelle på privatrettens område er at samboerskap ikke likestilles med ekteskap, og gjelder her som ellers i lovverket hvor det ikke uttrykkelig fremgår noe annet. Vederlagsfri overføring til aksjonær/deltakers samboer anses etter dette ikke som skattepliktig utbytte/utdeling for skattyter etter §§ 10-11 eller 10-42. Det kan likevel tenkes tilfeller hvor utbetalinger til samboer fører til at aksjonær/deltaker tilordnes og beskattes for utdelingen. Et eksempel på dette er hvor samboer har mottatt overføringen i et forsøk på omgåelse. Ligningsmyndighetene kan da ha adgang til å foreta gjennomskjæring, enten på lovfestet eller ulovfestet grunnlag. Dette forutsetter at utbetalingen er skattemessig motivert og i realiteten anses å skje til aksjonær/deltaker. Hvor man finner at skattemessige motiver ligger til grunn, må det ut i fra en helhetsvurdering avgjøres om ligningsmyndighetene har gjennomskjæringsadgang. Sentrale momenter vil da være transaksjonens egenverdi og lojalitet i forhold til skattereglenes formål.

Hvor trekkes grensen mot ektefellens relevante slektninger? Siden svogerskap omfattes, vil utbetaling til ektefellens søsken føre til beskatning av skattyter. Grensen kan virke noe tilfeldig, men det kan som hovedregel antas at utdelinger til personer lengre ut i familien ikke skjer på bakgrunn av et ønske om skattemessig tilpasning. Grensen bør settes ved de

²⁰ Lov om registrert partnerskap 30. april nr. 40. 1993

besvogredes slektninger, slik at ektefelle til aksjonærens/deltakerens ektefelles søsken ikke omfattes. Dette følger av ordlyden i § 10-11.

I forlengelsen av dette, kan det stilles spørsmål til på hvilket tidspunkt man må anses som aksjonær/deltakers nærstående. Inntekten kommer til beskatning når aksjonær/deltaker får et krav på utdeling. Det er da også mest hensiktsmessig at aksjonær/deltaker og den utdeling skjer til betraktes som nærstående når det oppstår en skattepliktig inntekt. Når dette skjer er imidlertid ulikt ved utbytte til aksjonær og utdeling til deltaker. For aksjonær er det relevante tidspunkt generalforsamlingens beslutning om utdeling av utbytte.

3.4 Tidspunkt for beskatning

Når det er skjedd en vederlagsfri overføring etter sktl §§ 10-11 eller 10-42 , oppstår spørsmålet om når den skattepliktige inntekten kommer til beskatning. Tidfesting skjer etter realisasjonsprinsippet i § 14-2 eller kontantprinsippet i § 14-3. Hovedregelen om tidfesting er realisasjonsprinsippet. Realisasjonsprinsippet får anvendelse med mindre loven særlig angir tidfesting etter andre regler. Fordel som innvinnes ved overføring fra andre, tas til inntekt når skattyter får en ubetinget rett til ytelsen, jfr. sktl § 14-2.

Tidfesting av utbytte/utdelinger følger realisasjonstidspunktet. Det avgjørende er på hvilket tidspunkt aksjonær/deltaker får en ubetinget rett på utbyttet/utdelingen.

Utgangspunktet er at når det knytter seg en betingelse til ytelsen, oppstår en ubetinget rett på det tidspunktet betingelsen inntreffer. Utdeling av utbytte er betinget av et forutgående vedtak i generalforsamlingen. Ved overføring av utbytte fra aksjeselskap til aksjonær er utgangspunktet at en ubetinget rett oppstår på aksjonærens hånd ved vedtakelsen av utbytte i generalsforsamling.²¹ Det må vurderes om det foreligger forhold som tilsier at en ubetinget rett oppstår på ett annet tidspunkt enn ved beslutning om utbytte.

²¹ Zimmer, s.309.

Et unntak fra hovedregelen om at oppfyllelse av betingelsen er avgjørende for når en ubetinget rett oppstår, kan tenkes i de tilfeller det er rimelig sikkert at betingelsen vil inntre. Lovgiver har ikke åpnet for en slik løsning.

Et moment i vurderingen av når en ubetinget rett anses å oppstå, er om de selskapsrettslige reglene er fulgt. Hvor utdeling av utbytte ikke oppfyller de selskapsrettslige reglene vil en ubetinget rett oppstå senest når skattyter mottar utbyttet, dvs. den faktiske utdelingen. Et annet moment knytter seg til hva overføringen fra selskap til aksjonær består av; penger, gjenstander eller tjenester. Ved utdelinger i form av tjenester anses en ubetinget rett først ervervet når aksjonæren gjør bruk av tjenesten.²² Før aksjonær faktisk benytter seg av tjenesten, er det usikkert om han vil benytte seg av den. Hvor utdeling av utbytte er skjedd etter reglene for kapitalnedsettelse, foreligger en ubetinget rett på det tidspunkt kapitalnedsettelsen er registrert i foretaksregisteret, dvs. det tidspunkt beslutningen om kapitalnedsettelse trer i kraft, jfr. asl § 12-6 nr. 4 jf. nr. 3. Til sist er det ett moment om overføringen skjer i form av skjult utbytte. Hvor man står ovenfor et skjult utbytte, for eksempel hvor aksjonær mottar utbetalinger i form av lån fra selskapet, er det avgjørende når aksjonæren i henhold til avtalen eller annet rettsgrunnlag har ervervet en ubetinget rett.²³ En ubetinget rett vil i disse tilfellene normalt oppstå senest når aksjonæren har fått rådighet over verdiene.

Ved utdeling fra ansvarlig selskap til deltaker får hovedregelen i § 14-2 anvendelse. Dette er likt som ved utbytte fra aksjeselskap. Spørsmålet er når en ubetinget rett på utdelingen oppstår på deltakers hånd. I et ansvarlig selskap er det ikke lignende formelle krav til utdeling av overskudd som det er ved utdeling av utbytte. Det kan da være vanskelig å fastslå et bestemt tidspunkt deltaker får en ubetinget rett. Dette taler for at det er den faktiske utdelingen som er avgjørende for om deltaker har fått en ubetinget rett på utdelingen. At den faktiske utdelingen bør legges til grunn framgår av forarbeidene.²⁴

²² Lignings-ABC s.1031 pkt.4.5.1.

²³ Zimmer, s.309.

²⁴ NOU 2005:2 s.61.

Etter dette er utbyttet/utdelingen innvunnet og tidfestet når aksjonær/deltakers ubetingede rett oppstår. Utgangspunktet er at vedtakelsestidspunktet for utbytte(om ikke særlige forhold foreligger) og faktisk utdeling for utdeling fra ansvarlig selskap legges til grunn. Innvinning og tidfesting av utdelinger fra ansvarlig selskap skjer på et senere tidspunkt i hendelsesforløpet enn tidfesting av utbytte.

3.5 Likhetsprinsippet

Ved utdelinger fra selskap til aksjonær/deltaker kan det stilles spørsmål om aksjonær/deltakers rettigheter i forhold til utbytte/utdeling av overskudd fra selskapet (forutsatt at de formelle reglene er fulgt).

Utgangspunktet for aksjonærens rettigheter i selskapet er likhetsprinsippet. Kjernen i likhetsprinsippet er at alle aksjer gir lik rett i selskapet, jfr. asl § 4-1. Tanken bak er at aksjonærene ikke skal være gjenstand for urimelig forskjellsbehandling. Størrelsen på aksjene kan imidlertid være ulik, dvs. at hver aksje gir like stor eierandel i selskapet, men aksjonærene seg i mellom kan være eier av et ulikt antall aksjer. Dette medfører at størrelse kan være avgjørende for gjennomslag i forhold til aksjeminoriteten i selskapet.

Likhetsprinsippets rekkevidde begrenses av asl §§ 5-21 og 6-28. Dette innebærer at det ikke kan utføres handlinger som er egnet til å gi enkelte aksjonærer eller andre urimelige fordeler på bekostning av andre aksjonærer eller selskapet.

Aksjeloven åpner imidlertid for at det kan være ulike aksjeklasser i selskapet, dvs. at aksjene er av ulike slag og gir ulik rett i selskapet. Hver aksje må ha likt pålydende uavhengig av hvilken aksjeklasse de hører til, jfr. asl § 3-1. Aksjeeiere innen samme aksjeklasse skal likebehandles.

Hvordan kan bruk av ulike aksjeklasser få betydning ved utdeling av utbytte?

Aksjeklasser kan benyttes for å overføre verdier fra selskapet til enkelte av aksjonærene da bruk av ulike aksjeklasser gir rett til å skjevdele utbytte. Det kan være ulike rettigheter tillagt ulike aksjeklasser, for eksempel kan stemmeretten være tillagt en aksjeklasse og utbytte en annen, eller ulike aksjeklasser gir ulik rett på utbytte. Aksjeklasser som har en preferert stilling betegnes som preferanseaksjer. Preferanseaksjer kan inneha en fortrinnsrett til utbytte opp til et visst nivå. Utbytte til øvrige aksjeklasser forutsetter da at det totale utbytte overstiger det preferanseaksjene har krav på.

Hvor de ansatte eier aksjer i selskapet som gir rett til et høyere utbytte enn aksjer i en annen aksjeklasse, vil det overskytende i utgangspunktet beskattes som lønnsinntekt for de ansatte. Dette da det overskytende er utbetalt til aksjonær i egenskap av å være ansatt og anses som godtgjørelse for arbeid. Det kan oppstå tilfeller hvor ulike forhold ved aksjeklassene kan begrunne et høyere utbytte på de ansattes aksjer. Dette kan tenkes hvor aksjene i selskapet er delt i preferanseaksjer og aksjer de ansatte er eiere av, A- og B-aksjer. Her vil A-aksjene ha fortrinnsrett på utbytte opp til bestemt nivå, mens resten tilfaller de ansatte (B-aksjene). Aksjene med etterprioritet har da en økt risiko i forhold til om det tilfaller dem noe utbytte. Det kan da forsvares at de ansatte kan få et høyere utbytte enn aksjonærene med fortrinnsrett, forutsatt at det er et markedsmessig forhold mellom den økte risikoen og meravkastning på B-aksjene. Hvor dette er tilfelle vil utdelingen beskattes etter utbyttereglene, og ikke som lønn.

Begrensingen i asl § 8-3 om at utbytteretten ikke kan skilles fra eierretten for en lengre periode enn to år, får ikke anvendelse hvor det er bestemt i vedtektene at selskapet skal ha ulike aksjeklasser.

Likhetsprinsippet er også utgangspunktet for utdelinger fra ansvarlig selskap til deltaker. I ansvarlig selskap skal overskuddet deles likt mellom selskapets deltakere, jfr. sel § 2-25. Tredje ledd inneholder en særregel for selskap med delt ansvar hvor overskudd eller

underskudd deles mellom deltakerne etter den avtalte regel om ansvar for selskapsforpliktelser. § 2-25 kan fravikes i selskapsavtalen.

Det kan stilles spørsmål til hvilken adgang deltakerne har til å skjevdele overskuddet seg i mellom. Selskapsloven inneholder ikke noen begrensinger i avtalefriheten. Dette innebærer at deltakerne står fritt til å avtale den nærmere fordelingen av overskuddet. Det er heller ikke noe krav til at utdeling må skje til alle deltakerne. Hvor overskuddet fordeles ulikt uten at dette er avtalt i selskapsavtalen, kan adgangen til å utbetale mer til en deltaker være hjemlet i at deltakeren har ytet en arbeidsinnsats i selskapet. Det overskytende anses da som godtgjørelse etter sel § 2-26. I større selskap kan en løsning være at det avtales fordeling etter kapitalinnskudd hvor deltagere har skutt inn ulike kapitalandeler og det ikke foreligger andre holdepunkter for hvordan overskuddet fordeles. Utgangspunktet er da at dette skjer i forhold til kapitalandelene slik disse er i henhold til foregående årsoppgjør.²⁵ Selskapets underskudd fordeles etter samme forhold som overskuddet.

Etter dette skal utbyttet/utdelingen i utgangspunktet fordeles likt mellom aksjonærene/deltakere. Dette springer ut av likhetsprinsippet. Unntak fra dette gjelder hvor aksjeselskapet opererer med ulike aksjeklasser, og hvor deltakerne i ansvarlig selskap har avtalt en annen fordeling. Muligheten for at utdeling av overskudd skjevdeles mellom deltakerne er vesentlig større enn for aksjonærene i et aksjeselskap.

²⁵ Gyldendals rettsdata (rettsdata.no), kommentar til sel § 2-25, note 176.

3.6 Begrensinger i utdelingsadgangen

Selskapsrettslig er det oppstilt rammer og begrensninger for hva som kan deles ut fra selskapet til aksjonær/deltaker. Dette er selskapslovgivningens materielle krav. Spørsmålet er hvilke krav selskapslovgivningen setter til utbyttet/utdelingen for at overføringen anses lovlig utdelt.

De *skattemessige* konsekvensene av at de materielle (og formelle) reglene i selskapslovgivningen ikke overholdes, blir behandlet i kap 3.7.

3.6.1 Aksjeselskap

Det kan stilles spørsmål ved hva som kan besluttes utdelt som utbytte. Dette fremgår av asl § 8-1. Utgangspunktet er at det bare kan deles ut årsresultatet etter det godkjente resultatregnskapet for siste regnskapsår og annen egenkapital etter visse fradrag som fremgår av bestemmelsens nr. 1-4. Det blir gjort fradrag for udekket underskudd, bestemte eiendeler, pålydende verdi av egne aksjer og for kreditt og sikkerhetsstillelse og for avsetninger mv. Videre forutsetter utdeling at egenkapitalen etter balansen er på minst 10 % av balansesummen for at aksjeselskapet kan dele ut utbytte uten å måtte gå veien om kreditorvarsel for nedsettelse av aksjekapitalen, jfr. andre ledd. I beregningsgrunnlaget inngår all egenkapital, dvs. både aksjekapital, overkursfond, annen egenkapital og fond.

Etter § 8-1 fjerde ledd kan man ikke beslutte utdelt mer enn hva som er forenlig med forsiktig og god forretningsskikk. I vurderingen av om utdeling av utbytte oppfyller kravet, må det tas hensyn til tap som inntreffer etter balansedagen eller som forventes å inntreffe i fremtiden. Om vilkåret oppfylles, avgjøres av en konkret skjønnsvurdering. Momenter av betydning kan være om selskapet har tilstrekkelig fri egenkapital, kontanter og andre likvide midler til å betale et utbytte. Hvor dette ikke er tilfelle vil det tale mot at utdelingen oppfyller vilkåret i § 8-1. Bestemmelsen suppleres av § 3-4 som stiller krav til at selskapet skal ha en forsvarlig egenkapital. Om kravet i § 3-4 er oppfylt, beror på en vurdering hvor sentrale momenter er risikoen ved og omfanget av virksomheten. Vurderingen gjøres av

selskapets styre ut i fra situasjonen i selskapet. Man har ikke grunnlag for på generell basis å fastsette hva som er forsvarlig da dette varierer fra selskap til selskap og avhenger av forholdene i selskapet, for eksempel art og omfang av virksomheten, finansiering, forpliktelser, stabilitet og etablering.

Om kravene i § 8-1 ikke er oppfylt har selskapet fortsatt anledning til å dele ut utbytte, men må da gå veien om reglene i §§ 12-4 og 12-6. Det kan deles ut utbytte selv om årsresultatet viser et underskudd hvis selskapet i tillegg har fri egenkapital.²⁶ Utdeling av utbytte kan da skje etter første og annet ledd uten å følge reglene om kapitalnedsettelse i kap. 12. Hvor selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital etter asl § 3-4, kommer asl § 3-5 første ledd til anvendelse. Styret i selskapet har da en plikt til å kalle inn til generalforsamling og foreslå tiltak for å rette opp i den økonomiske stillingen slik at egenkapitalen oppfyller kravet til forsvarlighet, eller foreslå oppløsning av selskapet. Styrets handleplikt er begrenset til tilfeller hvor selskapet heller ikke har merverdier og den faktiske egenkapitalen ikke er forsvarlig.

3.6.1.1 Tilbakeføringsplikt

Etter asl § 3-7 kan aksjonær ha en tilbakeføringsplikt for det ulovlig utbytte. Dette gjelder utdelinger som er ulovlige både etter de formelle og materielle reglene. Ethvert brudd vil imidlertid ikke omfattes av tilbakeføringsplikten. Det avgjørende er om bruddet på reglene har virket inn på beslutningen om utdeling. Hvor det kan påvises at innvirkning forelå, vil også brudd på saksbehandlingsreglene føre til at det kan fremsettes krav om tilbakeføring. Dette støttes av rettspraksis, se Rt. 2003 s. 1501. Saken gjaldt et krav mot aksjonær om tilbakebetaling av utdelt utbytte etter vedtak på ordinær generalforsamling. Ved grove feil er det imidlertid tilstrekkelig at innvirkning ikke kan utelukkes, dvs. om det foreligger en mulighet for at bruddet på reglene har virket inn på beslutningen, vil selskapet kunne kreve utdelingen tilbakeført etter asl § 3-7. Grov feil kan for eksempel være feil i regnskapet i

²⁶ Gyldendals rettsdata (rettsdata.no), kommentar til asl § 8-1, note 1270.

form av mangelfulle tapsavsetninger på utlån. Dette er i rettspraksis blitt ansett å være en vesentlig feil som medfører tilbakebetalingsplikt.²⁷

Det vil være naturlig å trekke den slutning at utbytte som må tilbakeføres etter § 3-7 ikke ilegges skatteplikt. Det er ikke skjedd noen endelig overføring av verdier når man måtte føre disse tilbake til selskapet, og man har dermed heller ikke oppnådd noen skattepliktig fordel. Dette er ikke uten videre løsningen. Dersom fordelene ved tilbakeføring ennå ikke har vært gjenstand for beskatning, vil ligningsmyndighetene som hovedregel ikke skattlegge denne. Utgangspunktet er at hvor fordelene har blitt skattlagt, vil man ikke kunne kreve fradrag for dette da myndighetene som regel tar hensyn til betalt skatt ved fastsettelse av tilbakebetalingsbeløpet. I tilfeller hvor det ikke tas hensyn til betalt skatt, åpnes det for fradragsrett. En motsatt løsning ville føre til at skattyter fikk fradrag for betalt skatt to ganger. Problemet oppstår hvor utbyttet alt er kommet til beskatning. I Utv. 1984 s.52 uttaler Finansdepartementet at man som hovedregel ved tilbakebetaling/inndragning av inntekt, ikke har fradragsrett for inndragnings-/tilbakebetalingsbeløpet. Man åpner imidlertid for dette hvor man ikke har tatt hensyn til ilagt inntektsskatt. Denne løsningen støttes av ligningsmyndighetene.²⁸ For å unngå skatteplikt må det på utdelingstidspunktet være grunn til å tro at skattyter ville betalt tilbake utbyttet dersom han hadde kjent til forholdene.²⁹

3.6.2 Ansvarlig selskap

Problemet er hva som kan deles ut fra selskapet til deltakerne. Utdelinger i ansvarlig selskap reguleres i sel § 2-26. Utgangspunktet er at når selskapets årsregnskap og årsberetning er fastsatt av selskapsmøtet, skal overskuddet deles ut til deltakerne. Hva som kan deles ut begrenses i bestemmelsens 1.-3.ledd. For det første reduseres grunnlaget for utdelingen hvor deltaker har krav på arbeidsgodtgjørelse. For det andre forutsetter utdeling

²⁷ Dom 29. mai 1998 (Borgarting lagmannsrett).

²⁸ Lignings-ABC s.1090 pkt.2.

²⁹ Berge mfl., s.194.

av overskudd at midlene ikke trengs til betaling av selskapsforpliktelser eller til virksomheten. For det tredje kan ikke deltaker med forfalt innskuddsforpliktelse kreve utbetaling så langt andel i overskuddet går med på å dekke forpliktelsen. Disse begrensningene er fravikelige, og hovedregelen er at overskuddet i selskapet kan deles ut til deltakerne. Kreditor vil likevel få dekning for sine krav ved at deltakerne fult ut er ansvarlig for selskapets forpliktelser. Selskapets eiendeler kan ikke deles ut eller kreves utdelt hvor dette åpenbart vil skade selskapets eller kreditorenes interesser. Begrensningen i § 2-26 fjerde ledd første punktum er ufravikelig. Det er her et strengt krav for påberopelse, jfr. uttrykket ”åpenbart”.

Utdelinger i strid med denne bestemmelsen skal tilbakeføres, og kan også rammes av erstatningsansvar, jfr. sel § 2-26 fjerde ledd if. og § 2-43. Utgangspunktet om at ligningsmyndighetene som regel vil ta hensyn til betalt skatt ved fastsettelse av tilbakebetalingsbeløpet antas å gjelde tilsvarende for utdelinger etter § 10-42. I tilfeller hvor det ikke tas hensyn til betalt skatt, åpnes det for fradragsrett.

3.7 Lovlighetskravet – Må utbyttet/utdelingen være lovlig etter de selskapsrettslige reglene?

Det kan stilles spørsmål ved om utdelingen må være lovlig, dvs. om de selskapsrettslige formelle og materielle reglene må være fulgt for at utdelingen ilegges beskatning etter sktl §§ 10-11 og 10-42.

3.7.1 Aksjeselskap

Aksjelovgivningen begrenser hva aksjonær kan nyttiggjøre seg av verdier i selskapet. Hva som er lovlig utbytte etter aksjeloven fremgår av lovens kapittel 8, også de formelle kravene. Bestemmelsene er gitt hovedsakelig av hensyn til kreditorene, men også av hensyn til minoritetsaksjonærer. I NOU 1996:3 uttales det at selskapskapitalen er

”...dekningsgrunnlaget for de forpliktelser selskapet pådrar seg under virksomheten. Det er dette som er karakteristisk for virksomhet som drives i aksjeselskapsform. For selskapskreditorene er det derfor viktig at selskapets kapitalgrunnlag til enhver tid er tilstrekkelig slik at selskapet kan dekke sine forpliktelser. Aksjeeierne selv hefter ikke for selskapets forpliktelser”.³⁰

Sktl § 10-12 inneholder et krav til at utbytte er lovlig utdelt. Dagens lovlighetskrav er en videreføring av lovlighetskravet som gjaldt under 1992-reformen, og som var et vilkår for rett til godtgjørelse på utbytte. Det anses som brudd på lovlighetskravet hvor de selskapsrettslige rammene for hva som kan deles ut som utbytte ikke er overholdt.

Hvor de selskapsrettslige saksbehandlingsreglene ikke er fulgt, foretas det en skjønnsmessig vesentlighetsvurdering i det enkelte tilfelle om lovlighetskravet er oppfylt. Et sentralt moment er hvor alvorlig bruddet er. Utgangspunktet er at brudd på saksbehandlingsreglene anses som mindre vesentlige, og ikke bør få skattemessig betydning unntatt hvor særlige hensyn tilsier det. Ett viktig moment er om det foreligger brudd på sentrale elementer i den selskapsrettslige reguleringen av utbytte, dvs. om utbytterammene er overholdt og om utbytte er besluttet av kompetent organ.³¹ Ett annet moment av betydning er om en av aksjonærene i selskapet kan påberope seg ugyldighet.³² Ugyldighet kan i utgangspunktet kun påberopes hvor misligholdet har hatt innvirkning på resultatet. Bruddet anses å være vesentlig hvor aksjonær kan påberope seg ugyldighet. Ett argument mot at brudd på de selskapsrettslige saksbehandlingsreglene anses som vesentlige i skattemessig sammenheng, er at de ikke er begrunnet i skattemessige hensyn, og dermed ikke bør få betydning for skattemessige spørsmål. Reelle hensyn og formålsbetraktninger tilsier at det legges til grunn et vesentlighetskriterium, slik at det blir forholdsmessighet mellom feilen som begås og konsekvensen av feilen.

³⁰ NOU 1996:3 kap.6.1.1.

³¹ Utv. 2004 s.232.

³² Ravnaas mfl, s. 55.

Konsekvensen av at lovlighetskravet ikke er oppfylt, er at aksjonæren ikke har rett til fradrag for skjerming i sin inntekt, jfr. § 10-12. Det er et vilkår for rett til skjermingsfradrag at utbyttet er lovlig utdelt etter de selskapsrettslige reglene. I tilfeller hvor ulovligheten begrenser seg til en del av utbyttet, er det for denne delen skattyter mister retten til skjermingsfradraget. Dersom skattyter som mottok ulovlig utbytte fortsatt eier aksjen per 31. desember, vil årets skjermingsfradrag ikke kunne benyttes til å redusere skatteplikten for det ulovlige utbyttet, men fremføres til fradrag i senere år.³³ Betydningen av at aksjonær ikke har rett på et nærmere bestemt skjermingsfradrag er at hele inntekten (utbyttet) kommer til beskatning, både på selskapets og aksjonærens hånd. Utbyttet rammes av marginalsattesats på 48,16 %. Skattyters rett til skjermingsfradrag behandler jeg nærmere i kap 3.8.

3.7.2 Ansvarlig selskap

Skatteloven forutsetter ikke at utdelinger fra ansvarlig selskap til deltaker er lovlig gjennomført etter de selskapsrettslige reglene, verken når det gjelder skatteplikt eller retten til skjermingsfradrag. Dette begrunnes med at selskapets kreditorer uansett kan kreve sine fordringer dekket av deltaker da deltakerne er personlig ansvarlig for selskapets forpliktelser. Etter dette er det ikke nødvendig at utdelinger til deltaker forutsetter formell beslutning slik som ved utbytte, eller at selskapsloven setter like strenge rammer for hva som kan deles ut av selskapets verdier.

Deltaker i ansvarlig selskap vil, uavhengig av om de selskapsrettslige reglene er fulgt, ha retten til skjermingsfradrag i behold. Det er her en forskjell mellom aksjonær i aksjeselskap og deltaker i ansvarlig selskap. Dette kan begrunnes i at aksjeloven inneholder både materielle og formelle regler om utdeling av utbytte av hensyn til selskapets kreditorer og minoritetsaksjonærer. At aksjonærenes rett til skjerming er gjort betinget av at utbytte er lovlig utdelt, kan tenkes å være en oppfordring fra lovgivers side til aksjonærene om å følge de selskapsmessige reglene slik at interessene ivaretas. Tilsvarende regel er ikke

³³ Utv. 2006 s. 1752 og Lignings-ABC s.30 pkt.6.4.

oppstilt for utdelinger fra ansvarlig selskap. Kreditorenes interesser ivaretas ved at deltakerne fullt ut er ansvarlig for selskapets forpliktelser.

3.7.3 Konklusjon

De selskapsrettslige reglene har som hovedregel ikke betydning for skatterettslige spørsmål. Hvor de selskapsrettslige rammer og begrensninger ikke er fulgt, vil overføringen likevel anses som utbytte/utdeling, forutsatt at overføringen oppfyller vilkårene i skatteloven, dvs. om det foreligger en vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær/deltaker. At utdelingen ikke er lovlig etter aksjeloven/selskapsloven får kun skattemessige konsekvenser for aksjonærens rett til skjermingsfradrag. At dette er betinget av et lovlighetskrav fremgår av sktl § 10-12. Lignende krav er ikke gjort gjeldende for utdelinger fra selskap til deltaker i ansvarlig selskap.

3.8 Skjermingsfradrag

Etter sktl §§ 10-12 og 10-42 har skattyter som mottar utbytte/utdeling, rett på fradrag for skjerming i alminnelig inntekt.

Det kan stilles spørsmål ved hvilken betydning skattyters rett til skjermingsfradrag har. Skjermingsfradraget går ut på at normalavkastningen skal skjermes for dobbelbeskatning. Utdelinger som overstiger skjermingsfradraget beskattes med 28 % på aksjonær/deltakers hånd. Betydningen av skjermingsfradraget er etter dette at utbytte/utdeling inntil skjermingsrenten, er skattefritt for aksjonær/deltaker. Det er dermed gunstig for aksjonær/deltaker å ta ut utbytte/utdeling opp til skjermingsrenten.

Skjermingsfradraget tidfestes etter samme regler som utbytte/utdeling (§ 14-2). Når det oppstår skattepliktig inntekt for aksjonær/deltaker, vil aksjonær/deltaker ha rett til fradrag for normalavkastningen. Vedtakelsestidspunktet og faktisk utdeling er hovedregelen for overføring av utbytte og utdeling (se kap 3.4).

I denne forbindelse er det naturlig å se nærmere på hva som ligger i retten til skjermingsfradrag, både hvilke vilkår som må være oppfylt, beregningen av fradraget og til slutt retten til fremføring av ubenyttet skjerming.

3.8.1 Vilkår

Det kan stilles spørsmål om hvilke vilkår som må være oppfylt for at skattyter har rett på skjermingsfradrag. For det første er det personlig skattyter med alminnelig skatteplikt til Norge som har rett på fradrag for skjerming etter sktl §§ 10-12 og 10-42. Personlig skattyter er som hovedregel en fysisk person, og i denne sammenheng begrenset til personlig aksjonær og deltaker. Skjermingsfradraget tilordnes den som er eier av aksjene/andelene per. 31.12, jfr. §§ 10-11 andre ledd if. og 10-42 åttende ledd. Hvor det har skjedd ett eierskifte, er det eier ved årets utgang som tilordnes skjermingen for hele året, også hvor skjermingen stammer fra utbytte tidligere eier har mottatt. Dette innebærer at selger ikke får fradrag for skjerming det år han selger sine aksjer. Alminnelig skatteplikt til Norge vil si den som er bosatt i Norge på det tidspunktet skattyter fikk en ubetinget rett på utbyttet/utdelingen, jfr. § 2-1. For det andre forutsettes det at skattyter har skattepliktig inntekt (i form av utbytte/utdeling). Aksjonær/deltaker som ikke har skattepliktig inntekt fra selskapet, vil heller ikke ha rett på et skjermingsfradrag. Skjermingsfradrag er ikke aktuelt for utdelinger til selskapsaksjonær/deltaker da slike utdelinger er skattefritt. Så langt er vilkårene i §§ 10-12 og 10-42 sammenfallende, men § 10-12 stiller et ekstra krav til at utbytte må være lovlig utdelt fra selskapet, dvs. at de selskapsrettslige materielle og formelle reglene er fulgt. Hvor de selskapsrettslige reglene ikke er fulgt, vil det etter en vesentlighetsvurdering avgjøres om bruddet anses som et brudd på lovlighetskravet, og dermed om aksjonær har rett på skjermingsfradrag i sin inntekt. Utdelinger fra et ansvarlig selskap til deltaker forutsetter ikke at utdelingen er lovlig etter selskapsloven for at man får rett til skjermingsfradrag.

3.8.2 Beregning av skjermingsfradraget

I et aksjeselskap beregnes skjermingsfradraget etter regelen i § 10-12 annet ledd. Fradraget beregnes for den enkelte aksje, og settes til aksjens skjermingsgrunnlag multiplisert med en skjermingsrente. Skjermingsrenten for inntektsåret 2007 er satt til 3,3 %.³⁴ Dette er en relativt stor økning i forhold til 2006 hvor renten var på 2,1 %. En økning av denne har betydning for hvor mye som på aksjonærens/deltakers hånd kan tas ut uten å rammes av dobbeltbeskatning. Skjermingsrenten er lik i ansvarlige selskap og aksjeselskap.

For aksjer ervervet etter 1. januar 2006 settes skjermingsgrunnlaget til aksjens inngangsverdi tillagt aksjens ubenyttede skjermingsfradrag fra tidligere år. Inngangsverdien settes til det skattyter har betalt for aksjen tillagt eventuelle anskaffelseskostnader og kostnader til mekler o.l., jfr. § 10-32 annet ledd. Ved erverv ved arv eller gave gjelder som hovedregel et kontinuitetsprinsipp. I utgangspunktet trer arving eller gavemottaker inn i arvelaters eller givers inngangsverdi, skjermingsgrunnlag, ubenyttet skjermingsfradrag og øvrige skatteposisjoner knyttet til aksjen. For aksjer ervervet før 1. januar 2006 gjelder en rekke overgangsregler om fastsettelse av aksjens skjermingsgrunnlag og inngangsverdi. Disse vil ikke bli behandlet her.

At skjermingen beregnes for hver enkelt aksje, innebærer at fradraget ikke kan overføres til andre aksjer i samme selskap, heller ikke til andre aksjer innen samme aksjeklasse i samme selskap.³⁵ Dette gjelder også ved fremføring av ubenyttet skjermingsfradrag.

Skjermingsgrunnlaget i et ansvarlig selskap settes til summen av netto kostpris for selskapsandelen, anskaffelseskostnader og deltakerens innskudd i selskapet, tillagt ubenyttet skjerming for tidligere år, jfr. sktl § 10-42 sjette ledd. Innskuddet settes til gjennomsnittlig innskudd i året, målt kvartalsvis. Dersom selskapet har skattemessig underskudd etter § 10-41, kommer dette til fradrag på skattyters hånd. Dette fører til at skjermingsgrunnlaget må reduseres med deltakerens underskuddsandel, multiplisert med

³⁴ Skatteetatens nettsider:

<http://www.skatteetaten.no/Templates/TabellerOgSatser.aspx?id=62434&epslanguage=NO>

³⁵ Zimmer s.329.

deltakerens skattesats på alminnelig inntekt. § 10-42 femte ledd setter skjermingsfradraget til skjermingsgrunnlaget multiplisert med skjermingsrenten som fastsettes av departementet i forskrift til gjennomsnittlig rente i løpet av året, jfr. Fsfin § 10-12-1.

Departementet kan i forskrift gi rett til overføring av ubenyttet skjerming mellom virksomheter i ulike deltakerlignede selskaper med høy grad av økonomisk og innholdsmessig nærhet. Dette er gjort i Fsin. §10-42-3. Sentrale momenter i vurderingen av om høy grad av økonomisk og innholdsmessig nærhet foreligger, er om det er nyttet felles anlegg, driftsmidler, personale, regnskap og finansiering. Det skal også tas hensyn til om selskapene kompletterer hverandre når det gjelder å gi tilbud på varer og tjenester som hører sammen. Videre gjelder denne adgangen for selskap som driver virksomhet innenfor nærmere bestemte områder. For aksjeselskap er ikke lignende adgang til overføring mellom næringer gitt. Der er det en absolutt begrensning at ubenyttet skjerming kun kan komme til fradrag i senere års utbytte på samme aksje.

3.8.3 Fremføringsretten

Utgangspunktet er at skjermingsfradraget kommer til fradrag samme år som utbytte/utdeling utbetales. Fradraget kan ikke overstige årets utbytte/utdeling, men skattyter har fortsatt retten til fradraget i behold. Dersom skjermingen overstiger utbyttet/utdelingen, kan ubenyttet skjerming fremføres til fradrag i senere års inntekt.

Det kan stilles spørsmål ved hva som ligger i skattyters rett til fremføring av ubenyttet skjerming.

For aksjonær forutsetter fremføringsretten at fradrag skjer i senere års utbytte på samme aksje. Det ligger ikke noen begrensning til hvor langt frem i tid fremføringsretten består, så sant aksjen fortsatt eksisterer. Deltaker i ansvarlig selskap har fremføringsrett for ubenyttet skjerming i senere års inntekt fra samme selskap eller i gevinst ved realisasjon av andelen. Ubenyttet skjerming kan også fremføres til fradrag i annet deltakerlignet selskaps inntekt, forutsatt høy grad av økonomisk og innholdsmessig nærhet.

Det kan stilles spørsmål ved når fremføringsretten faller bort. Dette skjer ved realisasjon, eller når virksomheten opphører. Hvor skattyter realiserer sine andeler/aksjer, vil ubenyttet skjermingsfradrag komme til fradrag i den skattepliktige gevinsten. Om realisasjon derimot resulterer i et tap for aksjonær/deltaker, vil ubenyttet skjermingsfradrag bortfalle helt. At fremføringsretten burde falle bort ved realisasjon begrunnes av departementet for å hindre tilpasninger i form av årsskiftehandler mv.³⁶ Også Uttaksutvalget anser det som problematisk å åpne for fremføring av ubenyttet skjerming etter realisasjon av ansvarlig selskap, og foreslår like regler som i aksjonærmodellen.³⁷

³⁶ NOU 2005:2 s.57.

³⁷ NOU 2005:2 s.30.

4 Grensen mot andre rettsforhold

Utdelinger etter sktl §§ 10-11 og 10-42 må avgrenses mot andre former for overføring av verdier mellom selskap og skattyter. Relevante alternativer til utbytte/utdeling er utbetaling i form av lønn, arbeidsgodtgjørelse, pensjon, lån og tilbakebetaling av innbetalt kapital. Det kan stilles spørsmål til hva overføringen anses som, og hvor grensen mot å anses som utbytte/utdelinger går. Klassifiseringen av overføringen får konsekvenser for den skattemessige behandlingen.

4.1 Lønn, arbeidsgodtgjørelse og pensjon

Spørsmålet er hvilke momenter som er avgjørende for at utdeling fra selskap anses som lønn, arbeidsgodtgjørelse eller pensjon, og ikke som utbytte/utdeling. Problemstillingen er relevant hvor aksjonær/deltaker har ytet en arbeidsinnsats i selskapet.

Lønn beskattes som alminnelig inntekt etter § 5-10, og inngår i beregning av personinntekt etter sktl § 12-2 a. Arbeidsinntekt beskattes etter dette med 28 %, men rammes i tillegg av trygdeavgift og eventuelt toppskatt, samt arbeidsgiveravgift. At man opparbeider seg pensjonspoeng og trygderettigheter bør tas i betraktning ved vurderingen av hva som er mest fordelaktig for skattyter. Arbeidsgiveravgiften reduserer det som kan deles ut av verdier i selskapet da selskapet må holde tilbake tilstrekkelig midler til å betale denne. Arbeidsinntektene gir skattyter rett til et minstefradrag som reduserer beregningsgrunnlaget for skatten. På selskapets side er lønn fradragsberettiget som lønnskostnad. Selskapet får ikke fradrag for utdeling av utbytte.

Det vil opp til et visst nivå lønne seg å ta ut verdier i form av lønn hvor aksjonæren har mulighet til det, dvs. hvor han er ansatt i selskapet. Uttak i form av lønn vil være lønnsomt så lenge skattesatsen for arbeidsinntekten er lavere enn skattesatsen for utbytte. Samtidig

må man huske på at arbeidsinntekt utløser arbeidsgiveravgift på selskapets side, men også gir skattyter pensjonspoeng og trygderettigheter. Opparbeidelse av pensjonspoeng avtar sterkt ved lønn over 6 G og bortfaller ved lønn over 12 G.³⁸ Per. 1.5.07 tilsvarer 1 G 66.812 kr.³⁹ Etter dette vil lønnsomheten i form av pensjonspoeng avta ved 400.872 kr. Innslagspunktet for toppskatt er 420.000 (9 %) kr og 682.500 kr (12 %).⁴⁰ Marginalskattesatsen ved uttak av lønn er 47,8 %. I tillegg må man ta hensyn til arbeidsgiveravgiften (14,1 %). Ett avgjørende skille går etter dette ved 420.000 kr. Inntekt over 420.000 kr vil være mest lønnsomt å ta ut i form av utbytte da skattesatsen for arbeidsinntekter blir høyere enn utbytteskatten.

Det kommer frem av forarbeidene til deltakermodellen at deltakerne kan ta ut godtgjørelse langt på vei tilsvarende aksjonær i et aksjeselskap kan ta ut lønn. Størrelsen på godtgjørelsen kan fastsettes i selskapsavtalen. Hvor dette ikke gjøres, vil godtgjørelsen fastsettes etter en skjønnsmessig vurdering, jfr. sktl § 13-1. Sentrale momenter i vurderingen er arbeidets art og omfang. Godtgjørelsen regnes ikke som lønn, men som næringsinntekt og inngår i personinntekt for deltakeren etter § 12-2 f. At arbeidsgodtgjørelsen behandles som personinntekt er gjort av hensyn til likhetsbetraktninger mellom selvstendig næringsdrivende og andre næringsdrivende i forhold til regler om arbeidsgiveravgift, trygdeavgiftssats og rettigheter etter folketryktdloven.⁴¹ Arbeidsgodtgjørelsen inngår i beregningen av toppskatt og trygdeavgift som beregnes med høy sats (11 %).⁴² I forhold til selskapet anses godtgjørelsen å være en driftskostnad, og den rammes ikke av arbeidsgiveravgift.⁴³ Marginalskattesatsen for arbeidsgodtgjørelse er 51 %. Inntekt som rammes av skattesats over marginalskattesatsen

³⁸ NOU 2004:1 kap 1.2.

³⁹ nav.no

⁴⁰ F.o.m. inntektsåret 2008.

⁴¹ NOU 2005:2 s.48-49.

⁴² F.o.m. inntektsåret 2008.

⁴³ Lignings-ABC s.789.

for utdelinger, vil være mest lønnsom å ta ut i form av utdeling, dvs. at den del av inntekten som overstiger 682.500 kr skattemessig er mest lønnsom å ta ut som utdeling etter § 10-42.

Skattyter kan foreta tilpasninger både ved å ta ut for lav og for høy godtgjørelse i forhold til markedsverdien pga de progressive skattesatsene som avgjør hva som er lønnsomt i forhold til utdelingsskatten på 48,16 %. Ved for lavt uttak av arbeidsgodtgjørelse med en forholdsmessig større utdeling, vil en del eller hele utdelingen omklassifiseres til arbeidsgodtgjørelse slik at denne tilsvarer markedsmessig godtgjørelse for arbeidet. For lavt uttak i forhold til normal godtgjørelse er aktuelt når marginalsattesatsen for arbeidsgodtgjørelsen overstiger marginalsattesatsen for utdelinger etter § 10-42. Dette er tilfelle for inntekter som rammes av toppskatt på 12 %, dvs. inntekt over 682.500 kr. Ved for høy arbeidsgodtgjørelse i forhold til markedsverdi, vil det overskytende omklassifiseres og beskattes som utdeling. Som ved uttak av lønn, vil for høyt uttak av arbeidsgodtgjørelse være lønnsomt opp til et punkt hvor man har opparbeidet seg maksimale trygderettigheter (normalt ved 6 G), og hvor marginalsattesatsen for godtgjørelsen er lavere enn marginalsattesatsen for utdelinger. Dette gjelder inntekter opp til 420.000, som kun rammes av en beskatning på 39 % (28 + 11 %).

Skatteloven begrenser ikke hvilke pensjonsavtaler som kan inngås, men det er bare enkelte typer pensjonsavtaler som skattemessig behandles som pensjon. Dette omfatter pensjonsytelser fra folketrygden, obligatorisk tjenstepensjon, offentlige pensjoner, individuell pensjonsordning og pensjoner fra tidligere arbeidsgiver. Livrenter behandles ikke i skattemessig sammenheng som pensjon. Fremstillingen forutsetter at pensjonsutbetalingen er en driftspensjon fra selskapet, dvs. en avtafefestet utbetaling fra selskapet til ansatt/aksjonær/deltaker som følge av et tidligere ansettelsesforhold. Problemstillingen om utbetalingen anses som pensjon eller utbytte/utdeling gjør seg ikke gjeldende hvor utbetaling skjer fra folketrygden, og ikke selskapet.

Formålet er at en pensjon skal gi kompensasjon for bortfall av arbeidsinntekt. Pensjonsinntekt beregnes på bakgrunn av tidligere arbeidsinnsats og lønn/godtgjørelse, og er

skattepliktig inntekt for arbeidstaker etter sktl § 5-1. Inntekten inngår i beregningen av personinntekt og er gjenstand for beregning av toppskatt og trygdeavgift, jfr. § 12-2. Trygdeavgift beregnes med lav sats (3 %) etter ftrl § 23-3. Når det gjelder fradrag i inntekt er hovedregelen at den trygdede ikke får fradrag for kostnader til sikring av pensjoner, men det er gjort særlig unntak, jfr. §§ 6-45 og 6-47 og Fsfin § 6-45-2. Marginalskattesatsen på pensjonsinntekter er 43 % (28+3+12 %). I tillegg må selskapet betale arbeidsgiveravgift på pensjon som ikke er pensjon etter folketrygdloven. Pensjonsutbetalinger er fradragsberettiget for selskapet ved utbetaling. På bakgrunn av marginalskattesatsen vil det være mest lønnsomt for skattyter med utbetaling i form av pensjon, og ikke som utbytte/utdeling. Pensjonsinntekter gir ikke grunnlag for videre opparbeidelse av trygderettigheter, og rammes ikke av toppskatt. Dermed vil lønnsomheten ikke avta ved ett bestemt innslagspunkt, slik som ved lønn/arbeidsgodtgjørelse.

Om utbetalingen beskattes som arbeidsinntekt/godtgjørelse/pensjon eller utbytte/utdeling blir avgjort etter en konkret helhetsvurdering. Utgangspunktet for vurderingen av om overføringen anses som lønn/arbeidsgodtgjørelse eller utbytte/utdeling, er de *faktiske forholdene*, dvs. realiteten av overføringen. Dette momentet kommer inn for å fange opp de tilfeller hvor utbetalingene kamufleres som noe annet enn hva de i realiteten er, og skattyter slipper derfor unna med en lavere skatt. I dom inntatt i Utv. 1991 s. 69 var spørsmålet hvorvidt utbetalt utbytte kunne omklassifiseres til lønnsinntekt etter dagjeldende sktl. § 54 første ledd. Bestemmelsen tilsvarende skatteloven av 1999 § 13-1. Retten uttaler her at det er et gjennomgående prinsipp at beløpet klassifiseres etter de faktiske realiteter. At de faktiske forhold legges til grunn vil si at selskapets/skattyters fremstilling ikke legges til grunn for vurderingen, men hvordan overføringen objektivt sett fremstår som er det relevante.

Et moment i vurderingen er i hvilken *egenskap* skattyter mottar betalingen. Hvor utbetaling skjer til skattyter i egenskap av å være ansatt i aksjeselskapet, vil det være naturlig at den som hovedregel er å anse som lønn. Deltakers godtgjørelse for arbeid i ansvarlig selskap beskattes som næringsinntekt. Selskapslovgivningen stiller ikke nærmere krav til arbeidsinnsatsen og enhver innsats omfattes, uavhengig av art eller omfang. Det kan stilles

spørsmål ved om det er et krav til at det faktisk ytes en arbeidsinnsats, eller om det er tilstrekkelig at det foreligger et ansettelsesforhold på papiret. Etter sktl § 5-10 jfr. 5-1 er det ”fordel vunnet ved arbeid” om er gjenstand for beskatning, og i dette ligger et krav til arbeidsinnsats. Det er ikke tilstrekkelig at det rent formelt foreligger et ansettelsesforhold. Det kan imidlertid være vanskelig å motbevise skattyters påstand om at han har utført arbeid i selskapet. I praksis vil utbetalingen som hovedregel anses som arbeidsinntekt og beskattes deretter. I hvilken egenskap skattyter mottar utbetalingen er imidlertid ikke av avgjørende betydning, men må ses i sammenheng med øvrige momenter. Deltaker i ansvarlig selskap kan ikke være ansatt i eget selskap. Godtgjørelsen beregnes ut i fra den arbeidsinnsats han har ytet.

Utbetalingen vurderes opp mot hva som er *normal lønn/godtgjørelse for tilsvarende arbeid*.⁴⁴ Utbetalinger for arbeidsinnsats som samsvarer med normal godtgjørelse for tilsvarende arbeid ellers i markedet, vil i utgangspunktet anses som lønn/arbeidsgodtgjørelse. Hvor utbetalingen ikke svarer til markedsverdien av arbeidet, vil det være et moment mot at overføringen anses som utbetaling av lønn. Overføringen beskattes da helt/delvis som utbytte/utdeling etter §§ 10-11 eller 10-42. Problemstillingen er særlig relevant hvor skattyter er aksjonær og ansatt i eget selskap. Hvor skattyter arbeider i en lavere stilling i selskapet, for eksempel som maskinist, og samtidig er eier av noen aksjer i rederiet, bør han få normale lønnsutbetalinger mens det overskytende beskattes som utbytte. Dette er ikke sjeldent tilfelle. Skattyter opptrer hovedsakelig som ansatt i selskapet, og bør kunne ta ut en rimelig lønn uten å rammes av utbytte- eller utdelingsskatt. Det er hvor skattyter innehar en høyere stilling i selskapet, for eksempel som daglig leder ved siden av å være aksjonær at problemet oppstår. Her er det ikke like lett å avgjøre i hvilken egenskap skattyter mottar utbetalingen.

⁴⁴ Zimmer, s.317.

Hvor skattyter får utbetalt en høyere inntekt enn normalt for arbeidet, vil det overskytende omklassifiseres til utbytte og beskattes etter § 10-11. Hvor man tar ut for lite lønn i forhold til normal avlønning, men forholdsmessig mer som utbytte, vil en del eller hele utbytte anses som lønn. Dette er også fastslått i rettspraksis, jfr. lagmannsrettsdom referert i Utv. 1991 s.69 hvor det ble lagt avgjørende vekt på om den faktiske arbeidsinnsatsen svarte til den lønn som ble utbetalt. Lønn/godtgjørelse til markedsverdi beskattes som arbeidsinntekt eller personinntekt, og ikke som utbytte/utdeling.

Hvordan vil overføringen beskattes når godtgjørelsen overstiger det som er fastsatt i selskapsavtalen? Det må da foretas en vurdering av hva det overskytende anses og beskattes som. For eksempel kan dette være ren utdeling etter § 10-42, renter etter § 2-25 andre ledd eller arbeidsgodtgjørelse etter § 2-26. Etter § 2-26 er det adgang til å skjevdele overskuddet mellom deltakerne hvor dette bunner ut i ulik arbeidsinnsats. Utdeling av overskudd til selskapets deltakere forutsetter at det er foretatt avsetninger til arbeidsgodtgjørelse deltakerne har ytt. Som for utbytte stilles det krav til at deltakerne tar ut en markedsmessig godtgjørelse for arbeidsinnsatsen. Deltaker som ikke tar ut markedsmessig godtgjørelse for arbeidet kan etter § 13-1 få fastsatt godtgjørelsen skjønnsmessig. Videre kan omklassifisering være aktuelt, slik at en ikke reell arbeidsgodtgjørelse anses som utdeling og beskattes etter § 10-42.

Det som her har vært gjennomgått gjelder hvor skattyter av hensyn til skattereglene foretar tilpasninger som kan vise seg å bli gjenstand for gjennomskjæring. Et annet spørsmål som oppstår er om aksjonær/deltaker må ta ut en rimelig arbeidsinntekt/godtgjørelse hvor han er ansatt i selskapet. I utgangspunktet må den ansatte ta ut en markedsmessig lønn i forhold til arbeidet han har utført, og først utbetalinger fra selskapet som overstiger dette beskattes som utbytte. Uttak av lønn som ikke svarer til normal godtgjørelse kan rettferdiggjøres, for eksempel hvor selskapet er nyetablert og befinner seg i en innkjøringsfase. Fortsatt drift av selskapet kan da være avhengig av at eierne, som også er ansatt i selskapet, yter en arbeidsinnsats uten å ta ut lønn. Særlig kan dette være avgjørende for små aksjeselskap med få aksjonærer og lite aksjekapital utover minimumskravet, og selskapet ikke i særlig grad

har innvunnet noen fortjeneste. Lønnsutbetalinger vil da kunne føre til en reduksjon av egenkapitalen til under minimumskravet og forhindre fortsatt drift, selv om aksjeselskapet vil være levedyktig etter noe tid.

Videre er det et moment om utbetalingen *oppfyller karakteristikene som kjennetegner en pensjonsutbetaling*. For det første kjennetegnes en pensjonsutbetaling ved at det er en løpende ytelse. Om ytelsen er begrenset til noens levetid, taler for at utbetalingen anses som pensjon. Hvis terminbetalingene er begrenset til en på forhånd bestemt totalsum taler dette for at en står ovenfor utbytte/utdeling. Ett annet moment er om beslutning om utdeling skjer hvert år. At utdelingen er betinget av årlige beslutninger vil si at en ikke lenger står ovenfor en løpende ytelse, og heller ikke en utbetaling av pensjon. Det naturlige er at fordelene beskattes som utbytte/utdeling. Se imidlertid dom inntatt i Utv.1982 s.132 hvor retten kom til at utbetaling fra selskap for overføring av aksjer var å anse som pensjon til tross for at pensjonsutbetalingene ikke var fastsatt. Verdien av en overført forretning vil vise seg i det inntekspotensialet som foreligger, og først kunne konstateres etter noen tids drift. Dette var et særegent forhold, og er i tillegg en underrettsdom, noe som gjør at rettskildeverdien i utgangspunktet ikke er særlig høy.

For det andre beregnes pensjon på bakgrunn av en tidligere arbeidsinnsats, og det vil være et moment for at utbetalingen anses som pensjon om ytelsen står i et rimelig forhold til tidligere arbeidsinnsats og lønn/godtgjørelse. Hvor utbetalingen er urimelig høy i forhold til dette, anses differansen som utbytte/utdeling. Til forskjell fra utbetaling i form av lønn og arbeidsgodtgjørelse, vil det for pensjonsinntekter ikke være et problem med skattemessige tilpasninger i form av for lave uttak av pensjon og forholdsvis mer i utbytte/utdeling av overskudd. Det er mest lønnsomt for skattyter å klassifisere utbetalingen som pensjonsinntekt da denne rammes av en lavere marginalsattesats.

Vurderingen tar utgangspunkt i overføringens faktiske realiteter. Konklusjonen blir at en utbetaling til skattyter i egenskap av å være ansatt eller på bakgrunn av arbeidsinnsats og som tilsvarer normal lønn/godtgjørelse for arbeidet beskattes som lønn/arbeidsgodtgjørelse,

og ikke som utbytte/utdeling. Utbetaling som anses som en løpende ytelse og som står i et rimelig forhold til tidligere arbeidsinnsats og lønn/godtgjørelse anses som pensjonsutbetaling, og ikke utbytte/utdeling.

4.2 Lån

Et praktisk viktig skille er skillet mellom utbytte/utdeling og lån. Dette kan være lån fra selskap til aksjonær/deltaker, eller motsatt fra aksjonær/deltaker til selskapet. I sistnevnte tilfelle vil utbetalingene skje i form av renteinntekter.

4.2.1 Lån fra selskap til aksjonær/deltaker

Overføring som lån fra selskap til aksjonær/deltaker kan omklassifiseres og beskattes som utbytte, utdeling, lønn eller arbeidsgodtgjørelse. Hva overføringen i realiteten anses som, avhenger av om den skjer til skattyter i egenkap av å være aksjonær/deltaker eller ansatt i selskapet. Klassifiseringen av overføringen beror på en helhetsvurdering. Spørsmålet er hvilke krav som må oppfylles for at overføringen anses som lån.

Ett moment i vurderingen av om utbetalingen er et lån eller utbytte/utdeling, er hvilken betegnelse partene har satt på forholdet. Det taler mot å tillegge dette momentet særlig betydning da man ved å klassifisere utbetalingen som noe annet enn den i virkeligheten er, kan unngå beskatning.

Et viktig moment i vurderingen er det faktiske mellomværendet mellom partene. Det avgjørende er om det reelle innholdet har flest likheter med egenkapital eller lån.

Momenter som taler for at utdelingen er et lån, er at det er inngått en låneavtale, avtalt renter, tilbakebetalingsordning, forfallsdato, prioritet og låntakers personlige ansvar for lånet. Hvor dette ikke er gjort, er det en sterk indikasjon på at man ikke står ovenfor et reelt lån.

Ett viktig moment i vurderingen av lånets realitet er om lånet kan etterspores, dvs. om det er inngått en *skriftlig låneavtale eller foreligger annen dokumentasjon* på inngåelse av lånet. At lånet kan etterspores er en indikasjon på at lånet er reelt. Det kan imidlertid diskuteres hva som godtas som annen skriftlig dokumentasjon. For eksempel er det ikke tilstrekkelig at det sendes melding fra revisor til ligningsmyndighetene om inngåelse av lån, uten at det ellers gis tilstrekkelig opplysninger som sannsynliggjør at lånet er reelt. Slik melding er en naturlig oppfølging av at fordringen føres i selskapets regnskap og klassifiseres som et lån til aksjonær i næringsoppgaven. På bakgrunn av selskapets betegnelse og føring av utbetalingen., vil utbetalingen fremstå som et lån for revisor. Hvor man ikke også har andre holdepunkter for at utbetalingen er et lån, vil slik melding ikke være nok til at ligningsmyndighetene godtar utbetalingen som ett lån. Dette kom frem i dom fra Gulating lagmannsrett 10. jan. 2008. Kravet til skriftlighet er særlig viktig hvor aksjonær, styremedlem og daglig leder er nærstående, og en av de nærstående er enestyre og daglig leder. Dette fremkommer av en rekke dommer, bla.

dom av 10. jan 2008 (Gulating) og Rt. 1998 s.383 (Høyesterett). Det er av betydning om låneavtale eller skriftlig dokumentasjon forelå før ligningsmyndighetene tar opp spørsmålet om grunnlaget for uttaket, se dom av 14. nov. 2007 (Hålogaland). Hvor dette ikke er tilfelle antas det at utbetalingen reelt sett er utbytte/utdeling.

Et viktig moment i vurderingen er om det er avtalt en *tilbakebetalingsordning* mellom partene. Det taler for at lånet er reelt at låntaker har en plikt til å betale tilbake det mottatte. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om alle tilbakebetalingsordninger skal godtas. En grense går hvor tilbakebetaling skjer etter markedsvilkår. En vesentlig gunstigere tilbakebetalingsordning enn markedsvilkårene tilsier, taler for at utbetalingen ikke er et lån. Videre må det fastslås om tilbakebetalingsplikten er reell. Det må rent faktisk foreligge en plikt for aksjonær/deltaker til å tilbakebetale lånet for at overføringen anses som et lån. Et moment mot at det foreligger en reell tilbakebetalingsplikt, er at tilbakebetaling ikke skjer før ligningsmyndighetene av eget tiltak tok opp saken. Det er et bevisspørsmål om tilbakebetalingsplikt foreligger, og bevisbyrden påligger aksjonær/deltaker. Utbetalingen anses ikke som et lån hvor tilbakebetalingsplikt ikke kan påvises.

Et annet moment er om det er avtalt en plikt til å betale markedsmessig *rente*. En vesentlig lavere rente tilsier at lånet anses som utbytte/utdeling. Renten er da av mer symbolsk karakter. Samtidig har man anledning til å avtale rimelige lån til sine ansatte i form av lavere rente. Hvor lånet anses som et reelt lån til sine ansatte, vil den skattemessige behandlingen av renteinntekten avhenge av i hvilken egenskap lånet er gitt, om dette er i egenskap av å være ansatt eller aksjonær/deltaker. Fordelsbeskatning rammer kun rimelige lån i arbeidsforhold. Momenter for at lånet anses som rimelig lån i arbeidsforhold er om lånet er yttet av nåværende eller tidligere arbeidsgiver eller andre som likestilles med arbeidsgiver. Videre at arbeidsgiver har formidlet lånet eller lånet er foranlediget av arbeidsforholdet. Rimelige lån vil si at avtalt rente er lavere enn en normrentesats som fastsettes av Finansdepartementet på en to måneders-basis.⁴⁵ Fordelen settes til differansen mellom et beregnet rentebeløp på grunnlag av normrenten og det faktiske rentebeløp skattyter skal betale etter avtalen, jfr. § 5-12 fjerde ledd. Et unntak gjelder hvor lånet ikke overstiger 3/5 av grunnbeløpet i folketrygden når det blir gitt og tilbakebetalingstiden er høyst ett år. Det er uten betydning om skattyteren kunne fått like rimelige lån utenfor arbeidsforhold. Fordel ved rimelige lån beskattes ikke dersom arbeidsgiver yter lån på samme vilkår utenfor arbeidsforhold, og låntaker ville ha fått det samme lånet uten å være ansatt. Hvor aksjonær/deltaker kan påvise at lånet er ytt han som aksjonær/deltaker og ikke som ansatt, rammes ikke utbetalingen av fordelsbeskatning. Hvor skattyter ikke er i noe arbeidsforhold, er det et viktig moment for at lånet ikke er reelt at det er avtalt lavere rente. Videre kan det oppstå spørsmål om hvordan en overføring, som betegnes som et rimelig lån til en ansatt, skattemessig skal behandles dersom overføringen etter en vurdering ikke anses å være et reelt lån. Det må da vurderes om utbetalingen skal beskattes som lønn/arbeidsgodtgjørelse eller utbytte/utdeling. Vurderingen vil da bli den samme som i kap 4.1, hvor det avgjørende er om aksjonær/deltaker har yttet en arbeidsinnsats, og om utbetalingen svarer til markedsmessig avlønning for tilsvarende arbeid.

⁴⁵ Fsfm §§ 5-12-1 til 5-12-5.

Et moment kan også være om utbetalingen er skjedd i en samlet sum eller om lånebeløpet stadig er økt over en periode. Et lån kjennetegnes av at det utbetales i en engangssum, og det er et moment mot å anse utbetalingen som et lån hvor utbetaling skjer gjennom mange enkeltuttak. Dette legger retten vekt på i dom fra 10. jan. 2008 (Gulating).

Finansdepartementet har i en uttalelse inntatt i Utv. 1997 s 895 forsøkt å dra opp grensen mellom lån og utbytte (samme vurdering gjelder uteling fra ansvarlig selskap).

Problemstillingen gjaldt den skattemessige behandlingen av lån fra et morselskap som er eneeier eller dominerende eier, til et datterselskap. Departementet uttaler at:

”lån kjennetegnes blant annet ved at det er inngått avtale om renter, tilbakebetalingsplan, tidspunkt for forfall og prioritet i forhold til annen gjeld. Kjennetegn ved egenkapital er at det er overskuddsavhengig avkastning, at den kan anvendes til dekning av løpende tap og at det er særskilte regler for tilbakebetaling. Ved insolvens vil kreditor få dekning før investor. Generelt vil egenkapital være mer risikoeksponert enn lånekapital. Motstykket til dette er at den som har ytet egenkapital normalt har større innflytelse over selskapet enn hva långiver har”.

Grensen for hva som aksepteres for at transaksjonen anses som et lån, bør settes hvor låneavtalen kunne vært inngått mellom andre parter enn aksjonær og selskap, dvs. uavhengige parter. Utv. 1997 s. 895 (FIN) som gjelder lån fra morselskap og datterselskap, er det gjort gjeldende at transaksjonen i prinsippet må vurderes uten hensyn til interessefellesskapet mellom mor- og datterselskapet, datterselskapets finansielle stilling og det faktum at rentefrie lån normalt ikke etableres mellom uavhengige parter i et fritt marked.

Hva blir de skattemessige konsekvensene av at et lån ettergis? Dette betyr at det ikke lenger foreligger noen tilbakebetalingsplikt, som er et av hovedmomentene for at utbetalingen skal anses som et lån. Hva ettergivelsen anses som avgjøres på bakgrunn av om aksjonær/deltaker er i et arbeidsforhold eller ikke. Hvor låntaker ikke er ansatt i selskapet,

beskattes ettergivelsen som utdeling eller utbytte. Det kan foreligge forhold som tilsier at ettergivelsen allikevel ikke kommer inn under §§ 10-11 eller 10-42, for eksempel hvor lånet ettergis på bakgrunn av at låntaker har dårlig likviditet eller er insolvent. Låntaker vil da uansett ikke vil kunne oppfylle tilbakebetalingsplikten, og det kan ikke sies å være noen fordel å bli fritatt fra tilbakebetalingsplikten. Det må da foreligge reelle betalingsproblemer. Det forutsettes at ettergivelse ville blitt gitt av en uavhengig kreditor, og ikke har sammenheng med arbeidsforholdet.⁴⁶ Hvor låntaker er ansatt i selskapet og lånet til ham ettergis av selskapet, vil det være strenge krav til dokumentasjon for at utbetalingen ikke beskattes som lønn.

Det er i asl § 8-7 begrensninger i hva som kan ytes som lån fra selskapet til aksjonæren. Bestemmelsen i aksjeloven er ikke fastsatt på bakgrunn av skattemessige hensyn, men skal ta vare på hensynet til kreditorer og medaksjonærer.⁴⁷ Begrensninger i hva som kan ytes som lån fra selskap til deltaker står i sel § 3-17. Et selskapsrettslig ugyldig lån kan skatterettslig klassifiseres som utbytte ved at utbyttedefinisjonen i § 10-11 annet ledd er oppfylt. Utbyttet gir ikke aksjonæren rett på skjermingsfradrag da utbyttet ikke er lovlig etter de selskapsrettslige reglene. Overføring fra selskap til deltaker beskattes som utdeling med rett til skjermingsfradrag.

Konklusjonen blir at en utdeling godkjennes som lån om de formelle forhold for å anses som et lån er oppfylt. Sentrale momenter er om det lånet kan dokumenteres, det er avtalt en tilbakebetalingsordning, renter og at avtalen er inngått på ellers gjeldende markedsvilkår.

4.2.2 Lån fra aksjonær/deltaker til selskap – renteinntekter

Spørsmålet er hvordan renteinntektene kommer til beskatning på aksjonær/deltakers hånd. Ekstrabeskatning etter sktl § 5-22 ble innført ved skattereformen 2004-2006. Skattemyndighetene hadde også før dette adgang til å korrigere en særlig høy rente etter

⁴⁶ Lignings-ABC s.707.

⁴⁷ Zimmer, s.314.

skatteloven § 13-1. Bevismessige hensyn talte imidlertid for en særlig regulering av dette da det kunne være vanskelig å påvise at en høy rente skyldes interessefellesskap mellom låntaker og långiver.⁴⁸ For å avhjelpe skattemessige tilpasningsproblemer er det i sktl § 5-22 bestemt at lånerente som overstiger skjermingsrenten ekstrabeskattes hvor aksjonær/deltaker er långiver. Skatteplikten kommer i tillegg til den alminnelige skatteplikten for renteinntekter etter § 5-20. Bestemmelsen får anvendelse på personlig skattyter, og gjelder både i forhold til aksjeselskap og ansvarlig selskap. Et unntak fra § 5-22 gjelder lån knyttet til mengdegjeldsbrev og innskudd i bank. Formålet med reglene er å hindre skattefri tapping av selskapet gjennom høye renter.⁴⁹

Renteinntekter gir i utgangspunktet selskapet rett på fradrag for renteutgiftene, mens aksjonær/deltaker må betale inntektsskatt. Renteinntekter som overstiger den risikofrie rente, beskattes etter samme modell som utbytte og utdelinger. Det er dermed ikke nødvendig å ta stilling til om lånet som ligger til grunn for utbetalingen er reelt. Renteinntektene er skattepliktig inntekt og fastsettes til de faktisk påløpte renter som reduseres med mottakers skattesats for alminnelig inntekt, 28 %, før det gjøres fradrag for skjerming etter reglene i § 10-12. Skjermingsfradraget settes lik lånesaldoen ved månedens begynnelse multiplisert med månedens skjermingsrentesats. Dette gir følgende oppstilling:

$$\begin{aligned} & \text{Faktisk påløpt rentebeløp} \\ & - (\text{Faktisk påløpt rentebeløp} * \text{skattesats for alminnelig inntekt}) \\ & - \text{Skjermingsfradrag (lånesaldo} * \text{skjermingsrente)} \\ & \underline{\underline{= \text{Renteinntekt som ekstrabeskattes etter § 5-22}}} \end{aligned}$$

Renteinntekter tidfestes etter hovedregelen i § 14-2 til realisasjonstidspunktet. Aksjonær/deltakers ubetingede rett oppstår på opptjeningstidspunktet, dvs. at utbetalingstidspunktet ikke har noe å si, verken om utbetaling skjer forskuddsvis eller

⁴⁸ NOU 2005:2 kap.9.1.1.

⁴⁹ NOU 2005:2 s.65.

etterskuddsvis.⁵⁰ Det er aksjonær/deltaker som eide fordringen på opptjeningstidspunktet som beskattes for renteinntekten. Dette gjelder uavhengig av om det er skjedd en overdragelse av fordringen. For å unngå avgrensningsspørsmål omfattes lån uavhengig av hvem som er långiver.⁵¹

Et moment for at utbetalingen fra selskapet anses som renteinntekter, er om utbetaling av hovedstol er skjedd. Hvor utbetaling av hovedstol ikke er skjedd, vil ikke utbetalinger til selskapets aksjonær/deltaker beskattes som renteinntekter. Dette var tilfelle i dom inntatt i Utv. 2007 s.542. Spørsmålet var om utbetalingen var å anse som utbytte, renter eller erstatningsutbetaling. Anførselen om utbetaling var renter på gjeld ble frafalt da det ikke var skjedd noen utbetaling av hovedstol på tidspunktet det ble foretatt utbetaling fra selskapet på grunn av forsinkelser ved etablering av lånet.

Den øvre grense for hva som kan bestemmes av rentesats uten å rammes av ekstrabeskatning tilsvarer skjermingsrenten, dvs. normalavkastningen. Skjermingen beregnes hver måned på bakgrunn av skjermingsrente fastsett av ligningsmyndighetene. Renten fastsettes forskuddsvis på to måneders-basis. Ved høy risiko kan det likevel være akseptert å avtale en høyere rente. Også forarbeidene åpner for at det kan være legitime grunner til at renten settes høyere.⁵² Et eksempel på dette er lån med prioritet bak annen gjeld i selskapet. Aksjonær løper da en risiko ved at det er en mulighet for ikke å få dekning for sitt krav da øvrige krav med høyere prioritet innfris først. Likevel er det ikke holdepunkter for at renteinntekter i slike tilfeller unntas ekstrabeskatning.

⁵⁰ Lignings-ABC s.868.

⁵¹ Ot.prp. nr.1 (2004-05) pkt.5.6.4.2.

⁵² St.meld.29 (2003-2004) s.85.

Rentene kan ettergis av aksjonær/deltaker. Det må skilles mellom opptjente og ikke opptjente renter. I førstnevnte tilfelle er rentene som ettergis i gavehensikt ikke av betydning for skatteplikten. Hvor skattyter ennå ikke har noe krav på rentene, vil en ettergivelse bety at det ikke påløper noen renter, og heller ingen skattepliktig inntekt.⁵³

Det gjelder et armlengdeprinsipp for hva som aksepteres avtalt mellom partene. Prinsippet går ut på at låneforholdet godtas så lenge tilsvarende avtale kunne vært inngått mellom uavhengige parter. Hvor man opererer på markedsnivå må aksjonæren inntektsføre renteinntekten på vanlig måte.

Konklusjonen er at beskatningen av renteinntekter avhenger av den avtale rente. Hvor det er avtalt høyere rente enn skjermingsrenten vil renteinntekt som overstiger skjermingsrenten ekstrabeskattes. Utbetalingen skattlegges da likt som utbytte/utdeling.

4.3 Tilbakebetaling av innbetalt kapital

Utbytte/utdelinger må avgrenses mot tilbakebetaling av innbetalt kapital. Spørsmålet er hvilke krav som må være oppfylt for at overføringen anses som tilbakebetaling av innbetalt kapital, og ikke som utbytte/utdeling. Det kan være vanskelig å trekke denne grensen, og det kan også være vanskelig å fastsette hva som er skattemessig innbetalt kapital. Det som gjør det interessant å se på grensen mellom utbytte/utdelinger og tilbakebetaling av innbetalt kapital, er at slik tilbakebetaling er den eneste måten en aksjonær/deltaker kan motta kapital fra selskapet på uten skatteplikt (unntatt for utbytte/utdeling innenfor skjermingsfradraget).

⁵³ Lignings-ABC s.864.

4.3.1 Skatteposisjonen innbetalt kapital

Tilbakebetaling av innbetalt kapital forutsetter at det tidligere er gjort innskudd i selskapet i form av aksjekapital eller selskapskapital. Skattyter bør kunne ta ut igjen den innbetalte kapitalen uten å rammes av beskatning da det ikke er skjedd noen opptjening av nye verdier. Skatteposisjonen innbetalt kapital er knyttet til den enkelte aksje/andel, og hvor det er ulik innbetalt kapital knyttet til disse vil utbetaling fordeles slik at en del av utbetalingen regnes som tilbakebetaling av kapital og en del som utbytte/utdeling. Hvor tilbakebetaling av kapital overstiger det deltakeren har skutt inn i selskapet, vil det overskytende beskattes som utbytte/utdeling fra selskapet, mens resten anses som skattefri tilbakebetaling. Den del som overstiger skattefri tilbakebetaling vil gi skattyter rett til skjermingsfradrag.

Innbetaling kan skje ved stiftelse av selskapet eller ved senere innskudd, i form av kontanter eller tingsinnskudd. Ved kapitalforhøyelse i et aksjeselskap med innbetaling av kapital, kan aksjonæren øke pålydende på aksjene, eller få utstedt nye aksjer. Verdien av innskudd som skytes inn selskapet vurderes til virkelig verdi på tidspunktet innskuddet skjer. Hvor innskuddet skjer i form av tingsinnskudd er det omsetningsverdien på innskuddstidspunktet som er avgjørende for fastsettelsen av verdien. Om verdien på utdelingstidspunktet ble lagt til grunn, ville skattyter i tilfelle verdiøkning få en skattefri inntekt som ikke stammer fra tidligere innskudd. Når det gjelder fastsettelsen av verdien av tingsinnskuddet ved konserninterne overføringer, er skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs i følge uttalelse fra Finansdepartementet av 28. februar 2008 begrenset til verdien innskuddet settes til i balansen, dvs. det selskapsrettslige innskuddsbeløpet.

Vilkåret om at det må være innbetalt kapital knyttet til andelene/aksjene vil si at aksjonær/deltaker må ha gjort innskudd i selskapet i form av aksjekapital eller selskapskapital. Det kan stilles spørsmål til hva som anses som aksjekapital og selskapskapital i selskapet.

4.3.1.1 Aksjekapital

I et aksjeselskap kan innbetalt kapital være postert som aksjekapital, overkursfond eller annen egenkapital i selskapet. Aksjekapitalen er aksjenes samlede pålydende, og er sammen med bl.a. overkursfond en del av den bundne egenkapitalen i selskapet. Innbetalt kapital kan overføres til annen egenkapital i selskapet. Dette gjøres ved at aksjekapitalen nedsettes. Ved utbetalinger vil man da stå ovenfor problemet med å identifisere hva som er tidligere innbetalt kapital og hva som er opptjent kapital i selskapet. Beviskravet påligger aksjonæren. Hvor aksjonær kan påvise at utbetalingen stammer fra tidligere innbetalt aksjekapital, vil dette være et moment for at utbetalingen anses som en skattefri overføring etter § 10-11 annet ledd.

Bunden egenkapital utover aksjekapital kan bestå av kapital postert som overkurs, dvs. at det som er innbetalt på aksjen overstiger aksjens pålydende. For aksjeselskap er tilbakebetaling av overkurs likestilt med tilbakebetaling av aksjekapital og kan deles ut skattefritt til aksjonærene. En forutsetning er at aksjelovens regler for kapitalnedsettelse følges. Videre må overkursen knytte seg til den enkelte aksje som aksjonæren eier. I uttalelse fra Finansdepartementet inntatt i Utv. 1995 s. 108 forutsettes det at ved tilbakebetaling av overkurs må den innbetalte overkursen kunne identifiseres i regnskapet. Denne forutsetningen er opprettholdt i senere uttalelser fra departementet, se Utv. 1997 s. 1080 og Utv. 1999 s. 994. Konsekvensene av tilbakebetaling av overkurs er at inngangsverdi og grunnlaget for skjermingsfradraget reduseres.

Når det gjelder fondsemissjon og tilskrivning på aksjer er spørsmålet om dette regnes som innbetalt kapital. En fondsemissjon vil si at det skjer en forhøyelse av kapitalen ved overføring fra overkursfondet eller fra fri egenkapital, uten at det skjer innskudd eller nytegning av aksjer, jfr. asl § 10-20 flg. Også ved tilskrivning på aksjer skjer det kun en overføring av kapital i selskapet. Etter sktl § 10-11 fjerde ledd er fondsaksjer og tilskrivning på aksjer ikke omfattet av unntaket om skattefri tilbakebetaling da det ikke er skjedd noen innbetaling.

Etter sktl § 10-37 andre ledd anses innløsning av enkeltaksje med tilsvarende nedskrivning av aksjekapitalen som realisasjon av aksjen, og er dermed ikke omfattet av utbyttebegrepet. Et unntak fra dette gjelder hvor innløsning av aksjer ikke medfører at eierbrøken endres.⁵⁴ Kravet her er at nedskrivning av aksjekapitalen skjer forholdsmessig likt for alle aksjonærene. Hvor tilbakebetaling skjer, vil utbetaling utover aksjekapital og overkurs beskattes etter reglene for utbytte. Hvor man ikke foretar noen utbetaling som følge av nedskrevet aksjekapital kan det være usikkert om skattefri tilbakebetaling kan skje på et senere tidspunkt. Dette var spørsmålet i Virik-dommen inntatt i Rt.1949 s.296. Flertallet anså lovens ordlyd som usikker, og det forsvarlige var da å følge den alminnelige regel om at tilbakebetaling av innbetalt kapital ikke anses som inntekt, men som tilbakebetalt kapital og unntas utbyttebeskatning. Denne løsningen forutsetter at aksjene fantes på nedskrivningstidspunktet.

Beviskravet for at det dreier seg om tidligere innbetalt aksjekapital påligger aksjonæren.⁵⁵ Å bevise at utbetalingen stammer fra tidligere innbetalt kapital er problematisk da det ikke er noe dokumentasjonskrav knyttet til skatteposisjonen innbetalt kapital. Det foreligger heller ingen notekrav som kunne vært til hjelp ved identifiseringen. Hvor det er skjedd en overdragelse av aksjene kan det være vanskelig hvor man må gå flere år tilbake i tid og det er skjedd en rekke overdragelser av aksjene. Særlig er identifisering av innbetalt kapital vanskelig i børsnoterte selskap hvor det ofte er hyppig omsetning av aksjene. Aksjonærene i børsnoterte selskap har ikke nødvendigvis noen andre relasjoner utover at de er eller har vært eier av aksjer i samme selskap. Å ha oversikt over hva som er innbetalt kapital på den enkelte aksje, av nåværende og tidligere eiere, vil da være svært vanskelig. I tillegg kan det ha skjedd en omklassifisering av den innbetalte kapitalen. Det gjør ikke situasjonen enklere at aksjonær har anledning til å opparbeide seg innbetalt kapital hvor denne er benyttet til dekning av underskudd. Dokumentasjonsproblemene gjør det vanskelig å

⁵⁴ Lignings-ABC s.11, og
Zimmer s,303.

⁵⁵ Lignings-ABC s.38 pkt.8.1.

kartlegge hva som er innbetalt kapital i selskapet. Hvor det ikke kan konstateres at en står ovenfor tilbakebetaling av innbetalt kapital, vil utbetalingen anses som utbytte.

4.3.1.2 Selskapskapital

Ansvarlig selskap har ikke like strenge krav til kapitalen i selskapet. Selskapskapitalen kan bestå av innskutt og opptjent kapital, men det er kun det innbetalte som er gjenstand for skattefri tilbakebetaling. Skattefri tilbakebetaling forutsetter at deltaker har innbetalt kapital igjen på sin konto. Skillet mellom opptjent og innbetalt kapital finnes i selskapets regnskap, men å identifisere disse kan volde problemer, bla. på grunn av manglende krav til registrering og dokumentasjon av innbetalt kapital. Hvor skattyter har innbetalt kapital knyttet til sine andeler, kan han ta ut dette skattefritt om han kan bevise at kapitalen stammer fra et tidligere innskudd. Utbetalinger som overstiger dette vil beskattes som utdeling av overskudd etter sktl § 10-42.

Uegentlige kapitalinnskudd likestilles med innbetalt kapital.⁵⁶ Dette er skatt som blir dekket av egne midler. Det uegentlige kapitalinnskuddet kan utbetales til deltakeren som tilbakebetaling av innbetalt kapital, og er ikke gjenstand for beskatning. Innskuddet har virkning for deltakerens skjermingsgrunnlag ved senere utdelinger. Det uegentlige innskuddet reduserer også eventuell skatteplikt ved senere realisasjon av andeler ved at det inngår i skjermingsgrunnlaget.

I utgangspunktet kan selskapet velge hva det vil karakterisere utbetalingen fra selskapet som, så sant denne fortsatt har innbetalt kapital igjen på sin konto. Om selskapet har ubestemt selskapskapital, er det opp til deltakerne hva utdelingen karakteriseres som, skattepliktig utdeling eller skattefri tilbakebetaling av kapital.

⁵⁶ Ot.prp. nr.92 (2004-2005) pkt 1.8.5.3.

Det kan stilles spørsmål ved om deltakere må være enige om hvordan utbetalingen skal behandles, eller om deltakerne uavhengig av hverandre kan velge om utbetalingen skal anses som utdeling av overskudd eller tilbakebetaling av kapital. § 10-42 inneholder ingen begrensninger i forhold til at det må være et flertall for hva overføringen av verdier anses som. Det kan være ulik innbetalt kapital på andelene i selskapet. Det bør da være opp til den enkelte hva utbetalingen skal anses som. Hvor det er skjedd tidligere utbetalinger som karakteriseres som tilbakebetaling kan også ha den konsekvens at det ikke er innbetalt kapital igjen på alle deltakernes konto. Dette bør ikke hindre øvrige deltakere i å ta ut sin innbetalte kapital. Valgfriheten i forhold til klassifiseringen av utbetalingen støttes av uttaksutvalget.⁵⁷

4.3.1.3 Innbetalt kapital kan være ulik regnskapsmessig kapital

Ved tilbakebetaling av innbetalt kapital er det viktig å være klar over hva som er innbetalt kapital knyttet til de enkelte aksjer/andeler. Et naturlig utgangspunkt ville være om skatterettslige og regnskapsrettslige størrelser er like og at man ved fastsettelse av skattemessig verdier kunne benytte seg av de regnskapsmessige verdier, men dette er ikke tilfelle. En må være klar over at det skatterettslige begrepet innbetalt kapital kan være forskjellig fra det regnskapsmessige. Hva som regnskapsmessig anses som innskutt kapital legges ikke til grunn for den skattemessige behandlingen. En rekke eksempler kan nevnes for å belyse dette, for eksempel kan ulikheter oppstå hvor det ytes konsernbidrag. Regnskapsmessig kapital kan også konsernbidrag anses som opptjent kapital, jfr. oppstillingen i rl § 6-2. Det må vurderes hvorvidt bidraget har karakter av å være avkastning på investering eller en egenkapitaltransaksjon, innskudd fra morselskap (eier) til datterselskap, som føres som innskutt egenkapital.⁵⁸ Konsernbidraget anses ikke skatterettslig som innbetalt kapital. At innbetalt kapital kan være ulik regnskapsmessig kapital viser også uttalelse av Finansdepartementet av 28.feb. 2008. I tilfeller der aksjer er overført etter overgangsregel E, skal innbetalt aksjekapital, herunder eventuell overkurs, på

⁵⁷ NOU 2005:2 s.62.

⁵⁸ Rundskriv, Kredittilsynet 28/2000 kap I-2.

overdragelsestidspunktet anses som innbetalt aksjekapital/overkurs på aksjene i holdingselskapet. I slike tilfeller vil skatteposisjonen innbetalt aksjekapital og overkurs på aksjene i morselskapet være uavhengig av aksjeinnskuddets regnskapsmessige verdi.

Fondsemittert aksjekapital anses skatterettslig ikke som innbetalt kapital, men Finansdepartementet har forutsatt at dette inngår i innskutt egenkapital i rl § 6-2 under selskapskapital.⁵⁹ Ulikheter kan også oppstå ved fondsemisjoner hvor den bokførte verdi endres, men videreføres skattemessig, og hvor det skjer overføringer fra aksjekapital eller overkurs til annen egenkapital og som skatterettslig fortsatt anses som innbetalt kapital.

Vurderingen av om transaksjonen er å anse som skattefri tilbakebetaling av kapital er uavhengig av hva som regnskapsmessig anses som innbetalt kapital.

4.3.2 Hvem kan motta skattefri tilbakebetaling av kapital?

Under forutsetning av at det finnes innbetalt kapital i selskapet, kan det stilles spørsmål ved hvem som kan motta skattefri tilbakebetaling innbetalte kapitalen. Utgangspunktet er at tilbakebetaling av innbetalt kapital må skje til den som er eier på tilbakebetalingstidspunktet, dvs. personlig aksjonær eller deltaker.

Det kan stilles spørsmål ved om utbetalinger til nærstående omfattes av unntaket om skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital. Ved overføring som utbytte/utdeling etter sktl §§ 10-11 og 10-42, identifiseres skattyters nærstående med skattyter. Utbetalinger til nærstående likestilles med utbetalinger til aksjonær/deltaker direkte. Etter ordlyden er unntaket i § 10-11 begrenset til å gjelde utbytte, og det kan ikke antas at tilsvarende gjelder ved tilbakebetaling av innbetalt kapital. Hensikten bak skatteplikten for utbytte/utdeling er at opptjente, ikke innbetalte, midler rammes av beskatning. Ut i fra formålet er det rimelig at utbetaling til nærstående vil være skattefritt på aksjonær/deltakers hånd hvor aksjonær/deltaker har innbetalt kapital knyttet til sine aksjer/andeler.

⁵⁹ OleGjems-Onstad, *Norsk bedriftsskatterett*, Oslo 2000, 5.utgave s.472.

Hvor det er skjedd en overdragelse av aksjene/andelene, vil skattefri tilbakebetaling kunne skje til erverver da det er han som er eier på tilbakebetalingstidspunktet. Siden innbetalt kapital er en skatteposisjon som følger aksjene/andelene,⁶⁰ gjelder dette uavhengig av om det er erverver eller tidligere eier som foretok innbetalingen.

4.3.3 Begrensninger i adgangen til tilbakebetaling

Utgangspunktet er at innbetalt kapital kan tilbakebetales skattefritt til aksjonær/deltaker. Det imidlertid settes visse begrensninger til hva som kan tilbakebetales, og det kan stilles spørsmål til hvilke begrensninger dette er. Problemstillingen gjør seg først og fremst gjeldende i forhold til aksjeselskap og aksjonærer. Det er strengere regler for hva som kan deles ut av selskapets verdier til aksjonær pga. hensynet til minoritetsaksjonærene og selskapets kreditorer.

En første begrensning ligger i at kapitalen må stamme fra et tidligere innskudd for å kunne tilbakebetales skattefritt. Begrensningen gjelder både utdelinger fra aksjeselskap og ansvarlig selskap. Ofte kan situasjonen være at selskapet utbetaler mer enn tidligere innbetalt kapital. Skattyter kan ikke regne med å få det overskytende utbetalt skattefritt. Utbytte- og utdelingsreglene kommer til anvendelse på det som overstiger tidligere innbetalt kapital, og han har rett på skjermingsfradrag for det utbetalte beløp som overstiger tilbakebetaling av tidligere innbetalt kapital.

For at utbetalingen skal kunne skje skattefritt må denne skje i samsvar med de formelle reglene. For nedsettelse av kapital med tilbakebetaling til aksjonær er reglene oppstilt i asl kap 12. Hvor dette ikke gjøres kan utbetalingen kreves tilbakeført til selskapet. Et ansvarlig selskap har ikke like strenge formelle regler til tilbakebetalingen.

⁶⁰ Rt.1957 s.1239.

I aksjeselskap er det innbetalt aksjekapital som legges til grunn for skattefri tilbakebetaling. Begrensningene i aksjeloven til hva som kan deles ut av aksjekapitalen får anvendelse også hvor utbetaling skjer i form av skattefri tilbakebetaling av innbetalt kapital. Begrensningene er gjort av hensyn til selskapets kreditorer, og en tilbakebetaling kan ikke skje på deres bekostning. Skattefri tilbakebetaling av kapital forutsetter at minimumskravene i asl §§ 8-1 og 3-4 overholdes. En tilbakebetaling kan etter dette ikke redusere aksjekapital i større grad enn at gjenværende aksjekapital i selskapet er kr 100.000. Det er i tillegg krav til at kapitalen i selskapet må være forenlig med forsiktig og god forretningsskikk, og ha en forsvarlig egenkapital i forhold til risiko og omfang. Dette må avgjøres etter en vurdering av gjenværende aksjekapital etter at en eventuell tilbakebetaling har skjedd. I ansvarlig selskap er det ikke oppstilt lignende begrensninger. Hovedregelen er at tilbakebetalt innbetalt kapital er skattefritt, forutsatt at det er innbetalt kapital knyttet til deltakers andeler. I og med at det ansvarlige selskapet ikke er et selvstendig skattesubjekt, tilordnes overskudd og underskudd deltakerne. Dette er bakgrunnen for at det ikke er nødvendig med tilsvarende ivaretagelse av kreditorenes interesser. Kreditorer vil uavhengig av kapitalen i selskapet, kunne kreve sine fordringer dekket av deltakerne.

Hvor selskapet har underskudd kan det oppstå spørsmål om selskapet er tvunget til å benytte innbetalt kapital til dekning av dette, for deretter å kunne føre midler tilbake som innbetalt kapital ved hjelp av senere opptjent kapital. Retten tar i Rt. 1949 s.296 og Utv. 1958 s.194 stilling til spørsmålet. I Rt. 1949 s.296 er flertallet av den oppfatning at unntaket fra skatteplikt omfatter både utbetaling av beløp som oppgjør for en tilsvarende og samtidig gjennomført nedskrivning av aksjene og som kompensasjon for en eldre nedskrivning som aksjonærene ikke har fått vederlag for. Det anses som tilbakebetaling

”når et aksjeinnskudd på grunn av nedgang i selskapets formuesverdier må anses tapt, og derfor skrives bort, men senere tilbakebetales fordi et konjunkturomslag har medført at selskapets verdier igjen har steget”.⁶¹

Retten kom under dissens (4-1) frem til at utbetalingen ikke var å anse som utbytte, og dermed ikke kunne inntektsbeskattes. I et aksjeselskap er utgangspunktet at aksjekapitalen kun benyttes til dekning av underskuddet hvor dette er eneste mulighet. Dersom selskapet har annen egenkapital brukes denne først, deretter overkursfondet og til sist aksjekapitalen. Etter dette er det klart at aksjonær har mulighet til å gjenvinne posisjonen innbetalt kapital om denne er benyttet til slikt formål. I et ansvarlig selskap fordeles underskuddet på deltakerne etter samme forhold som overskuddet. I og med at underskuddet kan gå til fradrag i annen inntekt deltaker har, er problemstillingen ikke aktuell ovenfor ansvarlig selskap.

Det kan spørres om det er et krav til at det før tilbakebetaling av innbetalt kapital, skjer en utdeling av den opptjente kapitalen i selskapet. Uttalelse i brev av 22.des 2005 gjaldt et tilfelle hvor aksjer skal overføres til et holdingselskap i henhold til overgangsregel E. Det oppstilles et krav til en eventuell utbetaling at den først må anses å gjelde kapital som ikke er innbetalt, før det vil være aktuelt å betrakte en utbetaling som tilbakebetaling av innbetalt kapital. I Utv. 2006 s.752 uttaler finansdepartementet at det, på bakgrunn av en fornyet vurdering, ikke er grunnlag for å oppstille et slikt vilkår. Det er kun i forhold til dekning av underskudd i selskapet det er krav til hva som benyttes til dekning av dette først.

⁶¹ Rt. 1949 s.296, side 298.

4.3.4 Virkninger av tilbakebetaling av innbetalt kapital

Spørsmålet i denne sammenheng er hvilke virkninger en tilbakebetaling av innbetalt kapital har. Skatteposisjonen innbetalt kapital vil ha betydning både på aksjonær/deltakernivå og selskapsnivå. En tilbakebetaling vil i første rekke si at aksje- og selskapskapitalen i selskapet minsker. En reduisering av denne vil også kunne føre til at grunnlaget for å dele ut utbytte/utdeling av overskudd minsker. Her må man huske på kravene i asl §§ 8-1 og 3-4. En tilbakebetaling som reduserer aksjekapitalen slik at de selskapsrettslige begrensingsreglene ikke følges, vil selskapsrettslig være ulovlig. I et ansvarlig selskap er det ikke like strenge krav til kapitalen, og så sant det finnes innbetalt kapital tilknyttet andelene, kan tilbakebetaling skje skattefritt. På selskapsnivå har innbetalt kapital betydning ved beregning av korreksjonsinntekt.

På aksjonær- og deltakernivå vil en tilbakebetaling av innbetalt kapital utgjøre en skatteforskjell på 28 %. Tilbakebetaling vil få skattemessig betydning da den reduserer kostpris/inngangsverdi når eierandel/aksjer senere realiseres og det foretas et gevinst- eller tapsoppgjør. I tillegg vil skjermingsfradraget reduseres. Det viktig å huske på at skatteposisjonen innbetalt kapital og inngangsverdi ikke er den samme. Tilbakebetaling av innbetalt kapital fører til en korrigering av inngangsverdien. Utgangspunktet er at denne fastsettes til hva som er betalt for aksjen, men det kan også oppstå kostnader i forbindelse med ervervet som tillegges kostprisen, og til sammen danner inngangsverdien. Et unntak fra utgangspunktet er hvor for eksempel hvor opplysningene om anskaffelsesverdi er mangelfulle og det gis anledning til å fastsette inngangsverdien ved skjønn.⁶²

⁶²Lignings-ABC s.17 pkt.6.4.

4.3.5 Konklusjon

Tilbakebetaling av innbetalt kapital i selskapet forutsetter at aksjonær/deltaker har innbetalt kapital knyttet til sine aksjer/andeler. Beviskravet påligger aksjonær/deltaker. I tillegg kan tilbakebetaling av aksjekapital til aksjonær kun skje hvor det ikke går ut over minimumskravet til aksjekapital i aksjeloven, minimumskravene i asl §§ 8-1 og 3-4 overholdes og ved at de formelle regler til kapitalnedsettelse i asl kap 12 følges. Det stilles ikke lignende krav til selskapskapitalen. Så sant det er innbetalt kapital knyttet til andelene, kan deltaker velge om overføringen anses som tilbakebetaling av kapital eller utdeling av overskudd etter sktl § 10-42.

5 Sammenfatning

Grensene mellom utbytte/utdeling og andre rettsforhold er skattemessig veldig interessant. Hel eller delvis vederlagsfri overføring av verdier fra selskap til aksjonær/deltaker beskattes etter sktl §§ 10-11 og 10-42 som utbytte eller utdeling. Overføringer som utbytte/utdelinger avgrenses mot andre former for overføring mellom selskap og skattyter. Det sentrale er det faktiske forholdet, hva overføringen i realiteten fremstår som. Hvor grensen går, avgjøres etter en konkret helhetsvurdering.

Det avgjørende for om overføringen anses som lønn/arbeidsgodtgjørelse og ikke som utbytte/utdeling, er om utbetalingen er en godtgjørelse for arbeid, og at utbetalingen svarer til markedsverdien av arbeidet.

Det vesentlige for om utbetalingen klassifiseres som pensjon og ikke som utbytte/utdeling, er om utdelingen har flest karakterlikheter med pensjon eller kapital. Om utbetalingen er en løpende ytelse og står i et rimelig forhold til tidligere arbeidsinnsats og lønn/godtgjørelse beskattes utbetalingen som pensjon, og ikke som utbytte/utdeling.

Spørsmålet om det foreligger et lån eller utbytte/utdeling avgjøres etter en vurdering av om utbetalingen oppfyller de formelle kravene for å anses som et lån. Kravene for å anses som et lån er at lånet kan dokumenteres, det foreligger tilbakebetalingsplikt og renteplikt, og at låneavtalen er inngått etter gjeldende markedsvilkår.

Videre må det skilles mellom inntekt i form av renteinntekter eller utbytte/utdeling. Om det er avtalt høyere rente enn skjermingsrenten beskattes inntekten som renteinntekt, og ikke som utbytte/utdeling.

Det må trekkes en grense mellom tilbakebetaling av innbetalt kapital og utbytte/utdeling. Hvor aksjonær/deltaker kan påvise at det er innbetalt kapital knyttet til aksjene/andelene er overføringen skattefri.

Felles for de ulike typer overføringer er at aksjonærene og deltakernes gunstige avtaler som er inngått med selskapet i utgangspunktet faller inn under og beskattes etter reglene om utbytte og utdelinger fra selskapene.

Overføringer som ikke klassifiseres etter de faktiske forhold, kan rammes av gjennomskjæring hvor vilkårene til det er oppfylt. Det må tas hensyn til at skattyter i en viss grad kan tilpasse seg de muligheter som finnes for å komme gunstigst mulig ut skattemessig. Gjennomskjæring gjennomføres etter sktl § 14-90 eller ulovfestet rett. Et sentralt moment i vurderingen om ligningsmyndighetene har gjennomskjæringsadgang, er overføringens egenverdi, dvs. transaksjonens forretningsmessige verdi. Utbetalinger som omklassifiseres til utbytte/utdeling som beskattes etter §§ 10-11 eller 10-42, anses ikke som lovlig gjennomført etter de selskapsrettslige regler. Dette får først og fremst betydning for utbetalinger til aksjonær hvor de formelle kravene til utdeling av utbytte ikke er oppfylt. Skattyter har da ikke rett på skjermingsfradrag etter § 10-12.

6 Litteraturliste

Litteratur

- Berge, Stig mfl., *Utbytte*, 2. utgave (Oslo 2007)
- Gjems-Onstad, Ole, *Norsk bedriftskatterett*, 5. utgave (Oslo 2000)
- Lødrup, Peter, *Familieretten*, 4. utgave (Oslo 2001)
- Ravnaas, Ernst mfl., *Skattereform 2004-2006*, (Oslo 2005)
- Skattedirektoratet, *Lignings-ABC 2007/08*, 29. utgave (Oslo 2008)
- Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, (Oslo 2004)
- Zimmer, Fredrik, *Bedrift, selskap og skatt*, 4. utgave (Oslo 2006)

Lover

- 1911 Lov om skatt og formue av inntekt (skatteloven), 18. august 1911 nr. 8 (opphevet).
- 1983 Lov om registrert partnerskap (partnerskapsloven), 30. april 1993 nr. 40.
- 1985 Lov om Ansvarlig selskap og kommandittselskap (selskapsloven), 21. juni 1985 nr. 83.
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven), 28. februar 1997 nr. 19.
Lov om aksjeselskaper (aksjeloven), 13. juni 1997 nr. 44.
- 1998 Lov om årsregnskap m.v (regnskapsloven), 17. juli 1998 nr. 56.
- 1999 Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven), 26. mars 1999 nr. 14.

Forskrifter

- 1999 Forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av skatteloven (fsfin), 26. mars 1999 nr. 14.
- 2007 Forskrift om taksering av formues- inntekts- og fradragposter til bruk ved likningen for inntektsåret 2007, publisert SKD nr. 6/2007.

Forarbeider

Ot.prp. nr. 35 (1990-1991) om skattereformen 1992.

Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) om skatte og avgiftsopplegget 2005.

Ot.prp. nr. 92 (2004-2005) om lov om endringer i skatte- og avgiftslovgivingen mv.

NOU 1996:3 om ny aksjelovgivning

NOU 2003:9 om forslag til endringer i skattesystemet

NOU 2004:1 om modernisert folketrygd

NOU 2005:2 om skattlegging av personlig næringsdrivende ved utdeling

St.meld. nr. 29 (2003-04) om skattereformen

Dommer

Norsk Rettstidende

Rt. 1938 s. 825

Rt. 1949 s. 296

Rt. 1957 s. 1239

Rt. 1998 s. 383

Rt. 2003 s. 1501

Uttalelser i utvalget

Utv. 1958 s. 194

Utv. 1963 s. 251

Utv. 1982 s. 132

Utv. 1991 s. 69

Utv. 2007 s. 542

Dom av 13. mars 2008 (Høyesterett)

Dom av 10. jan. 2008 (Gulating)

Dom av 14. nov. 2007 (Hålogaland)

EFTA-domstolen: Sak E-1/04

EF-domstolen: Sak C-319/02.

Uttalelser i utvalget

Utv. 1984 s.52

Utv. 1995 s. 108

Utv. 1997 s. 895

Utv. 1997 s. 1080

Utv. 1999 s. 994

Utv. 2004 s. 232

Utv. 2006 s.752

Utv. 2006 s. 1752

Uttalelse fra Finansdepartementet av 08. aug. 2001.

Uttalelse fra Finansdepartementet av 22. des. 2005.

Uttalelse fra Finansdepartementet av 28. feb.2008.

Bindende forhåndsuttalelser

2003 BFU 42/03

2005 BFU 39/05

Rundskriv

Kredittilsynet 28/2000

Elektroniske dokumenter

Gyldendal rettsdata, www.reettsdata.no

Skatteetaten, www.skatteetaten.no

Nav, www.nav.no

